

PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2024
ISSN 1516-6104

64

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2024
ISSN 1516-6104

64

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

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

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

Missão e Política Editorial

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

Conselho Editorial

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

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Chefe); Ramon Silva Costa (Editor-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); Taiana Sobrinho (Editora-Assistente); Nilton Augusto Duarte das Chagas (Editora-Assistente); Fernanda Cecon Ortolan (Editora-Assistente); Gabriela Huhne Porto (Editora-Assistente); Mayara Pereira Amorim (Editora-Assistente); Máisa Sampietro Pinheiro (Editora-Assistente); Antonio Eudes Nunes da Costa Filho (Editora-Assistente); Melissa Brandão Ferreira Kreil (Editora-Assistente); Leandro Léo Rebelo (Editora-Assistente); Flavio Folly Augusto (Editora-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

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

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

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

Notas aos Colaboradores

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

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 64 Jan-Jun 2024

ISSN 1516-6104

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

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

7 | Carta dos editores/*Editorial*

Artigos/Papers

- 14 | Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito de autor
Authorship, personality and property: Kant and Fichte's contributions to the authors' rights
Marco Antônio Sousa Alves
- 43 | A efetividade do Mandado de Injunção: investigação empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na legislação
The effectiveness of the Writ of Injunction: empirical investigation on the decisions of the Federal Supreme Court and its impacts on legislation
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio e Alexandre Araújo Costa
- 86 | Kafka e a nostalgia da plenitude: a busca da “Lei”, o sofrimento inevitável e uma ação possível
Kafka and the nostalgia of fullness: the search for “Law”, inevitable suffering and a possible action
Thiago de Mello Azevedo Guilherme
- 114 | Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta
Julia Constitution: a woman-letter of thirty
Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis e Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
- 149 | Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”
Abuse of fundamental rights in the structuring theory of law: starting off from the “case of the painter at the crossroads”
Fabio Carvalho de Alvarenga Peixoto

- 181** | O conceito emergente de “*democratic backsliding*”:
lições para a América Latina a partir de uma nova categoria
de investigação democrática
*The emerging concept of “democratic backsliding”: lessons to Latin
America from a new category of democratic investigation*
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Augusto
Guimarães Carrijo, Igor Costa Vieira e Pedro Henrique Azevedo
- 227** | As cortes e os desafios da era digital: a vigilância na
jurisprudência comparada
*The courts and the challenges of the digital age: the surveillance in
comparative jurisprudence*
José Adércio Leite Sampaio
- 257** | A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará
durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça
*The performance of virtual hearings at the Court of Justice in Ceará
during the COVID-19 pandemic and the principle of access to justice*
Gabriela Vasconcelos Lima e Hannah Soares Sales de Oliveira
- 283** | Ainda o individualismo possessivo: notas político-metafísicas a
partir de Étienne Balibar
*Possessive individualism once again: political-metaphysical
notes drawing on Étienne Balibar*
Glenda Vicenzi
- 310** | National policy of care versus the informal caregiver statute:
a case study on public care policies in Portugal and Brazil
*Política nacional de cuidados versus estatuto do cuidador informal:
um estudo de caso sobre as políticas públicas do cuidado em Portugal
e no Brasil*
Marcela Uchôa e Jonas Van Vossole
- 328** | The Hidden Legacy of 1968
O Legado Oculto de 1968
Klaus Kempter

- 348** | Conflitos e disputas: demolições do patrimônio histórico e a atuação do Ministério Público em Criciúma/SC
Conflicts and disputes: demolitions of historical heritage and the action of the Public Prosecutor's office in Criciúma/SC
Antonio Rafael Amaro, Alcides Goularti Filho e Rodrigo Fabre Feltrin
- 376** | 35 anos de Constituição Cidadã: das origens aos desafios atuais
35 years of the Citizens' Constitution: from its's origins to current challanges
Adriano Pilatti
- 400** | **Notícias e Informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2024 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 64 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2024. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Revista Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<https://revistades.jur.puc-rio.br/>).

O primeiro artigo, “Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito moderno de autor”, contempla abordagens sobre o debate alemão e o direito do autor, especificamente no final do século XVIII, com a finalidade de reforçar a importância à fundamentação filosófica desse direito. Autores que contribuem com esse diálogo são: Kant e Fichte, com a pretensão de mostrar que se trata de um debate filosófico de natureza antropológica, estética e moral sobre a criação humana e a noção de pessoa no processo de construção da subjetividade. Sobretudo, demonstra que não é possível contar a história do direito moderno de autor sem levar em conta suas raízes inglesas e francesas.

Em seguida, o artigo “A efetividade do Mandado de Injunção: investigação empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na legislação” aborda o Mandado de Injunção (MI) que foi criado na Constituição de 1988 para corrigir a falta de leis que impedem o exercício de direitos constitucionais. Em 2007, o STF mudou a forma como o MI funcionava, permitindo que suas decisões preenchessem essas lacunas, o que aumentou o número de MIs aceitos. Mesmo assim, a eficácia do MI ainda é questionável, pois a maioria das decisões se concentra em poucos temas, como a aposentadoria especial de servidores públicos, não conseguiu pressionar o Congresso a criar as leis necessárias para regulamentar esses direitos de forma adequada.

Em “Kafka e a nostalgia da plenitude: a busca da “Lei”, o sofrimento inevitável e uma ação possível”, aborda o conceito de “lei” na obra de Franz Kafka e suas múltiplas interpretações. Através da análise dos processos de angústia, culpa e agonia enfrentados pelos personagens, o artigo explora como esses sentimentos refletem a expressão da “lei”. Analisa ferramentas de enfrentamento da dificuldade em identificar tanto a regra quanto a ação correta, buscando compreender os impasses desse contínuo método de produção do significado, jogo de significação e construção simbólica do mundo. Diante da inesgotável necessidade de identificação da “lei” e de interpretação de seus significados, avalia a interpretação filosófica de Albert Camus sobre a angústia kafkiana.

O artigo “Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta”, busca estabelecer uma conexão entre os 30 anos da Constituição brasileira e a vida de Júlia, protagonista de “A mulher de trinta anos” na obra de Honoré de Balzac. A discussão é estruturada em três décadas, associadas aos três primeiros capítulos da obra, de forma a explorar o desenvolvimento da Constituição, a tentativa de efetivar direitos e uma fase de autoconhecimento jurídico-normativo. Ao final, o trabalho tece provocações para consolidação de um tempo de reconhecimento das capacidades irresistíveis da Carta Balzaquiana, destacando que, para que a Constituição exista, é necessário levar em conta a dimensão relacional dos direitos.

Já o artigo intitulado “Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do ‘caso do pintor no cruzamento’”, realiza um confronto dialético entre as ideias de autores como Friedrich Müller, Robert Alexy e Hans-Ulrich Gallwas, acerca da noção de abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito, trazendo para o debate a

problemática do “caso do pintor no cruzamento”. Destaca, ao final, que a noção de abuso dos direitos fundamentais, trazida na Constituição brasileira, não é, em princípio, incompatível com a teoria estruturante do direito.

O artigo intitulado “O conceito emergente de “democratic backsliding”: lições a partir da repercussão de uma nova categoria de investigação democrática”, trata do conceito de democratic backsliding, que, apesar de ganhar popularidade e ser frequentemente discutido pela academia, não possui uma definição unívoca. A partir de uma tipologia estabelecida por Nancy Berneo, distintos tipos de backsliding, classificados como “em ascensão” ou “em descenso”, são explicados. Feita esta exposição, os autores argumentam que os estudos da Ciência Política sobre esse particular podem não explicar as experiências vividas nas distintas regiões do mundo, e que, em especial, estudos mais aprofundados sobre a América Latina podem fornecer aportes importantes.

Em “As cortes e os desafios da era digital: jurisprudência comparada”, consiste em uma análise do judiciário de diversos países sobre como estas instituições têm lidado com as lacunas normativas e semânticas de controle nas legislações. Estas que, por sua vez, acabam por auxiliar na legitimação dos órgãos de inteligência, inerentes a um sistema de vigilância massiva dos indivíduos pelo Estado, como resultado da emersão da sociedade digital. A metodologia desta análise teve como foco estudo de casos de decisões de determinados países que já levaram esta discussão para o âmbito judicial, além de realizar uma reflexão comparativa e indutiva a partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema.

No artigo “A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça” as autoras Gabriela Vasconcelos Lima e Hannah Soares Sales de Oliveira refletem se a utilização de audiências virtuais aumenta, mantém ou tolhe conquistas relativas ao acesso à justiça, seus obstáculos e soluções. Em uma sociedade informatizada após uma pandemia de ordem global, elas trazem relatos públicos de magistrados e servidores do TJCE, quanto às suas experiências realizando e participando de audiências virtuais.

O artigo “Ainda o individualismo possessivo: notas político-metafísicas a partir de Étienne Balibar” reflete sobre a relação entre as noções de indivíduo e propriedade, elementos centrais da sociabilidade moderna, usando o conceito de individualismo possessivo. Com base na teoria de C.B. Macpherson, que analisou a filosofia política inglesa do século XVII,

discute-se como o individualismo possessivo aborda questões políticas atuais. Apesar de suas limitações, a análise permanece relevante. Étienne Balibar revisa essa noção com uma leitura de John Locke, integrando teoria política e metafísica, explorando como a apropriação molda a consciência e os vínculos políticos no contexto contemporâneo.

O artigo intitulado “National policy of care versus the informal caregiver statute: a case study on public care policies in Portugal and Brazil”, discute recentes mudanças legislativas em relação ao Estatuto do Cuidador Informal em Portugal e a proposta de uma Política Nacional de Cuidados no Brasil. Destaca os aspectos progressistas dessas iniciativas e aborda suas limitações, observando que persistem lacunas políticas e sociais significativas. Os autores argumentam que as leis do Brasil parecem mais inclusivas em políticas públicas de cuidado em comparação com Portugal, a despeito do status de semiperiferia capitalista do Brasil e de seu legado colonial. A análise pressupõe que a “crise do cuidado” reflete contradições capitalistas mais profundas, indicando que as soluções exigem transformações estruturais, em vez de meras políticas sociais paliativas.

Em “The Hidden Legacy of 68” o autor Klaus Kempter examina os impactos sociopolíticos dos movimentos revolucionários da década de 1960, especialmente na Europa Ocidental. Inicialmente focados na derrubada da ordem burguesa, esses movimentos resultaram, paradoxalmente, na promoção de uma modernização liberal, democratização e individualização da sociedade. A sabedoria acadêmica convencional afirma que essa estabilização ocorreu apesar das intenções revolucionárias. Sob essa modernização, redescobre-se um legado romântico de reinvenção da vida e uma crítica à modernidade capitalista, expressa pela Internacional Situacionista e pela Wertkritik alemã. Essa crítica anti-moderna continua relevante no contexto atual de colapso da modernidade e das crises globais.

No artigo “Conflitos e disputas: demolições do patrimônio histórico e a atuação do ministério público em Criciúma/SC” os autores tratam de duas situações em que o patrimônio histórico de Criciúma/SC foi alterado. A primeira é a demolição da Casa do Agente Ferroviário, uma estrutura de 1920, última remanescente do complexo ferroviário que moldou a paisagem local. A segunda refere-se à remoção das pedras portuguesas instaladas no centro da cidade em 1980, símbolo da identidade urbana desde o centenário de fundação. Ambas as ações tiveram impacto significativo na identidade da cidade e, por isso, foram judicializadas. O estudo utilizou revisão bibliográfica.

fica e pesquisa documental, consultando o arquivo histórico municipal para uma análise de processos e fotografias históricas dos dois casos

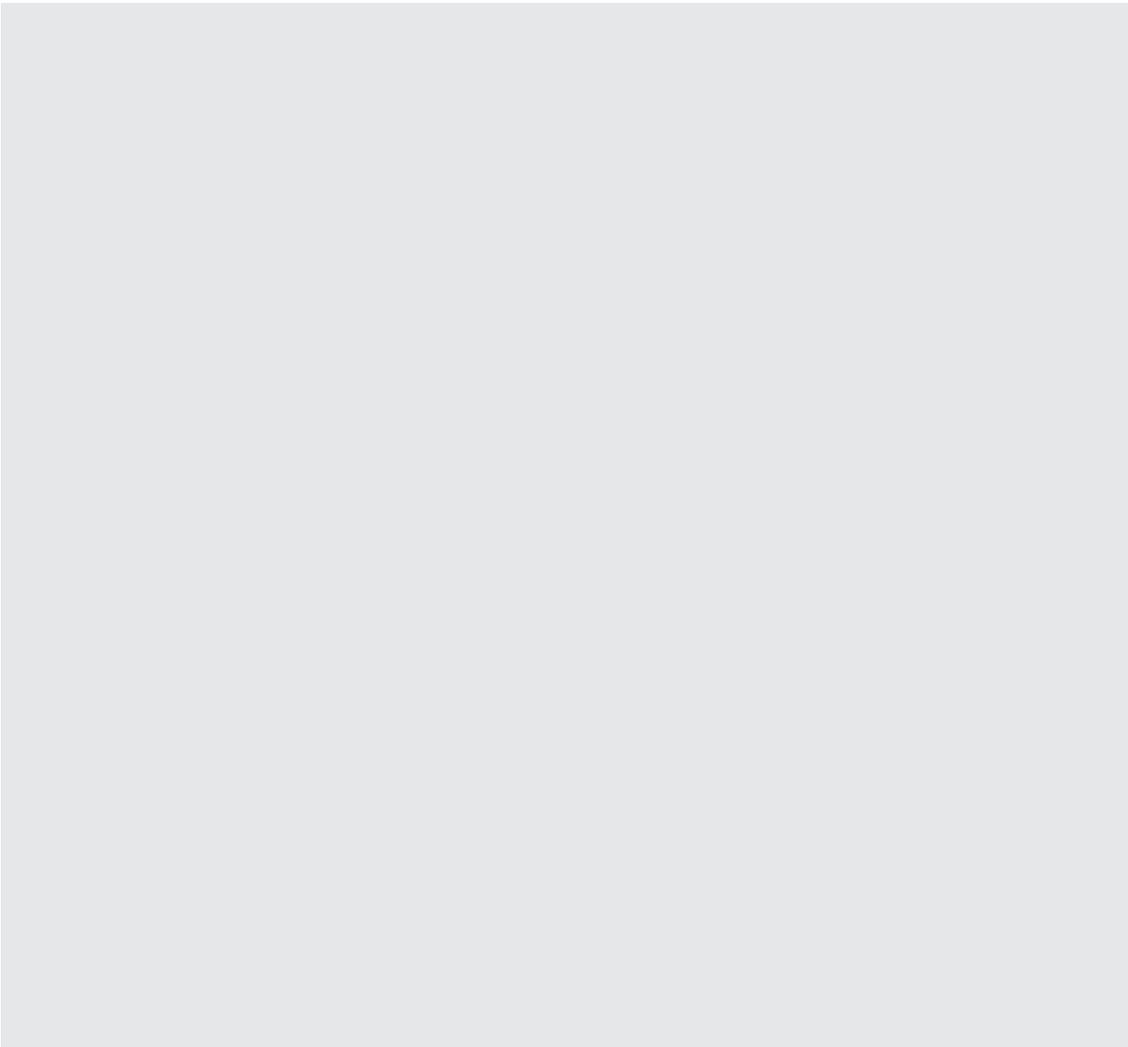
Finalmente, o professor Adriano Pilatti em “35 anos de Constituição Cidadã: das origens aos desafios atuais” traz o texto-base da Aula Inaugural do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ministrada pelo autor em 31 de agosto de 2023 para a forma escrita. Neste ensaio iremos refletir sobre origens e o significado social e político da redemocratização e subsequente Assembleia Constituinte. São abordados o sentido político-jurídico da Constituição de 1988, seus principais avanços relativos aos direitos fundamentais, à constitucionalização de políticas públicas socioeconômicas, e à limitação dos poderes públicos e privados.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2024, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

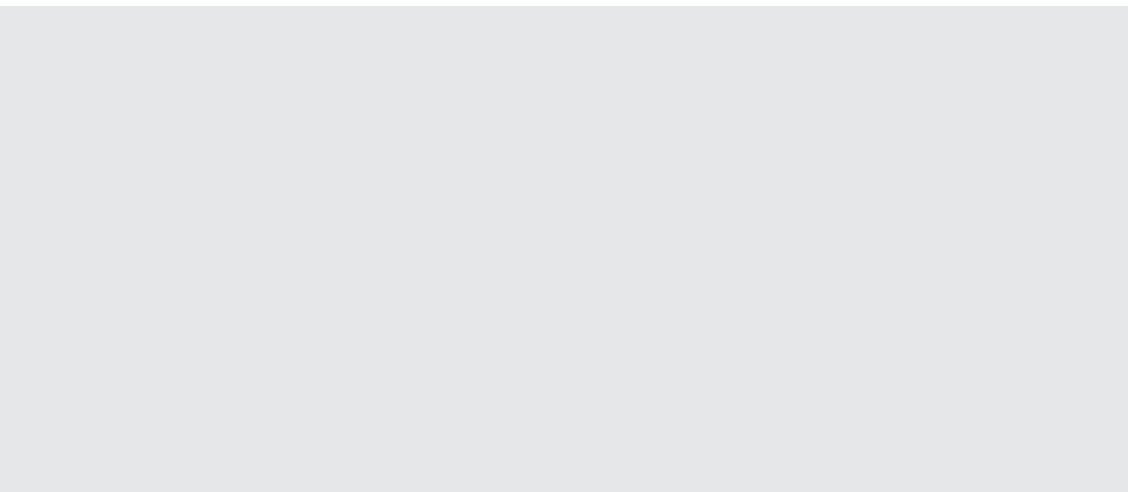
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor Responsável

Antonio Pele
Editor Responsável



Artigos



Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito de autor

*Authorship, personality and property: Kant and Fichte's
contributions to the authors' rights*

Marco Antônio Sousa Alves*

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil

1. Introdução

É comum os juristas brasileiros, ao contarem a história do direito moderno de autor, destacarem uma dupla fonte: o *copyright* inglês e o *droit d'auteur* francês. Normalmente, são acentuadas as diferentes perspectivas dessas duas tradições, que remontam ao século XVIII. A primeira, que tem seu nascimento identificado ao *Statute of Anne* de 1710, apresentaria um viés mais comercial e utilitarista, caracterizado pela formalidade do registro. Já a segunda tradição, que tem sua origem associada à lei aprovada pela Convenção em 1793, exibiria uma tendência mais protetiva aos criadores, incluindo, além da dimensão patrimonial, um caráter pessoal ou moral ao direito de autor. Cada uma dessas perspectivas, ao longo do tempo, procurou adquirir uma expressão global, na tentativa de se afirmar internacionalmente. A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, a cargo da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), criou uma união envolvendo mais de 170 países, inclusive o Brasil, para a proteção dos direitos dos autores segundo o modelo francês. Por sua vez,

* Professor Adjunto de Teoria e Filosofia do Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFMG). Doutor em Filosofia pela UFMG, com estágio de pesquisa na École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS/Paris). E-mail: marcofilosofia@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4885-8773>.

o *copyright* inglês buscou sua internacionalização por meio da Convenção de Genebra (*Universal Copyright Convention – UCC*), de 1952, a cargo da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Experimentando desenvolvimentos em grande medida paralelos, essas duas tradições realizaram um claro movimento de aproximação e entrelaçamento no final do século XX, tornando cada vez mais indefinidas suas linhas divisórias.

Sem dúvida, não é possível contar a história do direito moderno de autor sem levar em conta suas raízes inglesas e francesas. Contudo, essa tendência tende a deixar na sombra algumas importantes contribuições que tiveram lugar em outras paragens. Neste artigo, pretendemos trazer à luz um pouco da experiência alemã nesse domínio, com especial atenção para o debate travado no final do século XVIII. Nosso interesse por esse país e por esse período histórico decorre do fato de que, ao nosso ver, temos ali um capítulo fundamental na história do direito moderno de autor, especialmente no que diz respeito à conformação de seu aspecto moral ou pessoal.

O direito moral ou pessoal do autor pode ser definido como um conjunto de prerrogativas extrapatrimoniais que comportam diversos atributos, como o direito ao ineditismo, à paternidade, à integridade ou ao arrependimento. Essas prerrogativas, assentadas em uma pretensa ligação que uniria a obra ao seu autor, são concebidas como um direito da personalidade, revestidas assim com alguns de seus atributos, como o de ser inalienável e irrenunciável. Esses direitos estão consagrados no Brasil no art. 24 da lei 9.610 de 1998.

Via de regra, esse aspecto moral ou pessoal do direito de autor é associado à tradição do *droit d'auteur*. De fato, ele está presente no artigo L-121-1 do *Code de la Propriété Intellectuelle* e tem lugar também no artigo 6 bis da Convenção de Berna, revista em Paris em 1971 e validada no Brasil por meio do Decreto 75.699 de 1975.¹ Entretanto, tal elemento não se fazia presente nas primeiras leis francesas pós-revolucionárias sobre o tema, que acentuavam apenas a dimensão patrimonial da proteção autoral. Foi ao longo do século XIX que se afirmou na França a concepção jusnaturalista e personalista do direito de autor, que foi obra de um longo trabalho jurisprudencial.² Assim, no século XVIII, o direito moral não era ainda reconhecido juridicamente. Este foi talvez o grande debate do século XIX entre os autorialistas franceses,

1 VIVANT; BILON, 2007, pp. 140-147; BRASIL, 1975.

2 LUCAS; LUCAS, 2006, p. 12.

que se apoiaram, em grande medida, nas elaborações conceituais alemãs de coloração romântica que remontam ao final do século XVIII.

Neste artigo, pretendemos investigar essa contribuição germânica ao direito moderno de autor. Foram os alemães que aprofundaram, ainda no século XVIII, a natureza *sui generis* da propriedade intelectual e as intrincadas relações entre a singularidade do pensamento, a originalidade da criação e o direito de apropriação das obras. A autoria, na perspectiva alemã, como veremos nos textos de Kant e Fichte analisados a seguir, envolve uma relação que pode ser equiparada à paternidade, uma ligação que estabelecemos com nossas ideias que é mais íntima e mais intensa do que a que temos com os objetos em geral. Mais do que uma relação de propriedade, o direito de autor remeteria a uma relação de ordem pessoal ou moral, uma relação com aquilo que nos é próprio, com uma espécie de posse imediata daquilo que somos, como uma expressão mesma de nossa identidade. Trata-se de uma posse mais “natural” e “primeira” que o indivíduo teria sobre si mesmo, sobre suas ideias e criações intelectuais. Essa maneira de pensar a autoria é, em grande medida, influenciada pelo movimento romântico alemão que eclodiu no final do século XVIII em Iena, assim como pelos chamados “pré-românticos”, que já questionavam os cânones clássicos e valorizavam a força criativa do gênio original. Essas novas concepções estéticas tiveram um papel importante na justificação do direito de autor ao ressaltar a dimensão profundamente pessoal do vínculo entre o autor e sua obra.³

Em linhas gerais, travou-se entre os juristas e pensadores alemães do final do século XVIII uma rica discussão, ao mesmo tempo jurídica, estética e filosófica, sobre a própria natureza da criação intelectual. Como resultado desse debate, o direito de autor alemão (*Urheberrecht*) tendeu a afastar-se da questão da propriedade sobre bens intelectuais ou espirituais (*geistiges Eigentum*) em direção a um direito mais fundamental, ligado à personalidade. É esta contribuição alemã que gostaríamos de explorar aqui mais detidamente. E podemos pensar nessa questão como um capítulo dentro do processo mais geral de construção da subjetividade moderna e de afirmação de supostos direitos naturais moralmente fundados.

3 Convém destacar, nesse sentido, os ensaios escritos por Herder em 1767 e 1778, a grande enciclopédia de estética, em quatro volumes, publicada por Georg Sulzer entre 1771 e 1794, e a célebre *Crítica da faculdade do juízo*, publicada por Kant em 1790 (HERDER, 1778; HERDER, 1821; SULZER, 1771-1794; KANT, 1993). Todos esses textos acentuam a originalidade e inventividade do gênio, tomando a obra como uma “expressão” (*Ausdruck*) espontânea da alma do artista (WOODMANSEE, 1994, p. 36-37; ABRAMS, 1953; MORTIER, 1982; DE MAN, 1984; DOBRÁNSZKY, 1992; ZILSEL, 1993; SUZUKI, 1998; DUARTE, 2011; ALVES, 2016).

Seguiremos um percurso dividido em três partes. Inicialmente, pretendemos situar o debate alemão sobre o direito de autor no final do século XVIII, abordando o frágil arcabouço legal germânico e o combate travado pelos livreiros ou editores contra a crescente ameaça da contrafação ou “pirataria”. Na sequência, exploraremos a contribuição oferecida sobre esse tema por dois grandes filósofos da época. Primeiro, Immanuel Kant. E, na sequência, Johann Gottlieb Fichte. Embora os dois pensadores respondam à prática da “pirataria” da mesma forma, condenando-a, eles não o fazem pelas mesmas razões. Pretendemos mostrar como partem de perspectivas muito distintas e mobilizam argumentos divergentes em suas reflexões. Contudo, apesar de seguirem caminhos bem diferentes, os dois filósofos compartilham algo em comum: eles se encontram no interesse pela relação *sui generis* estabelecida entre o indivíduo criador e a obra produzida. Esperamos deixar claro como ambos contribuíram, cada um ao seu modo e com a fineza de suas elaborações conceituais, para a conformação do aspecto pessoal ou moral do direito moderno de autor.

2. Contextualizando o debate alemão do século XVIII

Do ponto de vista jurídico, a Alemanha, que possui a mais antiga tradição impressa da Europa, vivenciou um processo diferente daquele que se observou na Inglaterra e na França no que diz respeito aos mecanismos de regulação da edição. O sistema de privilégios reais, típico dos séculos XVI e XVII, funcionava melhor em um Estado centralizado, como eram a França e a Inglaterra, de modo que a Alemanha, sem unidade política, tinha grande dificuldade de administrar e controlar seu mercado livreiro. Viveu-se por lá aquilo que se chamou de “era da pirataria” (*Nachdruckzeitalter*).⁴ A edição integral de Goethe, realizada entre 1827 e 1842, é considerada a primeira

4 A expressão “era da pirataria” ou “era da reimpressão” (*Nachdruckzeitalter*) é comumente empregada para nomear o mercado do livro alemão do século XVIII, com destaque para o período entre 1765 e 1785, ou até o final do século XVIII, especialmente nas cidades de Frankfurt, Bamberg, Worms, Karlsruhe, Reutlingen, Tübingen e Wien (BÖDEKER, 2005, p. 506; ANDERSCH, 2018, p. 146; BAPPERT, 1962, p. 262; RIETZSCHEL; RIETZSCHEL, 1976, p. 140; ROSENFELD, 1971; JANZIN; GÜNTHER, 1997, p. 285). Esse tema atraiu a atenção de diversos juristas e intelectuais alemães, sendo o termo corrente na época. Apenas nos anos de 1773 e 1774, segundo o levantamento feito por Frank Zöllner, 34 livros e 44 ensaios sobre a questão vieram a público na Alemanha (ZÖLLNER, 2018, p. 278). Apesar do termo ser mais usado para se referir ao final do século XVIII, a era da pirataria só teria sido superada na Alemanha em meados do século XIX (GIESEKE, 1995, p. 158).

publicação alemã a contar com o benefício de um privilégio integral no conjunto do território alemão, tendo sido preciso um autor da estatura e da influência de Goethe para conseguir tal proteção. A Alemanha só terá uma lei propriamente dita de direito de autor em nível nacional em 1870, ou seja, cerca de um século depois de seus vizinhos.⁵

Na ausência de uma unidade política e de um arcabouço legal que permitisse controlar de maneira mais eficaz as reproduções não autorizadas e a circulação clandestina em seus domínios, os novos empreendedores alemães do mundo do livro organizaram eles mesmos, ao final do século XVIII, uma rede para regular e permitir que o novo sistema editorial pudesse ter lugar também por lá, assim como em sua área de influência cultural, que se estendia pela Europa Oriental.⁶ Assim, em 1765, foi criada a Sociedade de Edição Alemã (*Buchhandlungsgesellschaft in Deutschland*), por iniciativa de Philipp Erasmus Reich e de outros editores de Leipzig. Inspirada no modelo do *copyright* inglês, ela se propunha a garantir a propriedade individual, a fomentar a concentração do mercado livreiro alemão em Leipzig e a definir regras de funcionamento da edição. Estabeleceu-se, no seio dessa associação, uma lei fundamental (*Erstes Grundgesetz*) e um conjunto de usos ou costumes permitidos (*Usancen*).

Basicamente, o objetivo era constituir um cartel de editores que se comprometeriam a não praticar a reimpressão ou “pirataria” (*Nachdruck*), além de suspenderem seus negócios com os “piratas”. Unidos, os editores de Leipzig exerceram grande pressão na tentativa de impor seu modelo de negócio, influenciando de maneira decisiva as regulamentações estatais produzidas na época, como o estatuto saxão de 1773 e a regulamentação prussiana de 1774.⁷ Em suma, os editores alemães procuraram preparar o terreno institucional para que o nascente sistema editorial moderno pudesse desenvolver-se em seus domínios, atribuindo também, por vezes, direitos aos autores.

Os textos legais alemães do século XVIII que regulavam o direito de reprodução de livros privilegiavam, de maneira geral, a figura do livreiro/ editor, tendendo a ignorar os autores ou a reservar-lhes um lugar secundário. Somente a partir do início do século XIX o autor será explicitamente detentor

5 SAUNDERS, 1992, p. 106; DEUTSCHLAND, 1870.

6 BARBIER, 2001, p. 36.

7 REICH, 1765; BARBIER, 2001, pp. 38-40. FREEDMAN, 2012, p. 33.

de direitos na Alemanha. Nesse sentido, o artigo 577 do Código Civil de Baden (*Badisches Landrecht*) de 1810, que foi em grande parte uma tradução do Código Civil de Napoleão, estabelecia que todo escrito era originalmente propriedade da pessoa que o compôs, salvo nos casos de obra produzida por encomenda.⁸ E o artigo 397 do Código Penal da Baviera (*Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*), de 1813, previa a punição de quem publicasse uma obra de arte ou de ciência sem a permissão de seu criador, protegendo-se ainda, nos termos da lei, a “forma original” (*eigentümlicher Form*).⁹

Contudo, ao invés de investigar a experiência jurídica alemã da época, gostaria de priorizar aqui a análise do debate que se travou por lá após a criação da Sociedade de Edição Alemã em 1765 e, especialmente, depois do anúncio de Klopstock da edificação de uma República dos Intelectuais Alemães (*Deutsche Gelehrtenrepublik*) em 1773, na qual os próprios autores assumiram as funções de livreiro/editor, eliminando os intermediários comerciais e levando suas obras diretamente ao público.¹⁰ Vários textos sobre o tema do direito dos autores passaram a circular pela Alemanha a partir de então, atraindo o interesse de muitos intelectuais da época. Dentre eles, dois importantes filósofos, Kant e Fichte, cujas contribuições para o debate gostaria de analisar com mais calma na sequência deste artigo.¹¹

8 GROSSHERZOGTUM BADEN, 1867.

9 KÖNIGREICH BAYERN, 1813; WOODMANSEE, 1994, pp. 52-53. Todas as citações neste artigo de obras consultadas em outros idiomas foram traduzidas pelo autor.

10 WOODMANSEE, 1994, pp. 47-48; WITTMANN, 2011, pp. 162-163.

11 Além das contribuições desses dois grandes pensadores, convém destacar outros escritos que alimentaram o debate na época. Em primeiro lugar, o livreiro/editor fundador da Sociedade de Edição Alemã, Philipp Erasmus Reich, escreveu em 1773 um texto no qual se contrapõe ao projeto de Klopstock, intitulado “Pensamentos acidentais de um livreiro sobre a proposta de Klopstock de uma República Erudita” (*Zufällige Gedanken eines Buchhändlers über Herrn Klopstocks Anzeige einer gelehrten Republik*) (REICH, 1773). Reich foi também responsável em 1778 pela publicação na Alemanha do texto “Reflexões do senhor Linguet sobre os direitos do escritor e de seu editor” (*Des Herrn Linguets Betrachtungen über die Rechte des Schriftstellers und seines Verlegers*), que é uma tradução de um ensaio escrito no ano anterior pelo advogado e ensaísta político francês Simon-Nicolas-Henri Linguet, no qual se defende um direito natural de propriedade dos autores, que poderia ser cedido contratualmente aos livreiros/editores (LINGUET, 1778). Convém mencionar ainda os textos “Sobre a reimpressão de livros” (*Vom Büchernachdruck*), publicado por Johann Jakob Cella (1784), “O direito de propriedade sobre obras intelectuais” (*Das Eigentumsrecht an Geisteswerken*), redigido por Rudolf Zacharias Becker (1789), e “A edição dos livros, com relação aos escritores, aos editores e ao público, novamente examinada” (*Der Bucherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Verleger, und des Publikum, nochmals erwogen*), elaborado por Johann Albert Heinrich Reimarus (1791), que foi o texto que mais diretamente suscitou o ensaio/resposta de Fichte dois anos depois.

1.1 A contribuição de Kant

Em 1785, Kant publicou na *Berlinische Monatsschrift*, que era à época o canal habitual da *Aufklärung*, um ensaio intitulado “Sobre a ilegitimidade da reprodução dos livros” (*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*).¹² O texto de Kant é famoso por deslocar o debate centrado na propriedade sobre os bens intelectuais para o direito pessoal dos autores sobre suas próprias palavras e, também, sobre a maneira como as mesmas poderiam ser levadas a público. Em sua argumentação, Kant destaca a complexidade ontológica do objeto “livro”, que é, ao mesmo tempo, uma realidade material, um “exemplar” (*Exemplar*), e algo ideal, um “discurso” (*Rede*). No livro, não temos como separar o produto, que é um bem alienável, de seu aspecto espiritual, do pensamento do autor que se torna público através dele. Por isso, um livro é considerado por Kant uma exceção ao regime ordinário de propriedade.

Na *Metafísica dos Costumes*, que foi publicada cerca de dez anos depois do ensaio em pauta, Kant dedicou um capítulo na *Doutrina do Direito* (31, II) ao que é um livro. A intenção de Kant, ao voltar a esse tema, não era, aparentemente, tratar novamente do problema da reprodução ilegítima de livros. Sua pretensão era mostrar como o livro constitui um objeto que escapa ao direito real. Na mesma linha do ensaio, Kant deixa claro que um livro é, ao mesmo tempo, um “artefato corpóreo” (*ein körperliches Kunstproduct, opus mechanicum*), que dá origem a um direito real legítimo sobre a coisa, o exemplar, mas também é “mero discurso” (*bloße Rede*), que ninguém tem “permissão de repetir publicamente” sem ter o mandato ou a “procuração do autor” (*Vollmacht vom Verfasser*). Em suma, o direito que o autor cede para o livreiro/editor é um “direito pessoal” (*ein persönliches Recht*).¹³

12 A palavra *Nachdruck*, que aparece no título do ensaio de Kant, assim como no de Fichte, é traduzida, por vezes, como “contrafação” ou “pirataria”, mas seu sentido mais próprio é “reprodução” ou “reimpressão”. Aliás, muitos Estados que compunham a Alemanha nessa época facilitavam a prática da *Nachdruck* ou das reproduções depois da primeira publicação. Dado que havia, à época, controvérsia quanto ao caráter dessa prática, se seria legítima ou não, entendemos que não convém traduzi-la simplesmente como “contrafação” ou “pirataria”, como foi feito na tradução inglesa de John Richardson intitulada *Of the Injustice of Counterfeiting Books* (KANT, 1994). Seguimos, portanto, a mesma linha utilizada por Jocelyn Benoist na tradução francesa intitulada *De l'illégitimité de la reproduction des livres* (KANT, 1995).

13 KANT, 2003, p. 135. Cf. no original, segundo a Edição da Academia (*Akademie-Ausgabe*): MS, AA 06: 290.

Resumindo, o livro não é, para Kant, um simples objeto passível de alienação (*alienare, veräußern*), não é apenas uma “obra” (*opus*), mas uma “operação” (*opera*), um trabalho do pensamento, uma “ação” (*Handlung*) que não pode ser separada da coisa. Por consequência disso, a atividade de edição e venda de livros não deve ser tomada como um comércio qualquer, mas sim como a realização de um negócio *sui generis* em nome de outrem.¹⁴

Em uma nota, Kant tece curiosas e criticáveis considerações, ao mesmo tempo jurídicas e estéticas, sobre esse ponto. Ele distingue a literatura das outras artes, dizendo que somente no livro temos em destaque a *opera* ou discurso em ato, enquanto nas obras de arte temos em primeiro lugar o *opus*, o produto ou a materialidade. A obra de arte teria, assim, a essência de uma coisa (*Kunstwerke als Sachen*), de um resultado exterior, passível, portanto, de alienação. E somente o livro, ao contrário, teria a essência de um discurso, de um pensamento no qual o autor está sempre imediatamente presente. Por mais bela e preciosa que seja a obra de arte, o filósofo alemão parece sugerir que ela cabe no campo do direito real, ou seja, ela é uma coisa passível de alienação ou reprodução/imitação sem necessidade de qualquer consentimento do autor.¹⁵

Kant começa seu ensaio observando a diferença existente entre a propriedade sobre um exemplar de um livro e a propriedade (*Eigenthum*) que um escritor tem sobre seus pensamentos (*Gedanken*), que ele a conserva apesar da “reprodução” (*Nachdruck*). Partindo daí, Kant defende que possuir um exemplar, manuscrito ou impresso, garante apenas um direito real sobre um objeto (*ius reale, ius in re* ou *Sachenrecht*), mas não o direito de levar a público o discurso de alguém. Em outras palavras, o “direito pessoal” de falar em nome de alguém não pode nunca ser deduzido da “mera propriedade sobre uma coisa” (*dem Eigenthum einer Sache allein*).¹⁶

Em razão do caráter pessoal da relação entre autor e obra, que não se reduz à relação de posse de um produto que pode ser colocado no comércio, Kant defende a inadequação de tratar o direito do autor como um direito de propriedade. Ao invés de uma cessão de um direito de propriedade, a relação estabelecida entre o autor e o livreiro/editor tem a forma de um “mandato”

14 POZZO, 2006, p. 15.

15 KANT, 1785, p. 407.

16 KANT, 1785, p. 403. Cf. no original, segundo a Edição da Academia (*Akademie-Ausgabe*): VUB, AA 08: 77-88.

(*mandatum*), de uma espécie de procuração. Ao tornar público o livro, é o pensamento de uma pessoa que é publicado, o que não pode ser feito sem seu consentimento. As definições apresentadas por Kant de “autor” (*Autor*, *Schriftsteller*, *Verfasser*) e “livreiro/editor” (*Verleger*) já deixam bem claro o tipo de relação em jogo: o primeiro é “[...] aquele que fala ao público em seu nome próprio”, e o segundo “[...] aquele que dirige um discurso público ou um escrito em nome de outrem (o autor)”¹⁷.

A relação entre autor e livreiro/editor não é, portanto, meramente mercantil, mas, sobretudo, pessoal: um contrato específico, de pessoa a pessoa. O autor não “cede” (*concedere*, *verwilligen*) seu discurso, como se se tratasse de um bem, mas apenas autoriza ou dispõe sobre o direito exclusivo de sua difusão. Kant chega a perguntar se seria possível ao autor conceder a autorização a mais de um editor ao mesmo tempo, ao que ele responde negativamente.

Muitos se perguntaram sobre o porquê dessa “exclusividade” concedida a um único livreiro/editor.¹⁸ Ou seja, por que o autor não poderia simplesmente deferir seu discurso a quem quisesse, quantas vezes desejasse, dado que se trata de um direito personalíssimo seu? Por que não seria possível conferir múltiplas procurações para que muitos pudessem falar em seu nome e difundir suas palavras simultaneamente? Em suas considerações, Kant alega simplesmente que se dois livreiros/editores levassem um mesmo discurso para o mesmo público, o trabalho de um tornaria o do outro inútil e cada um prejudicaria ao outro.¹⁹ Ou seja, diferentemente de uma argumentação fundada no direito natural, Kant, ao tentar justificar a exclusividade de impressão concedida a um livreiro/editor, responde em termos meramente de utilidade ou eficácia, alegando que somente assim seria viável o negócio editorial e, por consequência, a difusão dos discursos.

É interessante observar como Kant parece ter percebido a íntima relação existente entre a questão do direito de autor e os meios de difusão disponíveis (o “estado da arte”), pois, em grande medida, o direito sobre a reprodução só se justificaria para Kant por uma questão de eficácia em um mundo impresso. E, sendo assim, dado que hoje as condições de difusão são outras,

17 2003, p. 135. Cf. no original, segundo a Edição da Academia (*Akademie-Ausgabe*): MS, AA 06: 290.

18 BENOIST, 1995, pp. 90-95.

19 1785, pp. 407-408.

o argumento kantiano precisaria ser amplamente revisto. Poderíamos, por exemplo, colocar a questão acerca da necessidade dos intermediários e de qual seria a nova função deles com a *internet* e o meio digital.²⁰

Para Kant, o direito que o autor tem sobre seu próprio pensamento permanece sempre seu e é inalienável (*jus personalissimum*), não sendo passível de qualquer tipo de transação. Assim, o livreiro/editor não poderia reivindicar qualquer propriedade sobre o livro/discurso, mas apenas um poder de representar o autor por via de seu consentimento expresso. O editor é, assim, claramente colocado na função de mediador entre o autor e o público. E essa mediação é vista como uma condição necessária para a constituição de um espaço público da Razão, que é uma das bases da *Aufklärung*. Isso talvez explique, em grande medida, o inusitado interesse de Kant pela questão.

Resumindo: embora condene a prática da reprodução não autorizada dos livros, Kant o faz baseado na ideia de uma procuração que o autor concede com exclusividade a um livreiro/editor para falar em seu nome, levando ao público seu discurso, sem que haja aqui nenhum direito de propriedade, a não ser o direito real sobre o objeto livro. Ou seja, ao invés de um ladrão, de alguém que espolia a propriedade alheia, o “pirata” seria mais propriamente um falsário, que comete uma espécie de crime contra a honra, desrespeitando um direito pessoal do autor e devendo, por isso, indenizar os danos provocados pelo “uso fraudulento” (*furtum usus*) de um direito que não lhe foi conferido. A esse direito do autor, que, repete-se, não se confunde com um direito de propriedade, Kant também confere um nobre estatuto, dado que ele retiraria seu fundamento dos “conceitos elementares do direito natural” (*Elementarbegriffen des Naturrechts*).²¹ Mostrando-se confiante com seus argumentos, Kant acredita ter mostrado em termos “simples e claros” (*leicht und deutlich*) a ilegitimidade da reprodução não autorizada dos livros.²² Ele termina seu texto afirmando que, se a ideia que ele apresenta fosse levada aos tribunais, nas queixas contra a pirataria, então nem seria preciso pedir uma nova lei para coibir tal prática.

A estratégia argumentativa kantiana, sem dúvida extremamente engenhosa, como era de se esperar de um pensador de seu quilate, aponta para

20 PIEVATOLO, 2004; 2008; CHARTIER, 1998, p. 18.

21 1785, p. 405.

22 1785, p. 417.

outra dimensão do autor moderno. Mais do que um mero proprietário de suas criações intelectuais, o autor estabelece com sua obra uma relação pessoal, fazendo dela a expressão mesma de sua identidade, daquilo que ele possui de singular: seu pensamento. Percebemos, desse modo, uma dimensão mais profunda e complexa envolvida na autoria moderna, que será também explorada por Fichte em seu ensaio, apontando para uma série de questões de natureza estética e/ou moral.

3. A contribuição de Fichte

O jovem Fichte ofereceu uma instigante contribuição para o tema no ensaio intitulado “Prova acerca da ilegitimidade da reprodução dos livros” (*Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*), publicado originalmente em 1793 também no *Berlinische Monatschrift*. Esse texto é um dos primeiros trabalhos publicados por Fichte, que contava então com menos de trinta anos e era basicamente movido pelo kantismo e pelo pensamento político revolucionário.²³ Tendo recusado a carreira do sacerdócio aos 22 anos, logo após concluir o curso de teologia em Leipzig, Fichte perdeu a pensão que recebia e enfrentou um grave problema de sustento, chegando a passar fome. Tornou-se inicialmente preceptor, mas tinha apenas um único aluno, com quem, aliás, tinha problemas. Tentou também viver da pena, chegando a escrever um pequeno romance, em 1790, intitulado “O vale dos Amantes” (*Das Thal der Liebenden*). Mas não era para a literatura que Fichte demonstrava grande talento. Apenas em 1794, quando se tornou professor em Iena, que Fichte adquiriu um conforto financeiro. Na época da produção do ensaio em pauta, sem lugar na Igreja ou na Universidade, sem sustento e perseguido pela censura real e religiosa, Fichte tinha motivos pessoais de sobra para se interessar pela questão do direito de difundir suas ideias e viver de seu trabalho intelectual.²⁴

Fichte começa seu ensaio discutindo com Johann Albert Heinrich Reimarus, que tinha publicado, em abril de 1791, no *Deutsches Magazin*, um artigo intitulado “A edição dos livros, com relação aos escritores, aos editores e ao público, novamente examinada” (*Der Bücherverlag in Betrachtung der Schriftsteller, der Verleger, und des Publikum, nochmals erwogen*), no qual

23 LÉON, 1922, p. 6; IGOR, 2013, p. 44.

24 IGOR, 2013, p. 32-34.

sustentava que a ilegitimidade da “pirataria” ainda não havia sido provada, chegando ao ponto de recomendar a prática da reimpressão.²⁵ O ensaio de Fichte pretende justamente responder a esse desafio, assumindo a posição de que a reprodução não autorizada ou “pirataria” é um procedimento com relação ao qual todo espírito correto experimentaria um “nojo interior” (*inner Abscheu*).²⁶

Embora Fichte tenha confessado, em uma nota ao final do ensaio, que ignorava o texto de Kant quando escreveu o seu, podemos ver em suas argumentações muitos pontos em comum, tendo o próprio Fichte ressaltado que foi encorajador perceber que seguia, sem saber, a mesma via trilhada anteriormente por Kant.²⁷ Mas, apesar de Fichte destacar algumas semelhanças, a estratégia adotada por ele para condenar a “pirataria” afasta-se, em vários aspectos, da proposta kantiana.²⁸ Fichte toma o direito de autor como um direito de propriedade, baseado na originalidade individual expressa em uma forma própria, e concede ao “pirata” (*Nachdrucker*) e “plagiário” (*Plagiator*) o mesmo tratamento concedido ao “ladrão” (*Dieb*).²⁹

Apesar de Fichte, diferentemente de Kant, conceber o direito do autor em termos de um direito de propriedade, ele percebe, como Kant, que há uma especificidade nessa propriedade pessoal que a torna inalienável (*jus personalissimum*). Buscando nas categorias jurídicas clássicas aquela que melhor corresponderia a esse tipo particular de propriedade, de modo a explicar o direito cedido ao livreiro/editor, Fichte sugere que o contrato de edição deveria ser definido como “o direito a uma espécie de usufruto (*Niessbrauch*) da propriedade do autor (*Eigentums des Verfassers*)”.³⁰ Ou seja, o autor conservaria a propriedade absoluta e inalienável de sua obra, enquanto forma singular, e cederia ao livreiro/editor apenas o direito de usar e explorar a obra para fins econômicos. Assim, o livreiro/editor não receberia do autor nenhum direito de propriedade propriamente dito, nenhum direito sobre a obra ela mesma, que, em razão de sua essência pessoal/singular, permaneceria sempre fora do comércio.

25 REIMARUS, 1791; IGOR, 2013, p. 34-35.

26 1793, p. 443.

27 FICHTE, 1793, p. 472.

28 MAYEDA, 2008, p. 148.

29 1793, p. 461.

30 FICHTE, 1793, p. 457.

Nesses termos, o “pirata” cometeria duas infrações distintas: uma contra a propriedade do autor, e outra contra o usufruto cedido ao livreiro/editor.³¹ Ao concentrar sua reflexão na questão da propriedade literária e sua legitimidade, Fichte deixou de lado considerações de ordem econômica ou de eficácia e utilidade, como fez Kant ao tratar da exclusividade de impressão e venda conferida ao livreiro/editor. Em certo sentido, podemos dizer que, nesse aspecto, Fichte foi mais kantiano que Kant, pois manteve sua argumentação no nível puramente deontológico. Fichte chegou a admitir que a “pirataria” poderia vir a ajudar na difusão das Luzes, mas não foi nesse nível da utilidade que ele procurou desenvolver sua argumentação.³²

Ao final de seu ensaio, Fichte expôs uma parábola que mostrou claramente seu desprezo pelo argumento da utilidade. Ele nos conta que, no tempo do califa Harun al Rachid, conhecido por sua sabedoria em *Mil e uma noites*, um homem desenvolve um medicamento e vê sua invenção ser copiada e vendida por um mercador. O inventor o acusa de ladrão e vai ao califa reclamar. Em sua defesa, o mercador diz ter sido útil à sociedade, ter levado o remédio a várias pessoas e ter salvado muitas vidas. Ele ressalta o bem que a difusão do remédio provocou e condena o desejo de exclusividade do inventor. Ele diz ainda ser um mártir pelo bem do mundo, posto que, apesar do bem e da utilidade de seu serviço, ele tem sua dignidade arranhada e é acusado de ladrão diante de todos. Por fim, o mercador pede ao califa que ordene que respeitem seu honroso comércio e que, inclusive, o agradeçam publicamente pelo serviço prestado. Comentado o caso, Fichte chama esse mercador de charlatão, de alguém cuja prática do mercado fez crescer a impudência e a eloquência. E o califa, segundo Fichte, julgou como julgaria todo homem amante da justiça: esse homem “útil” foi enforcado.³³

A argumentação apresentada por Fichte para condenar a prática da reprodução ilegítima dos livros ou “pirataria” apresenta três momentos intimamente relacionados: primeiro, afirma-se a singularidade da forma do pensamento humano; em segundo lugar, apresenta-se uma visão da criação intelectual como expressão de uma obra original, que encarna o mais íntimo do “eu” do autor; por fim, concede-se ao autor o direito de propriedade sobre o fruto desse seu trabalho intelectual. Propomos, então, seguir mais de perto esses passos dados por Fichte.

31 LÉON, 1922, p. 114.

32 LÉON, 1922, p. 115.

33 1793, pp. 474-483.

Como Kant, também Fichte começa ressaltando o estatuto ontológico específico do livro, distinguindo o seu aspecto “físico” (*körperliche*), que corresponde ao papel impresso, e seu aspecto “ideal, intelectual ou espiritual” (*geistiges*), que suscita um problema de propriedade bem particular. Mas Fichte, nesse ponto, opera uma distinção suplementar no seio do elemento espiritual, que tinha sido deixado na sombra por Kant, na indeterminação daquilo que ele chamou de “discurso” (*Rede*). Segundo Fichte: “[...] este aspecto ideal é, por sua vez, divisível entre um aspecto material, o conteúdo (*Inhalt*) do livro, as ideias que ele apresenta; e a forma (*Form*) dessas ideias, a maneira, a combinação, as frases e as palavras nas quais elas são apresentadas”.³⁴

Se as ideias são livres e podem ser apropriadas por qualquer um, o que estaria inclusive pressuposto no processo de ensino e mesmo na comunicação em geral, a forma de expressar essas ideias é vista como algo sempre único e pessoal. Segundo Fichte, não existem “ideias ou pensamentos” (*die Gedanken*) sem uma “maneira de pensar” ou uma “forma própria” (*die Form dieser Gedanken*).³⁵ Em suma, pensar é sempre pensar de certa forma. Não pensamos em abstrato, posto que as ideias são concatenadas e expostas de certa maneira, o que individualiza o pensamento. Fichte atribui, assim, um *modo de ser individual ao discurso*, como expressão de um “eu” singular. Essa expressão singular não deve ser entendida apenas esteticamente, como um estilo próprio, posto que a forma é, para Fichte, um fenômeno propriamente intelectual: mais do que um mero estilo, essa forma única expressa a singularidade do pensamento do autor.

Ao pensar, ao organizar e concatenar ideias, o sujeito expressa algo original, novo, que traz a marca daquilo que ele tem de mais íntimo e próprio. Na leitura, nós nos apropriamos das ideias e as fazemos nossa, integrando-as ao nosso pensamento, à nossa própria forma de pensar. O leitor transforma-se em autor, seguindo essa ótica, na medida em que se apropria dos pensamentos (e não da forma singular) e, ao fazer isso, confere uma nova forma. Fichte ressalta que aquele que compra o livro adquire, além do objeto, a possibilidade de se apropriar dos pensamentos do autor, o que lhe exige um “trabalho” (*Arbeit*).³⁶ Trabalhando nesse sentido, o leitor cria e faz-se autor.

34 1793, p. 447.

35 1793, p. 448.

36 1793, p. 450.

Sustentando que é extremamente inverossímil que dois homens pensem a mesma coisa de algo, com a mesma sequência de ideias e as mesmas imagens, dado que cada indivíduo é único e tem seu próprio “processo de pensamento” (*Ideengang*), ou seja, sua maneira específica de formar conceitos e conectá-los, Fichte então afirma que é absolutamente impossível que os pensamentos de indivíduos distintos assumam exatamente a mesma forma.³⁷ Há, assim, uma impossibilidade ontológica, posto que ninguém pode apropriar-se de um pensamento de outrem sem mudar sua forma. E, por isso, a forma “permanece, para sempre, uma propriedade exclusiva (*ausschliessendes Eigenthum*) do autor”.³⁸

Pensar é, para Fichte, apropriar-se de uma ideia, conferindo-lhe uma forma singular. Assim, todo pensamento é, por sua própria natureza, original e individual. Nesse sentido, em *Comunicado claro como o sol*, que é um texto de 1801, Fichte afirma que entender Kant, ou mesmo entender a sua doutrina da ciência, só é possível se o leitor reconstrói ou reinventa por si mesmo a invenção.³⁹ O próprio Fichte recusa o mérito de ser o “descobridor” de um sistema totalmente novo, mas afirma que, “segundo a forma”, sua doutrina da ciência é integralmente propriedade sua.

Com essas palavras, Fichte parece recomendar uma postura aos seus leitores, tomando sua relação com Kant como modelo para uma nova prática de leitura filosófica, na qual o leitor deve apropriar-se de uma teoria de modo a torná-la sua própria invenção. Daí Schlegel dizer que a doutrina da ciência é “[...] uma exposição fichtiana do espírito fichtiano na forma fichtiana”.⁴⁰ Ou seja, assim como o autor, o leitor também tem de ser inventor e filósofo crítico, reinventando o sistema para poder compreendê-lo.⁴¹ Em suma, a posição-autor e a posição-leitor aproximam-se na medida em que envolvem a apropriação de uma ideia no seio de um pensamento original, que lhe confere uma nova forma. E quem age ou trabalha com seu intelecto dessa maneira, pensa. E, pensando, cria. E, criando, torna-se proprietário de sua criação ou da expressão de seu pensamento.

37 IGOR, 2013, p. 39; MAYEDA, 2008, p. 152-153.

38 FICHTE, 1793, p. 451.

39 1980b.

40 SCHLEGEL apud SUZUKI, 1998, p. 120.

41 SUZUKI, 1998, pp. 93-95.

Essa imagem de uma fonte subjetiva, que confere uma forma própria a um discurso, está intimamente associada a um discurso de natureza moral, que confere um direito natural ao indivíduo: o direito de se apropriar do seu discurso, de colher os frutos de sua maneira de pensar, da forma que ele impôs às ideias e que traz consigo a marca de sua individualidade. O sujeito pensante, na medida em que confere uma forma própria às ideias, é um autor. O autor é exatamente esse *modo de ser do sujeito*, que, ao pensar, cria, ao conferir uma forma às ideias, deixa impressa a marca de seu eu. O autor é, portanto, uma especificação do sujeito moderno, como “coisa pensante” (*res cogitans*), que pensa dando uma forma singular e original às ideias.⁴² E, ao fazer isso, o sujeito/autor adquire um direito natural sobre as “suas” ideias. Não sobre as ideias em geral, nem sobre um pensamento tomado abstratamente, mas sobre aquilo que é fruto do trabalho de seu pensamento.

A importância concedida por Fichte à originalidade da criação e à singularidade da forma fica evidente no momento que diferencia o direito de autor, enquanto uma propriedade literária e artística, do direito da invenção ou patente, ou seja, a propriedade intelectual dos inventores. Fichte indica que haveria uma gradação entre o objeto puramente técnico, produzido no seio de uma “arte mecânica” (*der mechanischen Kunst*), e a obra no sentido forte do termo, como expressão da individualidade. Apesar da proximidade, posto que ambas são intelectuais, Fichte ressalta que elas não obedecem ao mesmo regime, nem possuem a mesma ontologia. No objeto técnico, o elemento espiritual é puramente intelectual, ele escapa à personalidade de quem o produziu. Ou seja, não há uma “forma pessoal”, cunhada pela individualidade. Assim, o inventor não tem, em sentido estrito, um direito de propriedade sobre sua invenção, posto que as ideias sem uma forma singular não são apropriáveis. Porém, Fichte defende que deveria ser concedido aos inventores um privilégio (*Privilegium*) temporário, posto que não seria equitativo ou justo que o homem que trabalhou com zelo por anos fosse privado completamente do fruto de seu trabalho.⁴³ Mas, como fica claro, o inventor, para Fichte, por não agregar algo seu à ideia, não goza de um direito pessoal natural.⁴⁴

42 VAN EYNDE, 2005, p. 116.

43 1793, pp. 463-467.

44 BENOIST, 1995, pp. 110-111.

Essa distinção entre a forma (ou expressão) e o pensamento (ou a ideia) é fundamental para a construção jurídica da proteção autoral: as ideias são livres, apenas a forma é protegida. O direito de autor protege somente a expressão de uma ideia, o resultado de um trabalho singular de composição de ideias, tal como ela se manifesta em determinado meio. O direito vale-se, assim, de um vocabulário de origem estético-filosófica, que é extremamente flutuante e impreciso, como as noções de *expressão* e *forma original*, para fundar aí, em grande medida, um direito específico de apropriação e de exploração econômica exclusiva.⁴⁵

Essa forma de pensar fica muito clara na argumentação realizada pelo jurista inglês William Blackstone em seus *Commentaries on the Laws of England*.⁴⁶ Ao tratar das coisas, no capítulo 26 do segundo volume desse famoso Tratado, Blackstone observa que existem outras espécies de propriedade, como aquela fundada no trabalho e na invenção, tratando então do “direito que um autor deve ter sobre suas próprias composições literárias originais (*his own original literary compositions*)”.⁴⁷ Ao tratar desse direito, Blackstone afirma claramente que o *copyright* não protege o manuscrito propriamente dito, nem as ideias puras, mas sim a obra, entendida como uma composição ou forma específica. Segundo o jurista inglês, “[...] a identidade de uma composição literária consiste inteiramente no sentimento e na linguagem (*the sentiment and the language*): concepções iguais, revestidas pelas mesmas palavras, são necessariamente a mesma composição”.⁴⁸

Em suma, retornando a Fichte, do sujeito pensante somos levados ao autor, e deste ao proprietário. Quem pensa, pensa de certa forma, criando algo novo. Torna-se, assim, autor. E, como tal, tem o direito de se apropriar de “suas” ideias, da forma que conferiu a elas mediante seu trabalho intelectual. Logo, torna-se um legítimo proprietário. O ensaio de Fichte explicita de

45 KAWOHL; KRETSCHMER, 2009.

46 BLACKSTONE, 1765-1769. Essa obra é tida comumente como o mais importante tratado inglês de jurisprudência do século XVIII, referência indiscutível na tradição do *common law*, cujos quatro volumes vieram a público entre 1765 e 1769, antes mesmo de Fichte aprofundar o tema e conferir maior precisão aos conceitos em jogo. Para se ter uma ideia da importância desse Tratado, ainda hoje ele é mencionado ao menos duas vezes por ano em decisões da Suprema Corte norte-americana e, para não restar dúvida da importância de Blackstone, uma estátua sua em bronze de quase três metros de altura, com imponentes trajes judiciais e o *Commentaries* na mão, está erigida na Constitution Avenue em Washington.

47 1765-1769, p. 405.

48 BLACKSTONE, 1765-1769, p. 406.

maneira cristalina a união conceitual sobre a qual reside a noção moderna de autor proprietário. No seio dessa articulação conceitual, pode-se perceber uma flutuação no sentido conferido à “propriedade”. Por um lado, quando nos referimos a um autor “em suas próprias palavras”, atribuímos a ele certa propriedade sobre suas palavras, como se elas lhe pertencessem. Esse sentido de propriedade pode ser chamado de moral-psicológico, atribuído ao autor como “senhor de suas palavras”, como alguém que se identifica com elas. Por outro lado, temos o sentido propriamente econômico-jurídico da propriedade intelectual, no qual o autor é tomado como o detentor de um direito de exclusividade de exploração comercial sobre sua obra. Fichte, claramente, passa de uma noção de propriedade para a outra: do “próprio” (*propriety*) no sentido moral, ligado à preservação da reputação, da honra e da intimidade, para o “proprietário” (*property*) no sentido econômico, ligado à possibilidade de transformar um escrito em bem negociável.

Essa ambiguidade é claramente visível na concepção que se consolidará na doutrina jurídica, segundo a qual haveria no direito de autor uma dupla dimensão: uma patrimonial e outra moral. Enquanto direito moral ou pessoal, tratar-se-ia de um direito natural: fundamental, inalienável e imprescritível, como são ainda hoje os direitos de integridade, paternidade, ineditismo ou arrependimento detidos pelo autor. Mas enquanto direito patrimonial, reconhece-se que se trata de uma mera prerrogativa temporária de exclusividade de exploração comercial. E, seguindo a linha de raciocínio de Fichte, a “pirataria” é ainda hoje condenável juridicamente tanto por ferir a exploração comercial do editor, quanto por lesar o direito moral ou pessoal do autor.⁴⁹

O ensaio do jovem Fichte exemplifica perfeitamente a conexão que se operou no pensamento do século XVIII entre a singularidade do autor, a originalidade da obra e a propriedade intelectual, uma maneira de pensar que é ainda, em grande medida, a nossa, e que encontra eco no direito autoral, nas práticas editoriais e nas formas de regulação da produção, circulação e apropriação discursivas. Temos a tendência a naturalizar ou tornar evidente essa concepção, que, contudo, reflete apenas um modo de ser e de perceber a criação, específico de certa época e cultura, influenciado por uma determinada materialidade na ordem dos discursos. Para Fichte, apenas a personalidade, ou o modo de organizar as ideias de um sujeito, o que envolve sua originalidade e singularidade, é que importavam na atribuição

49 1793, pp. 451-452; MAYEDA, 2008, p. 144.

da forma ao pensamento, como se o sujeito pensasse no vazio, sem uma tradição, sem uma prática social, sem um suporte de fixação. Isso fica claro na passagem na qual ele afirma que também os autores antigos detinham o mesmo direito, ainda que tenham renunciado a ele, pois “aquilo que é justo hoje, sempre o foi” (*denn was heute Recht ist, war es ewig*).⁵⁰

Por fim, convém ressaltar a presença, nesse ensaio do jovem Fichte, de uma série de temas que receberam, um ano depois, na *Doutrina da Ciência*, cuja primeira versão data de 1794, um grande aprofundamento filosófico, que inspirou, em grande medida, as nascentes concepções românticas de criação e de gênio original.⁵¹ Friedrich Schlegel e Novalis tinham em Fichte uma espécie de mestre. Aliás, os jovens românticos chegaram a cunhar um neologismo para designar o único método filosófico que lhes parecia válido: o “fichtizar” (*fichtsieren*).⁵² Em linhas gerais, eles acreditaram, sobretudo em um primeiro momento, que Fichte iria completar a crítica kantiana e libertar o espírito humano da escravidão da coisa-em-si, propondo-se, em seu lugar, um *eu em si*. O eu puro realizar-se-ia a si mesmo, em um processo de autoatividade absoluta. Partindo daí, os jovens românticos operaram, contudo, uma transformação na concepção de Fichte, talvez um distanciamento ou mesmo uma traição, sustentando que a tarefa do triunfo da liberdade pertenceria à arte: só ela poderia criar um mundo no qual o espírito seria soberano.⁵³

4. Conclusão

Procuramos, neste artigo, trazer à luz a importância do debate alemão sobre o direito de autor do final do século XVIII, que tende geralmente a ficar na sombra em uma narrativa histórica que privilegia, via de regra, apenas as raízes inglesas e francesas desse instituto jurídico. Acima de tudo, nosso objetivo foi mostrar como o aspecto moral ou pessoal desse direito deve sua origem, em grande medida, às reflexões realizadas na Alemanha, em íntima conexão com o espírito romântico da época.

Embora esse aspecto moral ou pessoal tenha sido incorporado ao *droit d'auteur* e ao *copyright*, isso só se deu posteriormente e não conformou, desde

50 FICHTE, 1793, p. 463.

51 1980a.

52 SUZUKI, 1998, p. 89.

53 AYRAULT, 1961, pp. 199-203; LÉON, 1924.

sua origem, a natureza dos direitos dos autores nessas tradições jurídicas. No caso francês, a noção de propriedade era mais destacada, sendo comum se referir ao direito de autor (*droit d'auteur*) como sinônimo de “direito de propriedade literária” (*droit de propriété littéraire*).⁵⁴ Somente ao longo do século XIX, por via jurisprudencial, que o elemento propriamente moral ou pessoal foi reconhecido e incorporado ao *droit d'auteur* na França, com clara influência do pensamento alemão.⁵⁵ Já o *copyright*, em sua origem, era um mero direito de cópia com fundamento utilitário, entendido como um mecanismo que tinha por finalidade promover a criação de obras intelectuais, com foco no aquecimento do mercado livreiro.⁵⁶ O reconhecimento da dimensão moral ou pessoal na tradição do *copyright* deu-se ainda mais tardiamente.⁵⁷

54 Essa ênfase fica evidenciada, por exemplo, na “Carta sobre o comércio do livro” (*Lettre sur le commerce de la librairie*), redigida por Denis Diderot em 1763, quando compara a propriedade do autor sobre sua obra com o direito que temos sobre nossa casa ou nossas terras (DIDEROT, 2002, p. 52). Aliás, a propriedade sobre as “obras do espírito” é considerada pelo filósofo francês ainda mais inviolável e sagrada (DIDEROT, 2002, p. 67-68). Também o advogado e ensaísta político Simon-Nicolas-Henri Linguet, em um ensaio de 1777, que tecia críticas ao sistema de privilégios do *Ancien Régime*, enfatizava o caráter natural da propriedade dos autores (LINGUET, 1777, p. 30). E o deputado bretão Isaac-René-Guy Le Chapelier, encarregado de escrever o relatório do projeto da primeira lei moderna de direito de autor na França, fez eco a essas ideias ao pronunciar, no dia 13 de janeiro de 1791, a famosa frase: “[...] a mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se posso assim dizer, a mais pessoal de todas as propriedades, é a obra fruto do pensamento de um escritor” (LE CHAPELIER apud PFISTER, 1999, p. 445).

55 Nessa longa construção jurisprudencial, destaca-se, como ponto de partida, a decisão proferida em 1814 pelo Tribunal Civil de la Seine, reconhecendo a um editor o respeito ao direito de paternidade e de integridade sobre uma obra da qual ele havia adquirido o direito de exploração. Mais tarde, em 1828, a Cour d'appel de Paris reconhecerá o direito de divulgação ou de ineditismo, que será reforçado por diversos julgados posteriores. No plano da doutrina, merece destaque a contribuição de Augustin-Charles Renouard e, especialmente, de André Morillot, que foi talvez o primeiro jurista francês a identificar claramente o direito moral do autor, sendo influenciado por Kant e pelo debate alemão (LUCAS; LUCAS, 2006, p. 12-13; RENOUARD, 1838-1839; MORILLOT, 1878).

56 Nesse sentido, o Estatuto da Rainha Ana (*The Statute of Anne*) de 1710, considerado a primeira lei moderna de direito de autor do mundo, ao atribuir ao autor “a liberdade exclusiva (*the sole liberty*) de imprimir e reimprimir seu livro ou livros pelo prazo de quatorze anos”, deixa claro que seu objetivo é “estimular os homens eruditos a compor e escrever livros úteis (*For the Encouragement of Learned Men to Compose and Write useful Books*)” (ENGLAND, 1710). Seguindo essa tradição, o art. 1º, seção VIII, cl. 8 da Constituição norte-americana de 1787 expõe também a finalidade da proteção autoral, em termos claramente utilitários: “[...] promover o progresso da ciência e das artes úteis (*To promote the Progress of Science and useful Arts*), garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores, o direito exclusivo (*exclusive Right*) aos seus escritos ou descobertas” (UNITED STATES OF AMERICA, 1787).

57 Em 1834, o caso *Wheaton v. Peters*, julgado pela Suprema Corte norte-americana, estabeleceu o precedente da proteção ao ineditismo, que é um dos direitos morais do autor. Apenas em 1988, com entrada em vigor em 1989, os Estados Unidos aderiram à Convenção de Berna, mais de cem anos depois de sua celebração (GINSBURG; KERNOCHAN, 1988-1989).

Neste artigo, o objetivo foi destacar a contribuição alemã para a conformação moderna do direito de autor, enfatizando sua dimensão pessoal. Nosso foco recaiu sobre as contribuições de dois grandes filósofos alemães do final do século XVIII: Kant e Fichte. O rigor e a profundidade de suas construções conceituais são de grande valia para termos uma compreensão mais detalhada das bases filosóficas que sustentam a noção de um direito moral ou pessoal do autor. De certa forma, a discussão sobre o direito dos autores pode ser inserida em um pano de fundo mais amplo, em um debate propriamente filosófico sobre a natureza da criação intelectual e a noção de pessoa, no seio do vasto processo de construção de uma subjetividade tipicamente moderna. Ao tentar fundamentar o direito que o autor teria sobre suas obras, vemos claramente se entrecruzar questões muito diversas, como o instituto jurídico da propriedade, a discussão moral sobre o direito natural de apropriação do fruto do trabalho intelectual, as concepções estéticas sobre expressão e forma original, e ainda um aprofundamento sobre a singularidade do pensamento, tema afeito à psicologia racional ou antropologia filosófica.

Kant e Fichte, no momento que se tentava fixar as bases modernas do direito de autor na Alemanha, levantam suas vozes contra a prática da “pirataria” e parecem atraídos pelo caráter peculiar do direito que poderia ser conferido aos autores ou aos editores. Embora sigam caminhos diferentes, ambos operam um deslocamento na fundamentação do direito de autor, fazendo prevalecer a dimensão moral ou pessoal sobre a patrimonial. Mais do que um direito de exploração no mercado, o direito de autor é visto como um direito personalíssimo, que tem por base uma relação íntima e profunda que o sujeito estabelece com o seu pensamento e com as suas palavras.

Para Kant, como foi visto, o direito de autor não deve ser tratado como um direito de propriedade, pois tem por objeto algo que não pode ser colocado no comércio, o “discurso” ou a expressão do autor. Dado que o autor não é titular de um direito de propriedade, Kant sustenta que o contrato celebrado entre autor e editor não se assemelha à cessão de um bem, mas sim a uma espécie de “procuração” (*Vollmacht*) ou “mandato” (*mandatum*). Sendo assim, a “pirataria” é reprovável para Kant não porque desrespeita a propriedade de alguém, mas sim pelo fato de fazer um uso fraudulento da palavra do autor, sem estar autorizado para falar em seu nome.

Já Fichte, como tratado anteriormente, confere ao direito de autor a natureza de um direito de propriedade, mas de um tipo peculiar, mais pessoal.

A propriedade seria detida unicamente pelo autor, de maneira absoluta e inalienável, estando sempre fora do comércio. Assim, o contrato de edição não envolve a cessão de nenhuma propriedade. Para Fichte, o direito do editor deve ser visto como uma espécie de “usufruto” (*Niessbrauch*), no qual se transfere apenas o poder para usar e explorar economicamente a obra. Desse modo, a “pirataria” seria condenável duplamente, seja por desrespeitar essa prerrogativa do editor, seja por lesar a propriedade absoluta do autor de natureza personalíssima.

Resumindo, o direito de autor recebe no debate alemão do final do século XVIII e, especialmente, nas refinadas e profundas reflexões de Kant e Fichte, uma sólida base filosófica, ao mesmo tempo antropológica, estética e moral. Suas argumentações contribuem para a conformação do caráter pessoal do direito moderno de autor, que passa a ser percebido como a expressão do direito natural que os criadores possuiriam de se apropriar do próprio discurso. Não apenas porque esse discurso é fruto de seu trabalho intelectual, mas, sobretudo, porque é expressão original de suas ideias e traz em si mesmo a marca de sua individualidade.

Referências

- ABRAMS, Meyer Howard. *The mirror and the lamp: romantic theory and the critical tradition*. London / Oxford / New York: Oxford University Press, 1953.
- ALVES, Marco Antônio Sousa. A estética autoral moderna: originalidade e propriedade. In: FREITAS, Verlaine; COSTA, Rachel; PAZETTO, Debora (orgs.). *O trágico, o sublime e a melancolia*, v. 2. Belo Horizonte: Relicário, 2016, pp. 223-237.
- ANDERSCH, Ulrike. *Die Diskussion über den Büchernachdruck in Deutschland um 1700 bis 1815*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.
- AYRAULT, Roger. *La genèse du romantisme allemand*, v. 1 : situation spirituelle de l'Allemagne dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle. Paris: Aubier-Montaigne, 1961.
- BAPPERT, Walter. *Wege zum Urheberrecht: die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*. Frankfurt: Klostermann, 1962.
- BARBIER, Frédéric. La librairie allemande comme modèle? In: MICHON, Jacques; MOLLIER, Jean-Yves (Dir.). *Les mutations du livre et de l'édition*

- dans le monde du XVIIIe siècle à l'an 2000*. Québec: Les Presses de l'Université Laval / Paris: LHarmattan, 2001, pp. 31-45.
- BECKER, Rudolf Zacharias. Das Eigenthumsrecht an Geisteswerken mit einer dreyfachen Beschwerde über das Bischöflich-Augsburgische Vikariat wegen Nachdruck, Verstümmelung und Verfälschung des Noth- und Hilfsbüchleins. Frankfurt/Leipzig (1789). In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*.
- BENOIST, Jocelyn. Introduction: Qu'est-ce qu'un livre? Création, droit et histoire. In: KANT, Immanuel. *Qu'est-ce qu'un livre?* Paris: Quadrige/PUF, 1995, pp. 11-117.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press, 1765-1769. 4 vols.
- BÖDEKER, Hans Erich. Die bürgerliche Literatur und Mediengesellschaft. In: HAMMERSTEIN, Notker; HERRMANN, Ulrich (hrsg.). *Handbuch der deutschen Bildungsgeschichte*, Band II: 18. Jahrhundert, vom späten 17. Jahrhundert bis zur Neuordnung Deutschlands um 1800. München: Verlag C. H. Beck, 2005, p. 499-520.
- BRASIL. *Decreto n. 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília, DF, [1975]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.
- CELLA, Johann Jacob. Vom Büchernachdruck (Freymüthige Aufsätze. Dessau/Leipzig: Anspach, 1784, pp. 76-168). In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*.
- CHARTIER, Roger. *A aventura do livro: do leitor ao navegador*. Tradução: Reginaldo de Moraes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.
- DE MAN, Paul. *The rhetoric of romanticism*. New York: Columbia University Press, 1984.
- DEUTSCHLAND. Urheberrechtsgesetz. Gesetz, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken von 16. April 1870. *Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, n. 19, Bonn, 1870, pp. 339-353.

- DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro* [1763]. Tradução: Bruno Feitler. Prefácio de Roger Chartier. Título original: *Lettre sur le commerce de la librairie*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.
- DOBRÁNSZKY, Enid Abreu. *No tear de Palas: imaginação e gênio no século XVIII – uma introdução*. Campinas: Papyrus/Editora da UNICAMP, 1992.
- DUARTE, Pedro. *Estio do tempo: romantismo e estética moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- ENGLAND. The Statute of Anne: an act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned. London [1710]. In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*.
- FICHTE, Johann Gottlieb. Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. *Berlinische Monatschrift*, n. 21, 1793, pp. 443-482. In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*.
- FICHTE, Johann Gottlieb. A doutrina-da-Ciência de 1794. In: FICHTE, Johann Gottlieb. *Fichte: A doutrina-da ciência e outros escritos*. Tradução: Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980a, pp. 35-176. (Coleção Os Pensadores).
- FICHTE, Johann Gottlieb. Comunicado claro como o sol ao grande público onde se mostra em que consiste propriamente a novíssima filosofia: um ensaio para forçar o leitor à inteligência (1801). In: FICHTE, Johann Gottlieb. *Fichte: A doutrina-da ciência e outros escritos*. Tradução: Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980b, pp. 197-252. (Coleção Os Pensadores).
- FRANCE. *Décret de la Convention Nationale du 19 juillet 1793, l'an deuxième de la République Française relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*. (Avec le rapport de Lakanal). Paris [1793]. Disponível em: <http://frab.aquitaine.fr/image.php?image=8417>. Acesso em: 18 dez. 2012.
- FREEDMAN, Jeffrey. *Books without borders in Enlightenment Europe: French cosmopolitanism and German literary markets*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2012.
- GIESEKE, Ludwig. *Vom Privileg zum Urheberrecht: die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845*. Göttingen: Schwartz, 1995.
- GINSBURG, Jane C.; KERNOCHAN, John M. One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention. *The Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, vol. 13, issue 1, pp. 1-38, 1988-1989.

- GROSSHERZOGTUM BADEN. *Landrecht für das Groß-Herzogthum Baden*, von 1810. Karlsruhe: Chr. Fr. Müller, 1867.
- HERDER, Johann Gottfried. *Vom Erkennen und Empfinden der menschlichen Seele: Bemerkungen und Träume*. Riga: J. F. Hartknoch, 1778.
- HERDER, Johann Gottfried. Einleitung in die Fragmente: über die Mittel zur Erweckung der Genies in Deutschland [1767]. In: HERDER, Johann Gottfried. *Fragmente zur Deutschen Literatur*. Zweite und dritte Sammlung. Karlsruhe, 1821, pp. 12-16.
- IGOR, Héctor Oscar Arrese. La defensa de la propiedad intelectual en Fichte jacobino de 1793. *Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade*, n. 21, pp. 31-46, 2013. 10.11606/issn.2318-9800.v0i21p31-46.
- JANZIN, Marion; GÜNTHER, Joachim. *Das Buch vom Buch: 5000 Jahre Buchgeschichte*. Hannover: Schlüter, 1997.
- KANT, Immanuel. Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks. *Berlinische Monatsschrift*, n. 5, pp. 403-417, 1785. [Ak. VIII, 77-88].
- KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade do Juízo* [1790]. Tradução: Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- KANT, Immanuel. Of the Injustice of Counterfeiting Books. In: PALMQUIST, Stephen (Ed.). *Four Neglected Essays by Immanuel Kant*. Tradução: John Richardson. Hong Kong: Philopsychy Press, 1994. pp. 77-87.
- KANT, Immanuel. De l'illégitimité de la reproduction des livres. In: KANT, Immanuel. *Qu'est-ce qu'un livre?* Tradução: Jocelyn Benoist. Paris: Quadrige/PUF, 1995. pp. 119-132.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes* [1797]. Tradução: Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003. [AA VI 203-493].
- KAWOHL, Friedemann; KRETSCHMER, Martin. Johann Gottlieb Fichte, and the trap of *Inhalt* (content) and *Form*: an information perspective on music copyright. *Information, Communication & Society*, vol. 12, n. 2, pp. 205-228, 2009. 10.1080/13691180802459955.
- KÖNIGREICH BAYERN. *Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern*. München: Allg. Regierungsblatt, [1813]. Disponível em: <urn:nbn:de:bvb:-12-bsb11086639-2>. Acesso em: 28 mai. 2020.
- LÉON, Xavier. *Fichte et son temps*, vol. I: La vie de Fichte jusqu'au départ d'Iéna (1762-1799). Paris: Armand Colin, 1992. V. I.
- LÉON, Xavier. *Fichte et son temps*, vol. II: Fichte à Berlin (1799-1813). Paris: Armand Colin, 1924.

- LINGUET, Simon-Nicolas-Henri. *Annales politiques, civiles et littéraires du dix-huitième siècle*. Tomo III. Londres. 1777.
- LINGUET, Simon Nicolas Henri. Des Herrn Linguets Betrachtungen über die Rechte des Schriftstellers und seines Verlegers: aus dem Französischen mit einigen Anmerkungen. Edição: Philipp Erasmus Reich. Leipzig: Weidmanns Erben & Reich, 1778. In: *Landesbibliothek Oldenburg*, 2015..
- LUCAS; André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3a ed. Paris: Litec, 2006.
- MAYEDA, Graham. Commentary on Fichte's 'The Illegality of the Unauthorised Reprinting of Books': An Essay on Intellectual Property During the Age of the Enlightenment. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 5, n. 1-2, pp. 141-197, 2008.
- MORILLOT, André. *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne*. Paris: Cotillon; Berlin: Puttkammer & Mühlbrecht, 1878.
- MORTIER, Roland. *L'originalité: une nouvelle catégorie esthétique au siècle des Lumières*. Genève: Droz, 1982.
- PIEVATOLO, Maria Chiara. Publicness and Private Intellectual Property in Kant's Political Thought. In: *Proceedings from 10th International Kant Congress*. São Paulo, set. 2005.
- PIEVATOLO, Maria Chiara. The scope of property: why does Kant reject the concept of intellectual property? In: *Workshops in political theory*, Manchester, set. 2008.
- PFISTER, Laurent. *L'auteur, propriétaire de son œuvre: la formation du droit d'auteur du XVIIe siècle à la loi de 1957*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion, Université Robert Schuman (Strasbourg III), Strasburg, 1999.
- POZZO, Riccardo. Immanuel Kant on intellectual property. *Trans/Form/Ação*, v. 29, n. 2, pp. 11-18, 2006.
- REICH, Philipp Erasmus et al. Erstes Grundgesetz der neuerrichteten Buchhandlungsgesellschaft in Deutschland. Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek, [1765]. In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*.
- REICH, Philipp Erasmus. *Zufällige Gedanken eines Buchhändlers über Herrn Klopstocks Anzeige einer gelehrten Republik*. Leipzig, 1773.
- REIMARUS, Johann Albert Heinrich. Der Bucherverlag, in Betrachtung der Schriftsteller, der Buchhändler und des Publikums abermals erwogen.

- Hamburg, 1791. In: BENTLY, L.; KRETSCHMER, M. (Eds.). *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*.
- RENOUARD, Augustin-Charles. *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*. 2 vols. Paris: Librairie de Jules Renouardet, 1838-1839. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5739469p>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- RIETZSCHEL, Evi; RIETZSCHEL, Thomas. Schriftsteller und Verleger in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in Deutschland. *Weimarer Beiträge*, v. 22, pp. 122-147, 1976.
- ROSENFELD, Hellmut. Zur Geschichte von Nachdruck und Plagiat: Mit einer chronologischen Bibliographie zum Nachdruck von 1733 bis 1824. *Archiv für Geschichte des Buchwesens*, v. 11, pp. 337-372, 1971.
- SAUNDERS, David. *Authorship and copyright*. London/New York: Routledge, 1992.
- SULZER, Johann Georg. *Allgemeine Theorie der schönen Künste in Einzelnen*: nach alphabetischer Ordnung der Kunstwörter auf einander folgenden, Artikeln abgehandelt. 4 vols. Leipzig: In der Weidmannschen Buchhandlung, 1771-1794. Disponível em: <<https://books.google.ps/books?id=VStluQQJdkIC&hl=pt-BR&pg=PP10#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- SUZUKI, Márcio. *O gênio romântico: crítica e história da filosofia em Friedrich Schlegel*. São Paulo: Iluminuras, 1998.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). *Universal Copyright Convention*. Geneva, 6 September 1952. Disponível em: http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=15381&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acesso em: 28 mai 2020.
- UNITED STATES OF AMERICA. *The Constitution of the United States of America*, 1787. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- VAN EYNDE, Laurent. Du sujet à l'auteur – et retour: la question de l'auctorialité à la lumière de la philosophie de la littérature. In: HAYEZ, Cécile; LISSE, Michel (Eds.). *Apparitions de l'auteur: études interdisciplinaires du concept d'auteur*. Berne: Peter Lang, 2005, p. 107-136.
- VIVANT, Michel; BILON, Jean-Louis. *Code de la propriété intellectuelle*. 2ª ed. Paris: Litec, 2007.

- WITTMANN, Reinhard. *Geschichte des deutschen Buchhandels*. 3ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2011.
- WOODMANSEE, Martha. *The author, art, and the market: rereading the history of aesthetics*. New York: Columbia University Press, 1994.
- ZILSEL, Edgard. *Le génie: histoire d'une notion de l'antiquité à la renaissance*. Tradução: Michel Thévenaz. Paris: Éd. de Minuit, 1993.
- ZÖLLNER, Frank. Überflüssig und unnützig?: Johann Georg Heinrich Feders Beitrag zum Urheberrecht. In: NOWITZKI, Hans-Peter; ROTH, Udo; STIENING, Gideon (hrsg.). *Johann Georg Heinrich Feder (1740–1821): Empirismus und Popularphilosophie zwischen Wolff und Kant*. Berlin/Boston: De Gruyter, 2018, p. 273-294.

Recebido em 01 de junho de 2020.

Aprovado em 09 de dezembro de 2020.

RESUMO: Este artigo pretende investigar o debate alemão sobre o direito de autor, do final do século XVIII, com o objetivo de mostrar sua importância na fundamentação filosófica desse direito e, especialmente, na conformação de seu aspecto moral ou pessoal. Pretendemos, assim, complementar a narrativa histórica mais comum nessa área, centrada basicamente nas origens inglesas e francesas desse instituto. Neste estudo, privilegiaremos as contribuições de dois grandes filósofos da época: Kant e Fichte. Por vias distintas, cada um condenou, ao seu modo, a “pirataria”, mas sem deixar de apontar para o caráter inapropriado ou *sui generis* da noção de propriedade intelectual. Mostraremos ainda como ambos conferiram aos autores um direito personalíssimo, que não pode ser colocado no comércio e não se confunde com o direito detido pelos editores. Argumentaremos, por fim, que a discussão sobre o direito dos autores pode ser inserida em um pano de fundo mais amplo, em um debate propriamente filosófico de natureza antropológica, estética e moral, sobre a criação humana e a noção de pessoa, no seio do vasto processo de construção de uma subjetividade tipicamente moderna. **Palavras-chave:** Direito de autor, Kant, Fichte, personalidade; propriedade intelectual; Alemanha.

ABSTRACT: This article aims to investigate the German debate on authors' rights at the end of the eighteenth century, showing its importance for the philosophical foundation of this right and, especially, in shaping its moral or personal aspect. We intend, therefore, to complement the most common historical narrative, basically centered on the English and French origins of this institute. In this study, we will highlight the contributions of two great philosophers of that time: Kant and Fichte. In different ways, each one condemned “piracy”, but without ceasing to point to the inadequacy or the *sui generis* character of the notion of intellectual property. We will also show how the two thinkers gave authors a strictly personal right, which cannot be placed on the market and should not be confused with the rights held by the publishers. Finally, we will argue that the discussion about authors' rights can be inserted in a broader context, in a properly philosophical debate, with an anthropological, aesthetic, and moral nature, about human creation and the notion of person, within the wide construction process of modern subjectivity.

Keywords: Authors' Rights; Kant; Fichte; personality; intellectual property; Germany.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO ALVES, Marco Antônio Sousa. Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito de autor. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: https://doi.org/10.17808/des.0.1522_

A efetividade do Mandado de Injunção: investigação empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na legislação¹

*The effectiveness of the Writ of Injunction: empirical investigation
on the decisions of the Federal Supreme Court and its impacts
on legislation*

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio*
Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

Alexandre Araújo Costa**
Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

1.1. Definição do objeto e dos objetivos da pesquisa

O mandado de injunção (MI) é um instituto processual criado pela Constituição de 1988 para viabilizar o controle judicial das omissões inconstitucionais, que ocorrem quando o Estado viola a Constituição por deixar de editar as normas legislativas ou administrativas necessárias ao pleno exercício dos direitos previstos em seu texto. Trata-se de uma ação classificada como de controle concreto de constitucionalidade, acessível a quaisquer cidadãos e pessoas jurídicas que busquem assegurar efetividade a seus direitos, liberdades

1 O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito de investigação empírica mais abrangente a respeito do Mandado de Injunção, iniciada pelo primeiro autor deste artigo durante curso de doutorado realizado sob a orientação do segundo autor. Embora este artigo não tenha integrado a tese defendida (FULGÊNCIO, 2018), uma primeira versão do texto foi apresentada à banca examinadora na qualidade de apêndice, por se tratar de trabalho desenvolvido durante o período de doutoramento.

* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Coordenador da Pós-graduação da Escola da Advocacia-Geral da União. E-mail: henriquefulgencio@yahoo.com.br.

** Doutor em Direito pela UnB. Professor da UnB. E-mail: alexandre.araujo.costa@gmail.com.

e prerrogativas contemplados em normas constitucionais que dependem de regulamentação adicional para que possam produzir todos os seus efeitos².

Não obstante tenha sido concebido como um instrumento de controle judicial concreto, destinado à proteção de direitos subjetivos, o MI foi submetido, já nos anos iniciais de sua vigência, a um processo de “abstrativização”, mediante a assimilação dos seus efeitos aos produzidos pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão³. Esse processo de reconfiguração do MI, conduzido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), foi intensificado a partir do ano de 2007 e, finalmente, consolidado na Lei n. 13.300/2016⁴, da qual se extrai sua finalidade precípua: provocar a edição das normas regulamentadoras necessárias ao exercício dos direitos constitucionais previstos em normas de eficácia limitada⁵.

2 SILVA, 1999.

3 BENVINDO, 2011/2012.

4 Os atos normativos identificados no texto por meio de sua espécie normativa, número e ano de edição foram extraídos do Portal da Legislação do governo federal, disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>; acesso em 12 maio 2020. De modo semelhante, os julgados do STF mencionados ao longo deste artigo podem ser consultados em sua página de Acompanhamento Processual, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>; acesso em 12 maio 2020. Sendo assim, a citação dessas decisões será realizada mediante referência à classe processual, ao número do processo e à data da conclusão do julgamento.

5 Sobre o assunto, cumpre notar que, mesmo após a modificação verificada em sua jurisprudência a partir de agosto de 2007, relatada a seguir, o STF não deixou de reconhecer que o MI se destina a suprir a omissão legislativa (Rcl 20.983, 02/02/2016), embora tenha passado a considerar insuficiente para esse fim a simples declaração judicial da mora (MI 1231 AgR, 16/11/2011). Em julgado recente (HC 143.641, 20/02/2018), o ministro Gilmar Mendes declarou que, na prática do STF, os membros do tribunal acabaram percebendo que não há MI destituído de um mínimo de conteúdo para além do caso concreto. Esse entendimento é reforçado pelos artigos 3º, 8º, 9º e 11 da Lei n. 13.300/2016. De acordo com os dispositivos referidos, a parte legítima para figurar no polo passivo do MI corresponde ao Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. Assim, após reconhecer o estado de mora legislativa, o órgão competente para julgar o MI deve fixar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma faltante. Somente no caso de não ser suprida a mora no prazo definido em tal decisão ou em julgado anterior é que se autoriza o Poder Judiciário a estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados. Além disso, a lei contempla previsão expressa de que, embora seja, em regra, limitada às partes do processo, a decisão de procedência proferida em MI pode ser revestida de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Por fim, a única hipótese legalmente prevista de prejudicialidade do MI consiste, justamente, na superveniência da norma regulamentadora, caso em que se considera satisfeita a pretensão do impetrante. Na mesma linha, conferir FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, em cujo entendimento o aspecto de defesa da ordem constitucional é, no caso do MI, mais importante do que as controvérsias individuais que dão origem ao procedimento.

Ainda sobre as finalidades que caracterizam o instituto em exame, verifica-se, a partir de pesquisa sobre a trajetória do MI no processo constituinte de 1987-1988⁶, que a sua criação foi motivada, especialmente, pelo objetivo de conferir aos jurisdicionados um instrumento capaz de assegurar a aplicação efetiva de direitos sociais de caráter transversal⁷ e, por conseguinte, contribuir para a reestruturação da sociedade brasileira em bases mais igualitárias. Tendo em vista tais indicações, o presente trabalho investiga a efetividade do MI, a qual é compreendida como a capacidade desse instituto de promover a concretização de direitos constitucionais – em especial, dos direitos sociais – cujo exercício depende de regulamentação normativa.

Durante vários anos, a efetividade do MI foi questionada em virtude da jurisprudência originalmente firmada a seu respeito pelo STF, que lhe atribuía um sentido meramente declaratório, limitado a advertir o Poder Legislativo acerca da existência de uma omissão normativa que deveria ser sanada. Esse entendimento foi duramente criticado desde o início⁸, sob o argumento de que a mera expedição de comunicado aos órgãos omissos não seria suficiente para retirá-los da situação de inércia em que se encontravam, o que dependeria da imposição de medidas mais rígidas pelo Poder Judiciário, tais como a definição de critérios normativos pelo próprio STF.

A limitação jurisprudencial dos efeitos do MI à mera declaração da mora verificada em seu julgamento foi reiteradamente apontada como responsável por tornar o instituto inócua ou inútil. Esse entendimento somente foi alterado em 2007, quando o STF afirmou a possibilidade de emitir decisões que suprissem judicialmente as omissões. Tal mudança foi saudada pela comunidade dos juristas⁹ como uma alteração que solucionava as deficiências anteriores e, por isso, contribuía de forma definitiva para conferir efetividade a esse instituto processual. O grande aumento nas decisões de procedência a partir daquele ano aparentemente corrobora a interpretação de que a jurisprudência contemporânea do STF teria sido capaz de conferir

6 FULGÊNCIO; COSTA, 2016.

7 A categoria “direitos transversais” refere-se a direitos que não são específicos de grupos determinados, mas comuns aos cidadãos e pessoas em geral. Em outros termos, são direitos que as pessoas possuem não por integrarem determinada classe ou categoria, mas por sua condição comum de jurisdicionados, consumidores, eleitores, contribuintes, estudantes, cidadãos brasileiros ou de determinada unidade federativa, dentre outras qualificações abrangentes.

8 BARROSO, 1993; FERRAZ, 1986; MEDEIROS, 1993.

9 ARAÚJO, 2013; BARROSO, 2012; MENDES, 2011; RAMOS, 2015; ROTHENBURG, 2010; SILVA, 2009.

efetividade ao MI. Todavia, essa apreciação positiva era feita sem uma análise empírica que justificasse tal percepção, motivo pelo qual o presente artigo se volta a avaliar se houve um real incremento na efetividade do MI, a partir de uma pesquisa empírica e quantitativa.

Além de descrever e analisar as características apresentadas por essas ações, este trabalho contém investigação sobre os resultados produzidos pelas decisões de procedência nelas proferidas, o que possibilita a avaliação acerca da efetividade do instituto mencionado, ou seja, a verificação a respeito de se o MI tem realmente servido para alcançar os fins que motivaram sua criação¹⁰. Os resultados expostos a seguir foram obtidos mediante pesquisa quantitativa que levantou dados primários sobre o ajuizamento e o julgamento das ações dessa espécie no âmbito do STF, organizou essas informações de maneira sistemática e, a partir de uma abordagem de estatística descritiva, identificou o perfil de ingresso e o perfil de julgamento dos MIs, ou seja, as propriedades típicas das ações ajuizadas perante o Supremo e das decisões por este proferidas.

Pesquisas contemporâneas sobre o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil apontam para um descompasso entre o discurso teórico e a prática jurisdicional. Embora seja comum nos discursos dogmáticos a afirmação de que o controle de constitucionalidade tem por objetivo promover a efetivação de direitos e garantias fundamentais, vários estudos têm sustentado que um número reduzido de decisões judiciais realiza a proteção de tais direitos. O trabalho de Costa e Benvindo¹¹ indica que são poucas as decisões em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) ligadas a temáticas de direitos fundamentais, enquanto uma quantidade expressiva de acórdãos beneficia interesses de servidores, sindicatos e categorias profissionais. Especificamente quanto às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADOs), Fulgêncio¹² identificou que esse instrumento tem servido primordialmente à defesa de interesses funcionais de servidores e demais agentes públicos. O presente artigo dialoga com tais resultados, voltando-se a averiguar em que medida as decisões de MIs também se concentram na garantia dos interesses funcionais de agentes públicos.

10 NEVES, 2011.

11 2014.

12 2015.

A revisão da literatura indica que a maioria dos trabalhos doutrinários acerca do MI tem um caráter estritamente teórico e que neles é recorrente a afirmação de que, em razão da interpretação acolhida pelo STF na Questão de Ordem suscitada no MI n. 107, julgada em 23/11/1989, o MI era um instrumento de pouca ou nenhuma utilidade até 2007, quando referido tribunal modificou seu entendimento originário acerca da eficácia do instituto, segundo o qual era vedado ao Poder Judiciário suprir, por ato próprio, a omissão verificada no julgamento das ações dessa espécie¹³.

Os estudos empíricos de enfoque quantitativo a respeito do MI são poucos e, geralmente, apresentam limitações importantes quanto ao conjunto de dados utilizados na pesquisa¹⁴. Há, no entanto, exceções que merecem ser destacadas, tais como os relatórios produzidos no âmbito do projeto denominado Supremo em Números, desenvolvido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas¹⁵, que apresentam informações relevantes sobre o processamento e o julgamento de diversas classes de ações no STF. Especificamente sobre o MI, cabe destacar a investigação empreendida por Ribeiro e Arguelhes¹⁶ acerca dos processos que tramitaram no STF entre os anos de 1988 e 2016, a qual foi realizada a partir do banco de dados do projeto Supremo em Números.

O presente artigo insere-se nessa agenda ainda incipiente de pesquisa empírica a respeito do MI, tendo por objetivo contribuir para a superação das limitações mencionadas e, por conseguinte, oferecer uma compreensão mais precisa a respeito da trajetória do MI ao longo desses primeiros 31 anos de sua vigência. Com o objetivo de identificar os padrões de ajuizamento e de julgamento dessas ações, realizamos uma pesquisa observacional e censitária, que abrange todo o universo de MIs impetrados e julgados no âmbito do STF desde a promulgação da Constituição Federal em 05/10/1988 até o dia 05/10/2019, sendo que o trabalho atingiu os seguintes objetivos:

13 É esse o caso, dentre tantos outros, de estudos realizados acerca do MI por BONAVIDES, 2012; GALLO; FACHIN, 2012; MACEDO; MARTINS, 2011; PASCHOAL; BARBOZA, 2011; RAMOS; LIMA, 2011.

14 RAMOS, 2010; MATTOS, 2015; PEREIRA, 2013; SABRA, 2008; ALVES *et al.*, 2012; BARBOZA, 2014.

15 FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011; FALCÃO *et al.*, 2014; FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014.

16 2018.

- a) identificação e descrição das características dos MIs julgados procedentes pelo STF, notadamente no que diz respeito às seguintes variáveis: datas de distribuição e julgamento das ações; natureza dos impetrantes e impetrados; tipo de ato necessário a suprir a omissão inconstitucional suscitada; tema jurídico sobre o qual versam; e titular do direito cujo exercício se pretende viabilizar;
- b) descrição e análise das decisões de procedência proferidas pelo STF em sede de MI, segmentando esse período em fases distinguíveis entre si em razão das características prevaletentes ou dos padrões observados em cada uma delas;
- c) identificação de quantas e quais normas da Constituição foram regulamentadas em decorrência das decisões de procedência proferidas nos mandados de injunção impetrados perante o STF entre 05/10/1988 e 05/10/2019;
- d) avaliação do impacto da modificação jurisprudencial ocorrida no ano de 2007 na efetividade dos MIs; e
- e) avaliação sobre se o mandado de injunção é mais efetivo para a regulamentação de direitos de servidores públicos em comparação com os demais grupos de titulares de direitos e se essa suposta efetividade superior deriva da concessão, aos servidores públicos, de tratamento diferenciado pelo STF nos julgamentos de procedência proferidos nas ações dessa espécie.

1.2 Metodologia

Entre 05/10/1988 e 05/10/2019, foram impetrados 7.014 MIs, dos quais 3.697 foram julgados procedentes. Este grupo engloba os MIs parcial e integralmente procedentes, os quais foram tratados em conjunto por serem unidades muito semelhantes: ainda que, nos casos de procedência parcial, o STF tenha reputado inadmissível ou improcedente parcela da pretensão dos impetrantes, prevalece a característica comum a esses MIs, consistente no reconhecimento da ocorrência de uma inconstitucionalidade por omissão, a qual é suficiente para distingui-los dos demais processos dessa espécie. Também foram incluídos no grupo de MIs procedentes os processos cujas decisões, à época da coleta de dados, ainda não haviam transitado em julgado.

As informações processuais relativas aos MIs sob exame foram diretamente coletadas no sítio eletrônico do STF e em sua Seção de Arquivo, para onde

foram remetidos processos mais antigos que não haviam sido convertidos em eletrônicos, os quais somente foram acessados *in loco*. Já a investigação acerca dos atos normativos editados para dar cumprimento às decisões de procedência proferidas em sede de MI foi realizada nos sítios eletrônicos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Essa fase da pesquisa envolveu, portanto, a criação de uma base de dados primária¹⁷, que assumiu o formato de uma tabela, na qual estão resumidas informações referentes às variáveis das unidades de análise. Como as variáveis consideradas são, em sua maioria, categóricas, foi necessário submeter os dados coletados à análise de conteúdo, com o objetivo de organizá-las em categorias e viabilizar, desse modo, o registro da distribuição de frequências em relação a cada uma destas. Além da técnica de análise categorial, utilizada para classificar os elementos sob a regra da contagem de frequência, empregamos as técnicas de análise descritiva e de contingência, as quais também integram o conjunto de procedimentos metodológicos compreendidos sob a rótulo da análise de conteúdo, com o objetivo de descrever as informações de tal forma organizadas em categorias e realizar inferências a partir delas.

1.3 Etapas da análise de dados

Os dados coletados foram organizados em categorias construídas indutivamente a partir das informações extraídas do andamento processual, das petições iniciais e das decisões proferidas nos MIs analisados. Em sua formulação, orientamo-nos pelos critérios de exaustividade, exclusão mútua, homogeneidade, pertinência, objetividade e produtividade, mencionados por Laurence Bardin¹⁸. Devidamente categorizados, os dados foram submetidos a análise estatística descritiva e inferencial¹⁹.

Na primeira seção do desenvolvimento deste artigo, utilizamos desenho de pesquisa transversal descritivo para retratar as propriedades dos MIs julgados procedentes pelo STF, notadamente no que diz respeito às variáveis enumeradas nos objetivos da pesquisa. Nessa etapa, descrevemos a distri-

17 GUSTIN; DIAS, 2013.

18 2011.

19 Esclarecimentos adicionais acerca da metodologia utilizada na coleta, codificação e análise dos dados considerados na presente pesquisa podem ser obtidos por meio de consulta à introdução do trabalho de FULGÊNCIO; COSTA, 2018, cujos critérios metodológicos foram observados no desenvolvimento deste artigo.

buição das frequências de cada variável, levando em conta sua organização em categorias, inclusive com a indicação dos percentuais de casos incluídos em cada uma destas. A apresentação das distribuições de frequências é realizada com o auxílio de gráficos, com o objetivo de facilitar a visualização e a compreensão dos dados representados.

Na sequência, os dados relativos aos MIs julgados procedentes são cruzados com as informações extraídas dos sítios eletrônicos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o que possibilita a avaliação acerca dos resultados produzidos pelas decisões de procedência. Para realizar essa investigação, procedemos à análise pormenorizada dos processos legislativos concernentes aos atos responsáveis pelo suprimento das omissões verificadas em tais julgados. Com isso, buscamos viabilizar a realização de inferência confiável a respeito da hipotética relação de causa e efeito entre tais decisões e atos normativos. Isso não equivale, por óbvio, à pretensão de oferecer explicação causal revestida da pretensão de certeza, especialmente porque não se trata de estudo de desenho experimental e, conforme salientam Epstein e King²⁰, a incerteza envolvida na realização de inferências causais nunca poderá ser completamente eliminada. De qualquer modo, as limitações inerentes à presente pesquisa não nos impedem de identificar e apresentar evidências fortes o suficiente para sustentar a formulação de uma explicação plausível e convincente para o problema proposto.

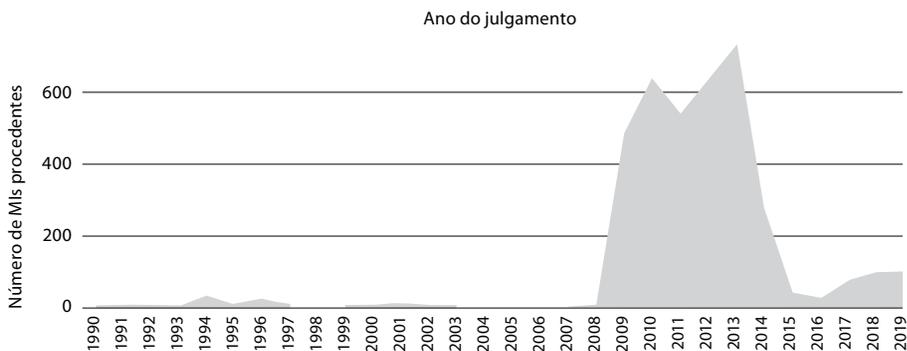
Por fim, os dados relativos às decisões de procedência são analisados a partir de uma perspectiva longitudinal ou evolutiva, a qual possibilita, especialmente, a avaliação das mudanças ocorridas nos efeitos atribuídos pelo STF ao MI e, por conseguinte, dos impactos eventualmente provocados por essas alterações na efetividade do instituto em exame.

2. Análise descritiva das propriedades dos Mandados de Injunção julgados procedentes

O julgamento de procedência é a modalidade decisória mais frequente nos MIs, atingindo mais da metade dessas ações (3.697 casos, de um total de 7.014 MIs analisados). A distribuição do número de decisões de procedência proferidas em sede de MI ao longo do tempo é representada pelo gráfico seguinte:

20 2013.

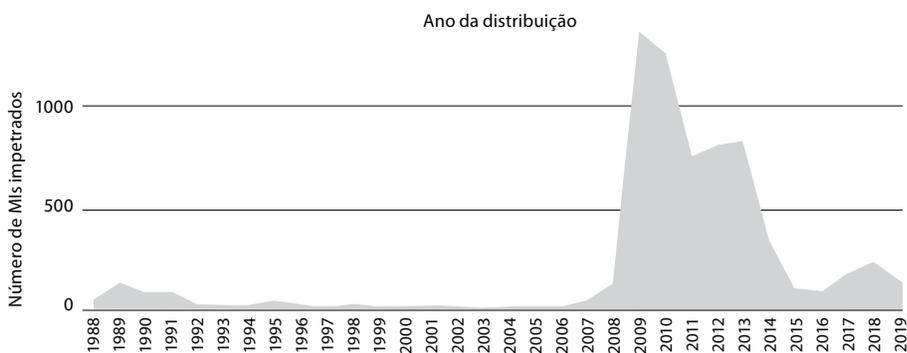
Gráfico 1 - Distribuição das decisões de procedência ao longo do período analisado



Fonte: elaborado pelos autores.

Esse gráfico mostra que as decisões de procedência são, em sua esmagadora maioria, posteriores ao julgamento do MI 721, ocorrido em 30/08/2007, em que o STF alterou substancialmente seu entendimento acerca dos efeitos produzidos pelo MI. A significativa alteração da curva de frequências de decisões procedentes acompanha a trajetória ascendente do quantitativo de impetrações de MIs iniciada no ano de 2007, representada no gráfico a seguir.

Gráfico 2 - Distribuição das impetrações de MIs ao longo do período analisado

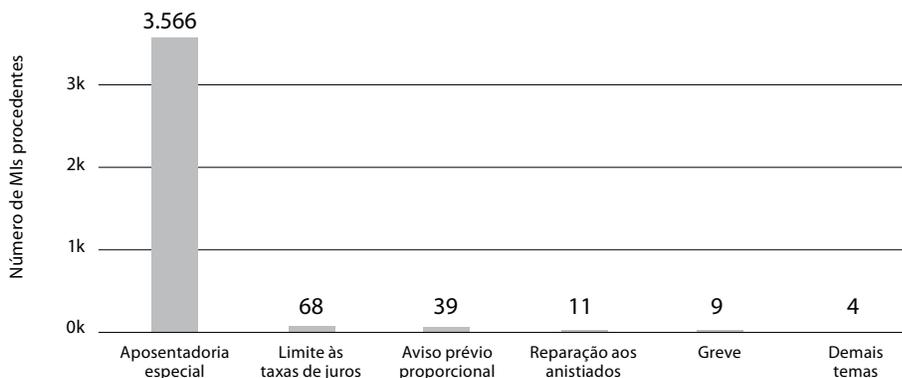


Fonte: elaborado pelos autores.

O elevado quantitativo de MIs julgados procedentes e a súbita majoração dessa modalidade decisória após 2007 sugerem, à primeira vista, que o instituto em exame, especialmente após ter seus efeitos reforçados pelo STF, estaria cumprindo as finalidades que motivaram sua criação, ou seja, estaria sendo satisfatoriamente efetivo. Todavia, essa impressão positiva inicial contrasta com o reduzido número de temas ou direitos que foram objeto dessas decisões de procedência, as quais trataram de apenas 9 temáticas distintas:

- a) direito à aposentadoria especial assegurado aos servidores públicos nas hipóteses constantes do art. 40, § 4º, da Constituição, na redação dada pela Emenda n. 47/2005 (3.566 decisões);
- b) fixação de limite para as taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras, nos termos do art. 192, § 3º, da Constituição, em sua redação originária (68 decisões);
- c) direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço assegurado aos trabalhadores pelo art. 7º, XXI, da Constituição (39 decisões);
- d) direito à reparação econômica conferido pelo art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a cidadãos que, em decorrência de portarias reservadas editadas pelo Ministério da Aeronáutica em 1964 e 1966, foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica (11 decisões);
- e) direito de greve assegurado aos servidores públicos pelo art. 37, VII, da Constituição (9 decisões);
- f) imunidade tributária atribuída pelo art. 195, § 7º, da Constituição às entidades beneficentes de assistência social quanto ao pagamento de contribuição para a seguridade social (1 decisão);
- g) fixação do número de deputados federais em proporção à população dos Estados-membros e do Distrito Federal, prevista pelo art. 45, § 1º, da Constituição (1 decisão);
- h) garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 203, V, da Constituição (1 decisão); e
- i) criminalização das condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com fundamento no art. 5º, XLI e XLII, da Constituição (1 decisão).

Gráfico 3 - Distribuição temática das decisões de procedência



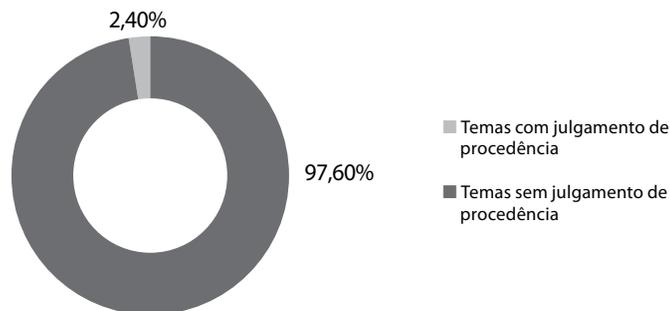
Fonte: elaborado pelos autores.

A discrepância existente entre as frequências observadas em cada categoria temática é nítida. De fato, em relação ao total de decisões procedentes, a taxa de julgados relacionados ao direito de aposentadoria especial dos servidores públicos é superior a 96%.

Considerando-se que o período analisado na presente pesquisa é constituído de 31 anos, nota-se que, em média, cerca de 119 MIs foram julgados procedentes a cada ano. Já em relação ao número de temas que foram objeto das decisões de procedência, a média cai para o reduzido quantitativo de 0,29 tema julgado procedente por ano. Isso significa que, a cada 3,44 anos, 1 direito constitucional foi objeto de decisão de procedência em sede de MI.

Embora o número de MIs procedentes seja considerável, correspondendo a 52,71% do total de MIs impetrados, a taxa de temas julgados procedentes é muita baixa. Das 375 temáticas versadas na população de 7.014 MIs ajuizados, apenas 9 foram objeto de decisões de procedência, quantitativo que equivale a 2,4% do total.

Gráfico 4 - Representação da taxa de temas que foram objeto de decisões de procedência



Fonte: elaborado pelos autores.

O elevado número de decisões de procedência não está associado, portanto, a um igualmente elevado quantitativo de temas ou direitos acolhidos pelo STF, mas se deve, exclusivamente, à profusão de MIs impetrados e julgados procedentes após 2007 sobre o direito à aposentadoria especial assegurado aos servidores públicos.

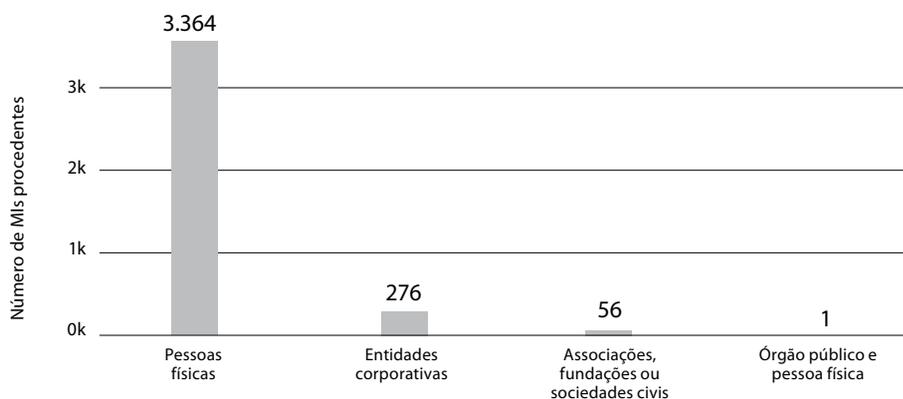
A concentração dos MIs procedentes na temática mencionada também influenciou, de maneira decisiva, a definição das demais características prevalentes nesse grupo de processos. Como mais de 96% dessas ações versavam sobre o direito de servidores à aposentadoria especial, a moda ou padrão de MI julgado procedente pelo STF apresenta as propriedades típicas dos processos relacionados ao direito referido, que são as seguintes: trata-se de ações ajuizadas e julgadas procedentes a partir do ano de 2007, cujos polos ativo e passivo são integrados, respectivamente, por pessoas físicas e pelo Presidente da República e/ou pelo Congresso Nacional, e que têm por objeto a ausência de lei necessária ao exercício do direito à aposentadoria especial assegurado aos servidores públicos pelo art. 40, § 4º, da Constituição, na redação dada pela Emenda n. 47/2005. Com todas as características mencionadas, há 3.303 MIs julgados procedentes, que correspondem a cerca de 89% do total de 3.697 MIs.

Dado o excesso de MIs sobre aposentadoria especial, a análise descritiva das variáveis mencionadas será separada em dois momentos sucessivos: primeiramente, levando-se em conta todos os MIs julgados procedentes e, na sequência, com a exclusão dos 3.566 MIs que versam sobre o tema referido.

A primeira das variáveis a ser considerada corresponde à natureza dos impetrantes. Considerando-se o total de MIs procedentes, nota-se expres-

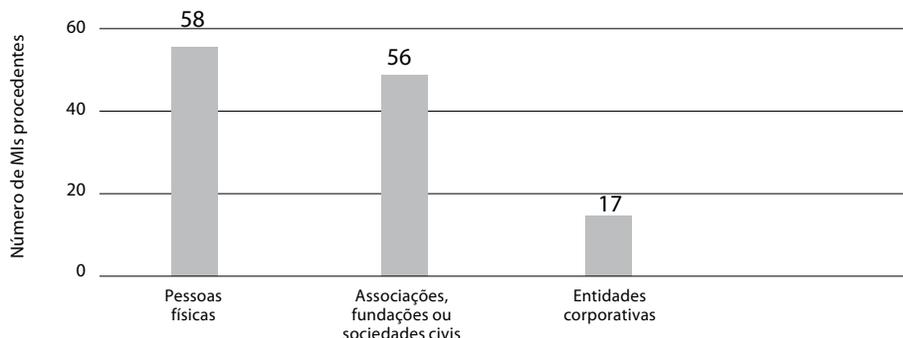
siva prevalência de ações ajuizadas exclusivamente por pessoas físicas, que correspondem a 91% desses MIs; os 9% restantes foram impetrados por entidades corporativas (7,47%); por associações, fundações ou sociedades civis (1,51%); e por pessoa física em litisconsórcio com órgão público – no caso, a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (0,02%). Já quando são excluídos os processos sobre aposentadoria especial, os MIs impetrados por pessoas físicas passam a corresponder a 44,27%, percentual praticamente equivalente ao dos MIs impetrados por associações, fundações ou sociedades civis, que são 42,75%.

Gráfico 5 - Natureza dos impetrantes (todos os MIs procedentes)



Fonte: elaborado pelos autores.

Gráfico 6 - Natureza dos impetrantes (excluídos MIs sobre aposentadoria especial)

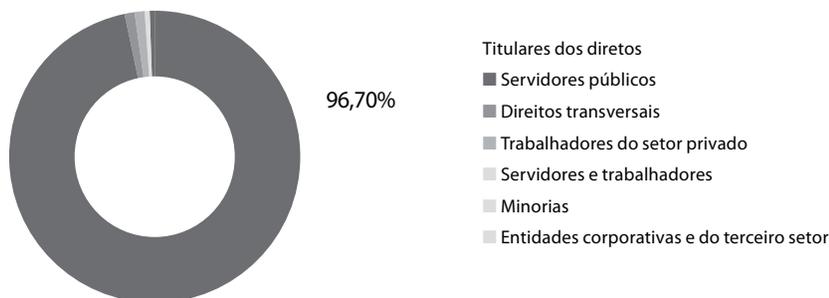


Fonte: elaborado pelos autores.

Quanto à natureza dos impetrados e ao tipo de ato necessário a suprir a omissão inconstitucional suscitada²¹, não há variações relevantes entre os dois grupos analisados. Isso porque, ressalvados apenas 4 processos, todos os MIs julgados procedentes versavam sobre a ausência de lei federal e tinham, em seu polo passivo, o Congresso Nacional e/ou o Presidente da República, que participam do processo legislativo tendente à edição de atos dessa espécie.

Por outro lado, quanto aos titulares dos direitos acolhidos nas ações sob análise, nota-se que, excluídos os MIs sobre aposentadoria especial, os servidores deixam de ser o grupo beneficiário do maior número de decisões procedentes, posição que é assumida pelos direitos transversais.

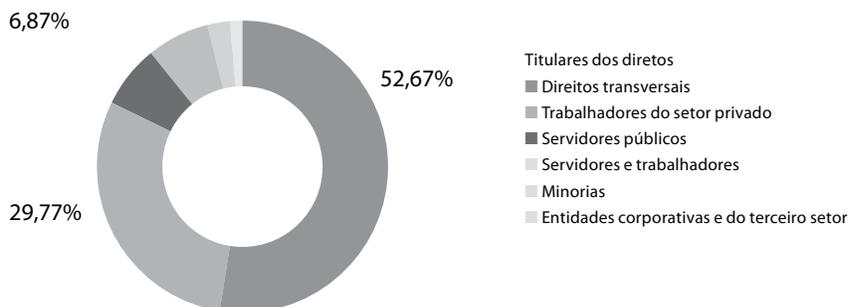
Gráfico 7 - Titulares dos direitos acolhidos (todos os MIs procedentes)



Fonte: elaborado pelos autores.

21 Para efetuar essa categorização, buscamos identificar o tipo de ato que, em tese, seria apto a suprir a omissão suscitada, ainda que a edição de tal espécie de ato não tenha sido expressamente pleiteada pelo impetrante do MI. Assim, se determinado MI foi ajuizado, por exemplo, por servidor público que pretendia obter aposentadoria especial, considerou-se que o ato necessário a suprir a omissão por ele apontada corresponde à lei, em razão do disposto pelo art. 40, § 4º, da Constituição, com a redação conferida pela Emenda n. 47/2005, ainda que o impetrante tenha formulado, na petição inicial do MI, pedido de edição de ato de natureza diversa, tal como de ato administrativo específico de concessão de aposentadoria especial em seu favor.

Gráfico 8 - Titulares dos direitos acolhidos (excluídos MIs sobre aposentadoria especial)



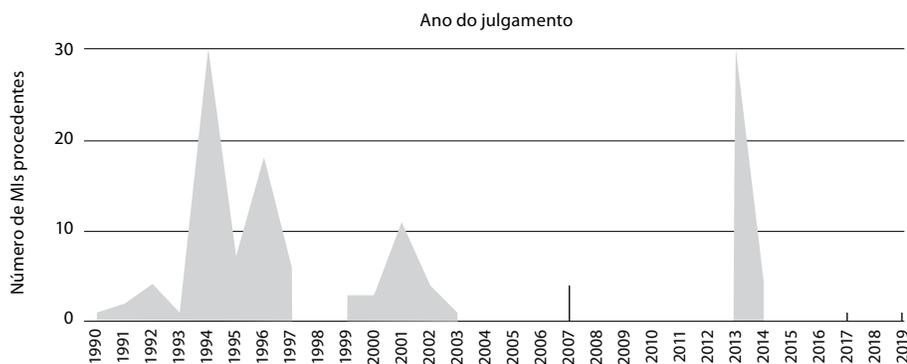
Fonte: elaborado pelos autores.

A comparação entre os Gráficos 7 e 8 evidencia que a prevalência de decisões sobre direitos de servidores públicos somente se verifica em razão do excesso de julgados sobre aposentadoria especial, de modo que não está associada ao quantitativo ou à diversidade de temas relacionados a servidores públicos que foram acolhidos pelo STF. De fato, a discrepância representada no Gráfico 7 não reflete o relativo equilíbrio entre os grupos de titulares de direitos no que diz respeito ao número de temas julgados procedentes em sede de MI: dos 9 temas julgados procedentes pelo STF, 2 correspondem a direitos transversais (limite às taxas de juros e número de deputados por Estado); 2 a direitos de servidores públicos (greve e aposentadoria especial); 2 a direitos de minorias (benefício assistencial a idosos e pessoas com deficiência e criminalização da homotransfobia); 1 a direito comum a servidores públicos e a trabalhadores do setor privado (reparação econômica aos anistiados); 1 a direito de trabalhadores do setor privado (aviso prévio proporcional); e 1 a direito de entidades do terceiro setor (imunidade tributária conferida às entidades beneficentes de assistência social).

Por fim, quanto à data da prolação das decisões procedentes, constata-se que a exclusão dos MIs sobre aposentadoria especial faz desaparecer a forte concentração de valores à direita da distribuição representada no Gráfico 1. Retirados os MIs sobre esse tema, sobram, apenas, 39 das 3.605 decisões de procedência proferidas a partir de agosto de 2007, ao passo que, no período anterior a agosto de 2007, foram prolatados 92 julgamentos de procedência. Tanto em termos absolutos, como proporcionalmente aos períodos de

tempo analisados, a fase inicial que se estende de outubro de 1988 a julho de 2007 passa, neste caso, a contar com mais decisões de procedência do que a fase que a sucede.

Gráfico 9 - Distribuição das decisões de procedência ao longo do período analisado (excluídos MIs sobre aposentadoria especial)

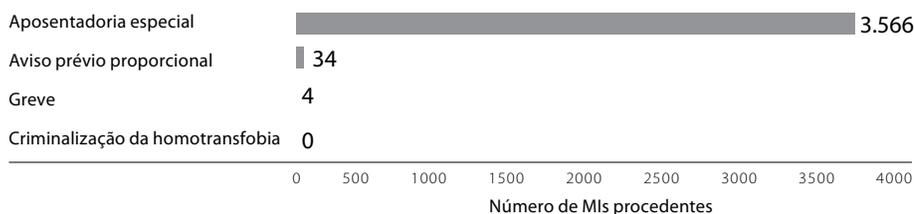


Fonte: elaborado pelos autores.

A comparação entre as duas fases mencionadas também revela a mudança de perfil das decisões procedentes quanto aos temas nelas versados. Até julho de 2007, as decisões de procedência eram mais diversificadas quanto ao número de temas e aos titulares dos direitos envolvidos. Após a modificação verificada em agosto de 2007, no entanto, os julgados dessa modalidade concentraram-se, basicamente, em temas relativos a direitos de servidores públicos.

Gráfico 10 - Distribuição por temas das decisões de procedência anteriores a agosto/2007

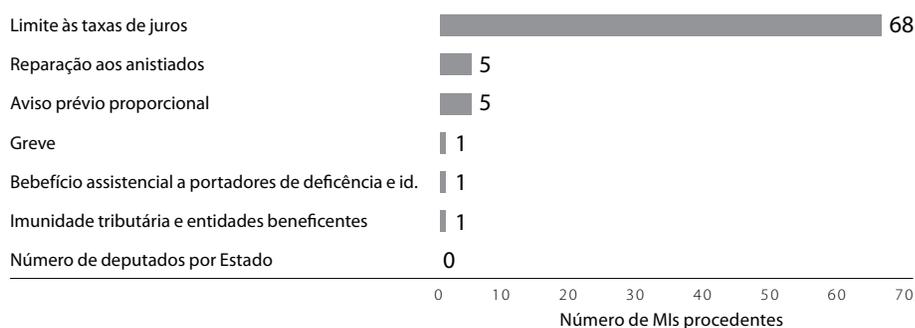
Temas julgados procedentes



Fonte: elaborado pelos autores.

Gráfico 11 - Distribuição por temas das decisões de procedência proferidas a partir de agosto/2007

Temas julgados procedentes



Fonte: elaborado pelos autores.

A análise longitudinal das decisões de procedência será retomada na parte final do desenvolvimento deste artigo. Antes disso, porém, serão avaliados os resultados produzidos por tais julgados, o que depende não apenas do exame das características dos MIs procedentes, anteriormente descritas, como também da investigação acerca dos atos eventualmente praticados pelas autoridades e órgãos omissos para dar cumprimento a referidas decisões. Esse é o objeto da seção seguinte.

3. Investigação acerca dos resultados produzidos pelas decisões procedentes

Se o número de temas versados nas decisões de procedência proferidas em sede de MI já é bastante reduzido, menor ainda é o quantitativo de temas que foram efetivamente regulamentados após a prolação de tais decisões, em relação aos quais se pode cogitar da existência de relação de causalidade entre os julgamentos de procedência e a edição das leis regulamentadoras. Apenas 3 dos 9 temas mencionados anteriormente foram legalmente regulamentados após a prolação de decisões de procedência pelo STF em MIs que os tinham por objeto, quais sejam: a definição do número de representantes dos Estados na Câmara dos Deputados, em relação à qual há 1 decisão de procedência, proferida no MI 219 em 22/08/1990, e que foi regulamentada pela Lei Complementar n. 78, de 30/12/1993; o direito ao aviso prévio proporcional,

versado em decisões procedentes proferidas no período de 1992 a 2017 e regulamentado pela Lei n. 12.506, de 11/10/2011; e o direito dos anistiados políticos à reparação econômica, objeto de decisões de procedência proferidas nos anos de 1991 a 2003 e disciplinado pela Lei n. 10.559, de 13/11/2002.

Em relação a esses 3 temas, a investigação acerca do processo legislativo que culminou com a edição das normas regulamentadoras oferece evidências de que os julgamentos do STF efetivamente contribuíram, de maneira relevante, para que as omissões inconstitucionais fossem supridas. Essa contribuição é especialmente notada quanto aos 2 primeiros temas (número de deputados por Estado e aviso prévio proporcional), em relação aos quais é possível atestar a existência de relação de causalidade entre tais eventos.

De fato, a Lei Complementar n. 78/1993 é originária do Projeto de Lei Complementar n. 165, apresentado à Câmara dos Deputados em 1º/09/1993. Na justificção que integrou o texto da referida proposição legislativa, o deputado Genebaldo Correia praticamente se limitou a reproduzir o teor de ofício enviado pelo STF à Câmara dos Deputados para comunicar-lhe o resultado do julgamento proferido no MI 219.

Por sua vez, a Lei n. 12.506/2011 decorreu da aprovação do Projeto de Lei n. 3.941, apresentado pelo senador Carlos Chiarelli em 24/04/1989. Após ser aprovada no Senado Federal, essa proposição foi encaminhada, ainda no ano de 1989, à Câmara dos Deputados, na qual tramitou regularmente até 14/09/1995, quando foi considerada como pronta para inclusão na ordem do dia. A partir de então, sua tramitação ficou paralisada durante quase 16 anos, período em que não se verificou nenhuma modificação em seu andamento.

Diante da inércia do Poder Legislativo, a qual já havia sido reconhecida em decisões anteriores do STF, os ministros que compunham esse tribunal decidiram, na sessão do dia 22/06/2011, dedicada à análise conjunta dos MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, reafirmar a existência de omissão legislativa quanto ao aviso prévio proporcional e, dessa vez, promover a integração provisória do vácuo normativo constatado. Não obstante, em razão da quantidade e da diversidade de propostas de integração oferecidas pelos ministros, o julgamento acabou sendo suspenso. A tramitação do Projeto de Lei n. 3.941/1989 foi, então, subitamente retomada na Câmara dos Deputados, que a aprovou no dia 22/09/2011, ou seja, exatamente 3 meses depois da sessão de julgamento referida. A inclinação do STF para proferir decisão aditiva sobre a matéria foi expressamente citada por vários deputados que participaram da sessão de discussão e votação dessa proposição legislativa, em cujo entendimento sua

pronta aprovação era necessária para evitar que o tema fosse regulamentado pelo Poder Judiciário, em substituição ao Legislativo²².

Quanto ao terceiro tema mencionado, a situação é ligeiramente diversa, uma vez que os parlamentares que participaram da edição da Lei n. 10.559/2002 não declararam, de modo expresso e taxativo, a existência de vínculo causal entre as decisões de procedência proferidas nos MIs sobre o direito dos anistiados e a regulamentação dessa matéria. De qualquer modo, o processo legislativo que deu origem a esse diploma, embora tenha tramitado de forma bastante abreviada no Congresso, também oferece indícios de que as decisões proferidas pelo STF acerca do tema exerceram influência relevante sobre a iniciativa do legislador federal no sentido de regulamentar o assunto²³.

De fato, a Lei n. 10.559/2002 derivou da conversão da Medida Provisória n. 65, de 28/08/2002, a qual, por sua vez, foi precedida pela Medida Provisória n. 2.151, editada originalmente em 31/05/2001 e sucessivamente reeditada por três vezes. Nas exposições de motivos referentes às medidas provisórias mencionadas, restou dito que, dentre outras finalidades, tais atos se destinavam a contribuir para a redução do número de ações propostas perante o Poder Judiciário com fundamento no art. 8º do ADCT. Afirmou-se, adicionalmente, que havia se formado um consenso de que já não era mais admissível procrastinar a submissão da matéria à apreciação do Congresso Nacional, de modo a obter do Poder Legislativo célere aprovação da proposta encaminhada pelo Presidente.

De modo diverso, em relação aos 6 temas restantes, os julgados de procedência foram incapazes de provocar a edição das leis necessárias ao suprimento das omissões verificadas. Quanto ao primeiro deles, as decisões do STF podem ter contribuído, na verdade, para a revogação da norma constitucional que se pretendia regulamentar, ou seja, para piorar a situação

22 A expressão “decisão aditiva” foi utilizada pelo STF nos julgamentos sobre o direito de greve dos servidores públicos para classificar o tipo de providência adotada em tais MIs. Optamos por reproduzir, neste trabalho, a expressão acolhida pelo tribunal, não obstante reconhecamos que a designação “sentença aditiva” seja reservada, em geral, às hipóteses de inconstitucionalidade por omissão relativa, caracterizadas pela existência de norma que viola o princípio da igualdade ao disciplinar certas pretensões jurídicas de alguma categoria ou grupo de sujeitos, com exclusão de outros posicionados em situação idêntica ou homóloga. Nessa linha, conferir: MORAIS, 2013; SEGADO, 2013.

23 Esse processo legislativo foi encerrado em cerca de 2 meses e meio após a edição da Medida Provisória n. 65/2002, tendo os parlamentares se limitado, na prática, a referendar a proposta presidencial veiculada por meio dessa medida.

jurídica dos impetrantes. Refere-se à fixação legal de limite para as taxas de juros aplicadas pelas instituições financeiras, tema que permaneceu sem regulamentação desde a promulgação da Constituição até a data de 29/05/2003, quando a Emenda Constitucional n. 40 implicou a revogação do art. 192, § 3º, da Constituição.

Além desse, há outros 2 temas que já haviam sido regulamentados quando da prolação das decisões de procedência existentes a seu respeito, quais sejam, a imunidade assegurada às entidades de assistência social, que foi objeto de julgado prolatado em 02/08/1991, data em que já vigorava o art. 55 da Lei n. 8.212, de 24/07/1991; e a garantia de um salário mínimo ao portador de deficiência e ao idoso carentes, objeto de decisão de procedência proferida em 05/09/1994 e regulamentada pela Lei n. 8.742, de 07/12/1993.

Os 3 temas restantes correspondem à criminalização das condutas de homofobia e transfobia, ao direito de greve no serviço público e à aposentadoria especial dos servidores. Embora as decisões de procedência proferidas a seu respeito tenham produzido efeitos que, sob a perspectiva dos impetrantes, podem ser considerados como positivos, tais temas permanecem destituídos de regulamentação legal.

Quanto à criminalização da homofobia e da transfobia, o STF proferiu, como visto, 1 única decisão, que ainda não transitou em julgado. A omissão legislativa referente à instituição desses crimes foi declarada no julgamento do MI 4.733, concluído em 13/06/2019. Embora houvesse, à época do julgamento, projetos de lei em trâmite no Congresso com o objetivo de regulamentar a matéria, o STF preferiu não aguardar a conclusão desses processos legislativos e determinou a aplicação, aos casos de homofobia e transfobia, dos tipos penais contidos na Lei n. 7.716/1989, cujo texto se limita a definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Assim, por força de decisão judicial, estão em vigor novos delitos, instituídos mediante a extensão dos termos da Lei n. 7.716/1989, cuja aplicação aos casos de homofobia e transfobia somente pode ocorrer até que o Congresso legisle a respeito, o que ainda não aconteceu. Não se trata, portanto, de efetiva regulamentação legal da matéria, mas da fixação judicial de parâmetros provisórios para a repressão da homofobia e da transfobia, mediante a ampliação de tipos penais preexistentes e que descrevem outras condutas criminosas.

Sobre o direito de greve, verificou-se a existência de 9 MIs com decisões de procedência. As primeiras 5 delas foram proferidas entre 1994

e 2002, tendo se limitado a reconhecer a mora legislativa e a comunicar essa decisão ao Congresso Nacional. As outras 4, proferidas a partir de 25/10/2007, determinaram a aplicação, em caráter provisório e com as adaptações necessárias, das Leis n. 7.701/1988 e 7.783/1989, referentes aos trabalhadores do setor privado, aos conflitos e às ações judiciais que envolvessem a interpretação do direito de greve dos servidores públicos. Não obstante a existência de decisões procedentes há mais de 25 anos sobre o assunto, algumas das quais se revestem, inclusive, de eficácia aditiva e *erga omnes*, o direito de greve dos servidores públicos permanece pendente de regulamentação legal. Assim, embora os servidores possam exercer o direito de greve, fazem-no sob a incidência de regras que não foram editadas com o fim específico de disciplinar seu direito e que somente deveriam incidir sobre eles de modo provisório, as quais não afastam, portanto, a situação de omissão inconstitucional provocada pelo legislador. Nos termos do voto condutor do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693.456, apreciado sob o regime da repercussão geral em 27/10/2016, as mencionadas decisões aditivas do STF garantem, tão somente, a eficácia mínima do direito de greve dos servidores²⁴.

O último tema consiste no direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, objeto de 3.566 MIs julgados procedentes entre 30/08/2007 e 05/10/2019. Até a superveniência da Emenda Constitucional n. 103, de 12/11/2019, que impôs nova reforma ao sistema de previdência social, a matéria era regulamentada pelo art. 40, § 4º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda n. 47/2005. Este dispositivo serviu de parâmetro para que o STF declarasse a omissão do legislador federal quanto à regulamentação do direito atribuído aos servidores públicos. De acordo com o entendimento firmado pelo tribunal, a aposentadoria especial dos servidores deveria ser disciplinada por lei complementar de caráter nacional, derivada de iniciativa do Presidente da República. Embora a inércia do legislador federal tenha sido declarada já no ano de 2007 e reafirmada em milhares de decisões do STF, o texto pretérito do art. 40, § 4º, da Constituição permaneceu, durante todo o período em que vigorou, destituído da regulamentação necessária à plena produção dos seus efeitos.

De fato, após agosto de 2007, quando foi proferida a primeira decisão de procedência sobre o tema, a única lei federal editada com o objetivo de

24 VALE, 2013.

regulamentar o art. 40, § 4º, da Constituição corresponde à Lei Complementar n. 144, de 15/05/2014. Ocorre que esse diploma legal dispôs sobre aspecto do direito à aposentadoria especial que já havia sido regulamentado anteriormente, uma vez que se limitou a modificar a ementa e o art. 1º da Lei Complementar n. 51, de 20/12/1985, a qual fixava, desde antes da Constituição de 1988, regras especiais para a aposentadoria de policiais. Desse modo, a Lei Complementar n. 144/2014 não contribuiu para suprimir ou restringir a omissão normativa existente sobre o assunto, mas apenas modificou o teor de regras legais preexistentes.

Por sua vez, a Súmula Vinculante n. 33, aprovada pelo STF em 09/04/2014, além de não se revestir da natureza de lei complementar nacional, não estabeleceu disciplina especificamente destinada a regulamentar o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, limitando-se a determinar a aplicação, no que coubesse, das regras do regime geral da previdência social aos servidores públicos, até que sobreviesse a edição de lei complementar específica²⁵. Assim, conforme reiteradamente reconhecido pelo ministro Dias Toffoli em decisões monocráticas acerca do tema, das quais constitui exemplo o julgado proferido em 26/10/2017 no MI 6.679, a edição da súmula mencionada não colmatou a omissão normativa relacionada ao art. 40, § 4º, III, da Constituição.

Destarte, a exemplo do que se constatou a respeito do direito de greve, as decisões de procedência sobre a aposentadoria especial não ensejaram o suprimento da omissão legislativa existente acerca do art. 40, § 4º, da Constituição. Tais decisões serviram, tão somente, para viabilizar o exercício da aposentadoria especial em relação a parcela dos servidores titulares desse direito, mediante a aplicação analógica de regras estipuladas para outras categorias e que somente deveriam incidir sobre eles em caráter provisório.

Ainda que não tenham provocado a regulamentação legal do direito à aposentadoria especial, as decisões do STF influenciaram a decisão do Congresso de alterar a disciplina constitucional aplicável à matéria, que, hoje, é regida pelo art. 40, §§ 4º-A, 4º-B e 4º-C, da Constituição, na redação conferida pela Emenda n. 103/2019. De acordo com a sistemática atual, permanece dependente de regulamentação legal o direito de aposentadoria especial conferido aos servidores com deficiência, aos que exerçam atividades de risco ou àqueles que trabalhem sob efetiva exposição a agentes

25 BRASIL, 2014.

prejudiciais à saúde; alterou-se, entretanto, a competência para a edição da lei regulamentadora, que passou a ser do ente federativo ao qual o servidor é vinculado, em lugar da previsão anterior de uma lei complementar de caráter nacional.

Ademais, a Emenda n. 103/2019 fixou disposições transitórias para viabilizar a fruição desse direito enquanto não existirem as necessárias leis regulamentadoras. Tais normas provisórias, constantes dos art. 5º, 10, 21 e 22 da Emenda n. 103/2019, seguiram, basicamente, as diretrizes jurisprudências fixadas pelo STF ao determinarem a observância, em relação aos servidores públicos, das regras de aposentadoria especial aplicáveis aos trabalhadores do regime geral da previdência social, quais sejam, os art. 47 e 48 da Lei n. 8.213/1991 e o disposto na Lei Complementar n. 142/2013; bem como ao adotarem os critérios previstos na Lei Complementar n. 51/1985 para os agentes penitenciários e outros servidores que, à semelhança dos policiais, desempenham atividades de risco inerente.

A existência de tais disposições transitórias não respalda, entretanto, a conclusão de que as decisões do STF sobre aposentadoria especial provocaram a regulamentação da matéria. Isso porque, em primeiro lugar, trata-se de meras normas provisórias que, em linhas gerais, consolidaram no texto constitucional o entendimento que havia sido firmado pelo STF. Em outros termos, a Emenda n. 103/2019 constitucionalizou os parâmetros precários e temporários provenientes da jurisprudência do STF, agregando-lhes algumas restrições à fruição da aposentadoria especial, a exemplo da definição de limites mínimos de idade e de tempo de exercício efetivo no serviço público e no respectivo cargo, além da delimitação do conjunto de categorias que fazem jus à aposentadoria especial pelo desempenho de atividades de risco.

Em segundo lugar, as disposições transitórias da Emenda n. 103/2019 somente alcançam os servidores públicos federais, além dos policiais civis do Distrito Federal. Assim, os servidores públicos vinculados aos Estados e aos Municípios, bem como todos os servidores distritais das demais categorias, que correspondem à grande maioria dos servidores públicos brasileiros, não foram beneficiados, nem sofreram as restrições advindas dessas normas provisórias.

Em terceiro lugar, a análise acerca do processo legislativo concernente à Emenda n. 103/2019 não oferece indícios suficientes para a caracterização de vínculo de causalidade entre os julgados do STF e a decisão do Congresso de aprovar a nova reforma da previdência. Diversamente do que se observou

em relação aos 3 primeiros temas examinados na presente seção, a exposição de motivos referente à proposta que deu origem à emenda referida, além de não contemplar nenhuma menção aos julgados do STF ou à mora do legislador federal, deixa claro que seu objeto ultrapassa, em muito, o tema da aposentadoria especial dos servidores: buscava-se, na verdade, a construção de um novo sistema de seguridade social, voltado, precipuamente, a reduzir a despesa previdenciária. Além disso, a edição da Emenda n. 103/2019 ocorreu mais de 12 anos após a prolação, pelo STF, da primeira decisão sobre aposentadoria especial em sede de MI. Nesses termos, embora seja nítida a influência provocada pelos julgados do STF sobre o conteúdo da Emenda n. 103/2019, não há evidências de que tais julgamentos tenham contribuído, de maneira decisiva ou relevante, para a decisão tomada pelo constituinte de instituir um novo modelo de seguridade social.

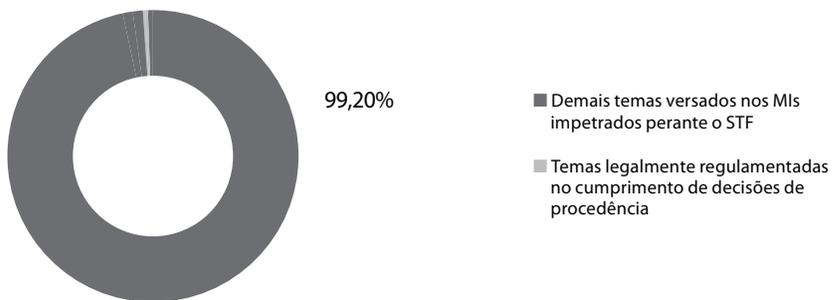
Em síntese, a omissão declarada pelo STF quanto à aposentadoria especial, com fundamento na redação anterior do art. 40, § 4º, da Constituição, não chegou a ser colmatada pelo legislador nacional; as alterações implementadas pelo constituinte reformador não suprimiram a necessidade da regulamentação legal da matéria; as disposições transitórias previstas na Emenda n. 103/2019 não contemplam a maior parte dos servidores e, mesmo em relação aos que foram contemplados, não lhes fornece uma regulamentação permanente e específica do seu direito à aposentadoria especial, mas os submetem, em caráter provisório, à incidência de disciplina instituída para outras categorias.

Diante desse quadro, nota-se que, em relação à criminalização da homotransfobia e aos direitos de greve e de aposentadoria especial dos servidores públicos, o instituto do MI não se revelou integralmente efetivo, ou seja, não cumpriu seus objetivos de forma plena. De fato, enquanto as normas regulamentadoras não são editadas, os direitos dos impetrantes somente têm sido assegurados de maneira precária, por meio da aplicação de regras provisórias, as quais são provenientes de órgãos diversos dos competentes para dispor sobre tais temas ou que se destinam a reger outros sujeitos e situações. Ademais, embora se trate de ação judicial concreta, diretamente destinada à garantia de direitos subjetivos, não se deve desconsiderar que o MI também possui como finalidade a edição das normas regulamentadoras necessárias ao suprimento das omissões inconstitucionais²⁶.

26 RAMOS, 2013; FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011.

Desse modo, verifica-se que os 3.697 MIs julgados procedentes somente contribuíram para a regulamentação legal de 3 dispositivos constitucionais, dos quais 1 versa sobre direito de trabalhadores do setor privado (aviso prévio proporcional); 1 trata de direito transversal (definição do número de representantes de cada Estado na Câmara dos Deputados); e 1 diz respeito a direito comum a servidores públicos e a trabalhadores do setor privado (direito dos anistiados políticos à reparação econômica). Isso significa que, dos 375 temas versados na população de MIs impetrados perante o STF, apenas 3 foram efetivamente regulamentados no cumprimento de decisões de procedência proferidas pelo tribunal.

Gráfico 12 - Taxa de temas legalmente regulamentados no cumprimento de decisões de procedência proferidas em sede de MI



Fonte: elaborado pelos autores.

Ademais, as decisões de procedência propiciaram a definição de parâmetros normativos provisórios para o exercício de outros 3 direitos constitucionais, sendo 2 de titularidade de servidores públicos (greve e aposentadoria especial) e 1 de grupos minoritários (criminalização da homotransfobia).

4. Análise evolutiva dos efeitos das decisões de procedência

Além da identificação dos resultados produzidos pelos MIs julgados procedentes, o alcance dos objetivos propostos na introdução deste artigo demanda a realização de análise evolutiva a respeito dos efeitos conferidos pelo STF às decisões de procedência proferidas em sede de MI. Como visto, os trabalhos doutrinários relacionados ao instituto em exame sustentam, de maneira recorrente, que, em decorrência da interpretação adotada pelo

STF na Questão de Ordem suscitada no MI 107 (MI-QO 107), o MI era um instrumento de pouca ou nenhuma utilidade durante os anos iniciais de vigência da Constituição de 1988. Essa situação teria perdurado até o ano de 2007, quando referido tribunal, ao julgar os MIs 670, 708, 712 e 721, modificou substancialmente seu entendimento originário acerca da eficácia do instituto, segundo o qual era vedado ao Poder Judiciário suprir, por ato próprio, a omissão normativa verificada no julgamento das ações dessa espécie. Com essa mudança jurisprudencial, o problema de *deficit* ou ausência de efetividade do instituto teria sido solucionado, de modo que o MI haveria se transformado em um forte instrumento de concretização dos direitos constitucionais dependentes de regulamentação normativa.

Na seção anterior, verificamos que, mesmo se considerado todo o período sob investigação, o quantitativo de direitos regulamentados em cumprimento a decisões de procedência proferidas em MI é muito baixo. A presente seção se dedica à análise das correlações existentes entre os resultados produzidos pelas decisões de procedência e os efeitos conferidos a esses julgados pelo STF, os quais, segundo a doutrina, sofreram alterações ao longo do tempo, em trajetória que teria propiciado o progressivo fortalecimento do instituto, até que pudesse atingir sua conformação ideal no ano de 2007.

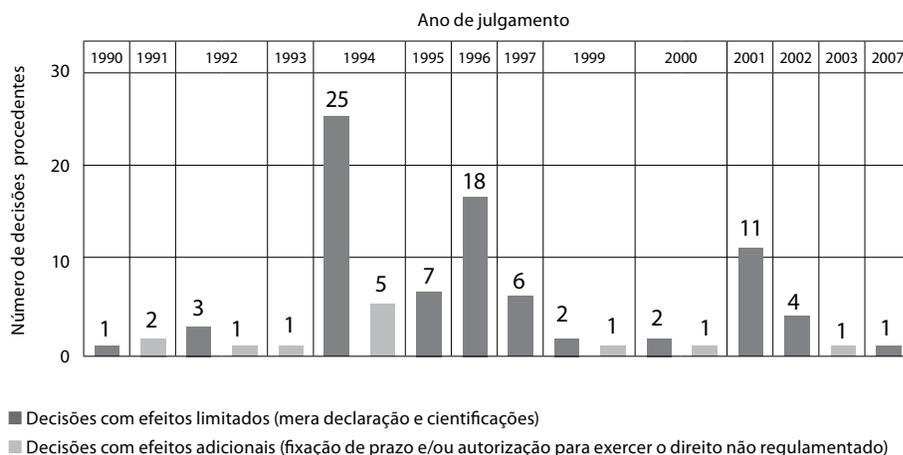
4.1 Período inicial: da promulgação da Constituição até julho de 2007

No período que se estende da promulgação da Constituição de 1988 até julho de 2007, o STF decidiu 718 MIs, dos quais 92 foram julgados total ou parcialmente procedentes, o que corresponde a uma taxa de procedência de 12,81%. A primeira decisão de procedência identificada data de 22/08/1990 e foi proferida no mencionado MI 219. Em observância ao entendimento que havia sido firmado no julgamento da MI-QO 107, o pedido veiculado no MI 219 foi deferido apenas em parte, tendo o STF se limitado a declarar a existência de mora inconstitucional quanto à regulamentação do art. 45, § 1º, da Constituição e a cientificar o Congresso Nacional acerca da omissão verificada, a fim de que a suprisse.

Essa modalidade de decisão limitada, cujos efeitos se circunscrevem à declaração da omissão e à cientificação dos órgãos ou autoridades em mora, foi a mais frequente ao longo da fase inicial em análise, correspondendo a 80 do total de 92 julgados procedentes. Os 12 restantes foram revestidos de conteúdo adicional: além do reconhecimento da situação de mora, o

STF fixou prazo para que a omissão fosse suprida pelos próprios órgãos ou autoridades responsáveis por sua ocorrência, bem como determinou que, após configurado o descumprimento desse prazo, o impetrante poderia exercer seu direito independentemente da regulamentação faltante.

Gráfico 13 - Distribuição anual das decisões de procedência, segmentadas por tipo de efeitos produzidos



Fonte: elaborado pelos autores.

Como se depreende do Gráfico 13, não há, entre os 2 grupos de decisões descritos, uma relação de sucessão no tempo que seja capaz de separá-los em subfases estanques; tais modalidades decisórias estão dispersas na linha temporal correspondente a essa primeira fase, não havendo, por exemplo, um momento inicial de contenção dos efeitos do MI sucedido por um período de fortalecimento do instituto, em que a interpretação fixada na MI-QO 107 tivesse sido superada. Na verdade, o STF sequer considera que tais decisões apresentam diferenças substanciais para que sejam separadas em grupos distintos, mas as trata, todas elas, como casos de aplicação do entendimento firmado naquele *leading case*.

De fato, o segundo julgamento de procedência prolatado em sede de MI já contemplou determinações adicionais à mera declaração e cientificação dos órgãos omissos. Refere-se à decisão que, no dia 20/03/1991, julgou parcialmente procedente o MI 283 para, além de produzir os mencionados

efeitos básicos, assinar prazo para que os órgãos omissos editassem a lei necessária à regulamentação do art. 8º, § 3º, do ADCT e, no caso de descumprimento desse prazo, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, pela via processual adequada, reparação por perdas e danos, sem prejuízo de posterior percepção dos benefícios eventualmente previstos pela lei regulamentadora. Referido julgamento foi relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence, que se esforçou, juntamente com o ministro Moreira Alves, para caracterizá-lo como um ato de continuidade ou reafirmação do entendimento acolhido na MI-QO 107.

Além do MI 283, o STF julgou procedentes outros 10 MIs sobre o direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT, aos quais atribuiu efeitos semelhantes aos conferidos à primeira decisão sobre o tema. Essas 10 decisões posteriores estão dispersas ao longo do período que se estende de 1991 a 2003. Com exceção do último julgado de procedência sobre o assunto, que somente foi finalizado em 20/02/2003, todos os demais precederam a edição da Lei n. 10.559/2002, responsável por regulamentar a norma constitucional mencionada.

A terceira decisão de procedência proferida em sede de MI também não se limitou aos efeitos básicos de declaração e cientificação. Ao julgar o MI 232, o STF deferiu, em parte, o pleito do impetrante para declarar a mora do Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de 6 meses, providenciasse a regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de que, vencido esse prazo, passasse o requerente a gozar da imunidade requerida. Esse julgamento foi relatado pelo ministro Moreira Alves, que expressamente rejeitou a possibilidade de o STF suprir a omissão legislativa. Segundo o relator, a atividade de integração normativa, mesmo que limitada ao caso concreto, destoaria do precedente firmado na MI-QO 107, o qual, por outro lado, admitiria a solução por ele proposta, consistente na autorização para o impetrante exercer o direito à imunidade sem as restrições que a lei pudesse estabelecer futuramente.

Quando esse julgamento foi finalizado, em 02/08/1991, o tema já havia sido regulamentado pelo art. 55 da Lei n. 8.212, de 24/07/1991, de modo que a edição dessa norma legal não pode ser considerada como uma decorrência da decisão de procedência, que sequer existia à época. Não há, também, indícios relevantes de que os atos iniciais desse julgamento teriam impulsionado a edição da norma regulamentadora. De fato, no momento em que editada a Lei n. 8.212/1991, o julgamento do MI 232 estava suspenso em razão de pedido de vista do ministro Célio Borja e, até então, somente

havia sido proferidos 3 votos, dos quais 2 eram divergentes do entendimento sustentado pelo relator, que acabaria prevalecendo.

A superveniência desses dois julgados com efeitos adicionais não significou, no entanto, a superação ou o abandono da postura de contenção originalmente assumida pelo STF na MI-QO 107. Até o fim desse período inicial, foram proferidas outras 79 decisões com efeitos limitados à declaração e à cientificação acerca da omissão inconstitucional, as quais foram intercaladas por uma dezena de julgados sobre o direito de reparação econômica dos anistiados, revestidos de efeitos similares àqueles atribuídos ao acórdão prolatado no MI 283.

Ao final do período que se estende da promulgação da Constituição de 1988 até o mês de julho de 2007, haviam sido proferidas 92 decisões procedentes, quantitativo que equivale a 2,49% do total de 3.697 julgados incluídos nessa categoria. Embora se trate de número relativamente reduzido, tais decisões versaram sobre a quase totalidade dos temas julgados procedentes em sede de MI. De fato, 7 dos 9 temas em relação aos quais o STF reconheceu a existência de omissão inconstitucional já haviam sido objeto de decisões procedentes nesse período inicial; as exceções correspondem ao direito de aposentadoria especial assegurado a servidores públicos e à criminalização da homotransfobia, únicos a respeito dos quais somente há decisões de procedência a partir de agosto de 2007 (Gráficos 10 e 11).

Em relação aos resultados produzidos por tais decisões, nota-se que, dos 7 temas julgados procedentes, 2 foram legalmente regulamentados ainda durante esse período inicial, sendo 1 em decorrência de decisão com efeitos limitados à declaração e à cientificação da mora, e 1 em cumprimento a decisões com efeitos adicionais, consistentes na fixação de prazo e na autorização para os impetrantes exercerem o direito não regulamentado. Dos 5 restantes, 2 já haviam sido regulamentados anteriormente à prolação das decisões de procedência; 2 permaneceram sem regulamentação até o final dessa primeira fase; e 1 foi suprimido em decorrência da revogação da norma constitucional que dependia de regulamentação. Assim, embora tenham sido proferidas no período em que prevalecia, essencialmente, o entendimento fixado no julgamento da MI-QO 107, as mencionadas 92 decisões contribuíram para a regulamentação legal de 2 normas constitucionais.

4.2 Período final: de agosto de 2007 em diante

O período iniciado em agosto de 2007 é caracterizado, como visto, pela superação do precedente firmado na MI-QO 107. Naquele mês, o STF finalizou o julgamento do MI 721, em que, além de declarar a mora do legislador, fixou, para o caso concreto e de forma temporária, as balizas normativas necessárias ao exercício do direito à aposentadoria especial, assegurado à impetrante pelo art. 40, § 4º, da Constituição, na redação dada pela Emenda n. 47/2005. Considerando a inexistência de regulamentação específica acerca do tema, o tribunal determinou a adoção, quanto aos servidores públicos, da disciplina própria aos trabalhadores do setor privado, constante da Lei n. 8.213/1991.

Essa nova orientação, reputada como indispensável para resgatar o instituto da situação de inoperância em que supostamente se encontrava, foi reafirmada no julgamento dos MIs 670, 708 e 712, finalizado em 25/10/2007, ocasião em que o STF determinou a aplicação, aos servidores públicos, de leis que disciplinam o exercício do direito de greve pelos trabalhadores do setor privado, também em caráter provisório e com as adaptações necessárias. A partir de então, nenhuma decisão de procedência proferida pelo STF em sede de mandado de injunção sofreu as limitações fixadas no julgamento da MI-QO 107.

De fato, todas as decisões proferidas nesse período final envolveram o desempenho de função positiva ou integrativa pelo STF, em nítido rompimento com a postura de autocontenção mantida pelo tribunal durante a fase anterior²⁷. Desde agosto de 2007, foram proferidas 3.605 decisões

27 Conforme relata Carlos Alexandre de Azevedo Campos, foi, justamente, em oposição à ideia de autocontenção judicial que Arthur Schlesinger Jr. apresentou, de modo pioneiro, a expressão “ativismo judicial” em artigo publicado no ano de 1947 sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Nessa linha, a atuação do Judiciário como legislador positivo, especialmente nos casos de substituição da vontade do legislador, constituiria manifestação do ativismo (CAMPOS, 2016). Ronald Dworkin, por sua vez, define o ativismo judicial como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Em suas palavras, “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige” (DWORKIN, 1999. pp. 451-55). O ativismo judicial não é compreendido, no entanto, como um comportamento necessariamente negativo ou prejudicial à ordem constitucional. A propósito, Anderson Vichinkeski Teixeira considera que são de quatro espécies as condutas ativistas que mais lesam a ordem constitucional e a instabilidade institucional: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos Poderes, a desconsideração de precedentes jurisprudenciais e a proliferação de decisões viciadas por decisionismo político. Por outro lado, considera que o ativismo pode ser positivo para a garantia de direitos fundamentais, desde que não se torne um instrumento de decisão política, mas seja fundamentado em argumentos jurídicos que não desconsiderem a *mens legis* e a *mens legislatoris* (TEIXEIRA, 2012).

de procedência em conformidade com esse novo entendimento, das quais 3.566 versam sobre o direito de servidores públicos à aposentadoria especial; 34 sobre o direito do trabalhador ao aviso prévio proporcional; 4 sobre o direito de greve de servidores públicos; e 1 sobre a criminalização da homotransfobia (Gráfico 11).

Diversamente do que se observou quanto à fase anterior, o período iniciado em agosto de 2007 é caracterizado por substancial majoração do quantitativo de decisões de procedência. Por outro lado, o número de temas versados em tais julgados é muito baixo, correspondendo a apenas 4, sendo que 2 deles já haviam sido objeto de decisões procedentes na fase inicial. Em outros termos, os 3.605 julgamentos de procedência prolatados a partir de agosto de 2007 somente cresceram, ao rol de temas julgados procedentes em sede de MI, o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos e a criminalização da homotransfobia.

Acerca dos resultados decorrentes de tais decisões, verificou-se, anteriormente, que os julgados de procedência relacionados à criminalização da homotransfobia e aos direitos de greve e de aposentadoria especial não foram capazes de provocar a edição das leis necessárias à regulamentação desses temas, embora revestidos da eficácia reforçada que o STF passou a lhes conferir a partir de 2007. Em relação ao direito ao aviso prévio proporcional, as 34 decisões de procedência contempladas nessa fase final somente foram proferidas a partir do ano de 2013, quando o tema já havia sido regulamentado mediante a edição da Lei n. 12.506/2011. Assim, diversamente do que ocorreu quanto aos outros 3 temas mencionados, tais decisões sobre aviso prévio não trataram de tema pendente de disciplina legislativa. Por essa razão, o STF determinou que diretrizes idênticas às fixadas pela Lei n. 12.506/2011 deveriam incidir nos casos impetrados anteriormente ao advento do referido diploma regulamentador, desde que os respectivos julgamentos houvessem sido iniciados antes desse marco temporal.

Por serem posteriores à Lei n. 12.506/2011, referidas 34 decisões de procedência não constituem fatores responsáveis por causar sua edição. Esse diploma legal foi aprovado, na verdade, em decorrência do impulso provocado pelo STF durante o julgamento conjunto dos MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, em que, ao averter a possibilidade de proferir decisão aditiva sobre a matéria, o tribunal estimulou o Congresso Nacional a aprovar, em apenas 3 meses, projeto de lei que estava paralisado há quase 16 anos na Câmara dos Deputados, do qual se originou a mencionada Lei n. 12.506/2011. Isso

significa, portanto, que a modificação jurisprudencial ocorrida em 2007 contribuiu para que referido ato normativo fosse editado.

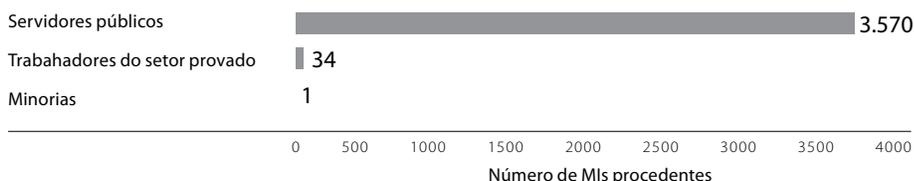
Diante disso, constata-se que a alteração jurisprudencial operada pelo STF em 2007 teve impacto bastante restrito, alcançando tão somente 4 temas ou direitos dependentes de regulamentação, dos quais somente 1 foi efetivamente regulamentado por lei. A intensificação dos efeitos produzidos pelo mandado de injunção está associada à redução do número de temas julgados procedentes pelo STF, que a partir de 2007 passou a proceder de maneira ainda mais cautelosa ao verificar a existência de omissão inconstitucional, especialmente nos casos em que a legislação não fornece parâmetros prévios para auxiliar o tribunal a estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito pendente de regulamentação. Essa situação se verificou, por exemplo, no julgamento conjunto dos já mencionados MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, em que o STF, diante da pluralidade de propostas de integração apresentadas pelos ministros, optou por protelar sua conclusão, com o objetivo de conduzir o legislador a suprir, por ato próprio, a omissão constatada, o que, de fato, acabou acontecendo.

Além de inibir a prolação de decisões de procedência sobre outras temáticas, referida alteração jurisprudencial produziu um efeito negativo adicional. A definição judicial de critérios para o exercício de direitos constitucionais não regulamentados, embora constitua uma medida adotada em caráter precário, suaviza a situação de pressão e constrangimento impostos ao legislador em decorrência do reconhecimento do seu estado de mora. Em relação aos direitos de aposentadoria especial e de greve dos servidores públicos, apesar de existirem decisões procedentes com efeitos reforçados desde agosto e outubro de 2007, respectivamente, o legislador federal permaneceu omissos até a data final do período pesquisado, fazendo perdurar, por mais de 12 anos, as soluções temporárias veiculadas pelo STF.

Assim, a modificação jurisprudencial mencionada não proporcionou os resultados esperados pelos juristas que reiteradamente a defenderam como indispensável à efetividade do MI. Se, por um lado, trouxe benefícios aos titulares dos poucos direitos aos quais foi aplicada, a ampliação dos efeitos do MI apresenta-se, por outro, como fator de inibição à prolação de novas decisões de procedência sobre outras temáticas.

Gráfico 14 - Titulares dos direitos acolhidos nas decisões com efeitos aditivos

Titulares dos direitos acolhidos



Fonte: elaborado pelos autores.

Em vez de propiciar a concretização generalizada das normas constitucionais, a intensificação dos efeitos do MI contribuiu para que o conjunto de temas julgados procedentes se mantivesse bastante circunscrito, revelando-se, sob essa perspectiva, como prejudicial à efetivação dos direitos constitucionais.

5. Conclusão

A análise estatística realizada na presente pesquisa revela a baixa efetividade do MI para alcançar sua finalidade precípua, qual seja, provocar a edição das normas regulamentadoras necessárias ao exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas mencionados no art. 5º, LXXI, da Constituição. Embora o quantitativo de MIs julgados procedentes seja considerável, correspondendo a 3.697 do total de 7.014 MIs impetrados no período sob análise, são apenas 9 os temas versados nessas decisões de procedência. O elevado quantitativo de decisões procedentes não está associado, portanto, a um igualmente elevado número de temas ou direitos acolhidos pelo STF, mas se deve à profusão de MIs sobre 1 único assunto, consistente no direito de servidores e agentes públicos à aposentadoria especial, que constitui o objeto de mais de 96% dos MIs procedentes.

O número de temas regulamentados em cumprimento às decisões de procedência proferidas nos MIs é ainda menor: apenas 3 dos 9 temas julgados procedentes foram legalmente regulamentados após a prolação das decisões respectivas, quais sejam, o direito transversal à definição do número de representantes de cada Estado-membro na Câmara dos Deputados, contemplado no art. 45, § 1º, da Constituição; o direito dos trabalhadores

ao aviso prévio proporcional, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição; e o direito dos anistiados políticos à reparação econômica, assegurado pelo art. 8º, § 3º, do ADCT a aeronautas do setor privado e do serviço público. O quantitativo de temas efetivamente regulamentados equivale, portanto, a menos de 1% do total de 375 temas suscitados nos MIs impetrados perante o STF. Ademais, dos 3 temas regulamentados em cumprimento às decisões procedentes, apenas 1 envolve direito de servidores e agentes públicos, ainda que não se trate de um direito exclusivo desse grupo.

O problema de *deficit* de efetividade do mandado de injunção não foi solucionado pela modificação jurisprudencial promovida em agosto de 2007, quando o STF superou o entendimento firmado no julgamento da MI-QO 107 e passou a atribuir efeitos aditivos às suas decisões de procedência. Essa alteração de entendimento, embora tenha contribuído para a explosão do número de MIs impetrados por servidores e agentes públicos, somente está associada à regulamentação de 1 direito constitucional (aviso prévio proporcional), ao passo que os 2 restantes (reparação dos anistiados e definição do número de deputados por Estado) foram regulamentados ainda sob a prevalência da interpretação anterior, reiteradamente apontada pela doutrina como a causa da suposta situação de inutilidade do MI.

A alteração jurisprudencial operada em 2007 ampliou, de fato, os efeitos conferidos às decisões proferidas nos MIs. Além de ter contribuído para a regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional, a admissão do desempenho de função positiva pelo STF serviu para viabilizar, em relação a parcela dos servidores e agentes públicos, o exercício dos direitos de greve e aposentadoria especial, por meio da aplicação analógica de regras concernentes aos trabalhadores do setor privado (ou de outra categoria do próprio serviço público, no caso da aposentadoria especial pelo desempenho de atividades de risco) e que somente deveriam incidir sobre eles em caráter provisório. Ensejou, também, a criminalização das condutas de discriminação por homotransfobia, mediante a ampliação do alcance dos tipos penais da Lei do Racismo, até que o Congresso legisle sobre a matéria. Embora seja duvidosa a efetividade desta última medida para os fins de reduzir substancialmente os casos de discriminação e de contribuir para a inclusão social da população LGBTI, a criminalização dos atos de homofobia e transfobia reveste-se do efeito simbólico positivo derivado do reconhecimento, pelo próprio Estado, de que tem falhado na proteção dos direitos desses grupos sociais minoritários.

Assim, conquanto não tenha propiciado a regulamentação legal desses temas, o que caracterizaria o efetivo cumprimento da finalidade do MI de suprir as omissões existentes a seu respeito, resta claro que tais decisões aditivas produziram resultados favoráveis aos servidores e agentes públicos titulares dos direitos de aposentadoria especial e greve, bem como aos grupos minoritários que são objeto de discriminação por homotransfobia.

Ao lado desses resultados positivos, porém, a modificação da jurisprudência do STF também trouxe reflexos negativos para a efetividade do MI. De fato, a intensificação dos efeitos produzidos pelo MI está associada à redução do número de temas julgados procedentes pelo STF. Desde agosto de 2007, embora tenham sido julgados procedentes 3.605 MIs, apenas 2 assuntos foram acrescentados ao rol de temas versados nas decisões de procedência proferidas em sede de MI. Para não ter de recuar em sua “evolução” jurisprudencial e retomar o entendimento que havia sido apontado como a causa da inefetividade do instituto, o STF passou a proceder de maneira ainda mais cautelosa ao verificar a existência de omissão, deixando para julgar procedentes apenas os casos em que estava disposto a intervir de forma mais drástica.

Além de inibir a prolação de decisões de procedência sobre novas temáticas, a alteração jurisprudencial promovida pelo STF, ao possibilitar a definição judicial de critérios para o exercício de direitos constitucionais não regulamentados, foi recebida pelos Poderes Executivo e Legislativo como um sinal de que o problema causado por sua inércia poderia ser resolvido pelo Judiciário, ainda que de forma precária. Assim, ressalvado o caso do direito ao aviso prévio proporcional, a ampliação dos efeitos do MI, em vez de reforçar a situação de pressão e constrangimento sofridos pelo legislador em decorrência do reconhecimento do seu estado de mora, teve o efeito de suavizá-la, pois propiciou alternativa judicial para a concretização dos direitos pendentes de regulamentação. O ônus que deveria ser suportado pelo legislador foi parcialmente transferido ao Poder Judiciário, e as soluções provisórias por este conferidas às omissões normativas foram se perenizando diante do prolongamento da inércia legislativa.

Isso se verifica em relação a todos os 3 temas destituídos de regulamentação legal a respeito dos quais o STF proferiu decisões revestidas de caráter aditivo. De fato, o dever de criminalização da homotransfobia já foi reconhecido judicialmente há cerca de 1 ano, mas o legislador permanece omisso a seu respeito. Sobre o direito de greve dos servidores públicos, exis-

tem decisões procedentes com efeitos reforçados desde outubro de 2007, de modo que a solução provisória adotada pelo STF já perdura por mais de 12 anos. Por fim, a omissão do legislador federal quanto à regulamentação da aposentadoria especial dos servidores se prolongou durante todo o período de vigência do art. 40, § 4º, da Constituição, com o texto atribuído pela Emenda n. 47/2005, o qual restou revogado pela Emenda n. 103/2019. No lugar da disciplina constitucional pretérita, que concentrava no legislador federal a competência para regulamentar a matéria, o Congresso Nacional optou por repartir essa função com os legisladores das diversas unidades da Federação, livrando-se, dessa forma, do ônus de regulamentar a aposentadoria especial de maneira abrangente, do qual não conseguiu se desincumbir durante todo o período coberto pela presente pesquisa. Além disso, o constituinte reformador fixou, tão somente para os servidores federais e para os policiais do Distrito Federal, disposições transitórias que reproduzem, em seus aspectos essenciais, o entendimento consolidado pelo STF acerca da aposentadoria especial; ou seja, basicamente constitucionalizou os parâmetros precários e temporários provenientes da jurisprudência do STF.

Nesses termos, a tão propalada reviravolta jurisprudencial promovida pelo STF a partir do ano de 2007 não proporcionou os resultados esperados pelos juristas que reiteradamente a defenderam como indispensável para resolver o problema de *déficit* de efetividade do MI, de modo a transformá-lo em um forte instrumento de concretização dos direitos constitucionais. Tanto antes, como depois de 2007, as decisões de procedência proferidas nos MIs estão correlacionadas à regulamentação de pouquíssimos direitos. Em vez de propiciar a concretização generalizada das normas constitucionais, em benefício das pessoas e cidadãos em geral, essa alteração jurisprudencial produziu impacto bastante limitado, tendo proporcionado resultados positivos apenas para os titulares dos poucos direitos aos quais foi aplicada.

Se a efetividade do MI não foi substancialmente alterada, nota-se, a partir de agosto de 2007, a ocorrência de mudança relevante no perfil das decisões procedentes quanto aos temas nelas versados e aos titulares dos direitos acolhidos. Durante o período em que o MI era considerado um instrumento inoperante em razão dos efeitos limitados que o STF lhe atribuía, as decisões de procedência versavam, preponderantemente, sobre direitos transversais, os quais foram definidos como os direitos que não são específicos de grupos determinados, mas comuns aos cidadãos e pessoas em geral. Essa prevalência deixou de existir, no entanto, no momento em que o

STF decidiu intensificar os efeitos do MI. A partir de então, as decisões de procedência passaram a se concentrar em direitos de servidores e agentes públicos, que constituem o objeto de mais de 99% dos julgados procedentes posteriores a julho de 2007.

Desse modo, constata-se que o STF concedeu, sim, tratamento diferenciado aos servidores e agentes públicos, uma vez que concentrou suas decisões revestidas de efeitos aditivos em temas de interesse desses sujeitos. Isso não significa, no entanto, que o MI tenha sido mais efetivo para propiciar a regulamentação de direitos de servidores e agentes públicos em comparação com os demais grupos de titulares de direitos. Seja para estes sujeitos, seja para os servidores e agentes públicos, que são os titulares dos direitos acolhidos em mais de 96% das decisões procedentes, o MI não tem cumprido sua finalidade precípua de forma satisfatória. As 3.575 decisões exclusivamente relacionadas às categorias do serviço público versam, tão somente, sobre 2 temas diversos, os quais permanecem carentes de regulamentação legal. O tratamento diferenciado conferido aos servidores e agentes públicos, embora tenha gerado as milhares de decisões de procedência mencionadas, não envolveu o acolhimento, pelo STF, de um quantitativo considerável de temas referentes a esses sujeitos, bem como não propiciou a concretização adequada de seus direitos, o que dependia da superveniência de regulamentação legal permanente e específica. A modificação jurisprudencial operada pelo STF no ano de 2007 ensejou, destarte, o desempenho de um ativismo judicial seletivo e de baixa efetividade.

Diante desse quadro, permanecemos na expectativa de uma verdadeira reviravolta jurisprudencial acerca do MI, a qual deve ser capaz de assegurar-lhe efetividade satisfatória. Para tanto, os dados levantados na presente pesquisa propugnam o desenvolvimento de uma prática jurisdicional que priorize a abertura do MI a outros temas e direitos, em benefício de outras pessoas e grupos sociais, em vez de simplesmente intensificar os poderes do STF. É possível que os primeiros passos em direção a essa nova fase na trajetória do MI já tenham sido dados. Consideramos, a propósito, que a edição da Lei n. 13.300/2016 constitui uma nova oportunidade para que a prática sobre o MI seja repensada, servindo de estímulo para que novas possibilidades de utilização do instituto sejam exploradas. Além disso, a decisão de criminalizar as condutas de homotransfobia proferida no julgamento do MI 4.733, embora mereça a crítica de ensejar uma intervenção excessivamente agressiva em tema sujeito à reserva legal estrita, possui o

mérito de ter renovado, após cerca de 12 anos, o rol de temas julgados procedentes em sede de MI, o que parece sinalizar o início da nova etapa que se tem em perspectiva.

Referências

- ALVES, Jacqueline Querino; OLIVEIRA, Fernanda Fabiana Fuentes Bruzzone; CARVALHO, Simone Barbosa de; FRISON, Mayra Figueiredo; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. O mandado de injunção como instrumento de efetividade de direitos individuais e coletivos. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 134-171, jan./jun. 2012. <http://dx.doi.org/10.18840/1980-8860/rvmd.v6n1p134-171>.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e a efetivação dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, n. 199, p. 227-235, jul./set. 2013. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502926>.
- BARBOZA, Maria Cristina. *A omissão no centro das atenções: o mandado de injunção como um instrumento de garantia de direitos fundamentais e de solução de omissões legislativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6425>.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v191.1993.45637>.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 5, p. 1-22, 2011/2012. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2523878.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituição e normatividade dos princípios: discursos e prefácios*. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 33*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas cortes estrangeiras. *Direito Público*, Brasília, ano 13, n. 70, p. 78-103, jul./ago. 2016. <https://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/159>.
- COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. *SSRN Electronic Journal*, Rochester, 2014. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. <http://hdl.handle.net/10438/11444>.
- FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro Vieira; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; HARTMANN, Ivar A. *II Relatório Supremo em Números: o Supremo e a Federação entre 2010 e 2012*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. <http://hdl.handle.net/10438/11544>.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. <http://hdl.handle.net/10438/10312>.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. <http://hdl.handle.net/10438/12055>.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 23, n. 89, p. 49-62, jan./mar. 1986. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181667>.
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *A quem interessa o controle concentrado da omissão inconstitucional: exame crítico acerca dos resultados produzidos pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18578>.

- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *O Mandado de Injunção na Constituinte e no Supremo Tribunal Federal: expectativas, resultados, críticas e perspectivas*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. As funções contemporâneas do mandado de injunção: análise empírica sobre o perfil das ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 451-488, jul./dez. 2018. <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2f187b9eab06f3bf4f1390b43910e7e1.pdf>
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. O Mandado de Injunção na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 818-870, jul./dez. 2016. <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/55>.
- GALLO, Luiz Carlos; FACHIN, Zulmar. O Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, n. 1, p. 343-352, jan./jun. 2012. <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2436>.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- MACEDO, Elaine Harzheim; MARTINS, Michelle Fernanda. A eficácia do mandado de injunção: doutrina e perspectivas jurisprudenciais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 13, n. 70, p. 97-122, nov./dez. 2011. <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/3415>.
- MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. 10.11606/D.2.2015.tde-23042015-183453.
- MEDEIROS, Humberto Jacques de. *Realização constitucional no mandado de injunção*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 100, p. 165-192, jul./set. 2011. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2011v13e100-134>.

- MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do mandado de injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (org.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 334-382.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- PASCHOAL, Gustavo Henrique; BARBOZA, Marco Aurélio Gomes. Da ineffectividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em mandado de injunção. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 275-302, jul./dez. 2011. <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i10.90>.
- PEREIRA, David da Silva. *Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010)*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013. <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/280156>.
- RAMOS, Elival da Silva. Mandado de injunção e separação dos Poderes. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 29-42, abr./jun. 2015. <https://epm.tjsp.jus.br/Publicacoes/CadernoJuridico/29093?pagina=1>.
- RAMOS, Luciane de Oliveira. *O controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: análise dos casos de omissão legislativa nos vinte e um anos da Constituição*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. 10.11606/D.8.2010.tde-25112010-142441.
- RAMOS, Luciane de Oliveira. O papel passivo do STF no controle das omissões inconstitucionais. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, RAMOS, Luciana de Oliveira; NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens Eduardo. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 79-89. <http://hdl.handle.net/10438/10959>.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; LIMA, Diogo Diniz. Mandado de injunção: origem e perspectivas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 191, p. 27-38, jul./set. 2011. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242906>.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento? Contingência e captura corporativa em três décadas

- de mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 219, p. 103-132, jul./set. 2018. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p103.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 188, p. 69-91, out./dez. 2010. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198713>.
- SABRA, Paula Rodrigues. *Mandado de injunção: a relação entre os poderes Judiciário e Legislativo*. 2008. <http://www.sbdp.org.br/publication/mandado-de-injuncao-a-relacao-entre-os-poderes-judiciario-e-legislativo/>.
- SEGADO, Francisco Fernández. Comentário sobre mandado de injunção. Estudos sobre sua Regulamentação. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 10, n. 53, p. 179-196, set./out. 2013. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2362>.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jul. 2012. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>.
- VALE, André Rufino do. Mandado de injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (org.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161-228.

Recebido em 11 de junho de 2020.

Aprovado em 22 de julho de 2020.

RESUMO: O artigo versa sobre o mandado de injunção (MI), ação instituída para combater a inconstitucionalidade por omissão do Estado. Objetivou-se avaliar os resultados produzidos pelos MIs julgados procedentes pelo Supremo Tribunal Federal (STF) até 05/10/2019, de modo a identificar quantas e quais normas constitucionais foram regulamentadas em cumprimento às decisões neles proferidas e averiguar se o instituto é especialmente efetivo para os servidores públicos. O estudo considera, ainda, a modificação jurisprudencial que permitiu ao STF suprir omissões legislativas, apontada como responsável por solucionar a situação de inefetividade até então observada acerca do instituto. Trata-se de pesquisa quantitativa, censitária e observacional, desenvolvida mediante coleta de dados primários disponibilizados pelo STF. A análise dos dados relativos aos MIs envolveu seu cruzamento com informações concernentes às normas editadas em cumprimento às decisões proferidas nesses processos. Como resultado, observou-se a baixa efetividade do MI tanto em relação aos direitos de servidores, quanto aos demais direitos, situação que persistiu após a alteração jurisprudencial mencionada, a qual ensejou, por outro lado, o desempenho de um ativismo judicial bastante seletivo pelo STF.

Palavras-chave: Mandado de Injunção, Supremo Tribunal Federal, análise estatística, decisões de procedência, servidores públicos.

ABSTRACT: The article deals with the writ of injunction (WI), an action instituted to combat unconstitutionality by omission of the State. Its objective was to evaluate the results produced by the WIs whose requests were granted by the Federal Supreme Court (FSC) until 10/05/2019, in order to identify how many and which constitutional norms were regulated in compliance with the decisions handed down and to verify if the institute is especially effective for public servants. The study also considers the jurisprudential modification that allowed the FSC to remedy legislative omissions, which was identified as responsible for resolving the situation of ineffectiveness hitherto observed regarding the institute. It is a quantitative, census-based and observational research developed through the collection of primary data provided by the FSC. The analysis of the data related to the WIs involved their crossing with information concerning the rules issued in compliance with the decisions rendered in these processes. As a result, the low effectiveness of the WI was observed both in relation to the rights of servants and other rights, a situation that persisted after the mentioned jurisprudential change, which, on the other hand, resulted in the performance of a very selective judicial activism by the FSC.

Keywords: Writ of Injunction, Federal Supreme Court, statistical analysis, decisions of granting the requests, public servants.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. A efetividade do Mandado de Injunção: investigação empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na legislação. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1528>.

Kafka e a nostalgia da plenitude: a busca da “Lei”, o sofrimento inevitável e uma ação possível

*Kafka and the nostalgia of fullness: the search for “Law”,
inevitable suffering and a possible action*

Thiago de Mello Azevedo Guilherme*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

Escrever sobre a “Lei” em Kafka é tarefa arriscada, pois não se alcança a completude, não se esgota o objeto. A perenidade da obra kafkiana está diretamente ligada a essa adaptabilidade de seu texto, à universalidade de suas metáforas e à “eternidade” contida no sofrimento que ele expõe.

A nosso ver, compreender Kafka demanda certa petulância do leitor, que precisa preencher as metáforas do texto com sua experiência, com suas angústias, e até com suas referências culturais. O objeto descrito por Kafka (qualquer que seja) nunca está “dado”, sendo ao mesmo tempo uma miragem e um enigma: a cada passo que damos em sua direção, alguma mutação ocorre, uma nova perspectiva se apresenta. Não é diferente com a ideia de “Lei” e com todas as metáforas jurídicas que aparecem na obra kafkiana, característica que enriquece a compreensão do leitor sobre a natureza dos fenômenos morais e legais.

* Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, sob orientação do Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Mestre em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Professor de cursos de Graduação e Pós-Graduação. Advogado. E-mail: tmazevedo@uol.com.br.

Vereditos, processos, leis, tribunais, juízes, condenações. De modo caleidoscópico todas essas palavras se transmutam em seus análogos impróprios. O pai é o juiz e a “Lei”. O processo é a vida. O veredito é a culpa e a morte. Comportam-se como significantes de significados mutantes que são preenchidos por nossas projeções individuais.

Compreender Kafka é, assim, ter a ousadia para invadir a porta da lei. Essa invasão é, a seu tempo, condição para minimamente se reaproximar da ideia de plenitude, raiz comum tanto à “Lei” quanto à religiosidade, que tudo pacifica e justifica.

Um segundo elemento fundamental é a relação que brota do texto kafkiano com o “absoluto”. O tempo todo a obra do autor, judeu desterrado, aponta para o absoluto perdido, sua impossibilidade e a decorrente energia agônica que brota de sua busca. Kafka parece assim ter influenciado, dentre outros, Borges na busca pelo “Aleph”, o ponto em que se contemplaria o absoluto¹.

Feitas essas considerações iniciais em tom de escusa, o que pretendemos neste artigo é, inicialmente, falar da relação dos personagens de Kafka com a “Lei” e apresentar uma interpretação acerca da “definição” e do papel da “Lei” no desenvolvimento subjetivo do homem moderno, seus anseios e frustrações. Para atingir tal objetivo é imprescindível que compreendamos de que “Lei” estava falando Kafka, suas possíveis interpretações e os efeitos que provoca no homem. Podemos até mesmo antecipar que a (in)definição do que se entende por “Lei” enseja o processo agônico (muitas vezes auto-destrutivo) de boa parte dos personagens kafkianos.

A relação da subjetividade com a “Lei” está presente em muitas das obras de Kafka. Apenas para citar as que serão especificamente referenciadas aqui, podemos mencionar “O Processo”², “O Veredito”³, “A Metamorfose”⁴, “Na Colônia Penal”⁵ e “O Castelo”⁶. Nessas obras, a expressão “Lei” aparece com extensão e significados variados, bem como são apresentadas consequências específicas para os personagens, a depender do enredo, sempre ensejando processos de angústia, torpor, agonia e culpa.

1 BORGES, 2000, p. 192.

2 KAFKA, 2017.

3 KAFKA, 1998.

4 KAFKA, 2001.

5 KAFKA, 1998.

6 KAFKA, 2013.

Por tais motivos, num segundo momento pretendemos analisar a conduta ou reação possível do sujeito kafkiano que se depara com a “Lei” (ou seus servos, representantes ou encarregados), bem como enfrenta a dificuldade de sua identificação e de apreensão de seu conteúdo, sempre fugidio e oculto no domínio dos intermediários.

Por fim, ousaremos realizar um breve cotejo entre a postura kafkiana e a saída *camusiana* para a definição da “Lei” do modo de agir perante o mundo e o absurdo da existência.

Especialmente para os interesses da Filosofia do Direito, a compreensão da leitura kafkiana da “Lei” tanto antecipa diversos movimentos teóricos havidos no século XX, como também apresenta em seus pormenores os limites da pretensão de “asepsia antropológica” da racionalidade. Na turva fumaça que parece encobrir as cenas dos textos kafkianos podemos ver a sombra da inafastabilidade de nossos mais recônditos temores. É para a imensidão multifária e caleidoscópica que Kafka nos obriga a olhar.

2. O papel de Kafka na compreensão da relação do homem moderno com a “Lei”

O século XX, em especial em suas duas primeiras décadas, se apresenta como uma época de grande frustração. Após aproximadamente cem anos de relativa paz na Europa, do crescimento estável das nações e impérios coloniais, e passado o frisson da transição do século XIX para o XX e suas promessas de tecnologia de comunicação (como a totalização do cabeamento submarino), da psicanálise (que prometia esclarecer os mistérios da mente) e dos avanços na medicina (e a revolução causada pelos antibióticos), a eclosão da Primeira Grande Guerra lançou por terra as expectativas de construção da irmandade entre os povos e o idílio na terra. O conflito, total, com consequências globais e inédito em sua tecnicidade, extremamente sangrento e mortal, durou de 1914 a 1918 e ceifou aproximadamente dez milhões de vidas humanas⁷.

7 Sobre a Primeira Guerra Mundial e sua dimensão, podemos, com Hobsbawm (1995, p. 13), esclarecer a dinâmica dos primeiros vinte anos do século: “A Primeira Guerra Mundial envolveu todas as grandes potências, e na verdade todos os Estados europeus, com exceção da Espanha, os Países Baixos, os três países da Escandinávia e a Suíça. E mais: tropas do ultramar foram, muitas vezes pela primeira vez, enviadas para lutar e operar fora de suas regiões. Canadenses lutaram na França, australianos e neozelandeses forjaram a consciência nacional numa península do Egeu – ‘Gallípoli’ tornou-se seu mito nacional – e, mais importante, os Estados Unidos rejeitaram as advertências de George Washington quanto a ‘complicações europeias’ e mandaram

De modo bastante simplório, podemos dizer que a ocorrência da guerra, em si, é suficientemente eloquente para demonstrar a fragilidade das comunhões de sentido estabelecidas unicamente pela rede econômica mundial e a perda do poder comunicacional da palavra, que acaba por transbordar para a conflagração. Da presença da tecnologia do telefone não é corolário o idioma comum que permite a comunicação efetiva⁸.

A produção literária de Kafka se estende de 1904 até 1923 (ou seja, um ano antes de sua morte⁹), contudo, boa parte somente seria publicada posteriormente. Em especial o célebre romance “O Processo” somente foi publicado em 1925, por controvertida decisão de seu amigo Max Brod, que fez também a revisão do texto e a sabidamente aleatória ordenação dos capítulos¹⁰.

Esse período dos primeiros vinte anos do século XX é, segundo Harold Bloom¹¹, o momento kafkiano por excelência.

De uma perspectiva puramente literária, esta é a Idade de Kafka, ainda mais do que a idade de Freud. Freud, seguindo astuciosamente Shakespeare, deu-nos o mapa da mente, mas Kafka fez-nos saber que não devíamos acalentar qualquer esperança de utilizar esse mapa para nos salvarmos, nem mesmo de nós próprios¹².

À “análise”, que destrincha as partes e expõe o maquinário sobre a mesa, não se segue logicamente a atribuição de sentido. Kafka está inteiramente

seus soldados para lá, determinando assim a forma da história do século XX. Indianos foram enviados para a Europa e o Oriente Médio, batalhões de trabalhadores chineses vieram para o Ocidente, africanos lutaram no exército francês. Embora a ação militar fora da Europa não fosse muito significativa a não ser no Oriente Médio, a guerra naval foi mais uma vez global: a primeira batalha travou-se em 1914, ao largo das ilhas Falkland, e as campanhas decisivas, entre submarinos alemães e comboios aliados, deram-se sobre os mares do Atlântico Norte e Médio”.

8 Podemos esclarecer também como Hobsbawn (1995, p. 200) se debruça sobre as caóticas duas primeiras décadas do século XX: “Tradicionalismo e socialismo concordavam ao detectar um espaço moral vazio no centro do triunfante liberalismo capitalista econômico – e político – que destruiu todos os laços entre indivíduos, exceto os baseados na ‘tendência a trocar’ de Adam Smith e na busca de satisfação e interesses pessoais. Como sistema moral, maneira de ordenar o lugar o lugar dos seres humanos no mundo, de reconhecer o que e quanto o ‘desenvolvimento’ e o ‘progresso’ destruíam, as ideologias e sistemas de valor pré ou não capitalistas eram muitas vezes superiores ‘as crenças que as canhoneiras, comerciantes, missionários e administradores coloniais traziam consigo”.

9 Franz Kafka morre de tuberculose em 3 de junho de 1941, em Kierling, na Áustria.

10 STEINER, 2001a, p. 247.

11 BLOOM, 2013, p. 438.

12 BLOOM, 2013, p. 438.

mergulhado nessa tensão e é da percepção do desterro (o desterro da globalização, da migração e da perda do contato com as origens e seu elemento telúrico de sentido) que Kafka fala ao procurar a desconhecida “Lei”.

É nesse cenário que a ambivalência do primeiro quartel do século XX se nos apresenta. Obviamente poucos viram o que estava por ocorrer, mas certamente Kafka foi um desses. Os paradoxos de uma sociedade dotada de avançada tecnologia, comunicação em massa e finanças globais, mas desprovida de sentido comum, pois fragmentada sem rumo, já eram, para Kafka, evidentes.

O “poder”, traduzido por *gewalt* no idioma alemão¹³, com todos seus aspectos, já havia sido compartimentado, burocratizado e pulverizado nas mãos de funcionários comuns, que levam suas vidas de forma desesperadoramente calma, tal qual suas vítimas¹⁴. Nesse sentido, Kafka antevê ao longo de sua obra, em potência, a tragédia que ocorreria dali a duas décadas.

2.1 Os compartimentos de “poder” e a ausência de sentido da “Lei”

Uma sociedade burocratizada, em que as partes não estão aptas a compreender (ou a criar) o sentido do todo, está no âmago dos problemas e discussões teóricas do século XX. O conflito epistemológico que cinde o particular do geral, ao mesmo tempo impede que o todo seja a mera soma das partes que o compõem. Para alguns, esse método “arqueológico” de escavação de sentidos, que visa separar para compreender, seria o método ideal de abordagem dos problemas do homem. Uma outra tradição, contudo, mais do que “separar”, parece buscar “diluir” as fronteiras da unidade, permitindo, assim, o reencontro das conexões perdidas (dentre os quais podemos indicar as obras de Husserl¹⁵ e Bergson¹⁶).

De fato, para parte dos investigadores da alma humana não é fácil estabelecer uma conexão prévia às partes (seja pela linguagem, pela cultura ou por uma metafísica qualquer). Logo no início de seu texto de 1930, denominado “O mal estar na cultura”, já afirmava Freud acerca de sua particular dificuldade em partilhar daquilo que os religiosos chamavam “sentimento

13 Gewalt: Ge.walt. 1 poder, autoridade; 2 força, violência, coerção; 3 energia. (GEWALT, [2024]).

14 SEYMOUR-SMITH, 2002, p. 583.

15 HUSSERL, 2018.

16 BERGSON, 2005.

oceânico”¹⁷, ou seja, um sentimento de “eternidade”, sem barreiras, típico do sentimento religioso¹⁸. Ao ser inquirido por um amigo acerca de seu prévio texto de 1927 denominado “O futuro de uma ilusão”, em que analisava o prognóstico para o papel da religião na modernidade, assevera Freud que não conseguia encontrar em si algo análogo a tal “sentimento oceânico”, e que haveria dificuldade em tratar de tais sentimentos cientificamente¹⁹.

Se por um lado Freud não encontra em si essa superação “religiosa” da individualidade do “eu”²⁰, por sua vez, a obra kafkiana, contemporânea a Freud, debater-se-á sobre a necessidade de encontrar os ocultos fundamentos da conexão de sentido²¹. Não por outra razão, Harold Bloom²², ao apresentar a dicotomia do século XX entre Freud e Kafka, o faz comparando o primeiro a Dante e o segundo a Montaigne, afinal, “conhecer o eu mais

17 FREUD, 2018, p. 108.

18 Ao tentar compreender de que sentimento fala o referido amigo, afirma Freud (2018, p. 108), com grifos nossos: “Essa declaração de meu estimado amigo, que, aliás, honrou poeticamente o encanto da ilusão certa vez, trouxe-me dificuldades nada pequenas. Não consigo descobrir esse sentimento ‘oceânico’ em mim mesmo. Não é fácil sentimentos cientificamente. Pode-se tentar a descrição de suas manifestações fisiológicas. Quando isso não é possível – receio que também o sentimento oceânico se esquivará a essa caracterização – nada resta senão ater-se ao conteúdo ideativo que associativamente, se ligar em primeiro lugar ao sentimento. Se bem entendi meu amigo, ele tem em mente o mesmo que um escritor original e um tanto extravagante oferece ao seu herói como consolo diante do suicídio: ‘Deste mundo não poderemos cair’. Ou seja, um sentimento de união indissolúvel de pertencimento ao todo do mundo exterior. Para mim, isso, tem antes o caráter de uma intuição intelectual, que com certeza não deixa de ser acompanhada por notas de sentimento, o que, aliás, também ocorrerá com outros atos de pensamento de importância semelhante. No que se refere à minha pessoa, não pude me convencer da natureza primária de tal sentimento. Mas não será por isso que poderei contestar sua efetiva ocorrência em outras pessoas. O que cabe perguntar é se ele foi corretamente interpretado e se deve ser reconhecido como *fons e origo* de todas as necessidades religiosas”.

19 FREUD, 2018, p. 108.

20 FREUD, 2018, p. 109.

21 Segundo Harold Bloom (2013, p. 443), “Kafka fala em nome de e para aqueles leitores, gentios ou judeus, que se afastam de Freud quando recusam considerar a religião como ilusão, mas que concordam com Kafka quanto ao fato de terem nascido demasiado tarde para declararem a validade que para eles próprios tem as tradições cristã e judaica. Kafka não sabia se ele próprio era um fim ou um começo, nem nós o sabemos. Um dos mais bem informados estudiosos de Kafka, Ritchie Robertson, observa judiciosamente que para o autor de *O Castelo* ‘a imagística da religião é válida como expressão do impulso religioso, mas equívoca enquanto interpretação deste impulso’. Dado que Kafka evita interpretar o impulso e não ratifica nenhuma das interpretações aceites, o leitor é abandonado às representações kafkianas do impulso, que por vezes seguem imagens familiares, e por vezes as abandonam. Isto faz com que se torne bastante importante que aprendamos exatamente qual era a posição do próprio Kafka, até ao ponto, claro, em que ele nos permite fazer tal coisa”.

22 BLOOM, 2013, p. 439.

profundo, em vez da psique fragmentada, era o modo muito individual da negatividade de Kafka, apropriado a um escritor cujos lemas incluíam ‘Psicologia, nunca mais!’ e ‘A psicologia é impaciência’²³.

Nesse sentido, podemos afirmar que a obra kafkiana ocupa um espaço vazio em parte deixado pela perda de proeminência da religião. Segundo George Steiner²⁴, a história política e filosófica do Ocidente durante os últimos 150 anos pode ser entendida como uma série de tentativas – mais ou menos conscientes, mais ou menos sistemáticas, mais ou menos violentas – de preencher o vazio central deixado pela erosão da teologia, e a própria coerência da vida do indivíduo depende de como se consegue preencher tais lacunas. Se vemos em Kafka a manifestação da nostalgia da plenitude perdida²⁵ é justamente porque tal carência se apresenta com toda sua potência nas sombras e silêncios do autor.

Esse critério da busca da totalidade – de uma totalidade perdida em algum lugar – movimenta a obra de Kafka, aproximando-a de uma tradição literária em sua forma própria dos comentários talmúdicos²⁶, mas sem descurar de um conteúdo que o conecta ao gnosticismo judaico²⁷, na mesma linha da perquirição *benjaminiana* – profundamente influenciada por Kafka – acerca da natureza do poder-violência que funda e constitui a “Lei”²⁸.

23 BLOOM, 2013, p. 439.

24 STEINER, 2001b, p. 15.

25 O conceito ou a ideia de plenitude aqui adotada nos chega a partir de Charles Taylor e sua dolorosa constatação do desencantamento do mundo (2010, pp. 17-18): “Todos percebemos nossas vidas e/ou o espaço no qual vivemos nossas vidas como portadores de uma determinada forma moral ou espiritual. Em algum lugar, em alguma atividade ou condição reside uma plenitude, uma riqueza; ou seja, naquele lugar (naquela atividade ou condição) a vida é mais plena, mais rica, mais profunda, mais valiosa, mais admirável, mais o que deveria ser. Este é, talvez, um lugar de poder: geralmente experienciamos isso como profundamente tocante, inspirador. Talvez tenhamos apenas vislumbres muito tênues desse sentido de plenitude; temos uma forte intuição do que seria a plenitude, se estivéssemos naquela condição, por exemplo, de paz ou de completude, ou se fôssemos capazes de agir naquele grau de integridade, generosidade, desprendimento ou abnegação. Mas, às vezes, haverá momentos de plenitude vivida, de alegria e prazer, em que nos sentiremos lá. [...] Neste caso, a sensação de plenitude fora alcançada em uma experiência que perturba e rompe nossa percepção usual de estar no mundo, com seus objetos, atividades e pontos de referência familiares. Estes podem ser momentos, como observa Peter Berger, ao descrever a obra de Robert Musil, quando a ‘realidade costumeira é abolida e algo terrivelmente *distinto* se manifesta’, um estado de consciência que Musil descreve como ‘*der andere Zustand*’ (a outra condição)”.

26 STEINER, 2001a, p. 245.

27 BLOOM, 2013, p. 439.

28 BENJAMIN, 2013, p. 121.

É nesse sentido que podemos supor esse traço da “Lei” que Kafka procura encontrar. Uma “lei” à qual – tal como o homem do campo em “Diante da Lei”²⁹ – somente se acede pela paciência e pelo “gnosticismo” judaico, mas que também demanda certa atitude. Nesse sentido³⁰, “gnose” é um conhecimento sem tempo, tanto do eu dentro do eu como do Deus exterior cuja centelha permanece nesse eu mais interior”. A paciência é o caminho prático para essa gnose. A angústia de não se ver ou compreender a “Lei” então presente nas indagações talmúdicas, que concerne ao mistério original e suas subsequentes aplicações, somente se supera pelo tempo.

Percebemos, assim, como em Kafka o simples verbete “Lei” se desdobra em inúmeras acepções, dotadas cada uma de raízes teológicas e antropológicas, sem as quais é difícil, senão impossível, identificar os limites de que fala Kafka em suas obras. A “Lei” assim considerada não é unicamente racional, não pode ser voluntária e integralmente produzida pelo homem, não pode ser produto nem de reprodução nem de fragmentação³¹. Alcançar seu conteúdo demanda um mergulho nas fontes mais ancestrais do ser, do indivíduo, da família, e do povo, naquilo que o liga à terra e às origens.

2.2. O desencantamento do mundo e o “aquém” da “Lei”

Há uma inegável ambivalência na relação de Kafka com a “Lei”: é evidente a obsessão em tratar do tema por suas múltiplas abordagens, seja a “Lei” paterna, a “lei” judaica, a “lei” religiosa, a “lei” familiar, a “lei” que exsurge da própria decisão e, ao mesmo tempo, é perceptível o desprezo com que Kafka olha para a coisa jurídica, aparentemente o mais espúrio dos ambientes sociais³².

A “Lei”, portanto, nunca satisfaz, nunca está clara ou acessível a quem quer compreendê-la, e sua incompletude se relaciona com o desencantamento de mundo que surge com e da modernidade que desenraiza o homem.

29 KAFKA, 2017, p. 306.

30 BLOOM, 2013, p. 439.

31 Em especial quanto ao conteúdo “absoluto” da “Lei”, percebe-se como duas reflexões que seriam anos mais tarde trabalhadas por Walter Benjamin (2014, p. 31) estavam contidas em Kafka. Tanto a “aura” que se descola dos artifícios humanos dotados de uma função sagrada que não podem ser reproduzidos impunemente, quanto a impossível fragmentação do poder na fundamentação da Lei perceptível na “violência (*gewalt*) divina” (BENJAMIN, 2013, p. 152).

32 OST, 2007, p. 383.

O degredo e o desterro simbólicos – ou nem tanto – de que fala Kafka recorrentemente são as chaves para compreendermos a angústia diante da “Lei” e de suas manifestações. Há dificuldade extrema em identificar a “Lei”, podendo haver mesmo dor e agonia, tal qual na máquina que escreve a “Lei” na pele dos condenados em “A Colônia Penal” e que somente apresenta o seu significado no último suspiro destes³³. Quando esta é identificada, há dificuldade em interpretá-la. Por fim, há dificuldade em aplicá-la, pois sua aplicação gera dor e morte, jamais compreensão. O homem, já incapaz de compartilhar o simbólico, não acede à “Lei”.

A nosso ver, a leitura que faz François Ost³⁴ desse fenômeno, valendo-se em grande medida de Paul Ricoeur³⁵, é potente para a compreensão das consequências do desterro real e simbólico. Ost³⁶ questiona o que se passa quando se decompõe o “triângulo ético” constitutivo da intersubjetividade institucionalizada – quando o “ele” da lei terceira está ausente, quando o “tu” da autoridade prevalece, e quando o “eu”, privado de referência (e certamente também de “pai” simbólico), é, no entanto, obrigado a assumir sua parte de “lei”.

Segundo Ost³⁷, o que há na obra de Kafka acerca da “Lei” – por múltiplas razões – é o desregramento da função simbólica, ou seja, a perda da aptidão a produzir, especialmente pela linguagem, um sentido partilhado. Admitir e assumir a “função simbólica” é fazer valer a capacidade de chegar ao “sentido comum da linguagem”, nele participando e ocupando um lugar e, se necessário, fazendo-o evoluir. É assim a possibilidade de significarmos nosso mundo e nosso “eu”, de chegarmos à interlocução e à interação, de nos referirmos às verdades partilhadas e normas aceitas. Por esse registro simbólico é que o homem sairia da animalidade e acessaria uma humanidade comum.

A perda do universo simbólico comum que outrora permitiria a comunicação e a construção de significados pela linguagem impossibilita o mecanismo semântico da “Lei”, animalizando, assim, o homem, condenado

33 SUPLOT, 2007, p. 54.

34 OST, 2007, p. 388.

35 RICOEUR, 2019.

36 OST, 2007, p. 385.

37 OST, 2007, p. 385.

ao “não saber”. Ainda, segundo Ost³⁸, as metamorfoses de homem em animal, ou em híbridos (como em “A Metamorfose”), que vemos na obra kafkiana, seriam as provas dessa regressão de estado. Dar-se-ia o “fracasso da triangulação ética”, que assim se caracteriza, seja pela incapacidade de colocar corretamente as relações do si-mesmo e do outro, do si e de todos, do si e da “lei”, e finalmente do si a si mesmo.

A questão que surge, então, fica sendo a de procurar saber: o que sobra? Sob qual lei estará o homem quando desprovido do elemento simbólico?³⁹ Regrediria este ao universo imaginário? Mergulharia em sua animalidade?

O que se nota é exatamente uma erosão da intersubjetividade que impede uma compreensão compartilhada, seja da identificação e interpretação, seja da aplicação da “Lei”. Da inacessibilidade da “Lei” decorre, simultaneamente, o caráter tirânico das figuras de autoridade na obra kafkiana e a redução animalesca do sujeito, o qual passa a se relacionar com o mundo circundante não mais através da linguagem, e sim mediante sentimentos brutos, tais como a angústia, a inveja, o ressentimento e a culpa. Dá-se, nesse momento, ainda, segundo Ost⁴⁰, “a ruína da responsabilidade e a explosão dos sujeitos” pois a perda da “Lei” comum acarreta uma perda da autoimagem: assim como o povo Judeu, esquecido da “Lei”, é condenado à diáspora, “o sujeito individual, votado à diáspora interior, logo se torna irresponsável”⁴¹.

3. A acusação e os limites da calúnia

Encontra-se na obra de Kafka uma contínua perda de sentido comum para as palavras, ou seja, a erosão do “inter” que conectaria possivelmente as “subjetividades”. As acusações, por tais motivos, parecem tornar-se inve-

38 OST, 2007, p. 385.

39 DELEUZE; GUATTARI (2017, pp. 35-36) trataram dessa perda de possibilidades linguísticas na obra kafkiana abordando o conceito de “literatura menor”. Afirmam os autores (DELEUZE; GUATTARI, 2017, pp. 35-36): “Uma literatura menor não é a de uma língua menor, mas antes a que uma minoria faz em uma língua maior. Mas a primeira característica, de toda maneira, é que nela, a língua é afetada de um forte coeficiente de desterritorialização. Kafka define nesse sentido o impasse que barra aos judeus de Praga o acesso à escrita, e faz de sua literatura algo de impossível: impossibilidade de não escrever, impossibilidade de escrever em alemão, impossibilidade de escrever de outro modo. Impossibilidade de não escrever porque a consciência nacional, incerta ou oprimida, passa necessariamente pela literatura”.

40 OST, 2007, p. 393.

41 OST, 2007, p. 393.

rificáveis, insondáveis, impossíveis de serem averiguadas. A acusação de realização de um ato não é passível de ser investigada e se apresenta como pura calúnia, pois não existe o vínculo entre o relato e a memória do ato, que permita reconstruí-lo, analisá-lo. Trata-se, ainda, nas palavras de Ost⁴², de “um mundo em que a lei, por não estar interiorizada na reciprocidade dos reconhecimentos mútuos, por não fazer, portanto, ‘sentido comum’, apresenta-se sob a forma das mais severas interdições”.

Se a ética é o mundo dos valores e a moral o domínio das interdições, então uma ‘moral sem ética’ é um mundo em que, literalmente, as ‘interdições são sem valor’. Essa poderia ser, rigorosamente, a fórmula do universo no qual evoluem os heróis de Kafka: um mundo de implacáveis ordens totalmente desprovidas de sentido e de valor positivo (libertador) para seus destinatários. Um mundo em que a falha na transmissão da lei obriga o ‘eu’ a uma oscilação perpétua entre a irresponsabilidade e a auto-acusação – a daquele ‘mestre interior’ de que falava Santo Agostinho, e que Freud qualificará de ‘superego’. Um superego ‘autômato imbecil’, que, no imaginário inconsciente, só dá acesso às mais arcaicas formas de comando. Um comando sem comandante vivo (como em *A Colônia Penal*, ainda), sem mediador real. Texto absurdo, sem chamamento e sem resposta (portanto sem responsabilidade) – automatismo cego de uma lei de necessidade que só pode engendrar terror e culpa. Longe de arrancar o sujeito do estado de natureza, uma lei como essa o mantém em tal estado ou o faz regredir a ele. Como escreve Jean Florence, ‘quando se esquece a natureza simbólica, (...) a herança significativa cessa de produzir enigma para ser apenas letra cruel, estúpida e mortífera’⁴³.

Ost⁴⁴ percebe, reconhece e exalta o elemento notável e agressivo contido em Kafka quando a “Lei” perde vigência. Em “O Veredito”⁴⁵, Georg Bendemann é acusado, num rompante tirânico, agressivo e inexplicável, pelo próprio pai de estar “correndo atrás” de uma mulher “[...] só porque ela levantou a saia”, “[...] só porque a nojenta idiota levantou a saia”, para que assim Georg pudesse “[...] se satisfazer nela sem ser perturbado” tendo

42 OST, 2007, p. 393.

43 OST, 2007, pp. 393-394.

44 OST, 2007.

45 KAFKA, 1998, p. 21.

então “profanado a memória de sua mãe”. Do espanto causado pela leitura nos é admissível questionar onde está nessa passagem a “Lei”?

Qual a natureza de tão tirânica e baixa acusação? Parece evidente que tais acusações não podem ser aferidas, encontram-se fora de qualquer campo de investigação objetiva e possuem como única característica o objetivo de causar dor no acusado ao mesmo tempo em que explicitam a agressão sentida pelo ofendido. Nem ao menos se pode redarguir racionalmente a tal afirmação. A “Lei” aqui se mostra como sendo aquela da família, uma “lei” absoluta e insondável que se identifica com a vontade cruel do *pater*, que enxerga o transcurso do tempo como superação da geração anterior no paradoxo da construção do futuro, que inexoravelmente enterra o passado.

Por sua vez, a obra “O Processo” também se inicia com um celebre parágrafo de abertura: “Alguém devia ter caluniado Josef K., pois, sem que tivesse feito mal algum, ele foi detido certa manhã”⁴⁶. Nenhum outro detalhe é oferecido ao leitor. Nenhuma descrição de conduta, nenhum apontamento de regras infringidas. A “lei”, aqui, é a vontade do poder, a ordem de um superior não identificado, oculto, à qual o inferior deve prestar reverência, curvando-se, em busca de expiação.

O que se vê em ambos os casos supracitados são frases que não contêm as condições para sua averiguação e apenas causam inquietação e mal-estar, “afetos” no personagem. A “Lei”, assim, se manifesta pela dor e pelo incômodo que atingem os personagens (tal qual a “Lei” de “A Colônia Penal”, escrita na pele do acusado-sentenciado)⁴⁷. Em “O Veredito”, o pai acusa o filho sem apontar atos ou regras (ainda que morais) que tenham sido infringidas. Em “O Processo”, a descrição é a de uma detenção em que não se apresenta absolutamente nada, além do relato da detenção por serviços do tribunal, os quais nada sabem do caso, e todo o processo de afetação da subjetividade do acusado que daí se segue.

Em ambas as obras vemos, de início, a degradação do *status* do sujeito levemente acusado. Constata-se, assim, o poder daquele que acusa, a

46 KAFKA, 2017, p. 85.

47 Sobre a relação entre a “Lei”, a dor e consciência da culpa, afirma Alain Supiot (2007, pp. 53-54): “Diz-se que gravavam o texto das leis em caldeirões de ferro nos quais os contraventores eram fervidos; com esse método os legistas pretendiam assegurar a publicidade da lei e deixar seu conteúdo e sua sanção imediatamente inteligíveis a todos. A máquina imaginada por Kafka em *A Colônia Penitenciária* se baseia num princípio exatamente inverso: grava o texto abscosso da lei infringida na carne do supliciado, que somente por esse meio atinge, no epectase do último suspiro, a revelação de seu significado”.

potência da palavra ainda quando desprovida de lastro. A força da palavra está justamente na sua capacidade de “constituir” e “desconstituir”, reconfigurando o *status* daquele a quem a palavra é dirigida. Trata-se da essência da “maldição”: maldizer é transferir ao acusado a mácula da qual este deverá limpar-se (tal qual o animal que se limpa para manter-se aceito pelo grupo). Assim, tanto Georg Bendemann quanto Joseph K. imediatamente mudam de *status*, e passam a lidar com a condição de acusados.

Nenhum sujeito permanece incólume após a acusação caluniosa. Todo processo engendra a ignição de um mecanismo de angústia, vergonha e culpa que atingem o indivíduo que, contra essas forças, vai se debater, sacudir, tal qual o animal que pretende limpar-se das impurezas do ambiente.

3.1. A calúnia e a estrutura da angústia

Não parece seguro afirmarmos a existência de uma cronologia ou sequência fixa de afetos decorrentes da calúnia (muito embora alguns tenham-no tentado⁴⁸). Separar tais emoções, imaginar que não se entrelacem, seria algo arriscado. O que, sim, podemos notar é uma sequência que vai do mais ancestral (antropologicamente falando) ao mais desenvolvido, mas sem jamais supor que as emoções humanas não se entrelacem e entreteçam um espaço comum.

A calúnia engendra, num primeiro movimento, o espanto e a angústia⁴⁹. O espanto é a surpresa, a percepção de uma agressão gratuita que, num primeiro instante, paralisa. É isso que podemos perceber nas primeiras páginas de “O Processo”, quando os guardas Franz e Willem acorrem ao apartamento de Joseph K. para comunicar-lhe sua detenção⁵⁰, sem, contudo, comunicar o motivo ou a acusação. O ato dos guardas, o ato da comunicação da acusação ao acusado, tem resquícios de nuances antropológicas e mágicas, de certo modo conexas ao direito formular romano, em que a acusação engendra no acusado um *downgrade*, um rebaixamento, uma mudança de *status* para uma posição inferior, da qual terá este que levantar por seus próprios meios. Por isso é que a primeira reação de K. é o espanto e a desconfiança, como se os guardas estivessem equivocados.

48 Em especial, E. R. Dodds (2002, pp. 35-57) em sua obra “Os Gregos e o Irracional” sugere esta cronologia evolutiva.

49 Sobre a angústia, especificamente em “O Processo”, indicamos também um texto publicado na Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review* (GUILHERME, 2019, pp. 63-93).

50 KAFKA, 2017, pp. 85-116.

A angústia que, somente então, passa a dominar Joseph K. tem caráter prospectivo. A bem da verdade, toda angústia tem esse olhar para o futuro, essa propensão agônica de pretender antever o oculto, decifrar o insondável. Diante da necessidade de comprovar sua inocência, Joseph K. precisaria, então, prová-la, ao mesmo tempo em que buscasse ver os próximos passos de seus acusadores. Contudo, a questão que aqui surge é a de como se provar que “não se fez algo”? Como provar que “não se é algo”?

Em certa medida o jogo literário kafkiano antecipa o ponto jurídico da impossibilidade da prova negativa, tema corriqueiro na prática forense⁵¹. Somente poderíamos provar o que somos ou o que fazemos, sendo, *a contrario sensu*, a prova negativa de algo comumente chamada pela doutrina de “prova diabólica”⁵². Provar que não se fez algo demandaria o esforço irracional e infinito de se provar a licitude ou a moralidade de tudo o que já se fizera, desde o primeiro instante de vida.

Tal hipótese, absurda do ponto de vista jurídico, parece deixar claro que “Kafka tem em mente não passa pela concepção judicial ou processual das acusações convencionais, mas deita raízes no campo do teológico, no embate entre sagrado e profano”. E é provavelmente nesse ponto em que toda obra de Kafka parece desabrochar para uma de suas principais e recorrentes características: a acusação de que fala “O Processo”⁵³ está intimamente ligada à herança cultural do povo judeu, errante, desterrado e sem seu universo simbólico, sem a intimidade da Lei, a qual se busca cotidianamente, tendo ela sido substituída pela autoridade da família.

Por outro lado, duas “forças” vão aqui surgir na obra de Kafka. Duas forças centrais para compreender os processos de auto constrição do indivíduo diante da “Lei” que teima em se esconder: a vergonha e a culpa.

3.2. A “calúnia”, a acusação e a vergonha

A erosão do simbólico de que nos fala Ost⁵⁴ tem consequências para o modo como nos relacionamos com a “Lei”. Se ocorre a erosão intersubjetiva dos significados, como se pode, então, fazer o fluxo comunicacional ou mesmo

51 Sobre o tema indicado, sugerimos a doutrina de Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 222).

52 Acerca da prova diabólica, sugerimos a leitura de obra, em especial da página 172 em diante (GUILHERME, 2011).

53 KAFKA, 2017.

54 OST, 2007, p. 386.

projetar-se ao futuro? De então em diante há uma regressão nas formas de controle da comunidade que perde sua capacidade de lidar produtivamente com a “Lei”. A questão passa a ser a dúvida quanto ao que surge em seu lugar. Estamos desprovidos de formas de controle comunitário quando a “Lei” deixa de ser compartilhada? Restaria então somente a violência?

A ideia de uma calúnia ou de uma afirmação impossível de ser verificada está, como já dissemos, espalhada na obra de Kafka. Mas a insuficiência da “Lei” não gera somente espanto e angústia. Dois sentimentos deveras ancestrais, que acompanham o homem desde os primórdios, parecem emergir para restabelecer alguma forma de controle.

Ao estudar os elementos ancestrais de nossa religiosidade, Walter Burkert⁵⁵ escreve acerca da corrupção e do desastre, algo que possa nos ser útil para compreendermos o que escapa à linguagem quando da acusação:

Várias interpretações e correspondentes estratégias se mostram operantes nas reações ao desastre. Uma das maneiras mais simples de descrever uma experiência aflitiva é a impressão de se ficar limitado, agrilhado, preso numa armadilha. (...) A experiência de se ser envolvido pelo mal pode atribuir-se a agentes sobrenaturais. Esta é a hipótese da agressão de origens tenebrosas, da ‘magia negra’. É possível supor que qualquer distúrbio possa ser causado por um agente externo, por alguém associado aos domínios do mal. Isto é particularmente comum na Mesopotâmia, onde foram compilados livros enormes de encantamentos e de rituais para ‘libertar’ a vítima de tais maquinações’. (...) Os seres humanos em pânico farão também ainda, provavelmente, movimentos frenéticos e desorientados, para saírem das armadilhas geradoras dessa desgraça. Todavia, os seus recursos mentais proporcionam-lhes mais hipóteses de obterem conhecimentos e de tentarem localizar a causa desse mal presente, dispõem de um universo mental com uma escolha de possibilidades imensa e com um conjunto de configurações que podem ser ajustadas de modo a fazer sentido⁵⁶.

Nota-se que a acusação tem em certa medida a função de apontar uma impureza, algo que macula o acusado e seu entorno, seu grupo, seu clã, sua família, desequilibrando a relação entre a parte e o grupo, demandando

55 BURKERT, 1996, pp. 157-159.

56 BURKERT, 1996, pp. 157-159.

um processo catártico de purificação. Apesar das tentativas racionais de restringir a infração ao infrator, há algo que o extrapola, transborda. Nesse sentido, continua Burkert:

A ideia preponderante da civilização da Grécia antiga, arcaica e clássica foi o conceito de corrupção e de purificação, *miasma*, *agos*, *katharmos*. Isso, uma vez mais, não é característico apenas dos Gregos. O medo da corrupção e os rituais de purificação desempenham também um papel muito importante noutras formas de religião e, em particular, na chamada religião primitiva. [...] Os exemplos do mundo grego foram avaliados em *Miasma*, de Robert Parker. No início deste século, os estudiosos expressaram o seu espanto perante uma superstição inerente à ideia de uma corrupção contagiante. Atualmente, estamos mais inclinados a examinar os processos sociais e psicológicos e a apreciar as suas sutilezas. Detectar a corrupção é atribuir sentido a um *status quo* desconfortável e tentar encontrar meios para sua eliminação. O aspecto contagioso da corrupção é o corolário necessário do esforço para obter a separação do que fora misturado. Tal como Martim West sintetiza o que Parker diz, ‘Proclamar a corrupção é declarar formalmente um estado de anormalidade, de tal modo que possa ser enfrentado através de medidas rituais apropriadas’⁵⁷.

Quando mantemos em mente que os processos de identificação da mácula se relacionam com a erosão do simbólico, percebemos a existência não apenas de dois “campos” ou “ambientes” para as “leis”, como também de dois modos ancestrais de subjetivamente perceber a “infração” às regras, especificamente a corrupção (que enseja a vergonha) e a culpa (que se relaciona com a dívida, o sentimento de débito). Nas palavras, ainda, de Walter Burkert:

Esta análise dá uma boa razão para se repensar uma determinada suposição que tem há muito dominado os estudos da história intelectual grega, isto é, os conceitos de corrupção e de culpa representam duas fases na evolução da mente humana. Destas, o medo da corrupção é supostamente mais primitivo, pelo que deveria ser mais antiga no desenvolvimento da civilização, enquanto o conceito de culpa é mais moderno e reflete o despertar da autoconsciência. A culpa relaciona-se à ética pessoal, ao passo que a corrupção relembra, de

57 BURKERT, 1996, p, 161.

algum modo, a Idade da Pedra. [...] De um modo mais geral e sugestivo, um importante capítulo do livro de E. R. Dodds *Os Gregos e o Irracional* intitula-se ‘Da Cultura da Vergonha à Cultura da Culpa’⁵⁸.

Valendo-nos da própria referência apresentada por Burkert, transcrevemos a relação entre a honra e a vergonha:

Certas ideias atuam frequentemente de modo obscuro no comportamento religioso, muito antes de chegarem a receber uma formulação explícita. Creio que Pfister está provavelmente certo ao observar que as ideias de conspurcação, maldição e pecado já se encontram fundidas desde o início na antiga palavra *Αἴμα* (termo que descreve o pior tipo de *miasma*). Enquanto no período arcaico a catarse não passava do cumprimento mecânico de um ritual obrigatório, a noção de uma purificação automática e quase física podia atravessar diversas gradações imperceptíveis até atingir o sentido profundo de ‘indenização por pecado cometido’. Segundo alguns registros, restam poucas dúvidas de que tal modo de pensar se encontrava ligado, por exemplo, ao extraordinário caso do tributo lócria. As pessoas que estavam dispostas a compensar os crimes de algum ancestral remoto, através de anos e de séculos, por meio do envio das filhas para serem mortas ou para tornarem-se escravas em algum país distante – estas pessoas devem ter vivido não apenas sob o medo de uma perigosa conspurcação, mas também sob o signo de um horrível pecado ancestral a ser indenizado⁵⁹.

Compreender o papel da conspurcação, da vergonha, da honra e do *miasma* e seus reflexos na obra de Kafka nos parece imprescindível para perceber o que jaz nas entrelinhas: considerando que a “Lei” é difusa e muitas vezes imperceptível e incompreensível, quando a falta é constatada seus efeitos se dão no corpo, no âmago, no sangue, e contaminam a família. Não é outra a razão das metamorfoses, dos suicídios e das marcas no próprio corpo. Também é essa a chave da interpretação da presença do Tio Leni/Karl em “O Processo”, o qual, ao tomar conhecimento do processo ao qual se submete Joseph K., vem à cidade para cobrar explicações e expor ao sobrinho o receio da mancha ao nome da família⁶⁰.

58 BURKERT, 1996, pp. 162-163.

59 DODDS, 2002, p. 44.

60 KAFKA, 2017, p. 179.

A conspurcação, a corrupção, a desonra e o *miasma* são elementos que remetem à contaminação do ambiente, do clã, do entorno, da família. É por agir no sangue que enseja consequências na pele, no corpo.

Mas não é somente a vergonha no âmbito familiar que se apresenta. Outra forma pela qual a infração se manifesta subjetivamente é a culpa.

3.3. A acusação e a culpa

Podemos encontrar semelhanças entre as palavras que acusam Joseph K.⁶¹ e Georg Bendemann⁶² e a palavra que lança a maldição, a magia. Em ambos os casos o acusado (ou amaldiçoado) inicia um processo de expiação, ou seja, dá início ao processo de convívio com uma dívida não quitada e com a mancha dela decorrente.

Compreender a dimensão da culpa, seus traços e características, demanda olhar ao mesmo tempo tanto para a noção de “dáviva” quanto de “dívida” e para o que resta de invisível no visível. O processo de interiorização da culpa, de aceitação da dívida, portanto, se inicia com a constatação do que se “deve”, ou seja, do que se recebeu graciosamente. A culpa atua na subjetividade do sujeito diante de uma certa fenomenologia da “Lei”. Um sujeito levado, portanto, a encarar a “Lei” ancestral que exige a reparação dos débitos sem que se saiba exatamente o que deve.

Poucas obras apresentam de forma tão eloquente o processo de relação entre a subjetividade e a culpa quanto “As Moscas”, de Jean-Paul Sartre⁶³. A obra teatral, uma adaptação alegórica da Orestéia, em especial da peça “As Eumênides” trata da contínua presença física das Eríneas, entidades da culpa, que vivem a esmagar não apenas Clitemnestra pelos crimes do passado, como também todos os moradores de Atenas, seja por suas dívidas reais, seja pelas imaginadas. A ferramenta fundamental para a utilização da culpa como ferramenta pelos poderosos é a Festa do Dia dos Mortos⁶⁴, na qual, crê-se, todas as almas dos mortos saem das cavernas e vêm assombrar os vivos⁶⁵.

61 KAFKA, 2017, p. 85.

62 KAFKA, 1998, p. 18.

63 SARTRE, 1979.

64 A festa do dia dos mortos tem, na dinâmica da peça, o grande objetivo de ser uma exibição pública de culpa e remorso, bem como de expiação das impurezas, visando satisfazer os deuses e deixá-los cientes de sua superioridade e do eterno arrependimento dos homens. A remissão à presença da culpa (Eríneas) na forma de moscas remete o leitor à podridão, à carne putrefata que as moscas vêm rondar.

65 SARTRE, 1979, p. 74.

A peça apresenta uma das primeiras facetas da culpa que devemos ter em mente para compreender o papel da culpa em Kafka: em grande medida a culpa deve ser ostentada, exibida, pois a sua exibição em forma de sofrimento, dor e remorso é fundamental para aplacar a ira dos deuses (no caso da peça, de Júpiter) e das Eríneas.

Assim, para além de seu aspecto subjetivo, deve haver existir a exibição pública da culpa, da dívida e da dor perene por ela causada. Célebre nesse sentido é o momento da retirada da pedra da entrada da caverna dos mortos, e as palavras do Grande Sacerdote de Atenas, destinadas aos mortos:

Vós, ó olvidados, ó abandonados, ó desenganados, vós que vos arrastais no escuro ao nível do chão, como os gases das entranhas da terra, e que nada mais tendes de vosso, além do vosso despeito, vós ó mortos! De pé, que é o vosso dia! Vinde, vinde como um enorme vapor de enxofre empurrado pelo vento; vinde lá das entranhas da terra, ó mortos cem vezes mortos! Vós que morreis de novo a cada uma das nossas pulsações! É em nome da ira, da amargura e do espírito de vingança que vos invoco! Vinde saciar o vosso ódio sobre os vivos! Vinde e espalhai-vos pelas nossas ruas como um nevoeiro espesso! Introduzi as vossas legiões cerradas por entre a mãe e o filho e por entre os amantes! Fazei-nos ter pena de não estarmos mortos! De pé, ó vampiros, larvas, espectros. Harpias! De pé, ó terror das nossas noites! De pé, ó deserdados da sorte, ó humilhados! De pé, ó mortos de fome cujo grito de agonia foi uma maldição! Olhai ali os vivos, as vossas gordas presas vivas! Vamos, carregai sobre eles em turbilhão, e roei-os até aos ossos! De pé! De pé! De pé!⁶⁶.

A grande demonstração de que os deuses não se comparam com a felicidade dos homens mortais é a nossa necessidade de sempre demonstrar publicamente a nossa culpa e as nossas dívidas, e em partes é isso que se espera de Joseph K.⁶⁷ e de muitos outros personagens Kafkianos: dor, arrependimento, culpa e remorso.

Mas não apenas isso. Afinal, de que era Joseph K. acusado de ser devedor? Ele alega todo o tempo que não era devedor de coisa alguma, que estava quite com todos⁶⁸. Poderiam os policiais estarem equivocados? Poderia o processo ter sido aberto contra um inocente? Seria Joseph K. um inocente?

66 SARTRE, 1979, p. 74.

67 KAFKA, 2017, p. 85.

68 KAFKA, 2017, p. 89.

4. As transmutações da culpa e o papel do remorso

Já apontamos acima a transformação da vergonha em culpa. Mas é importante também percebermos o processo de “moralização” da culpa que aparece em Kafka. Aquela culpa, ostensiva e que objetiva mostrar a miséria da vida humana a fim de pacificar os deuses, transforma-se numa ética do comportamento diante da constatação principal das dádivas: a própria vida. Para compreender essa relação, é importante valermos-nos das palavras de Marcel Mauss:

Uma parte considerável de nossa moral e de nossa própria vida permanece estacionada nessa mesma atmosfera em que dádiva, obrigação e liberdade se misturam. [...] A dádiva não retribuída ainda torna inferior quem a aceitou, sobretudo quando é recebida sem espírito de reciprocidade. Não se sai do domínio germânico ao lembrar o curioso ensaio de Emerson, ‘Gifts’ (1844). A caridade é ainda ofensiva para quem a aceita, e todo o esforço de nossa moral tende a suprimir o patronato inconsciente e injurioso do rico ‘esmoler’⁶⁹.

Os estudos de Mauss⁷⁰ demonstram a ancestralidade do dever de retribuir as coisas que se recebe. Antropologicamente muitas são as civilizações que se relacionavam com o *Hau* e com o *Potlatch*, que podem ser traduzidos por energias ou forças que acompanham os objetos e que, portanto, precisam retornar, nalgum momento, ao lugar de partida. Não retribuir o que se recebe é, assim, a receita para a maldição.

Constatar-se em débito com algo ou alguém é dar início ao processo de autoacusação. É por isso que na obra kafkiana a condenação exterior e a autoacusação formam dois motivos inextricavelmente misturados⁷¹. Não se pode negar que há um primeiro movimento, o da acusação exterior clássica, a qual, “inegavelmente”, ocasiona uma detenção, ainda que psíquica em Joseph K. Por mais que Joseph K. reiteradamente manifeste publicamente sua inocência e tranquilidade (o que, como vimos, não costuma agrada aos deuses), por outro lado tem início um processo de autoacusaç o⁷²,

69 GIFTS, 1844 *apud* MAUSS, 2017, p. 308.

70 MAUSS, 2017, p. 201.

71 OST, 2007, p. 446.

72 OST, 2007, p. 448.

engendrado pela culpa embrionária que vai pouco a pouco produzindo a clássica metamorfose em Joseph K. Assim, somente haverá efetiva acusação e processo a partir do momento em que aquele que se crê acusado passar a acusar-se a si próprio⁷³.

Kafka parece estar, com seus símbolos, a apontar para uma curiosa e onipresente dádiva da qual somos todos devedores e que, inevitavelmente, engendrará seu resgate: a própria vida. O absurdo e o trágico, então, se aproximam assim. Kafka⁷⁴, Sartre⁷⁵ e Camus⁷⁶ se tocam.

5. O julgamento de si e as portas da Lei: uma saída possível pela proposta *camusiana*

As considerações por nós expostas ao longo do texto podem ser, assim, sintetizadas nas palavras que seguem. Ocasões há em que a estrutura simbólica pela qual se comunica o homem com seus semelhantes passa a se erodir. Seja pelo desterro, seja pelas mudanças turbulentas ou ainda pelas inovações, a desconexão do homem com o elemento telúrico de sua identidade impede o reconhecimento da “Lei” que o vincula e dirige. À erosão da “Lei” segue-se o estranhamento do mundo. O homem passa, então, a buscar respostas nos mais variados sinais que o mundo da vida lhe apresenta. Da família à moral, da religião ao exemplo, chegando às mais viscerais necessidades do próprio corpo. O homem vive o inesgotável inferno de buscar as respostas de como agir.

Em situações assim, que podemos chamar de o “aquém da Lei”⁷⁷, o homem entra em contato com suas forças ancestrais, buscando encontrar a todo custo um sucedâneo para a “Lei” perdida. As “leis” da necessidade, da retribuição, da família, dentre outras, passam assim a obsessionar o homem, que precisa de qualquer modo decifrar o sentido da “Lei” para ordenar seu rumo ao viver.

A tarefa, contudo, não é simples, pois esse mesmo homem precisará enfrentar em si forças brutais que lhe são constitutivas e que não desaparecem. O homem depara-se com o absurdo da existência em sua mais perfeita

73 AGAMBEN, 2010, p. 50.

74 KAFKA, 2017; 1998.

75 SARTRE, 1979.

76 CAMUS, 2019.

77 OST, 2007, p. 383.

apresentação. Ciente de suas dívidas e máculas, tenta alcançar o significado do oculto que a tudo subjaz.

Esse trabalho, contudo, é infinito, e não se encontra, jamais, a satisfação da obtenção do significado da plenitude buscada. Podemos encontrar nesse movimento de busca incessante e infinita um dos significados possíveis do conto “Diante da Lei”, parte da obra de pequenas narrativas e contos kafkianos⁷⁸, e presente também em “O Processo”⁷⁹, no capítulo nono, denominado “Na Catedral”.

Na narrativa⁸⁰, um porteiro guarda a entrada da “Lei”. Chega até ele um homem do campo e pede para entrar na “lei”, mas o porteiro não lhe permite dizendo que é possível entrar, mas não naquele momento. O porteiro, assim, afirma sua autoridade e até incita o homem do campo a entrar, advertindo, contudo, que há muitos outros porteiros, sala após sala, “Lei” adentro. O homem do campo então espera. Passam-se os anos e décadas. O homem do campo envelhece, e, no final de sua vida, olhando para a porta da “Lei” e para o porteiro, finalmente pergunta: se todos aspiram à lei, “como se explica que em tantos anos ninguém além de mim pediu para entrar?”⁸¹.

O porteiro, vendo assim os últimos suspiros do homem, explica: “Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a”⁸².

Poucas construções literárias demonstram com tamanha potência o absurdo da existência e a caleidoscópica busca pelo sentido absoluto presente no ser humano. Diante desse absurdo sem fim que nos assombra a todos, alguns chegaram a apelar até à ideia de imolação, traço esse até certo ponto sugerido por Sartre⁸³ em “As Moscas”. O próprio Kafka, em muitas obras, dentre as quais podemos citar “O Veredito”⁸⁴, “O Processo”⁸⁵ e “Na Colônia Penal”⁸⁶ identifica o fim possível da busca pela “Lei” com a morte. Essa, contudo não nos parece a única alternativa.

78 KAFKA, 1999, p. 27.

79 KAFKA, 2017, p. 290.

80 KAFKA, 1999, p. 27.

81 KAFKA, 1999, p. 27.

82 KAFKA, 1999, p. 27.

83 SARTRE, 1979, pp. 178-179.

84 KAFKA, 1998, p. 25.

85 KAFKA, 2017, p. 320.

86 KAFKA, 1998, p. 29.

5.1. De Kafka a Camus, a aceitação da tarefa e enfrentamento do inefável

Albert Camus dedicou um apêndice todo ao estudo da obra de Franz Kafka ao escrever seu “O Mito de Sísifo”⁸⁷. A nota do editor francês do original de “O Mito de Sísifo” esclarece:

O estudo sobre Franz Kafka que publicamos em apêndice foi substituído na primeira edição de *O mito de Sísifo* pelo capítulo sobre *Dostoiévski e o suicídio*. Porém foi publicado pela revista *Lárbalète* em 1943. Nele se encontrará, em outra perspectiva, a crítica da criação absurda já iniciada nas páginas sobre Dostoiévski. (*Nota do editor francês*)⁸⁸.

Camus via em Kafka a manifestação da obrigatoriedade da releitura⁸⁹, ou seja, da contínua reinterpretação. Dessa inescapável necessidade de refazimento, de releitura, de reinterpretação podemos extrair a natureza absurda daquilo que é infinito e eterno. “Em *O processo*, Joseph K. é acusado. Mas não sabe de quê. Ele por certo quer se defender, mas ignora por quê”⁹⁰. Quanto à “*O Castelo*”⁹¹, Camus vê na obra uma teologia em ação que é “a aventura individual de uma alma em busca de sua graça, de um homem que pede aos objetos deste mundo seu segredo régio”. Em “*A Metamorfose*”⁹², Camus vê a “terrível iconografia de uma ética da lucidez”, mas que também é “produto do assombro incalculável que o homem experimenta ao sentir o animal em que ele se transforma sem muito esforço”⁹³.

Camus vê nessa ambiguidade o segredo de Kafka, o qual está a todo tempo construindo metáforas e símbolos que visam a fazer comunicar dois planos, “dois mundos de ideias e sensações”⁹⁴, que se apresentam como a vida cotidiana e a inquietude sobrenatural. A luta para traduzir e comunicar tais planos é ingrata e sem fim.

87 CAMUS, 2019.

88 CAMUS, 2019, p. 145.

89 CAMUS, 2019, p. 147.

90 CAMUS, 2019, p. 147.

91 CAMUS, 2019, p. 149.

92 CAMUS, 2019, p. 149.

93 CAMUS, 2019, p. 149.

94 CAMUS, 2019, p. 149.

Talvez Camus tenha sido quem melhor solucionou a charada contida na obra de Kafka: toda “Lei” é, além de um mandamento, um símbolo que pressupõe um dever inalcançável de conexão entre o ambiente e o ideal. Nessa impossibilidade é que reside a compreensão e afirmação – feita por Camus – de que a obra de Kafka é “absurda”.

Reconheço então uma obra absurda em seus princípios. Em relação a *O processo*, por exemplo, posso dizer que o sucesso é total. A carne triunfa. Nada falta, nem a revolta não formulada (embora seja ela quem escreve), nem o desespero lúcido e mudo (embora seja ele quem cria), sem a assombrosa liberdade de conduta que os personagens de um romance respiram até a morte final⁹⁵.

É diante dessa conexão via “absurdidade” que podemos nos atrever na interpretação da saída do dilema kafkiano pela via *camusiana*. Afinal, não nos será admissível esperar a vida toda pela liberalidade do porteiro que nos autorize a entrar na “Lei”. Tal acesso somente se dá pela construção e pelo atrevimento “contínuos”.

Por isso é que a busca desesperada pela “Lei” é uma busca digna de Sísifo. O fluxo imparável da realidade torna toda interpretação temporária e frágil. Toda aproximação da “Lei” será parcial. Continuamente o mundo impor-se-á e uma nova interpretação será necessária. Tal como a pedra que rola montanha abaixo, o reconhecimento simbólico da “Lei” há de erodir-se, demandando uma nova interpretação, uma nova descida atrás da pedra.

Deixo Sísifo na base da montanha! As pessoas sempre reencontram seu fardo. Mas Sísifo ensina a fidelidade superior que nega os deuses e ergue as rochas. Também ele acha que está tudo bem. Esse universo, doravante sem dono, não lhe parece estéril nem fútil. Cada grão dessa pedra, cada fragmento mineral dessa montanha cheia de noite forma por si só um mundo. A própria luta para chegar ao cume basta para encher o coração de um homem. É preciso imaginar Sísifo feliz⁹⁶.

95 CAMUS, 2019, p. 152.

96 CAMUS, 2019, p. 141.

Pretender a possibilidade de uma verdade acabada amiga do homem⁹⁷ somente produz um doloroso engano. O destino de Sísifo, tanto em relação à pedra quanto na busca da “Lei”, é o do trabalho contínuo. A única possibilidade é a aceitação satisfeita desse encargo de contínuo trabalho de aproximação e apaziguamento com o mundo. Em cada canto de vida, afinal, jaz uma “Lei” a ser continuamente “reconstruída”.

6. Conclusão

Conforme vimos, o presente artigo analisou o conceito de “Lei” na obra de Franz Kafka, suas múltiplas interpretações, a dificuldade dos personagens kafkianos em identificar a regra a ser obedecida, bem como compreender a função e significado da “Lei”, além das metáforas apresentadas pelo autor na interpretação daquilo que se compreende por “Lei”. A busca pela “Lei” cumpre, ainda, o papel de permitir ao homem kafkiano a reconstrução ou reencontro com alguma forma de plenitude perdida.

A utilização da análise dos intérpretes da obra kafkiana e sua referência ao processo de perda de eficiência simbólica nos permitem compreender que a noção de “Lei” em Kafka não se coaduna com a noção contemporânea de “Lei” no sentido dogmático. Aquela não pode ser dissociada de uma série de outras interpretações que conferem ao intérprete a possibilidade e a responsabilidade de interpretar o fenômeno da “Lei” em todos os seus aspectos, incluindo o metafísico. “Lei”, nesse sentido, torna-se tudo aquilo que movimenta e justifica a ação humana, e a direciona ao reencontro da paz consigo mesmo, ainda que no percurso provoque no homem os mais dolorosos tormentos.

Vimos que o processo de definição do conteúdo da “Lei” é praticamente sem fim: o significado sempre se afasta do intérprete e esse afastamento demanda o reinício da tarefa contínua de interpretação da “Lei”, bem como de sua aplicação.

Por fim, vimos que essa infinita dificuldade, contudo, não é motivo para a desistência do enfrentamento de construção do significado. A tarefa, ainda que sem horizonte definido, é parte da vida e deve ser considerada como um eterno proceder que insere o indivíduo, o intérprete, no jogo da significação e da construção simbólica do mundo.

97 STEINER, 2001b, p. 131.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. São Paulo: Autêntica Editora, 2010.
- BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre: Zouk, 2014.
- BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. 2. ed. São Paulo: Duas Cidades; Editora 32, 2013.
- BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BLOOM, Harold. *O cânone ocidental: os grandes livros e os escritores essenciais de todos os tempos*. 5. ed. Lisboa: Temas e Debates; Círculo de Leitores, 2013.
- BORGES, Jorge Luis. *El Aleph*. Buenos Aires: Alianza Editorial, 2000.
- BURKERT, Walter. *A Criação do sagrado*. Lisboa: Edições 70, 1996.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Record, 2019.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Kafka: para uma literatura menor*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- DODDS, E. R. *Os gregos e o irracional*. São Paulo: Editora Escuta, 2002.
- FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão seguido de O mal-estar na cultura*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018.
- GEWALT. In: Michaelis – Dicionário Escolar Alemão. Michaelis On-line. [S. l.], [2024]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/escolar-alemao/busca/alemao-portugues/gewalt/>. Acesso em: 1º jul. 2020.
- GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo. A condição humana, a angústia e o mal-estar da culpa em ‘O Processo’ de Franz Kafka. *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, La Paz, v. 3, nº 5, outubro 2019, pp. 63-93. DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2019539>
- GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo. *Regras de Distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.
- HOBSBAWN, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Lisboa: Edições 70, 2018.
- KAFKA, Franz. *A metamorfose e O veredito*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2001.
- KAFKA, Franz. *O Castelo*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

- KAFKA, Franz. *O Veredito e Na Colônia Penal*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.
- KAFKA, Franz. *Obras escolhidas: A metamorfose, o processo e carta ao pai*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2017.
- KAFKA, Franz. *Um Médico Rural: pequenas narrativas*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1999.
- MAUSS, Marcel. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: UBU Editora, 2017.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2007.
- RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como um outro*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- SARTRE, Jean-Paul. *As moscas*. Lisboa: Editorial Presença, 1979.
- SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade: a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.
- STEINER, George. *Nenhuma paixão desperdiçada*. Rio de Janeiro: Record, 2001a.
- STEINER, George. *Nostalgia del absoluto*. 2. ed. Madrid: Ediciones Siruela, 2001b.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- TAYLOR, Charles. *Uma era secular*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

Recebido em 25 de julho de 2020.

Aprovado em 01 de dezembro de 2020.

RESUMO: o presente artigo pretende analisar o conceito de “lei” na obra de Franz Kafka, suas múltiplas interpretações, bem como a dificuldade dos personagens kafkianos em compreender a função e significado da “lei”. Diante das inúmeras dificuldades dessa investigação, analisaremos os processos de angústia, culpa e agonia que surgem dessa tarefa contínua, bem como de que maneira tais afetos são também, em grande medida, formas de expressão da “lei”. Analisaremos ferramentas de enfrentamento dessa dificuldade em identificar tanto a regra quanto a ação correta, bem como buscaremos compreender os impasses desse contínuo método de produção do significado, no jogo da significação e da construção simbólica do mundo. Por fim, diante da contínua e inesgotável necessidade de identificação da “lei” e de interpretação de seus significados, analisaremos a possibilidade de uma interpretação literária presente na filosofia de Albert Camus para interpretar a angústia do homem kafkiano, na luta por reencontrar ou reconstruir o espaço da plenitude “metafísica” perdida. Ao final, concluímos que, diante da agonia inevitável da incessante necessidade de identificação e interpretação da “lei”, é viável, no plano filosófico, a interpretação de Albert Camus sobre o esforço absurdo, para dar sentido à tarefa de viver de acordo com regras.

Palavras-chave: Direito e Literatura, Kafka e a Lei, filosofia da plenitude, Camus e Direito, mistério e interpretação.

ABSTRACT: this article aims to analyze the concept of “law” in Franz Kafka’s work, its multiple interpretations, as well as the difficulty of Kafkaesque characters in understanding the function and meaning of “law”. In view of the numerous difficulties of this investigation, we will analyze the processes of anguish, guilt and agony that arise from this continuous task, as well as how these affects are also, to a large extent, forms of expression of the “law”. We will analyze tools to deal with this difficulty in identifying both the rule and the correct action, as well as seeking to understand the impasses of this continuous method of producing meaning, in the game of meaning and the symbolic construction of the world. Finally, in view of the continuous and inexhaustible need to identify the “law” and to interpret its meanings, we will analyze the possibility of a literary interpretation present in the philosophy of Albert Camus to interpret the anguish of the kafkaesque man, in the struggle to rediscover or reconstruct the space of lost “metaphysical” fullness. In the end, we conclude that, in the face of the inevitable agony of the incessant need to identify and interpret the “law”, Albert Camus’s interpretation of the absurd effort is feasible, in philosophical terms, to give meaning to the task of living according to rules.

Keywords: Law and Literature, Kafka and the Law, philosophy of plenitude, Camus and the Law, mystery and interpretation.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo. Kafka e a nostalgia da plenitude: a busca da “Lei”, o sofrimento inevitável e uma ação possível. Revista Direito, Estado e Sociedade, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1583>.

Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta

Julia Constitution: a woman-letter of thirty

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis*

Universidade Estadual de Campinas, Campinas – SP, Brasil

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo**

Universidade Estadual de Londrina, Londrina – PR, Brasil

1. Introdução

Dois momentos importantes compõem a introdução deste texto, quais sejam: Constitucionalismo, História do Direito e Literatura, e a Constituição e a Narrativa Balzaquiana. O primeiro momento se debruça sobre a discussão das articulações possíveis entre constitucionalismo e literatura a partir de uma perspectiva da história do direito, com o intuito de justificar o pano de fundo que alicerça a metáfora aqui proposta. Já o segundo momento cuida de apresentar a obra de Honoré de Balzac com foco na mulher de trinta anos, bem como destacar os aspectos metodológicos que permitiram o desenvolvimento das ideias expostas ao longo do artigo.

* Possui graduação em Pedagogia pela PUC-Campinas (2004), mestrado em Educação pela PUC-Campinas (2007), graduação em Direito pela PUC-Campinas (2009) e doutorado em Educação pela UNICAMP (2012), Pós-doutorado em Educação pela Universidade Estadual do Oeste do Pará – UFOPA. Atualmente é professora da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas e da Faculdade de Educação da UNICAMP. E-mail: anaelisasqa@gmail.com.

** Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1994), mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2000) e doutorado em Direito do Estado (2006), também pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado em direito econômico e político pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. É professor associado nível A em Tempo Integral e Dedicção Exclusiva do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: figueiredoe07@gmail.com.

1.1. Constitucionalismo, história do direito e literatura

Embora a vida social tenha, tanto quanto a vida física, leis aparentemente imutáveis, vocês não encontrarão em nenhum lugar o corpo nem o coração regulares como a trigonometria de Legendre. Se o autor não pode pintar todos os caprichos dessa dupla vida, ao menos lhe deve ser permitido escolher aqueles que lhe parecem os mais poéticos¹.

É com esse parágrafo que Honoré de Balzac² encerra seu prefácio da edição Bèchet do livro “A mulher de trinta anos”³: pedindo licença ao leitor, para exercer a sua liberdade de escolha. Em certa medida, o mesmo se passa com o presente texto. Os autores buscam permissão para, com a metáfora a ser cerzida, refletir sobre a Constituição da República Federativa do Brasil, que em 5 de outubro de 2018 completou 30 anos.

No espectro temático deste trabalho, o tempo breve de três décadas é explorado na especificidade das alterações do texto constitucional. Cientes de que as razões da lei pouco explicam os aspectos temporais, a história e as características do Estado brasileiro constituem uma totalidade a ser envolvida pela história do constitucionalismo nacional. Suas vicissitudes e a peculiaridade de seus problemas fazem dele mais que um espectro; o que desafia esforços subseqüentes, podendo resultar em outros textos sobre o tema.

Considerados na teoria da história os problemas da interpretação, para as percepções de Jörn Rüsen⁴ e a sua matrix, os estudos históricos – nos termos compreendidos por F.R. Ankersmit⁵ – partem da literatura do século XX para sugerir a fecundidade simbólica entre a escrita literária como percepção da política, o que emprestamos como hipótese para escrever o presente texto, qual seja, a relação entre a constituição brasileira e a obra de Balzac⁶.

Vale indagar neste momento: o que reside nessa relação? Ela reside na premissa de ser possível narrar e afirmar a existência de uma constituição social; ou, noutras palavras: o que foi constituído politicamente para uma

1 BALZAC, 2015, p. 16.

2 2015, p. 16.

3 BALZAC, 2015.

4 RÜSEN, 2010.

5 ANKERSMIT, 2001.

6 JAMESON, 1989.

sociedade no ocidente sob a expressão de “constituição” com auxílio da narrativa balzaquiana, que ao descortinar a biografia da sua personagem vai desvelando ao leitor a complexidade da vida sob um ponto de vista da perda da possibilidade de retratá-la sob certa fixidez.

Tanto do ponto de vista das habilidades interpretativas porventura atribuídas à personagem, quanto da liberdade reconhecida ao leitor, ambas pressupõem

[...] a cultura na reprodução do capitalismo. Compreender a reprodução cultural significa entender as formas de sustentação do modo de produção capitalista, uma vez que da reprodução de uma maneira coletiva de viver, sustentada pelos indivíduos. ‘Dizer produção de cultura’ – afirma Frederic Jameson – equivale a dizer produção da vida cotidiana – e sem isso um sistema não consegue continuar a se implantar e expandir”⁷.

Diante dessa premissa, o que se interpreta sobre a dinâmica das relações constitucionais entre Estado, Constituição e relações políticas? Na hipótese de Gustavo Zagrebelsky⁸ – com o paradoxal auxílio dos limites da filogênese de Friedrich Karl Von Savigny⁹ – constituiu-se por um tempo uma história do direito bem próxima às distorções do historicismo do século XIX. Essa relação do direito com as ideias evolutivas e de progresso imanentes ao fluxo da história redundou na hipostasiação do direito.

A indiferença, relativamente às relações sociais, se confundiu com o primado da neutralidade da lei e dos variados matizes dessa característica, compreendida como uma das expressões mais dignificantes para o direito: a legalidade. Esta, entendida como a instância do direito, se ressentiu de não poucas críticas pois, “[e]l objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas... Esta meta se alcanza unicamente por medio de una ficción”¹⁰. E uma ficção para o razão humana “[...] es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra su objetivo con el material dado”¹¹.

7 GIRELLI, 2015.

8 2005.

9 2005, p. 66.

10 CORREAS, 1994, p. 159.

11 CORREAS, 1994, p. 159.

Mas se os séculos XVIII e XIX correspondem ao tempo da afirmação dos potenciais da razão humana diante da natureza, isso a ponto de compreender, mas também confundir, as leis da natureza com as leis da cultura, pode-se mesmo afirmar que as mais diversas formas de interesses mundanos seriam organizadas pelas dimensões mais nobres da legislação.

Do ponto de vista das tentativas de resgate da historicidade constitucional, isso estabelece um problema¹² que faz o estudo dos textos políticos partir de lugar e tempo inevitável: a modernidade ocidental capitalista.

A construção doutrinária de Sieyès não precisou polemizar com a teoria do direito divino, pois isso já havia sido feito por Rousseau. Assim pôde ela ser simplesmente afirmativa. É extraordinário que, sendo basicamente afirmativa da concepção revolucionária da soberania do povo, construída por Rousseau, acabou possibilitando o desenvolvimento da teoria da soberania nacional, de corte conservador, que mereceu severa crítica de Duguit, porque dela de modo algum poderia derivar o sufrágio universal. Ao contrário podemos dizer: até condicionou o sufrágio restrito e censitário do constitucionalismo do século XIX, inclusive no Brasil¹³.

Tão ou mais importante será para o historiador do direito e para o teórico da sociedade, preocupados com a substância da vida política em nossos dias, verificar a falibilidade daquela percepção utópica que desde os seus esforços iniciais já indicavam fissuras e conservadorismo. José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴ destaca essa preocupação, projetando nos problemas da Constituição duas grandezas iniciais, sejam elas a do “tempo”, mas sobretudo a das “instituições”, algo que para o entendimento do autor:

12 No prólogo de *Historia y Constitución* de Gustavo Zagrebelsky, Miguel Carbonnel destaca: “[...] la constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbres lo mismo que aspiraciones de futuro: ‘Las constituciones de nuestro tempo – dice en el texto – miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer [...] pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional’”. Para maiores desenvolvimentos: ZAGREBELSKY, 2005, p. 11.

13 SILVA, 2011, p. 44.

14 2008.

[p]ondo de parte os aprofundamentos filosóficos, que não estamos em condições de fazer, talvez seja possível tornar inteligíveis ao leitor os nossos pontos de partida – em primeiro lugar, para dizer que os itinerários dos nossos discursos em sede constitucional não repousam em ‘essências’ ou ‘a priori ontológicos’. Mesmo quando se realçam dimensões fundantes do Estado (ex. dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, liberdade, igualdade, justiça) que informam a história das comunidades constitucionais, estamos longe da historicidade, entendida no sentido ontológico-existencial heideggeriano como determinação do ‘aí-ser’ (‘aí-o-ser’) humano (Dasein). Isto significa a elevação da subjetividade (ontológico-existencial) a conceito central da história e, no caso concreto, da história do constitucionalismo. Esta ‘história ontológica’ remete os condicionalismos e momentos históricos, políticos, econômicos, sociais e culturais, para a enigmática categoria de ‘autocondições’ (Selbstbedingungen). Não vemos como a ‘redução ôntica’ dos pilares de uma constituição possa ser suficiente para captar ‘o espírito das leis’ ou o ‘espírito objetivo’ que habita nas constelações políticas contemporâneas. Aliás, o apego a ‘cristalizações historicistas’ é, hoje, uma das causas perturbadoras do entendimento do ‘novo direito constitucional’.¹⁵ Nesta não-ontologia dos condicionalismos reside um novo nomos. Neste final da segunda década do século XXI ele não mais se aparta e está sempre às voltas de um positivismo vulgar e com decisões episódicas de tribunais constitucionais que dão substância e por que não dizer especificidade e morada ao político e ao econômico em termos constitucionais. Nesta suposta ‘condição ôntica’, auto-condicionada portanto, a atratividade de toda a miríade de situações sociais e temporais podem sem consideradas como existentes, tanto em concreto como em potência. Mas os pilares de uma constituição não podem ser examinados de modo suficiente neste horizonte admitido, pois restariam relativizados pela metafísica do ‘espírito das leis’ ou do ‘espírito objetivo’ que ‘ainda’ habita nas constelações políticas contemporâneas¹⁶.

A admissão de variáveis e mudanças que negam os horizontes da democracia na forma do poder constituinte, ou ainda sua importância nos condicionalismos de momentos históricos destacados pelo autor português, por sua vez se refletem e são parte do problema proposto aqui. Ele deve ser enfrentado na substância deste texto, por considerar na sua montagem não

15 CANOTILHO, 2008, pp. 21-24.

16 CANOTILHO, 2008, p. 23.

um itinerário artificial, mas o interesse da temporalização da personagem balzaquiana.

Essa personagem poderia ser brasileira, também porventura às voltas com compreensão das suas relações afetivas no contexto de um romance em uma sociedade na qual o erotismo se limitava à palavra surda ou à intimidade de certos círculos nos quais o modo de viver e de se relacionar não iriam além da exploração de algumas circunstâncias.

Sobre aquilo que as pessoas narram a certa altura é perceptível estarem elas mesmas aquém das formas dos seus voluntarismos e disposições. Se o historicismo se desfez como entendimento do devir histórico em face da sociologia e da economia, havia a

[...] autoridad tiránica y exclusiva que el historicismo concebía. La filogénesis de las instituciones constitucionales no excluye una razonable intervención de la voluntad y de los proyectos de los hombres, que pueden encontrar sitio en las Cartas constitucionales. Por una parte reconocen la constitución tradicional, por otra la innovan¹⁷.

Mas é necessário observar nessa proposição, ainda às voltas com problemas da história e das formas de seu conhecimento, como as dinâmicas sociais e os lugares nos quais se originam se impõem como constitucionais e constituintes dos sujeitos.

Uma vez que se materializam no texto e dessa etapa resultam como expressão da vida política, vale indagar: “El presupuesto necesario para cualquier comprensión de derecho constitucional es por tanto la respuesta a preguntas del tipo: “¿Para qué, un derecho constitucional?”¹⁸. Para o historiador italiano do direito Paolo Grossi¹⁹, o constitucionalismo é um movimento de pensamento e ação e seu objetivo foi definir a liberdade dos indivíduos em um papel relevante da vida social. Os limites da vida dos sujeitos no Estado refletem a dimensão iusnaturalista do constitucionalismo.

Entre os fortes fundamentos do constitucionalismo e as suas raízes filosóficas e políticas, o Estado de natureza, entidade meta-histórica

17 ZAGREBELSKY, 2005, p. 60.

18 ZAGREBELSKY, 2005, p. 29.

19 GROSSI, 2011.

[...] previa a la reunión de los individuos en una comunidad política, pero en la que, sin embargo, viven individuos que disfrutan plenamente del patrimonio de los derechos subjetivos que le había concedido una deidad benéfica – para constituir una barrera que el poder, cualquier poder diferente al que el particular tiene sobre si mismo, no puede vulnerar²⁰.

Esse regresso insistente ao Estado de natureza e ao iusnaturalismo constituem para Grossi²¹ espécie de ficção sobre a história humana. Trata a história política como um produto de laboratório, uma fantasmagoria feita de paisagens e indivíduos os quais jamais existiram:

[e]ste laboratorio al formular criaturas marcadas por el vicio que ya conocemos: La abstracción. Y naturalmente, el ciudadano beneficiado por tan escancarable esfuerzo no es el hombre ‘de carne y hueso’: es una suerte de arremedo del hombre, cual se trataba de estatuas modeladas todas ellas en uno mismo estudio y todas reproduciendo la misma imagen²².

Mas, diversamente, o constitucionalismo permitiu notar algo distinto relativamente às relações políticas. Na Europa, desde a sociedade medieval à moderna, o cidadão apenas é compreensível; isso é perceptível em fortes redes comunitárias. Apenas assim, a subsistência diante do Estado de natureza resgata o sujeito “[...] situado en un pasaje en el que son inexistentes los vínculos comunitarios y donde aparece como un auténtico soberano de la naturaleza física”²³. Ainda que a vagueza e a difusão da origem panteísta se projetem sobre os sujeitos, o iusnaturalismo materializou e constituiu uma figura abstrata, isso para nela visceralmente observar a liberdade.

1.2 Constituição e a narrativa balzaquiana

De acordo com Paulo Rónai²⁴, autor das notas introdutórias de uma das publicações do livro de Balzac, datada do ano de 1954, poderia se extrair

20 GROSSI, 2011, p. 43.

21 2011.

22 GROSSI, 2011.

23 GROSSI, 2011, p. 43.

24 1993, p. 73.

do romance do notável escritor francês que

[a] Mulher de Trinta Anos é, sem contestação, o livro mais famoso de Balzac. Muitos leitores não lhe conhecem senão este único romance. Pessoas que não lhe leram uma página sequer associam automaticamente esse título a seu nome. No Brasil como em muitos outros países a ‘idade balzaquiana’ tornou-se expressão consagrada até nos meios incultos, e outro dia vimos ‘Seu Balzac’ e a mulher de trinta anos aparecerem juntos na letra de um samba²⁵.

É possível afirmar após quase 60 anos que as relações dos brasileiros com a obra de Balzac se modificaram? Ao contrário, a proliferação da ideia de uma mulher balzaquiana, sempre com trinta anos, se dá de forma mais contundente neste século de redes sociais²⁶. No entanto, o uso da expressão “mulher balzaquiana” é proporcional ao total desconhecimento do autor e sua obra.

“A mulher de trinta anos” é apenas um livro, dentre oitenta e oito outros que compõem “A comédia humana”, que, por sua vez, está dividida em “Estudos de Costumes” e “Estudos Filosóficos”. Nos “Estudos de Costumes”, ainda podemos identificar outras subdivisões como as “Cenas da Vida Privada”, “Cenas da Vida Provinciana”, “Cenas da Vida Parisiense”, “Cenas da Vida Política”, “Cenas da Vida Militar” e “Cenas da Vida Rural”. A obra que aqui usamos é um Estudo de Costume vinculado às Cenas da Vida Privada. Em outros momentos dessas obras, encontramos a figura da mulher que não é, necessariamente, aquela de trinta anos²⁷.

Além de o livro estar imerso em uma tessitura literária, o que significa dever ser compreendido em seu conjunto, Rónai²⁸ e Elaine Moraes²⁹, responsável pela introdução de outra publicação, frisam a questão da composição da obra: uma compilação de contos que levou uma década para ser concluída. O leitor descompromissado, ou melhor, aquele que não consi-

25 RÓNAI, 1954, p. 507.

26 A título ilustrativo, são vários os blogs que se valem da expressão para promover reflexões de mulheres que chegaram aos trinta anos: <https://osegredo.com.br/reflexoes-de-uma-balzaquiana/>; <http://mulheresbalzaquianas.blogspot.com/2007/12/o-prazer-e-aflio-de-ser-balzaquiana.html>; <https://www.vix.com/pt/bdm/estilo/balzaquianas>. Acesso em: 04 abr. 2020.

27 Para conhecer de forma mais aprofundada, ver: GUIMARÃES, 2012.

28 1993; 1954.

29 MORAES, 2015.

dera o contexto da obra, notará apenas as muitas divergências cronológicas ao longo do enredo; no entanto, nos valeremos das palavras de Moraes³⁰, que dá a essa aparente desordem um significado condizente com a licença poética previamente solicitada pelo autor, afinal

[...] o escritor pode não saber disso, nem precisa para usá-las. Mas só alcança uma ressonância profunda e afinada caso lhes sinta, registre e desdobre – ou evite – o descentramento e a desafinação. Se há um número indefinido de maneiras de fazê-lo, são palpáveis e definíveis as contravenções. Nestas registra-se, como ingenuidade, tagarelice, estreiteza, servilismo, grosseria etc.³¹.

Balzac tentou significar em uma mulher, icônica, muitas outras:

Como, então, negar a força estruturante desses números imprecisos que, recorrentes nas linhas e nas entrelinhas do livro, aparecem mais para confundir que para explicar? Como não reconhecer o mistério que exala dessa inusitada equação entre uma história feminina e uma incógnita aritmética? Como, sobretudo, não perceber aí a configuração de um enigma? Uma coisa é certa: entre os grandes enigmas que inquietaram a sensibilidade oitocentista poucos repercutiram tanto quanto aqueles urdidos em torno da figura feminina³².

A mulher balzaquiana não é, portanto, uma. São várias, tanto ao longo das obras de Balzac, quanto nessa mulher específica de trinta anos. E sua multiplicidade, ainda que a fortaleça, não é formada apenas de elementos emancipadores, positivos, mas se dá na convergência de um conjunto bastante diversificado destes mesmos elementos. Uma vez que depois de Balzac o romance jamais será o mesmo, Otto Maria Carpeaux³³ compreende o autor francês no terreno de uma diferença diante da qual resta afirmar que antes dele “[...] todos os romancistas [...] parecem-se mais ou menos com adolescentes de 18 anos que veem no amor o conteúdo da vida inteira”. Mas, para Carpeaux,

30 MORAES, 2015.

31 SCHWARZ, 2000, p. 29.

32 MORAES, 2015, p. 9.

33 CARPEAUX, 1963, p. 2119.

Balzac é o adulto: as suas mulheres são substantivos no texto do contrato de casamento, ou então objetos de prazer, tentações e obstáculos do homem de negócios, motivos de falências. Os romances antes de Balzac terminam com o casamento; os romances de Balzac começam com o casamento que lança os fundamentos de uma nova firma³⁴.

O realismo do romance balzaquiano não foi então indiferente à morfologia que assumiu o romance no século XIX, mas com ele o termo romance “[...] mudou de sentido [...]. Depois, será o espelho do nosso mundo, dos nossos países, das nossas cidades e ruas, das nossas casas, dos dramas que se passam em apartamentos e quartos como de nós outros”. E Schwarz afirma: “Depois da leitura de um romance de Balzac revela-se imediatamente tudo o que há de irreal, de imaginário e de ‘romanesco’ [...]”³⁵.

Por esses outros caminhos, para além do casamento ou da flor da idade, a mulher de trinta, em uma sociedade parisiense do século XIX, não é, de imediato, o símbolo da vicissitude feminina. Ela se tornará a substância, na medida em que reconhece condições de um corpo jovem com a maturidade que só um tempo traz:

[u]ma mulher de trinta anos possui atrativos irresistíveis para um rapaz; [...]. De fato, uma jovem tem demasiadas ilusões, demasiada inexperiência, e o sexo é bastante cúmplice do amor, para que um homem possa sentir-se lisonjeado, enquanto uma mulher conhece toda a extensão dos sacrifícios que tem que fazer. Uma é arrastada pela curiosidade, por seduções estranhas às do amor; a outra obedece a um sentimento consciencioso. Uma cede, a outra escolhe. Essa escolha já não é por si uma imensa lisonja? Dotada de um saber quase sempre caramente pago por desgosto, dando-se, a mulher experiente parece dar mais que a si própria; enquanto a jovem, ignorante e crédula, nada sabendo, nada pode comparar nem apreciar, ela aceita o amor e estuda-o. Uma instrui-nos, aconselha-nos numa idade em que se gosta de ser guiado, em que a obediência é um prazer; a outra tudo quer saber, e, onde esta se mostra apenas ingênua, mostra-se a outra profundamente terna. Aquela apresenta-nos um só triunfo, esta obriga-nos a combates perpétuos. A primeira só tem lágrimas e prazeres; a segunda, voluptuosidades e remorsos. Para que uma jovem seja a amante,

34 CARPEAUX, 1963, p. 2119.

35 SCHWARZ, 2000, pp. 2119-2120.

deve estar demasiado corrompida, e então a abandonamos com horror; enquanto uma mulher possui mil meios de conservar ao mesmo tempo o poder e a dignidade. Uma, extremamente submissa, oferece-nos tristes garantias de repouso; a outra perde demasiado para não pedir ao amor as suas mil metamorfoses. Uma desonra-se apenas a si; a outra mata em proveito do amante uma família inteira. A jovem tem apenas uma vaidade e crê ter dito tudo, despindo o vestido; porém a mulher tem-nas em grande número e oculta-se sob mil véus; enfim, ela acaricia todas as vaidades, e a noviça apenas lisonjeia uma³⁶.

Mas a mulher de trinta de Balzac³⁷ não nasce assim. Faz-se assim. E não seria dessa forma com as nossas Constituições? Não teríamos muitas constituições em uma só? Qual constituição é essa que se nos apresenta, aos trinta anos, neste século XXI? Trouxe, o tempo, alguma maturidade? Trava combates perpétuos? Desonra-se? Ou conserva poder e dignidade? Pagou caramente por desgosto? Quantas vaidades acaricia? Nas relações entre direito e literatura, também o conhecimento histórico poderá encontrar uma morada.

Imediatamente nesse campo, inicialmente se sugere:

[...] se abandonem fronteiras conceituais clássicas. Mas para o ceticismo que desta aproximação possa resultar, pois ela talvez em nada contribua no sentido de auxiliar na construção de teoria jurídica diante da amplitude e do horizonte dos estilos literários marcados por movimentos, modelos e abstrações, o fato é que não se pode considerar como ambicioso este esforço. São positivos os inesperados caminhos que se tornam possíveis por meio da aproximação entre direito e literatura³⁸.

36 BALZAC, 2003, pp. 115-117.

37 Serão utilizadas, ao longo do artigo, três versões da obra “A mulher de trinta anos” de Honoré de Balzac. Uma publicada em 1954 pela editora Globo e traduzida por Vidal e Oliveira; outra publicada em 2003 pela editora Martin Claret com tradução de José Maria Machado e revisão de Osmar Portugal Filho; e uma última versão, mais recente, publicada pela Penguin Classics Companhia das Letras, no ano de 2015 com tradução de Rosa Freire d’Aguiar. As versões de 1954 e 2015 nos interessam devido aos comentários da obra, respectivamente Paulo Ronai e Elaine Moraes, sendo a versão de 2003 utilizada para as citações diretas devido à maior facilidade do manuseio com o conteúdo virtual da obra, sem qualquer prejuízo dos sentidos entre as traduções disponíveis.

38 GODOY, 2008, p. 9.

Se a personagem de Balzac é polifônica e mais que retrato do tempo, é também trabalho de constituição de sentido, como afirma Jörg Rüsen³⁹, é ainda movimento e transformação, e quanto a isto

[...] nos enseña la dialéctica tradicional, la operación historicizadora puede seguir dos caminos distintos, que sólo en última instancia se encuentran en un mismo lugar: el camino del objeto y el camino del sujeto, los orígenes históricos de las cosas mismas, y esa historicidad más tangible de los conceptos y las categorías por cuyo intermedio intentamos entender esas cosas⁴⁰.

Tomada a imortal obra literária do autor francês tanto por seus méritos narrativos como por seus tipos humanos, o ponto de partida de algumas questões nada ortodoxas, – mais próximas de uma discussão ontológica, ainda que provocada por um posicionamento epistemológico –, pretende abordar aspectos da constitucionalização da constituição brasileira ao longo destes pouco mais de trinta anos de vigência.

Se a abordagem qualitativa vale-se da pesquisa documental⁴¹, cuja análise parte tanto do contraponto com o romance de Balzac⁴² quanto da perspectiva de Marcelo Neves⁴³ acerca de uma constitucionalização simbólica, as relações com o tempo histórico do constitucionalismo são fraturadas nas sugestivas percepções da personagem de Balzac e, assim, com uma desconstitucionalização fática, isto é, com a desmobilização utópica das construções jurídico-políticas dos séculos XVIII e XIX, que, sob a terminologia de constituições, buscaram a normatização do político, encontrando em espaços cada vez mais curtos no tempo a perda da substância constitucional por meio da alteração profunda do texto político.

Apesar de Godoy⁴⁴ definir os documentos, entre eles, as leis, como “fonte não-reativa”, pois “as informações neles contidas permanecem as mesmas após longos períodos de tempo”, não havendo, “portanto, o perigo de alteração no comportamento dos sujeitos sob investigação”, ressalta que

39 2010.

40 JAMESON, 1989, p. 11.

41 GODOY, 1995.

42 1954; 2003; 2015.

43 1996.

44 1995, p. 22.

“[a] pesquisa documental é também apropriada quando queremos estudar longos períodos de tempo, buscando identificar uma ou mais tendências no comportamento de um fenômeno”.

A Constituição brasileira, além de ser documento válido de investigação, ao se constituir como um fenômeno, vai de encontro com o exposto pela autora, pois faz-se fonte reativa. A compreensão da existência de um movimento inerente aos textos normativos está presente desde uma concepção kelseniana baseada em sistemas estático e dinâmico⁴⁵, até uma compreensão luhmanniana de sistema e autopoiese do direito⁴⁶.

No texto normativo, as mudanças textuais provocam alterações permitindo a identificação de clivagens. Fatores que tornam o estudo normativo diferenciado dentre as pesquisas documentais, pois as alterações compõem integralmente o *corpus* do documento; diferente da apreciação temporal de uma somatória de documentos, como se referiu Godoy⁴⁷. Afora, claro, as alterações interpretativas que não marcam efetivamente o conteúdo do texto normativo, mas conduzem seu direcionamento.

45 KELSEN, 2002.

46 LUHMANN, 2007. Afora a escola da exegese, primeiro pensamento juspositivista que se consolida a partir do Código Napoleônico, o neopositivismo de Hans Kelsen (2002), apesar de equivocadamente entendido como uma proposta de neutralidade, ignorando as influências do círculo de Viena em seu pensamento, pode ser identificado como o marco interpretativo do direito. Ainda bastante presente nos trabalhos acadêmicos e nas atuações da área jurídica brasileira, a interpretação neopositivista kelseniana parte do pressuposto da existência de um sistema integrado de normas, dividindo-se em estático e dinâmico. O primeiro se refere às relações lógicas encadeadas entre as normas e seus conteúdos, exemplificada pela ideia de pirâmide, haja vista a necessidade de normas inferiores estarem sempre em consonância com normas superiores; e o sistema dinâmico, se caracteriza pelo reconhecimento de uma autoridade competente para criar a norma, inserindo ou retirando conteúdos do sistema estático. É inegável a relação de movimento, ainda que concentrada em um circuito fechado, que estabelecem os sistemas estático e dinâmico no sistema jurídico, surtindo efeitos *ex nunc* (desde o início) ou *ex tunc* (a partir de agora) no ordenamento (SIMIONI, 2014; KELSEN, 2002). De outro lado, porque entendido como o último expoente da hermenêutica jurídica (SIMIONI, 2014), temos Niklas Luhmann (2007), que apresenta um outro conceito de sistema, inspirado nas ciências biológicas de Maturana e Varela (1980) ao conceber, assim como nos animais e nas bactérias, um sistema social fechado, autorreferenciado e autopoietico, em dissonância com o que vigorou até o presente momento nas ciências sociais acerca de um sistema social aberto com base em Parsons (1966). Para Luhmann (RODRIGUES; NEVES, 2012), “sistemas sociais operam [...] fechados sobre sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, criando seu próprio limite de operação” (p. 79); são autorreferenciais, pois “capazes de operar com base em suas próprias operações constituintes” (p. 78); e são autopoieticos porque se produzem e autorreproduzem enquanto unidade sistêmica. Também nesta concepção o movimento é condição das relações estabelecidas no sistema social; daí por que nossa generalização acerca da identificação do texto normativo como fonte reativa ter base desde a corrente hermenêutica jurídica mais conservadora até a mais progressista.

47 1995.

Considerando esse cenário investigativo, o presente artigo está dividido em três partes que fazem referência ao livro “A mulher de trinta anos” de Balzac⁴⁸, sendo: “Primeiras Faltas”, “Sofrimentos desconhecidos”, e “Aos trinta anos”⁴⁹ nos quais relacionaremos as histórias vividas por nossa Constituição e por Julia. Estas são as protagonistas. Ambas estão imersas na totalidade histórica. Mas, ainda que distantes no tempo dos relógios, estão próximas no tempo da continuidade das ideias do século XIX, já identificado como período que, em certa medida, reproduz uma dimensão permanente, que é a dimensão da lei e das suas possibilidades diante dos esforços de interpretação, mesmo ao apreender que “[...] a tensão entre direito e sociedade no Brasil tem uma lógica que ainda está por ser descrita. Não é pouca coisa colocar os termos desse desafio tão complexo”⁵⁰.

2. Primeiras faltas

Julia de Chatillonest nos é apresentada por Balzac⁵¹ em sua adolescência, no momento em que se entende uma outra mulher, pois identifica-se com o amor: coronel conde Victor d’Aiglemont. Até aquele momento, estava vinculada a seu pai, e justamente por isso já se constituía um tipo de mulher: a que cuida, acompanha, alegre. Movido não só pelo ciúme, mas pela cautela, ele advertiu a filha sobre esses amores arrebatadores, voltados a

criaturas perfeitamente ideais, [que] assim forjam quimeras acerca dos homens, dos sentimentos e do mundo; depois atribuem inocentemente a um caráter as perfeições com que sonham e nele confiam; amam no homem da sua escolha esse ente imaginário⁵².

O fato de Victor d’Aiglemont estar envolvido com a milícia parece ser o centro das preocupações do pai de Julia:

48 1954; 2003; 2015.

49 Em que pese o fato de a obra de Balzac (1954; 2003; 2015) ter seis partes, as três últimas se referem ao amadurecimento para além dos trinta anos da protagonista Julia. Quiçá seja possível retomarmos esta análise após as próximas três décadas e termos um final diferente.

50 NOBRE, 2009.

51 2003.

52 BALZAC, 2003, p. 16.

Júlia, eu preferia que você amasse um velho a vê-la amar o coronel. [...] Eu conheço os militares, minha querida filha; vivi nos exércitos. É raro que o coração dessa gente possa triunfar dos hábitos produzidos, ou pelas desgraças em meio às quais vivem, ou pelos azares de sua vida aventureira. [...] Um dia você deplorará amargamente a sua nulidade, a sua falta de ordem, o seu egoísmo, a sua falta de delicadeza, a sua inépcia em amor e mil outros pesares que você sofrerá por sua causa⁵³.

A Constituição brasileira não teve a oportunidade de escolha dada a Júlia em rechaçar uma relação com um sujeito aparentemente forte e esculpido por campos de forças. O casamento com o Brasil era urgente para, justamente, tentar refazer este sujeito; por esse ângulo, se a ideia de um amor idealizado foi aquilo que fez de Júlia ingênua, no caso do texto constitucional foi o que permitiu repensar um país. Em outras palavras, sem o impulso de juventude, talvez não tivéssemos tido êxito em iniciar uma jornada de rompimento com as forças autoritárias que assumiram grau de poder ditatorial.

Por outro lado, deveríamos ter considerado com mais afincio palavras como as do pai de Júlia, e ponderado que, mesmo com um novo documento normativo, o rompimento com velhos hábitos é algo raro⁵⁴; mas como duas jovens apaixonadas, tanto Júlia, quanto a Constituição – que nesse caso, representa uma vontade –, evitaram o pensamento.

Assim como Julia se casa, a Constituinte se concretiza em um texto cuja função manifesta será, aos poucos, subjugada por sua função latente⁵⁵.

O primeiro ano de Júlia como senhora d'Aiglemont lhe modifica por completo; “já não se parecia com a jovem que há pouco corria alegre e feliz

53 BALZAC, 2003, pp. 16-18 (grifos nossos).

54 MELLO, 2018. A Constituinte foi marcada pela atuação principal das elites dirigentes que, por Emenda Constitucional, determinaram que o Congresso Nacional que fosse eleito em 1986, ficaria encarregado de elaborar a nova e democrática Constituição brasileira. Tal medida política, em um contexto de sistema partidário recém criado pelo regime militar e utilizado como mero instrumento de agregação de votos, indicou apenas a continuidade da transição pelas mãos dos ocupantes do governo. [...] a história do Brasil foi marcada por um Estado centralizado e concentrador de poder, que dominou todo o espaço da decisão pública e da ação governamental, intervindo e inibindo o desenvolvimento de um sistema partidário que fosse capaz de quebrar o vácuo entre a sociedade civil e as estruturas estatais, e exercer importância no sentido de efetividade da participação política dos cidadãos. A participação política no Brasil, declinada na forma da representação, foi historicamente realizada sem a dimensão da soberania do povo, de forma amorfa e sem substância, tendo a cooptação prevalecido como prática política recorrente. (p. 96-7).

55 NEVES, 1996.

[...] Os cabelos negros, [...] faziam sobressair a brancura mate da tez, cuja vivacidade parecia adormecida. Seus olhos, contudo, **tinham um brilho sobrenatural**⁵⁶.

Não seria demais afirmar que a promulgação de nossa Constituição em 1988, ainda que tenha simbolizado rompimento com regime anterior, não incentivou, de imediato, uma nova conjuntura social, mais próxima daquela presente em seus artigos 5º, 6º e 7º. A euforia foi barrada por Disposições Constitucionais Gerais (DCG) e Transitórias (ADCT).

Neste contexto, foram determinados dez anos de vigília referentes a fatores de consolidação estatal (art. 235 CRFB/88); cinco anos de espera para definição da forma e sistema de governos (art. 2º ADCT/CRFB 88); pouco mais de um ano para a primeira eleição presidencial (art. 4º, §1º ADCT/CRFB 88); três anos, além dos dois já decorridos, para término do mandato de governadores e seus vices (art. 4º, §3º ADCT/CRFB 88); quase três meses para a troca de prefeitos, vices e vereadores (art. 4º, §4º ADCT/CRFB 88); seis meses para a proposta de criação de novos partidos políticos (art. 6º ADCT/CRFB 88), devendo aguardar até dois anos para obter registro definitivo oriundo de um Tribunal Superior Eleitoral configurado no regime militar (art. 6º, §2º ADCT/CRFB 88), dentre outras questões territoriais, econômicas e sociais. Alguns prazos foram devidamente seguidos; outros, receberam atenção apenas depois dos anos 2000 com emendas constitucionais, as quais, inclusive, modificaram texto original dos ADCTs, que continuaram sofrendo processos de adequação e alteração, sendo a mais recente e com maior prazo moratório (próximos 20 anos) as mudanças feitas pela Emenda Constitucional n. 95 de 2016 referentes à limitação dos gastos – ou investimentos? – públicos, tendo como base os valores de 2015.

No entanto, o “brilho sobrenatural” dos direitos fundamentais, ainda que a vontade de sustentação da carta já estivesse cansada, não fez com que estagnasse.

Neves⁵⁷ estabelece o poder constituinte fundacional como revolucionário, referindo-se não apenas ao rompimento entre metrópole e colônia, mas também com o conteúdo da ordem jurídica presente previamente. Contudo, adverte:

56 BALZAC, 2003, p. 21, grifo nosso.

57 1996, p. 322.

Na hipótese do poder constituinte (originário) de transição política, também não se atua conforme os procedimentos preestabelecidos, mas há acordos políticos entre agentes da antiga e nova ordem em torno do conteúdo da futura Constituição; há, então, continuidade política e descontinuidade jurídica⁵⁸.

Os pontos destacados nos dão elementos documentais para corroborar com a afirmação de Neves⁵⁹, o que se fortalece com o artigo 3º do ADCT ao determinar cinco anos para revisão constitucional, o qual foi desrespeitado em prazo e forma. Em termos de prazo, porque as Emendas Constitucionais de Revisão – seis no total – vieram apenas no ano de 1994, instituindo, em linhas gerais: o Fundo Social de Emergência, subordinação extensiva de titulares dos órgãos diretamente relacionados com a Presidência da República, ampliação das hipóteses de nacionalidade, reclamação de lei complementar para determinação de casos de inelegibilidade, determinação do mandato presidencial para quatro anos e a vedação de que renúncia parlamentar interrompesse processo de cassação de mandato.

E no que tange à forma, porque recepcionou, antes de 1994, por consequência das Emendas Constitucionais de Revisão, as quais deveriam inaugurar qualquer alteração constitucional, quatro emendas, sendo duas em 1992, dispondo sobre o limite máximo da remuneração de Deputados Estaduais e Vereadores, bem como sobre o plebiscito previsto no artigo 2º da ADCT; e duas em 1993, alterando regime de aposentadoria de servidores públicos, excluindo impostos de Estados e Municípios, instituindo o Imposto Provisório de Movimentação Financeira (IPMF) e estabelecendo o prazo de um ano para início da aplicação de normas eleitorais.

Os efeitos dessas opções se prolongam no tempo:

No Brasil, como destaca (Brussi 2008), o debate em torno do que se convencionou chamar de reforma política remete à própria Constituinte, quando se observaram divergências importantes, que culminaram em um acordo para a realização de uma revisão constitucional cinco anos depois, momento em que o tema da reforma deveria ser retomado. De lá para cá, o tema permaneceu na agenda política dividindo os estudiosos e as elites parlamentares. Debate-se a própria necessidade de uma reforma, o quê, como e quando reformar e a finalidade das mudanças⁶⁰.

58 NEVES, 1996, p. 322.

59 1996.

60 ROCHA; SILVA, 2015, p. 215.

Júlia foi cotejada. A ela tudo fora prometido, mas a violência inerente ao seu esposo lhe demandava uma encenação, que, por mais enfadonha que fosse, ainda mantinha viva a sua essência.

Agora marquês – por uma continuidade política –, Victor também se tornara pai de Helena, fato que trouxe um período de revitalização para Júlia, pois “[s]eparou-se necessariamente do marido”⁶¹. Paradoxalmente, a filha o incentiva a retomar as rédeas de seu casamento, haja vista o afastamento ter sido simultâneo; todavia, não é por amor ao homem com quem se casou, mas “[a]gora desejava viver para preservar a filha do jugo medonho sob o qual uma madrasta sufocaria a vida daquela querida criança”⁶².

Nossa Constituição, já nessa ocasião, permanente e com os ânimos de vontade um pouco mais conscientes do processo de sua vigência e eficácia, se vê não mais apaixonada, por que não dizer, inebriada, pela ideia de um novo ou outro lugar, mas pela possibilidade dada de pilares para trabalhar aquele já conhecido lugar. É como se nossa Helena se materializasse nas políticas públicas sociais, agora o mote da defesa da constituição, mesmo sabendo da permanência de um (ou vários) Victor(s) com diferentes aparências, mas mesmas intenções.

Se no campo das mutações fáticas e resultantes das práxis políticas a vontade que impulsionou uma ruptura político-social já havia enfraquecido, as forças começaram a se concentrar no poder discursivo, interpretativo. Pois se “[t]al variação semântica no tempo e no espaço é indissociável dos condicionamentos pragmáticos, ou seja, dos interesses, expectativas e valores envolvidos no momento da interpretação/aplicação”⁶³, seria necessário disputar o campo em que esses interesses, valores e expectativas seriam definidos.

Sem embargo, paralelamente aos fatos até aqui narrados, Julia permitiu-se enamorar-se novamente. Lord Arthur Grenville lhe sondava os pensamentos desde que ainda era apenas condessa. Viveram um amor pujante, mas pueril ao ignorarem as conjunturas que os cercavam, o que levou à morte prematura de Arthur “que passou uma noite inteira numa janela para salvar a honra da amante”⁶⁴ em uma noite particularmente fria. Como se espezinhasse de sua

61 BALZAC, 2003, p. 47

62 BALZAC, 2003, p. 50.

63 NEVES, 1996, p. 322.

64 BALZAC, 2003, p. 81.

esposa, o marquês Victor comenta: “esses rasgos de heroísmo dependem da mulher que os inspira, e não foi certamente por causa da minha que esse pobre Artur morreu!”⁶⁵.

Durante seu iter consolidativo, vale dizer, desde a constituinte, até que tivesse encerrado a vigília dos dez anos, nossa Carta Cidadã flertava com uma economia receptiva e mantenedora das muitas ações sociais que prevê.

Pode-se dizer que a democracia foi um dos ganhos políticos da década economicamente perdida. [...] Outro ganho foi o surgimento e consolidação de um espaço regional de coordenação de políticas, cujos desdobramentos positivos ainda fazem-se presentes. Apesar das dificuldades, a década de 1980 foi marcada por acontecimentos relevantes no que diz respeito à aproximação dos governos latino-americanos⁶⁶.

Helena, ou as portas para a implementação das políticas sociais, é o que Júlia, ou a nossa Constituição, elegeu como ganhos em um período perdido. E se há ganhos, também nestes tempos sombrios, por que não apostar e algum tipo de futuro?

A tensão, como sentimento positivo, sensualmente e sexualmente provocador que se tem ao ler sobre as aproximações entre Júlia e Artur, num cenário de perigos e incertezas, materializa com fidelidade as sensações de um país apresentado, após a chamada década economicamente perdida⁶⁷, a uma política econômica de banda cambial que igualava o real ao dólar, pouco mais de vinte anos depois da quebra do Acordo Bretton Woods, estabelecendo a moeda americana como fiduciária e, por isso mesmo, de reserva⁶⁸.

Fernando Henrique Cardoso, ministro da fazenda responsável pelo Plano Real, tornou-se presidente em seguida. Com um mandato que duraria cinco anos, sem possibilidade de reeleição, pôde aproveitar da Emenda Constitucional n.º 16 de 1997, que reduziu o mandato do Presidente para quatro anos e instituiu a reeleição para mandatos dos chefes do poder Executivo, além de estabelecer eleições gerais no primeiro domingo de outubro e posse em 1º de janeiro do ano subsequente.

65 BALZAC, 2003, p. 82.

66 MALLMANN, 2008, p. 55.

67 MALLMANN, 2008.

68 OLIVEIRA; MAIA; MARIANO, 2008.

Talvez esse evento possa vincular-se ao que Neves⁶⁹ chama de “des-constitucionalização fática”:

[...] a deturpação do texto constitucional no processo de concretização, sem base em critérios normativos generalizáveis, torna discutível a aplicação da semântica de “mudança da Constituição”. Nessas situações, cabe falar de des-constitucionalização fática ou concretização desconstitucionalizante. Por outro lado, o problema passa a ser mais complexo quando consideramos a função hipertroficamente simbólica das mutações do texto constitucional. A “mudança da Constituição” torna-se, então, topos de constitucionalização simbólica⁷⁰.

Mesmo com a economia dando sinais de estafa, demonstrando suas fragilidades, causando impacto no aumento da pobreza, com as reservas cambiais comprometidas, reelege-se FHC⁷¹. A moeda brasileira tornou-se flutuante em janeiro de 1999, após não suportar as pressões especulativas junto à crise da Rússia de 1998. Catástrofe não menos chocante que a da morte de Artur para Júlia, mas com uma diferença crucial: Artur, morrera para defendê-la.

3. Sofrimentos desconhecidos

A morte de Artur, em alguma medida, significou também a extinção de uma parte de Júlia, o que se manifesta na flexibilização de seu amor por Helena. A maternidade já não lhe é mais suficiente, está convencida de que a mesma encenação que pratica com o marido pode replicar enquanto mãe sem sofrer as consequências de uma reprovação social. Recolhida numa cidade do interior da França, recebe constantes visitas de um padre que tenta afagá-la e consolá-la, mas sem grande sucesso.

A promessa de uma virada econômica era crucial para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, vez que sem margem orçamentária, a implementação das políticas sociais enfrentaria problemas conjunturais e não apenas estruturais. O Artur – Plano Real – de nossa Constituição, se foi.

69 NEVES, 1996, p. 322.

70 NEVES, 1996, p. 323.

71 ROCHA, 2000.

Neste processo, até 1998, foram 20 (vinte) emendas constitucionais, sem contar as seis de revisão⁷²; e depois mais 37 (trinta e sete) até final de 2008, ao completar vinte anos⁷³. Há, portanto, uma relação a ser traçada

72 Além das quatro primeiras Emendas Constitucionais (EC) já citadas, entre os anos de 1992 e 1993, as demais 16 (dezesesseis) versaram, em linhas gerais, sobre: competência dos Estados para exploração de gás canalizado (EC n.º 5/1995); extinção da diferença entre empresa brasileira e empresa de capital nacional, dando permissão a empresas de capital estrangeiro constituídas no país a participar de concessões de lavra de recursos minerais e proibição de medidas provisórias que regulamentem a Constituição (EC n.º 6/1995); permissão a estrangeiros para que sejam armadores, proprietários e comandantes de navios nacionais, bem como a navegação de cabotagem e interior a navios estrangeiros (EC n.º 7/1995); permissão da concessão das telecomunicações ao setor privado (EC n.º 8/1995); permissão da concessão de atividades de petróleo e gás natural (EC n.º 9/1995); extensão do Fundo Social de Emergência (EC n.º 10/1996); admissão de estrangeiros em universidades (EC n.º 11/1996); criação da Contribuição Provisória de Movimentação Financeira (CPMF) (EC n.º 12/1996); permissão para quebra do monopólio do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) e sua privatização (EC n.º 13/1996); criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF) e pisos de investimento público na educação (EC n.º 14/1996); estabelecimento de novas formas de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios (EC n.º 15/1996); redução do mandato da presidência para quatro anos, instituição da reeleição para mandatos dos chefes do Poder Executivo e estabelecimento de regras gerais das eleições (EC n.º 16/1997); extensão do Fundo Social de Emergência e instituição do repasse de parte do Imposto sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) aos municípios (EC n.º 17/1997); estabelecimento do regime constitucional dos militares e consideração das Polícias Militares (PM) e Corpos de Bombeiros Militares (CBM) nas unidades federativas do país (EC n.º 18/1998); instituição da reforma da administração pública (EC n.º 19/1998); reforma da Previdência Social (EC n.º 20/1998).

73 As outras 37 (trinta e sete) EC, versaram, em linhas gerais, sobre: prorrogação da CPMF (EC n.º 21/1999); autorização de criação de Juizados Especiais com alterações de competências no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) (EC n.º 22/1999); extinção do Ministério das Forças Armadas, juntando-o com o Ministério da Defesa, mantendo prerrogativas dos comandantes (EC n.º 23/1999); substituição das Juntas de Conciliação e Julgamento por Varas de Trabalho e extinção da representação classista junto aos Tribunais do Trabalho (EC n.º 24/1999); estabelecimento de limites para gastos com Câmaras de Vereadores em consonância com o tamanho dos municípios (EC n.º 25/2000); inclusão da moradia como direito social fundamental (EC n.º 26/2000); desvinculação entre receitas e tributos (EC n.º 27/2000); equiparação dos trabalhos rural e urbano (EC n.º 28/2000); estipulação de limites mínimos de investimento em saúde (EC n.º 29/2000); reforma dos precatórios (EC n.º 30/2000); criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (EC n.º 31/2000); reforma das Medidas Provisórias (EC n.º 32/2001); disposições sobre as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) (EC n.º 33/2001); previsão de acúmulo de cargos na saúde (EC n.º 34/2001); alteração nas imunidades de deputados e senadores (EC n.º 35/2001); permissão de participação estrangeira em meios de comunicação (EC n.º 36/2002); regulamentação de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), proibição de emissão de precatórios complementares para créditos de pequena monta e prorrogação da CPMF (EC n.º 37/2002); incorporação dos PMs do extinto território federal de Rondônia à União (EC n.º 38/2002); instituição da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP) (EC n.º 39/2002); flexibilização e regulação do Sistema Financeiro do Brasil (EC n.º 40/2003); reforma da Previdência Social (EC n.º 41/2003); flexibilização de regras para micro e pesquisa empresas, ampliação da CPMF, prorrogação da desvinculação de receitas de tributos e ampliação do

com o constitucionalismo aparente de Neves⁷⁴, o qual:

[...] implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Por meio dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais (Bryde, 1982: 28s.), mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional (Cabe advertir, porém, que mesmo as Constituições normativas não podem resolver diretamente os problemas sociais, mas apenas influenciá-los mediatamente a solução)⁷⁵.

Em meio a uma proposital esquizofrenia normativo textual, não é de se estranhar o aumento de trabalhos acadêmicos que enaltecem as virtudes constitucionais em suas bodas de porcelana⁷⁶ e um crescimento no uso de

prazo da Zona Franca de Manaus (EC n.º 42/2003); prorrogação do tempo para destinação de recursos para irrigação (EC n.º 43/2004); alteração da distribuição de recursos da CIDE (EC n.º 44/2004); reforma do judiciário (EC n.º 45/2004); vinculação das ilhas da União aos respectivos municípios (EC n.º 46/2005); estabelecimento de novas regras de transição para a reforma da Previdência Social (EC n.º 47/2005); instituição do Plano Nacional de Cultura (EC n.º 48/2005); extinção do monopólio da União na produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida curta (EC n.º 49/2006); expansão do período de trabalho dos parlamentares (EC n.º 50/2006); disciplinamento acerca de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias (EC n.º 51/2006); extinção da necessidade de vinculação de coligações eleitorais em todas as esferas do poder público (EC n.º 52/2006); estabelecimento sobre educação infantil e criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valoração do Magistério (FUNDEB) em lugar do FUNDEF (EC n.º 53/2006); alteração de requisitos para consideração de brasileiros natos nascidos fora do país (EC n.º 54/2007); ampliação de recursos dados pela União ao Fundo de Participação dos Municípios (EC n.º 55/2007); prorrogação da desvinculação de receitas e tributos (EC n.º 56/2007); convalidação das modificações feitas nos municípios até 2006 (EC n.º 57/2008).

74 NEVES, 1996, p. 322.

75 NEVES, 1996, p. 322.

76 E.g. em uma busca realizada no Google Acadêmico em 6 de julho de 2018, valendo-se dos descritores “dez anos da constituição brasileira” e “vinte anos da constituição brasileira”, para a primeira opção, temos o resultado de 4 (quatro trabalhos), sendo que para a segunda, são 110 (cento e dez) resultados. Ao ampliarmos a busca reduzindo o recorte temporal decenal para quinquenal, com os descritores “quinze anos da constituição brasileira” e “vinte e cinco anos da constituição brasileira”, temos, respectivamente 9 (nove) e 1 (um) resultados, totalizando 13 (treze) materiais referentes à primeira década da Constituição brasileira, e 111 (cento e onze) para a segunda década.

remédios constitucionais⁷⁷ para reclamar a efetivação de direitos sociais⁷⁸.

Os trabalhos acadêmicos se assemelham ao papel do padre de Júlia, na tentativa de convencer a própria vontade que alavancou a constituinte de que, apesar de penoso, há um caminho de salvação. A religião professa – ou a perspectiva político-econômico-social adotada para um Brasil Democrático de Direito – haveria de ser reconhecida para triunfar. Diria o padre: “[o] filosofismo e o interesse pessoal atacaram-lhe o coração; é surda à voz da religião como o são os filhos deste século sem crenças! Os prazeres do mundo engendram apenas sofrimentos. A senhora apenas muda de dor, eis tudo”⁷⁹. Não seria exagero afirmar que a proposta neoliberal da década de 1990 ajudou a atacar o coração de nosso Estado⁸⁰. Não há constituição social sem o extravasamento de valores políticos, e estes não são lacônicos a ponto de regredirem ao período de formação do constitucionalismo. Esses valores são o emblema político e social de um povo “[...] tal y como aparece y se presentan en un movimiento determinado de su historia”⁸¹.

Essas razões dinâmicas convertem o texto político em retrato de um pluralismo social e jurídico, possível somente por valoração e também por

77 A expressão “remédios constitucionais” é comumente utilizada para referir-se às tutelas constitucionais, antes relativas apenas às liberdades, estando mais próximas de direitos individuais, como habeas corpus, habeas data, mandado de segurança e mandado de injunção; mas na atualidade expandiu-se para abarcar, também, direitos coletivos *lato sensu* e englobando os mandados de segurança coletivos, as ações populares e as ações civis públicas. Ainda que seu uso tenha se expandido na década de 1990, com especial destaque à Édis Milaré quando da discussão de tutela jurisdicional de meio ambiente, tendo como foco a ação civil pública (1987; 1990), sua origem está relacionada à Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948, com foco no artigo 8 que versa: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio/recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos ela constituição ou pela lei”. Ocorre que, das seis línguas oficiais da Organização das Nações Unidas (ONU), quais sejam, árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo, a publicação da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, mais conhecida como DUDH, não segue uma tradução literal. Assim, selecionando as línguas com origem no latim, como o francês e o espanhol, que estão mais próximas do português, temos as palavras “recours”, e “recurso” para referir-se ao direito de receber retorno efetivo dos tribunais frente à violação de direitos fundamentais; já a publicação em inglês, língua de origem germânica, a expressão utilizada é “remedy”. As traduções do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e da ONU-Brasil, têm como base a escrita em inglês, enquanto a tradução para o português do Alto Comissariado da ONU, utiliza as publicações francesa e espanhola, sendo a tradução do inglês a mais difundida no país, um fato que contribuiu para a expansão da expressão em tela.

78 OLIVEIRA, 1999; SILVEIRA, 2010; ASSIS, 2012; CARLINI, 2014; LORD, 2017; CARVALHO, 2016.

79 BALZAC, 2003, p. 103.

80 FIORI, 1997, pp.129-147 ; ANDERSON, 1995. Pp. 9-23.

81 GROSSI, 2011, pp. 47-48.

individualização. O Estado, as forças culturais e sociais por meio de suas dinâmicas impulsionam as articulações de uma sociedade mediante variantes pré-existentes. Paolo Grossi⁸² denomina essa passagem de extremamente complexa em substituição ao panorama jurídico-político das declarações de direitos. Essa complexidade está no reconhecimento das formas históricas das sociedades nas quais o povo, massa amorfa e anônima se reconhece em uma dupla dimensão, sejam elas a individualidade e a sociabilidade.

Com a exasperação de um controle de políticas públicas que se confunde com ativismo⁸³ coadunam-se sentimentos bélicos de Júlia: por dentro a indignação de promessas e uma vida perdida, vale dizer, a essência latente de uma Carta compromissada com o social; por fora, a aparência reclamada pela sociedade, que para nós se faz presente na reclamação de direitos públicos, extensivamente e erraticamente entendidos como subjetivos⁸⁴, por vias judiciais que reforçam os princípios do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana, sem preocupação com a intersectorialização ou com o diálogo entre poderes necessários à consolidação de bem-estar⁸⁵.

Em outras palavras, direitos difusos e coletivos *stricto sensu* têm apresentado uma postura e filosofias pertencentes aos direitos individuais homogêneos⁸⁶.

82 GROSSI, 2011.

83 ASSIS, 2012.

84 Duarte (2004), sobre o direito público subjetivo: “[t]rata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo)” (p. 113). Contudo indica “Ora, não se pode esquecer que o direito público subjetivo visa resguardar interesses individuais quando os mesmos coincidem com o interesse público. Isso significa que o reconhecimento de que o indivíduo pode fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse não se choca com o bem comum; ao contrário, faz parte dele. O reconhecimento de pretensões aos indivíduos pela lei vem reforçar a proteção de sua liberdade e não transformá-los em direitos privados” (DUARTE, 2004, p. 115).

85 ASSIS, 2012.

86 Na discussão jurídica acerca das tutelas coletivas faz-se uma diferenciação entre estas coletividades, a fim de identificar a extensão do direito a ser tutelado frente aos interesses público e sociais. Sendo assim, referimo-nos aos direitos coletivos *lato sensu* como um gênero do qual fazem parte os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Os dois primeiros são também chamados de direitos transindividuais, pois são essencialmente referentes a uma coletividade, seja aquela absolutamente indeterminável, como os munícipes de uma cidade (difusos) ou relativamente determináveis (associados de um órgão de classe). Já o último é considerado acidentalmente coletivo, pois não há vínculo com interesse

Para Neves⁸⁷ o prosclênio da disputa interpretativa refere-se ao abismo existente entre “texto e realidade constitucional” ao referir-se às Constituições nominalistas:

A questão da desconstitucionalização fática nos países periféricos com “Constituições nominalistas” diz respeito à degradação semântica do texto constitucional no processo de sua concretização. Em tal contexto, não surge, de maneira generalizada, uma relação consistente da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo normativo do texto constitucional⁸⁸.

Soma-se a isso o fato de acadêmicos e grupos sociais, embora conscientes do poder interpretativo de uma hermenêutica dominante que os incentiva na busca por espaços em que possam dizer o que é o direito, acreditaram que, ao se valerem desta mesma Constituição, poderiam dialogar equitativamente com o corpo de agentes públicos que são os reais tomadores de decisão, para o que assevera Neves⁸⁹:

[a] fórmula ideologicamente carregada “sociedade democrática” é utilizada pelos governantes (em sentido amplo) com “Constituições simbólicas” tão regularmente como pelos seus colegas sob “Constituições normativas”, supondo-se que se trata da mesma realidade constitucional.

Nos regimes políticos, as experiências constitucionais são vivenciadas de sorte a ensejarem a elaboração de expressões e quadros conceituais em boa medida relacionados com as variações e a intensidade do poder político e da autoridade. Mas os interesses de classes, as formas oligárquicas, as dimensões institucionais do domínio político poderão viger em extravasamento ao princípio de alguma temporariedade, justificando o estado de exceção. Não há, aí, perspectivas para o povo, embora este seja reiteradamente invocado e lembrado nas ações estatais⁹⁰.

público, mas tão somente uma somatória de interesses privados unidos por situações de fato ou jurídica como são as relações de consumo (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2017).

87 1996.

88 NEVES, 1996, p. 323.

89 1996, p. 326.

90 SILVA, 2011, p. 81.

Não se trata, portanto, de uma disputa sobre o conteúdo de significantes vazios⁹¹ como os princípios e os direitos fundamentais: isso se manifesta na Júlia que a sociedade conhece como mãe e esposa; é como se já estivesse previsto um grau de deturpação constitucional como margem de manobra social que aceita ajustes superficiais sem intervenções essenciais. A Constituição simbólica de que fala Neves⁹², como elemento de controle, serve muito bem aos discursos progressistas, pois estimula a sensação de democracia sem que se realize:

A análise no sentido de que a constitucionalização simbólica implica mudança de(o) texto constitucional sem correspondente alteração das estruturas reais subjacentes, servindo mesmo como mecanismo construtivo de ilusões, pode conduzir a interpretações simplistas de que seriam totalmente vãs as tentativas de transformações sociais intermediadas por mutações de(o) documento constitucional⁹³.

Para um leitor pessimista, Neves⁹⁴ parece tão somente denunciar um ciclo vicioso de atitudes que só fazem ganhar os governantes, sem possibilidade de rompimento ou emancipação, tendo em vista a capacidade instalada de, na ausência de direitos, fortalecer um discurso de direitos, como se esta condição dependesse daquela. Entretanto, ao anunciar tal característica, o autor nos incentiva a voltar no propósito inicial do poder constituinte revolucionário e fundacional, qual seja, o de romper com o que está estabelecido, tendo em vista não termos feito isso da primeira vez, vale dizer, em 1988.

Afinal de contas, de fato soa contraditório perceber que a falta de direitos é que dá forças para reclamá-los; seria o mesmo que afirmar a necessidade de se perder a humanidade a fim de resgatá-la, ponto crucial da teoria de Hannah Arendt⁹⁵ sobre da banalidade do mal. Se para a autora

91 Para Saussure (1969), signo é resultado da soma do significante com o significado, sendo este último a ideia, ou o conceito, e o primeiro o som que a palavra emite e com a qual relacionamos o signo. Neste contexto, significantes vazios são expressões que carecem de significado, sendo que este processo de significação é “[...] acto individual de significación [...] no hay términos que signifiquen algo por si mismos, sino que siempre significan algo a través de sus relaciones com otros términos” (LACLAU, 2010, p. 141).

92 1996.

93 NEVES, 1996, p. 327.

94 1996.

95 2000.

a humanidade dos seres humanos se mantém no seu constante exercício, então os direitos também se fortalecem tanto mais são efetivados. A lógica é totalmente contrária. É a chance de ser Júlia antes de Victor.

4. Conclusão: aos trinta anos

Carlos de Vandenesse admirou esse magnífico quadro, porém como o resultado de um estudo mais hábil do que o das mulheres vulgares. Conhecia o marquês d'Aiglemont. Ao primeiro olhar que lançou a essa senhora, que nunca tinha visto, o jovem diplomata reconheceu imediatamente as desproporções, as incompatibilidades – empreguemos o termo legal – demasiado fortes entre essas duas pessoas, para que fosse possível à marquesa amar o marido. Entretanto, a senhora d'Aiglemont tinha um procedimento exemplar, e sua virtude dava ainda maior realce a todos os mistérios que um observador pudesse descobrir na sua pessoa. Passado o primeiro momento de surpresa, Vandenesse procurou a melhor maneira de se aproximar da senhora d'Aiglemont, e, por uma astúcia de diplomacia assaz vulgar, resolveu embaracá-la para saber como acolheria uma fatuidade⁹⁶.

Júlia chega, finalmente, nos trinta anos. E mostra como se tornou a venerada mulher balzaquiana ao longo de quase dois séculos. Esse capítulo é exclusivamente seu. É o ápice do esplendor resultante da conjuntura de fatos e pensamentos que sondaram, formaram e deformaram a nossa protagonista literária. Vê-se, novamente, às voltas com o amor.

Também nessa linha de chegada se encontra a Constituição brasileira. Não menos esplendorosa, mas certamente mais deformada.

Se nos seus vinte primeiros anos colecionou 57 (cinquenta e sete) Emendas Constitucionais; até completar trinta, ganhou mais 42 (quarenta e duas)⁹⁷

96 BALZAC, 2003, pp. 112-113 (grifos nossos).

97 O último bloco de Emendas, e o maior entre as três décadas, versa, em linhas gerais, sobre: alteração do limite de vereadores na câmara municipal de acordo com as respectivas populações (EC n.º 58/2009); ampliação da Educação Básica como direito público subjetivo (EC n.º 59/2009); permissão aos servidores do Território Federal de Rondônia para continuar sob a égide da administração federal (EC n.º 60/2009); imposição de que o presidente do STF seja presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (EC n.º 61/2009); reforma dos precatórios (EC n.º 60/2009); previsão de Plano de Carreira para agentes comunitários de saúde e combate às endemias (EC n.º 63/2010); inclusão da alimentação como direito fundamental (EC n.º 64/2010); disposições sobre a juventude no texto constitucional (EC n.º 65/2010); permissão do divórcio direto (EC n.º 66/2010); prorrogação do Fundo de Combate e Erradicação da

e segue colecionando outras para os seus quarenta anos⁹⁸. Mesmo tendo desfrutado de treze anos (2003 a 2016) de governos de origem progressista, sob a bandeira do Partido dos Trabalhadores (PT) com os presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, não se evitou alimentar miragens que tensionassem as relações entre constituições normativa e simbólica, tampouco desacelerar o processo de desconstitucionalização fática.

Pobreza (EC n.º 67/2010); alteração de redações anteriores da ADCT (EC n.º 68/2011); transmissão do dever de manter a Defensoria Pública do Distrito Federal para o Distrito Federal (EC n.º 69/2012); determinação de cálculo sobre a última remuneração recebida para servidores aposentados por invalidez (EC n.º 70/2012); organização do Sistema Nacional de Cultura (EC n.º 71/2012); extensão dos direitos trabalhistas aos empregados domésticos (EC n.º 72/2013); ampliação do número de Tribunais Regionais Trabalhistas (EC n.º 73/2013); determinação de autonomia às Defensorias Públicas (EC n.º 74/2013); imunização de tributos a determinadas mídias (EC n.º 75/2013); extinção de voto secreto em processos de cassação de parlamentares e apreciação de vetos presidenciais (EC n.º 76/2013); regulação da acumulação de cargos por profissionais da saúde das Forças Armadas (EC n.º 77/2014); regulação da indenização devida a seringueiros (EC n.º 78/2014); regulação da inclusão de categorias em cargos em extinção da Administração Federal (EC n.º 79/2014); determinação dos princípios da Defensoria Pública (EC n.º 80/2014); extensão da possibilidade de expropriação sem indenização a propriedades com trabalho análogo a de escravo (EC n.º 81/2014); institui a necessidade de carreira pública para agentes de trânsito (EC n.º 82/2014); ampliação do prazo da Zona Franca de Manaus (EC n.º 83/2014); ampliação dos recursos da União para o Fundo de Participação dos Municípios (EC n.º 84/2014); atualização do tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação (EC n.º 85/2015); obriga a execução da programação orçamentária (EC n.º 86/2015); determinação de sistemáticas de cobrança de ICMS (EC n.º 87/2015); alteração da idade de aposentadoria compulsória no serviço público (EC n.º 88/2015); ampliação do prazo dado a União à destinação de percentuais mínimos dos recursos destinados à irrigação nas regiões do Nordeste e Centro-Oeste (EC n.º 89/2015); inclusão do transporte como direito fundamental (EC n.º 90/2015); determinação da desfiliação partidária sem prejuízo do mandato (EC n.º 91/2016); determinação do Tribunal Superior do Trabalho (TST) como órgão do Poder Judiciário (EC n.º 92/2016); prorrogação das desvinculação de receitas da União (EC n.º 93/2016); determinação sobre regimes de pagamentos de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais (EC n.º 94/2016); estabelecimento de novo regime fiscal, determinação de teto para os gastos públicos (EC n.º 95/2016); determinação de práticas desportivas com animais (EC n.º 96/2017); determinação sobre regras do sistema eleitoral (EC n.º 97/2017); equiparação de servidores de antigos territórios federais a servidores da União (EC n.º 98/2017); alteração do regime de precatórios (EC n.º 99/2017).

98 Mesmo passando incólume no ano em que completa seus 30 anos, logo em seguida já incorpora outras seis emendas, quais sejam: obriga a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal (EC n.º 100/2019); estende aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios o direito à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, inciso XVI (EC n.º 101/2019); trata da exploração do petróleo por estados e municípios e acrescenta temas às diretrizes orçamentárias (EC n.º 102/2019); altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias (EC n.º 103/2019); cria as polícias penais federal, estadual e distrital (EC n.º 104/2019); e autoriza a transferência de recursos federais a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual (EC n.º 105/2019).

Com Júlia não foi diferente. Seu governo progressista era Carlos de Vandenesse, com quem experimentou um amor maduro e, nem por isso, menos assombrado. Conquanto, o importante desse momento para as nossas protagonistas é: faltas foram cometidas, sofrimentos desconhecidos foram revelados e tomaram conta dos pensamentos, tudo para que tivessem uma nova chance, consigo mesmas.

No dia em que a marquesa confessou a si mesma que era amada, teve de fluir entre mil sentimentos contrários. As superstições da experiência falaram na sua linguagem. Seria feliz? Poderia encontrar a felicidade fora das leis de que a sociedade faz, com ou sem razão, a sua moral? Até ali, só encontrara amargura na vida. Haveria um desenlace feliz, possível aos selos que unem dois entes separados por conveniências sociais? Mas também jamais se pagará demasiado caro a felicidade? Talvez essa felicidade tão ardentemente desejada, e que é tão natural, fora encontrada por fim! A curiosidade advoga sempre a causa dos amantes. [...] as sucessivas transformações pelas quais passa um sentimento, mesmo rápido, num rapaz e numa mulher de trinta anos, chega um momento em que as cores se fundem, em que os raciocínios se resumem num só, numa última reflexão que se confunde num desejo e que o alimenta. Quanto maior for a resistência, mais poderosa será a voz do amor. Aqui termina, portanto, esta lição ou, antes, este estudo em escorço, se é permitido tomar de empréstimo à pintura uma das suas expressões mais pitorescas; porque esta história explica os perigos e a mecânica do amor mais que os pinta. Desde esse momento, cada dia ajuntou mais poesia àquele sentimento, revestindo-o das graças da mocidade, reavivando-o, dando-lhe todas as seduções, todos os encantos da vida⁹⁹.

Pode, nossa Constituição, encontrar a consumação de sua essência fora desta lona de emendas? Haverá um desenlace possível que una propósito e vontade, separados por conveniências políticas e jurídicas?

A história de Júlia já está escrita. Não se pode dizer que não aproveitou o momento de redescoberta. Talvez seu aliado, o amor, não fosse lá tão forte assim. Já a história dos trinta anos de nossa Constituição está apenas começando.

99 BALZAC, 2003, pp. 124-125.

As licenças dadas a autores não são ilimitadas, o que nos faz decidir por não arriscar uma prescrição da história da Carta Balzaquiana após seus trinta anos. Nos limitaremos a registrar os desejos de que nosso próximo episódio não seja como o de Júlia, intitulado “O dedo de Deus”, em que Carlos, filho desse novo amor, é morto pela irmã Helena. Não podemos deixar que, ao identificarmos nossos discursos em favor das políticas públicas sociais – ou em favor de Helena – como fonte de retroalimentação de uma constituição simbólica, e por isso aprisionadora, se voltem contra os novos argumentos que geraram – ou se volte contra Carlos – fruto de uma outra leitura Constitucional – ou um novo amor como Vandenesse –, nos jogando em um novo, ou no mesmo, ciclo de promessas não cumpridas.

Tenha-se em mente que a Constituição de 1988 não foi revolucionária, embora constantemente a tratemos como um ponto de ruptura com o regime militar. A Constituição foi moldada ao longo do tempo para manter a amarração de certas estruturas num aparente desenho novo e promotor. Assim como Júlia, fomos constantemente envolvidos por sentimentos de esperança.

A necessidade de se revisitar um discurso de direitos que tem fortalecido uma constituição simbólica distante de seu propósito também nos leva a perceber que o atual cenário político não era, então, tão imprevisível.

O Brasil já passou pelas rendições dos três poderes. Na primeira década, o Legislativo, valendo-se das características positivas que incorporara frente a Constituinte, foi responsável pela primeira sedução, o que, aos poucos, se desgastou frente a processos morosos e nada fundamentais de mudanças. Na segunda década, foi a vez do Executivo: tomadores de decisão, próximos das políticas sociais, colocariam em prática aquilo que se desejava, pautados nos discursos acadêmicos e dos movimentos sociais. Também sem sucesso, em especial pela herança de uma economia falida. E a terceira década dá espaço ao Judiciário que, se por um lado exercita um tipo de ditadura interpretativa, por outro permite ressaltar as muitas constituições que se coloca (ou se tenta colocar) em prática, desmascarando a inutilidade das disputas discursivas dentro da lógica de uma constituição simbólica.

Constitui-se no tempo um momento para reconhecer as capacidades irresistíveis da Carta Balzaquiana. Nessa idade, a vontade que representa sabe “a extensão dos sacrifícios que tem que fazer”, é movida por um “sentimento consciencioso”, pois agora escolhe e pode dar “mais que a si própria”. Instrui. Guia. Mostra-se “profundamente terna”, apesar de cobrar

“combates perpétuos”. Conserva, simultaneamente, poder e dignidade¹⁰⁰. Basta-nos desvelar o que nossa Constituição é, em verdade, no lugar de reproduzir aquilo que querem que seja.

Mas para que a Constituição exista é necessária a incrementação da dimensão relacional dos direitos. Para tanto, as formações sociais não poderão sufocar as individualidades. Isso é possível na integração dos meios de convívio, no desenvolvimento de potencialidades sociais. A complexidade, para não ser arrebataada pelo individualismo, deverá ser orientada por vínculos e atitudes objetivas as quais se traduziriam em experiências constitucionais, mas também constituintes que levam em conta vivências concretas.¹⁰¹

E não foi assim com Júlia? Descobri-la por si, em lugar do que os seus homens disseram ou fizeram dela?

Referências

- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir.; GENTILI, Pablo. (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. pp. 9-23.
- ANDRADE, Adriano.; MASSON, Cleber Rogério; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.
- ANKERSMIT, Frank. *Historical Representation*. California: Stanford University Press, 2001.
- ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução J. R. Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. *Direito à Educação e diálogo entre poderes*. Tese (Doutorado em educação) – Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (FE/UNICAMP), Campinas, 2012.
- BALZAC, Honoré de. A mulher de trinta anos. In: BALZAC, Honoré de. *A Comédia Humana*. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1954.
- BALZAC, Honoré de. *A mulher de trinta anos*. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM EDITORES, 2003.
- BALZAC, Honoré de. *A mulher de trinta anos*. Tradução: Rosa Freire Aguiar. São Paulo: Selo Penguin Companhia das Letras, 2015.

100 BALZAC, 2003, pp. 115-117.

101 GROSSI, 2011, p. 48.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade* – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- CARLINI, Angelica. *Judicialização da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2014.
- CARVALHO, Sabrina Nascer de. *Processos Coletivos e Políticas Públicas: Mecanismos para garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- CORREAS, Oscar. *Kelsen y los Marxistas*. Mexico: D.F. Ediciones Coyacán, 1994.
- DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, p.113-118, fev. 2004. Semestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2020.
- FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar-Social: padrões e crises. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 7, n.º 2, 1997, pp. 129-147. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n2/08.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2020.
- GIRELLI, Luciana Silvestre. A Lógica Cultural do Capitalismo Contemporâneo a partir da obra de Fredric Jameson. *Café com Sociologia*, [s. l.], v. 4, n.º. 1, 2015 pp. 84-99. Disponível em: <https://revistacafecomsociologia.com/revista/index.php/revista/article/view/424/pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & Literatura* – ensaio de síntese teórica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GODOY, Arilda Schimidt. Pesquisa Qualitativa: tipos fundamentais. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 35, n.3, p, 20-29 Mai./Jun. 1995.
- GROSSI, Paolo. El carácter posmoderno de la nueva constitución del novecientos. In: GROSSI, Paolo. *El Novecientos Jurídico: un siglo posmoderno*. Traducción de Clara Alvarez. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- GUIMARÃES, Aline Tavares e Soares. *De um outro lugar (leitor/narrador/historiador): a narrativa balzaquiana*. Dissertação (Mestrado em Letras) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. 102 p.
- JAMESON, Frederic. *Documentos de cultura – documentos de barbárie – la narrativa como acto socialmente simbólico*. Tradução de Tomás Segovia. Madrid: Visor, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2002.

- LACLAU, Ernesto. El pueblo, Lo popular y el populismo. In: NEGRI, Toni; DUSSEL, Enrique; SPIVAK, Gayatri; WALLERSTEIN, Immanuel; MERINO, Hugo Zemelman; DIERCKTXSENS, Wim; LACLAU, Ernesto; REVEL, Judith; HARDT, Michael; COCCO, Giuseppe; CATAFORA, Luis Arce; ALCOREZA, Raúl Prada; MEALLA, Luis Tapia; LINERA, Álvaro García (orgs.) *I Ciclo de Seminarios Internacionales: pensando el mundo desde Bolivia*. La Paz, Bolívia: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia; Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, 2010.
- LORD, Lucio José Dutra. Sobre conquistas e desafios: o direito à educação quase três décadas depois da Constituição Federal. *Educação Em Perspectiva*, Viçosa/MG, 8(3), 294-308, 2017. DOI: 10.22294/eduper/ppge/ufv.v8i3.895.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Iberoamericana/Herder, 2007.
- MALLMANN, Maria Izabel. *Os ganhos da década perdida: democracia e diplomacia regional na América Latina*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.
- MELLO, Felipe Demian Siqueira de. *Representação e Cooptação política: Dimensões históricas do sistema partidário brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/MG, 2018. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/54d2d169ab90534c-3f653a051e1640a3.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024.
- MORAES, Elaine. Apresentação. In: BALZAC, Honoré de. *A mulher de trinta anos*. Tradução: Rosa Freire Aguiar. São Paulo: Selo Penguin Companhia das Letras, 2015.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NOBRE, Marcos. Prefácio. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do Direito – um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 11, p.61-74, maio/ago. 1999. Quadrimestral. Disponível em: http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/rbde11/rbde11_07_romualdo_portela_de_oliveira.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.
- OLIVEIRA, Giuliano Contento de; MAIA, Geraldo.; MARIANO, Jefferson.

- O sistema de Bretton Woods e a dinâmica do sistema monetário internacional contemporâneo. *Pesquisa & Debate*, v. 19, n.º 2 (34), pp. 195-219, 2008.
- ROCHA, Sonia. Pobreza e desigualdade no Brasil: o esgotamento dos efeitos distributivos do Plano Real. *Texto para Discussão n.721*, [s. l.], IPEA, abril/2000. 26p. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0721.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.
- ROCHA, Marta Mendes da; SILVA, Raquel Gonçalves da. A agenda da reforma política no Brasil: autores, objetivos, êxito e fracasso (1988-2010). *Rev. Bras. Ciênc. Polít.* Brasília, n. 16, p. 213-246, Abr. 2015. DOI: 10.1590/0103-335220151609.
- RÓNAI, Paulo. Notas Introdutórias. In: BALZAC, Honoré de. A mulher de trinta anos. In: BALZAC, Honoré de. *A Comédia Humana*. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1954.
- RÓNAI, Paulo. *Balzac e a A Comédia Humana*. 3. ed. São Paulo: Editora Globo, 1993.
- RÜSEN, Jorn. *História Viva – teoria da História III – formas e funções do conhecimento histórico*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 1ª reimpressão. Brasília: UNB, 2010.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. São Paulo, SP: Cultrix; USP, 1969.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. System des heutigen römischen Rechts I. Berlin, 1840, pp. XIV-XV. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução e prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.
- SCHWARZ, Roberto. *Ao Vencedor as Batatas – Forma Literária e Processo Social nos inícios do Romance Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: editora 34, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone da. *O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991 – 2008)*. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade Estadual de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução e prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

Recebido em 20 de julho de 2020.

Aprovado em 22 de agosto de 2020.

RESUMO: Considerando a fecundidade simbólica entre a escrita literária como percepção da política enquanto hipótese, o presente texto buscar tecer relações entre o desenrolar destes pouco mais de trinta anos da constituição brasileira e a vida de Julia, protagonista da obra “A mulher de trinta anos”. Por meio de abordagem qualitativa de pesquisa documental, traçamos a discussão dividindo-a em décadas associadas aos três primeiros capítulos da obra em comento, de forma a estabelecer o momento da proposta de consolidação da constituição, passando por uma tentativa de efetivações mais contundentes de direitos e finalizando com uma conjuntura de autoconhecimento jurídico-normativo. Como resultados, deixamos provocações para consolidação de um tempo de reconhecimento das capacidades irresistíveis da Carta Balzaquiana, sem perder de vista o fato de que, para que a Constituição exista, é necessário a incrementação da dimensão relacional dos direitos.

Palavras-chave: constitucionalismo; história do direito; literatura; políticas públicas.

ABSTRACT: Considering the symbolic fecundity between literary writing as a perception of politics as a hypothesis, this text seeks to weave relations between the development of these thirty years of the Brazilian constitution and the life of Julia, protagonist of the work “A woman of thirty”. Through a qualitative approach to documental research, we traced the discussion by dividing it into decades associated with the first three chapters of the work in question, in order to establish the moment of the proposal for consolidation of the constitution, going through an attempt of more forceful realization of rights and ending with a conjuncture of legal-normative self-knowledge. As a result, we left provocations to consolidate a period of recognition of the irresistible capabilities of the Balzaquian Charter, without losing sight of the fact that, for the Constitution to exist, it is necessary to increase the relational dimension of rights.

Keywords: constitutionalism; history of law; literature; public policy.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1586>.

Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”

Abuse of fundamental rights in the structuring theory of law: starting off from the “case of the painter at the crossroads”

Fabio Carvalho de Alvarenga Peixoto*
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

1. Introdução

O abuso, como noção dogmaticamente autônoma, é negado tanto por aqueles que se alinham a uma teoria externa, como por aqueles que argumentam em favor de uma teoria interna dos direitos fundamentais, como Friedrich Müller. Se confirmada essa dupla rejeição será inevitável concluir que não há espaço para o abuso na dogmática dos direitos fundamentais.

Contudo, mesmo atacada pelos dois lados extremamente opostos, a noção de abuso de direitos fundamentais insiste em existir: o art. 9º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) menciona os abusos cometidos no exercício do direito de greve e o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, considerou existente o abuso, indicando mesmo sua possível autonomia com relação à máxima da proporcionalidade.

Isso deveria significar ou que a dogmática não corresponde à realidade constitucional brasileira, ou que a dogmática não corresponde a essa realidade. Porém, não necessariamente tem que ser assim: tanto as teorias

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Ceará. Advogado. E-mail: peixoto@pedrosapeixoto.adv.br.

externa e interna podem ser insustentáveis – não é isto que se analisa aqui –, como a noção de abuso rejeitada por elas pode ser estreita demais. O escopo do trabalho se limita a essa segunda questão, centrando-se na expressa repulsa da teoria estruturante do Direito, de Müller, à possibilidade de os direitos fundamentais serem limitados pela identificação, no caso concreto, de um abuso.

A teoria de Müller é mais conhecida no Brasil em decorrência da crítica feita por Robert Alexy – destacando-se aqui seus comentários sobre o “caso do pintor no cruzamento” – do que pelas próprias ideias de seu autor¹. Sem dúvidas, esse não é um enunciado científico: faltam-lhe praticamente todos os elementos que o poderiam assim qualificar. No entanto, pode ser tido como mais um alerta à necessidade de se exporem com transparência, no trabalho jurídico, todos os elementos de concretização do objeto da ciência do Direito – tarefa à qual Müller dedicou toda a sua vida acadêmica. Reforça-se aqui a imprescindibilidade de se promover uma estruturada e racional “percepção da compreensão”².

É importante dizer que a crítica de Alexy a Müller é coerente, sob a consideração de que, na complexa teoria não positivista *alexiana* (conforme ele próprio a define³), não pode haver espaço para um pós-positivismo *mülleriano*. Müller, por sua vez, diversas vezes manifestou a sua preocupação de não conduzir sua teoria ao rumo de um retrocesso a um direito pré-positivista (não positivista)⁴.

Este artigo, no entanto, não analisará o trabalho de Müller segundo o pensamento de Alexy, este último amplamente adotado no Brasil. Diferentemente, será no contexto da própria teoria de Müller que a noção de abuso de direitos fundamentais será investigada: o objetivo principal é identificar se é compatível, com a teoria estruturante do Direito, a noção de abuso de direitos fundamentais.

Em sua *Juristische Methodik*, Müller⁵ dedica um único parágrafo ao tema. Praticamente condensando suas conclusões sobre o assunto, o título do tópico é *Grundrechts“Mißbrauch”* (isto é: “abuso’ de direito fundamen-

1 Especula-se que isso se deva às faltas de sistematização e de tradução de boa parte das obras de Müller – em contraposição aos trabalhos de Alexy, amplamente disponíveis no Brasil, a maior parte em língua portuguesa ou espanhola, de mais fácil acesso à comunidade jurídica.

2 MÜLLER, 2008, p. 88.

3 ALEXY, 2009, p. 4-5.

4 Por todas: MÜLLER, 2007, p. 283-284.

5 2013, p. 111.

tal”) – com as aspas cumprindo o papel denotativo de síntese. Dedicava bem mais atenção ao abuso de direitos fundamentais em seus *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik* (*La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*) e *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, nos quais critica especificamente a teoria apresentada por Hans-Ulrich Gallwas.

Há, porém, muito mais que se pode dizer sobre o tema. Este artigo, para atingir sua finalidade, apresenta a crítica feita por Alexy, em sua Teoria dos direitos fundamentais, à teoria de Müller, destacando em especial o “caso do pintor no cruzamento” como representação simbólica da divergência entre ambos – o que se denominou de liberdade de arte como questão em debate. Em seguida, expõe a crítica de Müller à concepção de abuso de direitos fundamentais de Gallwas, tachada por aquele de incontornável; logo adiante, analisa a teoria deste. Por fim, são apresentados os elementos essenciais de uma dogmática da liberdade de arte – tais como apresentados por Müller –, bem como investigada a existência, na teoria *mülleriana*, de um espaço para o abuso de direitos fundamentais de liberdade.

Com isso, espera-se, como resultado de uma pesquisa científica que foi basicamente qualitativa e calcada em fontes bibliográficas e documentais, responder à questão sobre a existência (ou não) de um espaço dogmático, na teoria estruturante de Müller, para uma concepção contemporânea de abuso de direitos fundamentais que se apresenta neste trabalho.

A metodologia adotada parte da análise da crítica de Alexy à teoria de Müller; em seguida, analisa-se a crítica de Müller à teoria de Gallwas; no passo seguinte, a teoria de Gallwas propriamente dita; finalmente, atualiza-se o pensamento de Müller, à luz de uma concepção contemporânea de abuso de direitos fundamentais não mais presa à teoria de Gallwas. Isto é: enovelaram-se, de início, todas as teorias para, ao final, desnovelar-se uma tese atualizada sobre o abuso de direitos fundamentais, conforme à teoria estruturante do Direito. O procedimento metodológico, embora não usual, favorece o enfoque nas questões debatidas, permitindo que divergências não essenciais ao tema tratado – muito embora de relevância teórica inquestionável – possam ser deixadas de lado, sem prejuízo científico; isto é especialmente importante porque o referencial teórico, a obra de Müller, é tão extenso quanto assistemático.

Adiante, os resultados da pesquisa.

2. A rejeição ao abuso como noção autônoma pelas teorias externa e interna dos direitos fundamentais

Menezes Cordeiro observou que na dogmática do abuso de direito contrapõem-se teorias internas e externas: naquelas, “o abuso seria expressão do próprio conteúdo do direito subjectivo”; nestas, “haveria antes uma contraposição entre normas que garantiriam um direito subjectivo com determinado conteúdo e preceitos que, delimitando as possibilidades de exercício, dariam corpo ao fenómeno dito do abuso”⁶

Simetricamente – e isso por si só justifica a incursão pretendida por esta pesquisa –, Alexy⁷ apresenta uma distinção praticamente idêntica na dogmática dos direitos fundamentais: a teoria externa impõe aos direitos já dados de antemão restrições que lhe são exteriores; para a interna, não há direitos até que seu conteúdo definitivo seja determinado. A teoria de Alexy qualifica-se como externa; a de Müller, como interna.

A anotação de Silva⁸ sobre o fenómeno de sincretismo, no Brasil, de metódicas incompatíveis – como as propostas por Alexy e Müller – é importante: sendo incompatíveis, não se podem admitir as duas simultaneamente. De outro lado, há a necessidade de “diminuir o fosso [...] entre a teoria e a prática”, no dizer de Santos⁹. Isto é: as teorias somente fazem sentido se conectadas à prática. No Direito brasileiro – e especificamente na dogmática dos direitos fundamentais –, esse ponto é especialmente sensível em razão da importação, muitas vezes acrítica, das principais ideias.

Tem-se, portanto, o seguinte: as teorias e respectivas metódicas de Alexy ou de Müller podem ser perfeitas sob uma lógica cartesiana, mas ainda assim não serem adequadas à ordem constitucional brasileira. Considerada essa suposta perfeição, das duas, uma: ou a dogmática não corresponde à realidade da Constituição brasileira, ou a dogmática não corresponde essa realidade. Descarta-se a segunda hipótese, porque a realidade constitucional deve prevalecer sempre. Resta então saber se a noção de abuso pode contribuir para testar a adequação das metódicas *alexynana* e *mülleriana* à Constituição brasileira.

6 CORDEIRO, 1987, p. 861 et seq.

7 ALEXY, 2011, p. 277.

8 SILVA, 2003, p. 625.

9 SANTOS, 2008, p. 16.

Ambas negam a concessão de espaço dogmático, no que se refere aos direitos fundamentais, à noção de abuso – originalmente civilista. Seguindo a teoria de Alexy, Rovira Viñas¹⁰, em tese de doutoramento dedicada especificamente ao problema, conclui que a noção de abuso é desnecessária como limitadora das garantias de direitos fundamentais; para a função, já há o sopesamento. Struth¹¹ esclarece que há, na doutrina, duas grandes posições dogmáticas quanto ao abuso de direitos fundamentais: o abuso como limite, excluindo o comportamento do âmbito de proteção (*Missbrauchsvorbehalt*) e o abuso como elemento da proporcionalidade (*Argumentationstopos*). A autora se alinha ao segundo posicionamento, concluindo que o abuso só se descobre pela aplicação da máxima da proporcionalidade, em especial pela técnica do sopesamento. No outro extremo da dogmática, a posição de Müller¹² já foi apresentada na introdução, e é expressamente contrária ao que o autor denomina sempre de “abuso” - entre aspas.

Essa negação ao abuso de direitos fundamentais como noção autônoma contrasta com o texto da Constituição brasileira, que dispõe que: “Os abusos [do direito fundamental de greve] cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei” (art. 9º, § 2º).¹³ O abuso do direito de greve, mencionado especificamente no texto constitucional, não pode ser simplesmente igualado a um resultado da máxima da proporcionalidade – como o imporia a teoria de Alexy –, muito menos negado peremptoriamente – como o faz a teoria de Müller.

Também o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sólida reconhecendo a existência do abuso de direitos fundamentais. Citem-se o reconhecimento da possibilidade de cometimento de “abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa”¹⁴, e as conclusões de que “o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, *a posteriori*”¹⁵, o “exercício regular do direito de crítica [...] não se reduz à dimensão do abuso da liberdade de expressão”¹⁶, o “direito de crítica, quando motivado por razões de interesse coletivo, não

10 VIÑAS, 1980, p. 287-288.

11 STRUTH, 2019, p. 258-259, p. 306.

12 MÜLLER, 2003, p. 111.

13 BRASIL, 1988.

14 BRASIL, 2009a, grifo nosso.

15 BRASIL, 2009b, grifo nosso.

16 BRASIL, 2010, grifo nosso.

se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão do abuso da liberdade de imprensa”¹⁷, abusos “podem acontecer e acontecem, mas em relação a qualquer direito. [...] Mas o direito preconiza formas de serem reparados os abusos, por indenização [...]”¹⁸, a “medida própria para a reparação do eventual abuso da liberdade de expressão é o direito de resposta e não a supressão liminar de texto jornalístico”¹⁹, e “eventual abuso da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização”.²⁰

Todas as decisões acima aparentemente contrastam de maneira definitiva com a negação peremptória da teoria de Müller: o abuso de direitos fundamentais existe. Sua existência, contudo, é autônoma com relação à máxima da proporcionalidade? Se o for, o contraste com a teoria de Alexy também será inegável. Novais²¹ defende algo nesse sentido, ao sustentar uma “concepção restritiva mitigada”, que impõe uma “limitação imanente fundamentada em abuso de direito”, portanto excluída como elemento de entrada da proporcionalidade.

O caso *Ellwanger*, também julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é simbólico do debate sobre a autonomia da noção de abuso dos direitos fundamentais, com relação à máxima da proporcionalidade: enquanto o Ministro Celso de Mello votou pela denegação do *Habeas corpus* por entender que a norma prescrita no art. 5º, XLII²², da Constituição da República busca “inibir [...] comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio”, o Ministro Gilmar Mendes, fundamentado expressamente na teoria de Alexy, entendeu ser necessário “examinar se a decisão [...] atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade”.²³

Negando-a expressamente, ou reduzindo-a à máxima da proporcionalidade, ambas as teorias parecem extrapolar os limites impostos pelo texto do art. 9º, § 2º, da Constituição brasileira, retirando-lhe o sentido mínimo

17 BRASIL, 2011b, grifo nosso.

18 BRASIL, 2015.

19 BRASIL, 2018a, grifo nosso.

20 BRASIL, 2018b, grifo nosso.

21 NOVAIS, 2010, p. 427, p. 484.

22 “[...] a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (BRASIL, 1988).

23 BRASIL, 2004, grifo nosso.

e autônomo que a palavra “abuso” denota. Não há espaço, neste trabalho, para analisar a questão sob os dois pontos de vista – das teorias de Alexy e de Müller –; isto deverá ser feito em outro lugar. Aqui, coloca-se como objetivo o de investigar a rejeição desta última teoria à noção de abuso. A escolha se justifica pela negação desta ser expressa e apresentada pelo próprio autor.

A análise crítica partirá das objeções de Alexy à teoria de Müller, tal como exemplificada pelo “caso do pintor no cruzamento”. É o que se faz adiante.

3. A crítica de Robert Alexy à teoria de Friedrich Müller: o “caso do pintor no cruzamento”, e a liberdade de arte como questão em debate

Alexy²⁴ dedica grande atenção (crítica) à teoria estruturante de Müller. Porém o capítulo *A teoria das normas de direitos fundamentais de Friedrich Müller* (do seu *Teoria dos direitos fundamentais*) não é a parte de sua obra mais relevante para esta pesquisa. Para o que interessa aqui, importa anotar a posição daquele autor ao tratar dos “direitos fundamentais garantidos sem reserva” – tal como o de liberdade de arte (art. 5, par. 3, frase 1, da Lei Fundamental alemã²⁵). Segundo ele, a teoria de Müller é uma das

tentativas de solucionar o problema dos direitos fundamentais garantidos sem reserva por meio não do estabelecimento de restrições, mas de limitações ao suporte fático. Um exemplo de uma tentativa nesse sentido é a teoria de Müller acerca das modalidades de ação materialmente específicas. [...] aqui será suficiente um breve exame de um caso utilizado por Müller como exemplo. Trata-se do caso do pintor que quer pintar no meio de um cruzamento viário. Segundo Müller, a proibição de realizar essa ação não intervém no direito fundamental à liberdade artística, porque ela não estreitaria qualquer “forma de ação específica protegida pelo direito fundamental”. Decisivo seria que uma “modalidade específica, (...) equivalente e intercambiável, (...) permanecesse aberta”. Se se pressupõe que não há grande diferença - nem subjetivamente para o artista, nem objetivamente para a obra de arte - se a pintura for realizada no cruzamento ou em uma faixa de grama ao lado dele, então, o critério de Müller é claramente aplicável. Mesmo assim, é facilmente perceptível que ele não é aplicável sem um recurso ao sopesamento. Suponha-se que o

24 ALEXY, 2011, p. 76 et seq.

25 “Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. [...]”. (ALEMANHA, 1949).

cruzamento estivesse bloqueado ao tráfego e que, por isso, a pintura nesse cruzamento a ninguém incomodasse nem afetasse qualquer interesse público. Nessas circunstâncias, obrigar o pintor a se deslocar até a faixa de grama não é justificável nem mesmo sob as condições aceitas acima, porque, nesse caso, não haveria razão suficiente para que o pintor fosse expulso. A intercambiabilidade não é alterada. Mas, ao contrário, se houver diferença entre pintar em um cruzamento movimentado e em um cruzamento bloqueado, então, a intercambiabilidade não pode ser o critério decisivo. O critério decisivo é o impedimento e ameaça ao trânsito. Isso e o direito fundamental devem ser contrapostos. No necessário sopesamento que daí surge, a intercambiabilidade pode desempenhar um papel importante, porque nos casos em que há uma alternativa viável a intervenção é menos intensa que nos casos em que não há. Mas o critério da intercambiabilidade não consegue substituir o sopesamento.²⁶

À longa – porém escusável, porque inevitável – citação, deve-se acrescentar uma observação interessante: Alexy²⁷ fundamenta sua censura específica à Müller com embasamento tão somente na obra *Die Positivität der Grundrechte* (1990) – em que a liberdade de arte foi tratada apenas de forma bastante superficial –, e não na obra *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik* (1969), dedicada exclusivamente ao tema e publicada anteriormente na obra geral sobre os direitos fundamentais.

Provavelmente por isso, a visão da teoria de Müller apresentada por Alexy é também superficial, não fazendo jus à complexidade dos fundamentos de uma teoria estruturante dos direitos fundamentais. Demonstrativa dessa superficialidade é a conclusão de Alexy²⁸ de que, se a via pública estivesse fechada ao tráfego, a teoria de Müller falharia, por não haver, na hipótese, “razão suficiente para que o pintor fosse expulso”. Faltou a Alexy perceber que, para Müller, o fato de o pintor não estar protegido pela garantia jusfundamental da liberdade de arte – estando o cruzamento aberto ou fechado – não impõe ao Estado a sua remoção; outra norma jurídica pode impor a intervenção estatal (*Untermaßverbot*), mas ela então não decorrerá da não proteção da liberdade de arte, sim da proteção a outro bem ou direito – como no caso da liberdade de locomoção, estando o cruzamento aberto. Isto é:

26 ALEXY, 2011, p. 129-130, grifo nosso.

27 ALEXY, 2011, p. 129, notas de rodapé 120 e 121.

28 ALEXY, 2011, p. 129.

a não qualificação como arte apenas não fornece garantia jusfundamental contra uma eventual intervenção estatal; equivocam-se os que, como Alexy, fazem decorrer da desproteção *mülleriana* uma expulsão do cruzamento, no caso hipotético.

O que deve ficar claro – e isto Alexy aponta com razão – é que, para Müller, é irrelevante, na adstrição do fato à norma, se o cruzamento está liberado ou não ao tráfego veicular, uma vez que, ao contrário do que foi suscitado por Alexy, não é a “ameaça ao trânsito” que definirá se o que pintor realiza é ou não arte. Como deve ser feita essa definição é algo que será apresentado no último tópico.

4. A crítica de Friedrich Müller à teoria do abuso de direitos fundamentais de Hans-Ulrich Gallwas: incontrolabilidade

Apresentada a questão cerne do debate – o “caso do pintor no cruzamento” –, é necessário deixá-la agora de lado para retomá-la ao final deste trabalho. Neste momento, deve-se iniciar outra linha analítica, relacionada a não aceitação, pela teoria estruturante, da noção de abuso de direitos fundamentais. Müller tece crítica contundente a ela:

A independência das garantias dos direitos fundamentais é, assim, negligenciada. A fórmula do abuso torna-se um Estado de direito incontrolável, porque não pode ser racionalizado, uma entrada para valorações de todos os tipos, generalizadas independentemente da validade especial de cada garantia individual. A discriminação tipificada da fórmula geral sofre não apenas a versão ainda indefinida e a tendência de evasão metapositiva, mas, sobretudo, o fato de não se basear na validade do direito fundamental que deve ser limitado e que deve ser mostrado como “abusado”. Isto substituirá disposições constitucionais positivas, conforme necessário.²⁹

29 “Damit wird die Eigenständigkeit der Grundrechtsgarantien übersehen. Die Mißbrauchsformel wird zum rechtsstaatlich unkontrollierbaren, weil nicht rationalisierbaren Einlaß für Wertungen verschiedenster Art, die ohne Rücksicht auf den besonderen Geltungsgehalt jeder Einzelgarantie verallgemeinert werden. Die typisierende Aufgliederung der Pauschalformel leidet nicht nur an ihrer weiterhin unbestimmten Fassung und an metapositiver Ausweichtendenz, sondern vor allem daran, nicht vom Geltungsgehalt des zu begrenzenden, des als ‘mißbraucht’ auszuweisenden Grundrechts her abgestützt zu sein. Damit werden positivrechtliche Regelungen der Verfassung je nach Bedarf übergangen”. (MÜLLER, 1969, p. 28-29, tradução nossa, grifo nosso).

Especificamente na parte que se refere à “discriminação tipificada da fórmula geral”, Müller cita diretamente a tipificação proposta por Hans-Ulrich Gallwas, em seu *Der Mißbrauch von Grundrechten*, e acresce que se trata de “cláusulas gerais tipologicamente dispersas, que são, no entanto, concebidas de tal forma que, em muitos casos, nada resta senão o recurso à fórmula material vazia indiferenciada”.³⁰

Esta não é a única menção crítica à teoria de Gallwas, nas obras de Müller. Em seu *Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik* (*La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*), no extenso capítulo dedicado ao abuso – estruturado sobre a obra de Gallwas –, Müller destaca que

do ponto de vista terminológico, deveria ser mais bem diferenciada esta interpretação de outras teorias que partem também da possibilidade de “abuso” dos direitos fundamentais e que – como o provam outras hipóteses de delimitação já aqui discutidas – desenvolvem igualmente aspectos de tipo geral-material para a restrição dos direitos e liberdades.³¹

Essa crítica é, portanto, muito severa apenas em sua aparência. Na verdade, Müller chega a admitir uma possível concepção do abuso compatível com a sua teoria, porém se preocupa com os efeitos da utilização do termo de forma irrefletida:

Na medida em que o juízo de “abuso” é usado como julgamento de subsunção, que delimita o uso do não-uso de um direito (fundamental), isto é, na medida em que o fazer uso do direito fundamental que está em relação com um comportamento que é factualmente-normativamente pertencente ao conteúdo de validade do direito é diferenciado de um fazer uso que não pode mais ser baseado dogmaticamente em um direito fundamental, o “abuso” é uma descri-

30 “Damit wird die Eigenständigkeit der Grundrechtsgarantien übersehen. Die Mißbrauchsformel wird zum ‘[...] typologisch aufgelockerten Generalklauseln, die jedoch so angelegt sind, daß vielfach nichts als der Rückgriff auf die undifferenzierte materiale Leerformel übrig bleibt”. (MÜLLER, 1969, p. 28, notas de rodapé 56 e 59, tradução nossa).

31 “[...] desde una perspectiva terminológica, debería de diferenciarse mejor esta interpretación de otras teorías que también parten de la posibilidad de ‘abuso’ de derechos fundamentales y que – como prueban otras hipótesis de delimitación ya discutidas aquí – desarrollan igualmente aspectos de tipo general-material para la restricción de derechos y libertades”. (MÜLLER, 2016, p. 79, tradução nossa, grifo nosso).

ção da limitação factual de todas as posições jurídicas, incluindo as garantias de liberdade de constituição, e da necessidade de elaboração dogmática do conteúdo, estrutura e limitação das garantias factuais individuais. Por causa da ambiguidade terminológica, é melhor que se evite essa expressão para essa variante da teoria do “abuso”.³²

Evitável é apenas a expressão, não necessariamente o juízo. Müller opta, assim, “para cada direito fundamental, por uma determinação de tipo ‘imane[n]te’”, portanto, uma “reserva de abuso” de exercício de um direito fundamental deve tratar “mais de elementos da norma deduzidos da estrutura do marco normativo e da especificidade do conteúdo da validade do direito, e não tanto de partículas de uma reserva geral distribuídas por partes entre os direitos fundamentais”.³³

Como se verá adiante, deve-se dar razão ao juízo de Müller sobre a incontrollabilidade da constatação de abuso na teoria de Gallwas. Esta última passa a ser objeto de crítica, agora.

5. A teoria do abuso de direitos fundamentais de Hans-Ulrich Gallwas: adoção do conceito civilista pela teoria dos direitos fundamentais

Glaeser reconhece que o “trabalho apresentado por Gallwas [...] é a primeira tentativa de esclarecer, em princípio, o fenômeno do abuso de direitos fundamentais”³⁴. Por sua originalidade, a teoria de Gallwas, apresentada

32 “Soweit das ‘Mißbrauchs’urteil als Subsumtionsurteil gebraucht wird, das den Gebrauch eines (Grund-)Rechts von seinem Nicht-Gebrauch abgrenzt, d. h., das jedes Sich-berufen auf das Grundrecht bei einem Verhalten, das sachlich-normativ zum Geltungsgehalt des (Grund-)Rechts gehört, von einem Rückgriff unterscheidet, der sich dogmatisch nicht mehr auf das Grundrecht stützen kann, ist ‘Mißbrauch’ eine Umschreibung für die sachliche Begrenztheit aller Rechtspositionen, auch der Freiheitsgarantien der Verfassung, und für die Notwendigkeit dogmatischer Ausarbeitung von Inhalt, Struktur und Begrenzung der einzelnen sachgeprägten Verbürgungen. Wegen der terminologischen Mißverständlichkeit sollte für diese Variante der ‘Mißbrauchs’lehren dieser Ausdruck besser vermieden werden”. (MÜLLER, 2016, p. 79, tradução nossa, grifo nosso). (MÜLLER, 1969, p. 26, tradução nossa, grifo nosso)

33 “En lugar de ello, se opta para cada derecho fundamental, por una determinación de tipo imanente». [...] en situaciones de «reserva de abuso» de ejercicio de derechos fundamentales, hay que hablar más de elementos de la norma deducidos de la estructura del marco normativo y de la especificidad del contenido de validez del derecho y no tanto de partículas de una reserva general distribuida por partes entre los derechos fundamentales”. (MÜLLER, 2016, p. 83-4, tradução nossa)

34 “Die Bedeutung der von Gallwas vorgelegten Arbeit ist daher schon vom Thema her hoch zu veranschlagen. Das gilt um so mehr, als es der erste Versuch ist, das Phänomen des Grundrechtsmißbrauchs prinzipiell zu klären”. (GLAESER, 1969, p. 321, tradução nossa).

em seu *Der Mißbrauch von Grundrechten*, tornou-se referência na doutrina germanófila: para citar apenas obras mais recentes, ela desempenha um papel-chave nas ideias de abuso de direitos fundamentais de Knödler³⁵, Wiedmann³⁶ e Struth³⁷ – além da forte influência, já vista acima, sobre o pensamento de Müller.

A teoria do abuso de direitos fundamentais de Gallwas parte do pressuposto de que, onde a Lei Fundamental alemã não estabeleceu reservas de lei, os direitos fundamentais devem ser garantidos de maneira irrestrita, dentro dos limites impostos pela própria Lei Fundamental. Segundo Gallwas³⁸, o contrário retiraria do direito parte de sua evidência (“*einen Teil seiner Evidenz*”).

Não à toa, Steinmetz³⁹ a qualificou como uma “teoria da imanência de caráter geral”. Porém, apesar de não a rejeitar de todo, Gallwas entende afastar-se da teoria da imanência, por entender não ser necessário “tentar obter o ponto de referência metodológico para o imanente na tríade de barreiras do Art. 2, par. 1, Lei Fundamental”⁴⁰ (isto é: não violação dos direitos de outros, da ordem constitucional e da lei moral).

Gallwas reconhece que a teoria do abuso limitava-se, à época, ao âmbito civil, e seu cerne era uma incongruência entre “a aparência de um direito, como indicada pela formulação explícita ou já interpretada de uma norma, e o conteúdo real do direito”.⁴¹ Assim, a extensão do conceito civilista do abuso à dogmática dos direitos fundamentais somente será aceitável (1) se for possível identificar, no âmbito dos direitos fundamentais, aparências de direito; e (2) se tais aparências puderem ser incongruentes com o “conteúdo real” do direito fundamental. Segundo Gallwas:

A opinião de que as formulações relativas aos direitos fundamentais são, em princípio, inadequadas para dar a aparência de uma autorização seria incom-

35 KNÖDLER, 2000, p. 162 et seq.

36 WIEDMANN, 2002, p. XXIV.

37 STRUTH, 2019, p. 240 et seq.

38 GALLWAS, 1967, p. 5.

39 STEINMETZ, 2000, p. 44.

40 “*Außerdem brauchte dann nicht versucht zu werden, aus der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG den methodischen Anhaltspunkt für das Immanente zu gewinnen*”. (GALLWAS, 1967, p. 18, tradução nossa).

41 “*Zwischen dem Anschein eines Rechts, wie ihn der eindeutige oder bereits ausgelegte Wortlaut einer Norm ergibt, und dem eigentlichen Rechtsinhalt entsteht auf diese Weise eine Inkongruenz*”. (GALLWAS, 1967, p. 11, tradução nossa).

patível com a Lei Fundamental. Estaria em contradição com o art. 1, par. 3. O que deveria vincular o legislador, a autoridade executiva e o poder judicial como “lei diretamente aplicável”, se não a vontade do constituinte, objetivada nas formulações dos “direitos fundamentais subsequentes”. O intérprete dos direitos fundamentais deve, antes de mais, levar a sério esta fórmula, ou seja, deve partir do princípio de que qualquer cumprimento de uma norma de direitos fundamentais desencadeia a consequência jurídica adscrita. Porém, é precisamente aí que reside a parte suscetível a abuso da norma jurídica, a sua aparência jurídica “abusável”.⁴²

Admitida a possibilidade de abuso – em outras palavras: de incongruência entre aparência de direito e “direito verdadeiro” – na dogmática dos direitos fundamentais, Gallwas parte para a identificação do que pode causar essa incongruência: “Em nenhuma circunstância, a garantia dos direitos fundamentais pode legitimar uma conduta que contrarie uma norma constitucional superior ou um mandamento jurídico suprapositivo”.⁴³ Nestes casos, a aparência de direito é, no raciocínio jurídico, não confirmada, em razão da “evidência da contranorma [*Evidenz der Gegennorm*]”. No gênero “mandamentos suprapositivos”, Gallwas, identifica as espécies ideias fundamentais pré-constitucionais (“ideia que, embora não expressamente pronunciada na Constituição, está obviamente subjacente a uma norma constitucional singular ou a várias normas constitucionais”), e pensamentos jurídicos suprapositivos (“se uma disposição normativa puder ser derivada diretamente dos valores supremos da justiça, com certeza objetiva de conhecimento”).⁴⁴

42 “Die Ansicht, Grundrechtsformulierungen seien prinzipiell ungeeignet, den Anschein einer Berechtigung auszulösen, wäre mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Sie stände im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 3. Was sollte schon den Gesetzgeber, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als ‘unmittelbar geltendes Recht binden’, wenn nicht der in den Formulierungen der ‘nachfolgenden Grundrechte’ objektivierte Wille des Verfassungsgebers. Der Grundrechts-Interpret hat zunächst einmal diese Formel ernst zu nehmen, d. h. er muß davon ausgehen, daß jede Erfüllung des Tatbestandes einer Grundrechtsnorm die zugeordnete Rechtsfolge auslöst. Gerade darin aber liegt der mißbrauchsanfällige Teil der Rechtsnorm, ihr mißbrauchbarer Rechtsschein”. (GALLWAS, 1967, p. 21, tradução nossa, grifo nosso).

43 “Unter keinen Umständen kann die grundrechtliche Gewährleistung ein Verhalten legitimieren, das einer höherrangigen Verfassungsnorm oder einem Gebot des überpositiven Rechts widerspricht”. (GALLWAS, 1967, p. 29, tradução nossa, p. 36).

44 “Eine vorverfassungsrechtliche Grundidee ist eine Vorstellung, die zwar nicht ausdrücklich in der Verfassung ausgesprochen ist, die aber einer einzelnen Verfassungsnorm oder mehreren Verfassungsnormen offensichtlich zugrunde liegt. [...] Mit einem überpositiven Rechtsgedanken hat man es zu tun, wenn ein Rechtssatz unmittelbar aus obersten Gerechtigkeitswerten abzuleiten ist, und zwar mit objektiver Erkenntnisgewißheit”. (GALLWAS, 1967, p. 35, tradução nossa).

Seriam possíveis três tipos de abuso: (1) abuso decorrente da violação dos interesses dignos de proteção de outro titular de direito fundamental; (2) abuso decorrente da violação dos interesses dignos de proteção da comunidade; e (3) abuso decorrente da violação dos interesses dignos de proteção do Estado.

Gallwas, em sua obra, especifica cada um desses tipos. Dentre os interesses dignos de proteção de outro titular de direito fundamental, encontram-se a dignidade humana, o princípio da igualdade, a cláusula do Estado social, os interesses protegidos pelo direito penal e os interesses protegidos pelo direito civil. Gallwas afirma, em síntese, que “o princípio formal de delimitação deste tipo foi demonstrado repetidamente como sendo o de sopesar os interesses”.⁴⁵ Sendo assim, na relação entre dois titulares de direitos fundamentais, em caso de uma colisão, o sopesamento identificará aquele que é o exerce “verdadeiramente”, e o que o exerce apenas aparentemente, de forma abusiva.

Diferentemente, no caso de abusos decorrentes de violação dos interesses dignos de proteção da comunidade, compreendidos como atentatórios à cláusula de existência (*Bestandklausel*)⁴⁶ – analiticamente: existência física, segurança e ordem públicas, lei moral e autodeterminação –, o sopesamento, segundo Gallwas, é completamente inadequado, uma vez que o “interesse da comunidade e um interesse individual que colide com ele não são em si mesmos comparáveis entre si, como os interesses conflituosos dos indivíduos”.⁴⁷ O mesmo ocorre com o abuso que é resultado da violação dos interesses dignos de proteção do Estado – proteção da existência do Estado, proteção das cláusulas pétreas, proteção da capacidade de funcionamento. Nestes casos, o abuso “só pode ser determinado, em última análise, com base no caso singular”.⁴⁸ Como exemplo deste último tipo, cita o seguinte exemplo:

45 “Oben, bei der Darstellung der ersten Mißbrauchstypen, zeichnete sich als derartiges formales Abgrenzungsprinzip immer wieder das der Interessenabwägung ab”. (GALLWAS, 1967, p. 71, tradução nossa).

46 GALLWAS, 1967, p. 72.

47 “[...] Interessenabwägung [...]. Hier, bei der zweiten Mißbrauchstypen, ist dieses Prinzip ganz und gar untauglich”. (GALLWAS, 1967, p. 71, tradução nossa).

48 “Was zu den unerläßlichen Voraussetzungen für eine sachgerechte Erledigung der verschiedenen staatlichen Aufgaben gehört, wird sich letztlich immer nur an Hand des einzelnen Falles ermitteln lassen”. (GALLWAS, 1967, p. 96, tradução nossa).

Um funcionário público que se baseia num direito fundamental irrestringível para justificar uma conduta que viola os seus deveres viola esse direito fundamental, na medida em que o ato afeta o funcionamento dos poderes do Estado. A este respeito, o conteúdo do direito fundamental fica aquém do texto da garantia. Pensa-se, por exemplo, em um policial que foge de uma missão de desastre para participar de um evento religioso.⁴⁹

Em suma: a teoria do abuso de Gallwas é marcada por uma identificação completa – não de método, e sim de pressuposição – com a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, no sentido de que a formulação do texto positivo confere tão somente um indício de proteção (no caso de Gallwas, aparência de direito; no de Alexy, direito *prima facie*), o qual pode ou não ser confirmado, a depender de circunstâncias estruturalmente não deriváveis da formulação textual (no caso de Alexy, sempre por sopesamento; no de Gallwas, parte das vezes por sopesamento, parte por autoevidência).

Por sua vez, a crítica de Müller a Gallwas, já exposta acima, atinge duplamente o cerne da teoria formulada por este: por um lado, Gallwas falha ao estabelecer critérios metódicos específicos de sopesamento, nos casos em que este seria cabível (de violação dos interesses dignos de proteção de outro titular de direito fundamental); por outro, abstém-se totalmente de estabelecer critérios metódicos de identificação da autoevidência da contranorma prevalecente sobre a aparência de norma, quando mesmo o sopesamento “desestruturado” seria manifestamente inaplicável (violação dos interesses dignos de proteção da comunidade e do Estado).

Fica claro o motivo de essa concepção específica de abuso de direitos fundamentais ser negada peremptoriamente por Müller. O mesmo, porém, não se pode dizer necessariamente de outras concepções que não associem o abuso ao sopesamento ou à autoevidência. Adiante, será vista uma delas, e sua possível adequação à teoria estruturante do Direito.

49 “Ein Beamter, der sich zur Rechtfertigung eines pflichtwidrigen Verhaltens auf ein uneinschränkbares Grundrecht beruft, mißbraucht dieses Grundrecht, sofern die Handlung die Funktionsfähigkeit der staatlichen Gewalten beeinträchtigt. Insoweit bleibt der Inhalt des Grundrechts hinter dem Wortlaut der Gewährleistung zurück. Man denke zum Beispiel an einen Polizeibeamten, der sich einem Katastropheneinsatz entzieht, um an einer religiösen Veranstaltung teilzunehmen”. (GALLWAS, 1967, p. 96, tradução nossa, grifo nosso).

6. Uma concepção de abuso de direitos fundamentais não incompatível com a teoria estruturante do direito: ainda o “caso do pintor no cruzamento”

Foi mostrado acima que, segundo Müller, a concepção de abuso de Gallwas não é compatível com a teoria estruturante. Isto, contudo, não encerra a investigação.

Em sua obra *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, sobre a liberdade de arte, Müller⁵⁰ parte da constatação de que o fato de a liberdade de arte ser garantida sem reserva gera problemas para a dogmática tradicional. Dentre os métodos dogmáticos tradicionais, critica especialmente o dogma do *sens clair*, o pensamento da imanência, e a suposição de uma ordem constitucional de valores fundamentada no sopesamento. Quanto a esta última, destaca que:

A totalidade de um “sistema de valores” fundamental não pode ser racionalizada, mesmo com a ajuda do princípio formal do “sopesamento de bens”. [...] Na medida em que a constituição torne tal “valor mais alto” claro por meio de normatização direta, mais exatamente: uma valoração mais alta de origem política ou ética por meio de regulação preferencial formal, ela é obrigatória de maneira normativa, tornando-se dispensável o “sopesamento de bens”. Na medida em que a constituição não o faça, a referência à “totalidade” não normativa da constituição ou a um “sistema de valores” constitucional não é suficiente como base para intervenções em direitos fundamentais”.⁵¹

A irracionalidade do sopesamento com fundamento em uma valoração constitucionalizada é um dos pontos-chave da teoria estruturante. Em contraposição à utilização do sopesamento como método, Müller⁵² propõe a análise do âmbito normativo na dogmática do âmbito singular de cada

50 1969, p. 11, p. 15, p. 18-9.

51 “Die Ganzheit eines grundrechtlichen ‘Wertsystems’ ist auch mit Hilfe des formalen Prinzips der ‘Güterabwägung’ nicht rationalisierbar [...]. Soweit die Verfassung durch direkte Normierung solche ‘Höherwertigkeit’ deutlich macht, genauer: eine Höherbewertung politischer oder ethischer Herkunft durch formale Vorzugsregelung normativ verbindlich zur Geltung bringt, ist ‘Güterabwägung’ entbehrlich. Soweit die Verfassung das nicht tut, reicht der Hinweis auf das nichtnormative ‘Ganze’ der Verfassung oder eines verfassungstheoretischen ‘Wertsystems’ als Basis für Grundrechtseingriffe nicht aus”. (MÜLLER, 1969, p. 21-2, tradução nossa, grifo nosso).

52 MÜLLER, 1969, p. 17.

garantia de direito fundamental: é ao conteúdo de validade de cada direito fundamental que se deve dedicar a dogmática⁵³. Segundo ele, isto “deve aliviar a argumentação jurídica do peso da metafísica especulativa, bem como das fachadas conceituais cripto-especulativas” do positivismo.⁵⁴ Apenas em casos excepcionais, seria admitida a concordância prática⁵⁵, precedida de “uma interpretação dogmática minuciosa prévia”⁵⁶, que trate, pelo menos, do seguinte:

exame para além do caso concreto e da sua individualidade, distinção de zonas de proteção intensiva diferenciadas dentro do âmbito de alcance jusfundamental; dissociação de linhas e enfoques de proteção diferenciados (como: possibilidades de conexão na atualização de um direito fundamental, distinção de medidas lícitas e ilícitas de atualização de direitos e liberdades fundamentais, determinação entre sanções admissíveis e não admissíveis relativamente aos próprios direitos fundamentais ou outros direitos fundamentais protegidos como consequência jurídica de uma atualização de direito fundamental); diferenciação de situações típicas de colisão entre direitos fundamentais de igual grupo sistemático ou de outros tipo independente; e, por último, divisão da conexão de paralelismos e divergências no marco normativo para casos de normas constitucionais aplicáveis e similares.⁵⁷

53 MÜLLER, 2016, p. 107.

54 MÜLLER, 2008, p. 126.

55 MÜLLER, 1969, p. 23. De acordo com Müller (2008, p. 286-7), a concordância prática reúne “os teores normativos e materiais dos princípios dos direitos fundamentais em um ordenamento racional”, enquanto o sopesamento pressupõe-os “como sistema de valores, a partir do qual se pudesse proceder a deduções”. A ideia de sistema – pressuposta no sopesamento –, porém, só pode ser sustentada em sentido impróprio, “como a noção de um ordenamento conjunto de garantias de valor intrínseco materialmente e juridicamente fundamentado, bem como racionalmente possível de interpretação” (MÜLLER, 2008, p. 296). No mesmo sentido: MÜLLER, 2008, p. 286, 2016, p. 72, p. 107.

56 “[...] una ponderación merecedora de tal nombre, por ejemplo, en caso de una «obra relevante» a la que se pueda tachar de obra lesiva de los valores constitucionales, por la «ley moral» o por la relación garantizada en el orden de valores de la Ley Fundamental explicitada en el parágrafo 166 del Código Penal alemán”, requiere de una interpretación dogmática minuciosa previa del artículo 5.3 de la Ley Fundamental [...]”. (MÜLLER, 2016, p. 73, tradução nossa).

57 “[...] examen más allá del caso concreto y su individualidad, distinción de zonas de protección intensiva diferenciadas dentro del ámbito de alcance jusfundamental; disociación de líneas y enfoques de protección diferenciados (como: posibilidades de conexión en la actualización de un derecho fundamental, distinción de medidas lícitas e ilícitas de actualización de derechos y libertades fundamentales, determinación entre sanciones admisibles y no admisibles respecto a los mismos u otros derechos fundamentales protegidos como consecuencia jurídica de una actualización de derecho

Isto é: na visão de Müller, enquanto o sopesamento apenas joga “palavras genericamente incluídas nos âmbitos materiais e de valência valorativa geral contra palavras”⁵⁸ – mantendo-se “no campo das palavras-chave abstratas”, ou seja, “palavra (com o campo material, conceitual e associativo deixado concretamente sem explicação) contra uma outra palavra”⁵⁹ com o fim de criar um sistema de apoio ao valor que já tinha primazia desde o princípio⁶⁰ –, a concretização promovida pela teoria estruturante adscrive proporcionalmente umas às outras “certas atualizações de direitos fundamentais de certos beneficiários”. Essa observação é, provavelmente, a mais importante no debate Müller-Alexy – e seria difícil contestá-la, com base na teoria de Alexy.

Alexy⁶¹, ao analisar as liberdades de ciência, pesquisa e ensino, considera que, além da abertura estrutural – sua problemática sujeição à otimização pelo sopesamento⁶² –, a respectiva norma garantidora (segundo Müller, o texto de norma) é “semanticamente aberta em razão da indeterminação dos termos ‘ciência’, ‘pesquisa’ e ‘ensino’”. Entende ser possível “renunciar a uma análise mais acurada da abertura semântica”; admite, assim, sem nenhuma fundamentação, que:

O Tribunal Constitucional Federal cria regras semânticas quando afirma, por exemplo, que a atividade científica é tudo aquilo “que, por seu conteúdo e forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de descobri-

fundamental); diferenciación de situaciones típicas de colisión entre derechos fundamentales de igual grupo sistemático o de otro tipo independiente; y, en fin, división de conexión de paralelismos y divergencias en el marco normativo para casos de normas constitucionales aplicables y similares”. (MÜLLER, 2016, p. 107-8, tradução nossa, grifo nosso).

58 “Andernfalls steht Güterabwägung in der zusätzlichen Gefahr, ohne dogmatische Klärung im wesentlichen nur Wörter mit pauschal erfassten Sachbereichen und allgemeinen Wertungsalenzen gegen Wörter auszuspielen. [...] Dabei sind nicht abstrakte Grundrechte ‘als solche’, sondern bestimmte Grundrechtsaktualisierungen bestimmter Berechtigter einander verhältnismäßig zuzuordnen”. (MÜLLER, 1969, p. 62, tradução nossa).

59 MÜLLER, 2008, p. 183, p. 281.

60 MÜLLER, 2016, p. 74.

61 ALEXY, 2011, p. 70.

62 Oliveira (2008, p. 215) coloca as seguintes questões: “Por que a liberdade profissional, que consta textualmente na Constituição, é um princípio, e não uma regra? Ou seja, o que faz um princípio ser um princípio? Fora do contexto justificador da ponderação – ressalta-se que é abstrato e superficial – não há como assegurar, com uma precisão mínima, o conceito de princípio proposto pela teoria da argumentação jurídica alexyana. [...] temos um problema na definição de otimização como característica específica dos princípios: a discricionariedade que emana da avaliação de até que ponto um princípio deve ser efetivado”.

mento da verdade”, ou quando afirma que não se trata de atividade científica quando “conhecimentos obtidos de forma contemplativa são adotados pelo programa de um partido político - ou seja, de um grupo que, por sua natureza, pretende participar de forma ativa na vida político-estatal - e que os utiliza como razões determinantes de sua ação política”.⁶³

Em sua teoria da argumentação jurídica, Alexy reforça esse papel dos tribunais de definição semântica daquilo que ele entende como norma: quando há um “campo de vagueza”, não é possível uma especificação (*Feststellung*) semântica, devendo-se proceder a uma determinação (*Festsetzung*), posteriormente *justificada* (isto é: não previamente *descoberta*) por meio de argumentos genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos e teleológicos. No seu dizer: “As formas de argumentação [...] servem, entre outras coisas, para justificar tais determinações”.⁶⁴

A crítica de Müller, portanto, atinge duplamente a teoria de Alexy: (1) por ceder ao dogma do *sens clair*; e (2) por, mesmo quando considera a impossibilidade de especificação semântica (*Feststellung*), tratar de maneira juridicamente irracional a sua determinação (*Festsetzung*) – ou apenas não a investigar. Müller, ao contrário, investiga profundamente, na identificação do programa normativo, como se dá a interpretação, por exemplo, do elemento textual “arte”. Observa que, no caso do âmbito normativo da arte – como nos da crença, consciência, confissão, ciência, casamento e família –, os “critérios substantivos da interpretação” derivam predominantemente dele, e não de valores consubstanciados em princípios pragmáticos, como o quer Alexy.⁶⁵

Isto, evidentemente, não impede que o texto de norma – consequentemente, também o programa normativo – dê claras indicações de restrição, dentro do âmbito material, do âmbito normativo efetivamente protegido. É o caso, por exemplo, da expressão “com armas”, no artigo 4, parágrafo 3, da Lei Fundamental alemã, que delimita a garantia de liberdade de reunião.⁶⁶

63 ALEXY, 2011, p. 70, grifo nosso.

64 ALEXY, 2017, p. 217, p. 226 et seq., grifo nosso.

65 “Bei stark eigeprägten und zu einem erheblichen Teil nicht rechtserzeugten Normbereichen wie Glaube, Gewissen und Bekenntnis, Kunst, Wissenschaft, Ehe und Familie ergeben sich die Sachkriterien der Interpretation überwiegend aus ihnen selbst”. (MÜLLER, 1969, p. 51, tradução nossa).

66 MÜLLER, 1969, p. 56, 2016, p. 116.

No caso da arte, porém, isso não ocorreu no texto constitucional. O que não significa, porém, que arte protegida possa ser qualquer coisa: um desenho de uma criança na neve não é considerado “arte” para fins de proteção da norma jusfundamental.⁶⁷ Há, assim, que haver critérios para determinar (*festsetzen*) – utilizando-se de uma terminologia de Alexy – o que é a “arte” constitucionalmente protegida; e a simples suposição *alexiana* de que os tribunais “criam regras semânticas” é, ao ver de Müller, juridicamente insuficiente. Estruturalmente, a solução de Alexy é tão incontrolável quanto a de Gallwas. Neste sentido, aplica-se à teoria daquele a crítica feita por Müller à teoria desse: ambas são incontroláveis, porque irracionais.

Contra essas duas abordagens, Müller⁶⁸ defende uma dogmática singular da garantia jusfundamental da liberdade de arte, compreendendo o termo “arte” como sendo “uma palavra, em vez de um conceito [*eher ein Wort als ein Begriff*]”. Para que a concretização de uma garantia jusfundamental não chegue ao absurdo de assegurar proteção ao desenho de uma criança na neve – e considerada a inexistência de cláusula de reserva específica no texto constitucional –, deve-se considerar, segundo Müller, que “esse direito fundamental protege apenas as necessidades estruturais artísticas específicas da produção e comunicação artísticas, mas não as modalidades inespecíficas ‘ocasionais’” do exercício.⁶⁹

O ponto criticado por Alexy refere-se exatamente a um exemplo dado por Müller no contexto dessa explicação. Nas palavras de Müller:

Pintar no cruzamento não é coberto devido à falta de factualidade específica. Para poder realizar-se essencialmente, a fim de ganhar realidade de acordo com a estrutura para a qual elas são garantidas, as formas de garantia cobertas pelo âmbito normativo do art. 5, par. 3, frase 1 da Lei Fundamental não dependem da modalidade “no cruzamento”, nem se restringem a ela. Nesse sentido, uma modalidade de exercício é específica se não houver comprovadamente a falta de conexão factual com a estrutura (anteriormente esclarecida dogmaticamente) do âmbito normativo de direitos fundamentais.⁷⁰

67 MÜLLER, 1969, p. 43.

68 MÜLLER, 1969, p. 40.

69 “[...] dieses Grundrecht nur kunst-spezifische Strukturnotwendigkeiten künstlerischer Produktion und Kommunikation schützt, nicht aber unspezifische Modalitäten ‘bei Gelegenheit’ der Grundrechtsausübung”. (MÜLLER, 1969, p. 59, tradução nossa).

70 “Das Malen auf der Straßenkreuzung ist mangels spezifischer Sachhaltigkeit künstlerischer Art damit nicht erfasst. Um wesentlich realisiert werden zu können, um nach der Struktur dessen, worum-

Observe-se bem: o ponto central, para Müller, é a conexão entre fato e âmbito normativo. A dogmática do âmbito singular não deve questionar o que *é* arte, mas o que *não é* arte.⁷¹ Só é protegido pela garantia específica o que *é* arte (“A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”); se determinada intervenção não torna a arte em não livre, ela não é constitucionalmente vedada pela garantia jusfundamental. Por outro lado, como já visto acima, a conclusão de inexistência de proteção jusfundamental no caso concreto (por “falta de factualidade específica”) não impõe, por si só, uma intervenção estatal. Assim, pode-se reformular a questão jurídica do pintor no cruzamento viário: a hipotética intervenção proibitiva estatal de pintura no local faria com que a arte deixasse de ser livre?

Para responder à pergunta, Müller identifica, no âmbito da norma (*Normbereich*), duas zonas de proteção (*Schutzzonen*) – isto é: duas “questões dogmáticas ‘dentro’ do conteúdo de validade jusfundamental [*dogmatischen Fragerichtungen ‘innerhalb’ des grundrechtlichen Geltungsgehalts*]” –: o âmbito da obra (*Werkbereich*) e o âmbito da afetação (*Wirkbereich*), ambos com suas peculiaridades; aquele protege o processo interno de criação, bem como a obra artística por si só, independentemente do contexto de criação; este se refere à esfera de comunicação da obra de arte, “da maneira como é apresentada, distribuída, usada, combinada, duplicada, criticada e como funciona como um todo”.⁷² Na dogmática brasileira, isso foi também apontado por Xerez⁷³, ao diferenciar “a) arte como experiência estética; b) arte como objeto cultural e c) arte como ato expressivo”. Sendo a primeira uma experiência que dispensa proteção – seu foro é tão íntimo que não se

willen sie verbürgt sind, Wirklichkeit gewinnen zu können, sind die vom Normbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erfaßten Garantiefornen auf die Modalität ‘auf der Straßenkreuzung’ weder angewiesen noch beschränkt. Eine Ausübungsform ist in diesem Sinn dann spezifisch, wenn ihr nicht nachweisbar der sachliche Zusammenhang mit der (zuvor dogmatisch zu klärenden) Struktur des grundrechtlichen Normbereichs fehlt”. (MÜLLER, 1969, p. 65, tradução nossa, grifo nosso).

71 Em outra obra, Müller (2016, p. 92-3) generaliza o mesmo raciocínio: “*En un contexto de actualización (Grundrechtaktualisierung) de derechos fundamentales, hay una lesión de derecho fundamental si, y solo si, se ha perjudicado, de hecho, jurídica o directamente, por parte de un funcionario o autoridad del poder público del Estado, al titular de un derecho fundamental; en una situación o acción que está garantizada y protegida específicamente a través de un derecho fundamental. La lesión, por tanto, no requiere a efectos de protección jusfundamental de su incardinación a algún otro tipo de hecho de conexión*”.

72 “*Die Sphäre der Kommunikation, vielleicht ‘Wirkbereich’ zu nennen, betrifft das Kunstwerk in der Art seiner Darbietung, Verbreitung, Verwendung, Kombination, Vervielfältigung, Kritik und Wirkungsweise im ganzen*”. (MÜLLER, 1969, p. 65, p. 73-5, p. 86-7, p. 99, tradução nossa).

73 2012, p. 215 et seq.

sujeita a intervenções estatais –, as duas outras correspondem ao que Müller intitidou, respectivamente, âmbito da obra e âmbito de afetação.

Esses dois âmbitos diferenciam-se em vários aspectos, no que toca aos graus específicos de proteção. No que diz respeito à *sujeição à convencionalidade*⁷⁴, o âmbito da obra pouco se sujeita⁷⁵, enquanto o âmbito de afetação é essencialmente submetido a ela⁷⁶:

[...] o típico no sentido do convencional chega mais forte nas áreas de comunicação. A cerca desmontada ainda não é “arte” no gênero típico no sentido do termo de conexão no art. 5, par. 3, frase 1, Lei Fundamental. Porém, esse é o caso, logo que é apresentada em uma exposição como um *objet trouvé* ou como uma cópia do gênero *ready made*.⁷⁷

A divulgação de arte em uma cerca no jardim não é típica, sob o ponto de vista convencional; já a mostra da mesma cerca em uma exposição de arte é convencionalmente típica, porque exposições de arte são, por convenção, modo de divulgação de obras artísticas.

Também quanto às *possibilidades de escolha do artista*: no âmbito da obra, um “artista ou produz de maneira que ele decide criar, ou não é livre em sua criação [*Ein Künstler produziert entweder so, wie er sich zu schaffen bestimmt, oder er ist in seinem Schaffen nicht frei*]”; já no âmbito da afetação, essa abertura às possibilidades não é tão larga: “o pertencimento da comunicação ao conteúdo essencial do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é apenas quanto ao ‘quê’, e não simplesmente quanto ao ‘como’”.⁷⁸

Uma ideia crucial para a dogmática da liberdade de arte de Müller é a de isolabilidade (*Isolierbarkeit*); isto é: se determinada parte da obra artística pode ou não ser faticamente isolada e tratada, por exemplo, como opinião

74 Segundo Müller (1969, p. 40), “arte” não é mais “do que um termo usado convencionalmente”.

75 MÜLLER, 2016, p. 194-5.

76 Há, evidentemente, espaço para novas possibilidades – como o atípico, o individual, o novo e o espontâneo –, desde que elas tenham a mínima aptidão para formarem uma nova tradição de comunicação artística, tornando-se assim convencionais. (MÜLLER, 1967, p. 64-5, 2016, p. 173-4).

77 MÜLLER, 1969, p. 65.

78 “*Es gehört aber nur das ‘Daß’, nicht schlechthin auch das ‘Wie’ der Kommunikation zum grundrechtlichen Wesensgehalt und Schutzbereich*”. (MÜLLER, 1969, p. 100-1, tradução nossa).

do próprio autor, e não da personagem (ou do próprio eu-lírico).⁷⁹ Assim, se no curso de um poema, injuriam-se pessoas, a sanção pelo crime de injúria dependerá da possibilidade de a menção injuriosa ser “isolada” do contexto da obra. Essa *possibilidade de isolabilidade* é também muito maior no âmbito da afetação do que no âmbito da obra:

Podem-se vender manteiga, canhões ou obras de arte. Essencialmente, arte comercial, gerenciamento de arte e publicação são grandes empresas, nada mais. Eles divulgam arte, mas não se tornam atividades específicas do objeto protegido pelo art. 5, par. 3, frase 1, Lei Fundamental.⁸⁰

Essa última fundamentação pode ser transposta para o caso hipotético do pintor no cruzamento – exatamente o que foi objeto da crítica de Alexy –: segundo Müller, o local (no cruzamento) pode ser facilmente isolado do ato de criação artística de uma pintura.

Isso remete, porém, ao problema: de que forma a conclusão de isolabilidade, em geral, é alcançada? Müller⁸¹ esbarra, aqui, em um dos “limites da solubilidade racional do conteúdo de direito fundamental [*Grenzen rationaler Auflösbarkeit des Grundrechtsgehalts*]”; não consegue, assim, fugir – e acompanha, no ponto, Böckenförde e Greiffenhagen – de uma remissão ao “observador médio normal [*normalen Durchschnittsbeobachter*]”. Não é difícil supor a quantidade de problemas que a adoção de um “observador médio” traz. Por exemplo: a média é de quê: conhecimento artístico ou conhecimento linguístico? Como se calcula a média? Os direitos fundamentais devem submeter-se a determinações médias?

Em suma: no caso do pintor do cruzamento, enquanto Alexy solucionaria o problema “o que é arte?” – assim como o fez quanto à ciência – semanticamente segundo a determinação dos tribunais⁸², Müller solucioná-lo-ia recorrendo à determinação de um hipotético (e metodicamente não explicado)

79 MÜLLER, 1969, p. 112-3, p. 131.

80 “*Man kann Butter, Kanonen oder Kunstwerke verkaufen. Im wesentlichen sind Kunsthandel, Kunstmanagement und Verlagsgeschäft big business, nichts weiter. Sie verbreiten Kunst, werden dadurch aber nicht selbst zu von Art 5 Abs. 3 Satz 1 GG sachspezifisch geschützten Tätigkeiten*”. (MÜLLER, 1969, p. 101, tradução nossa, grifo nosso).

81 1969, p. 23, p. 113.

82 Segundo Müller (2013, p. 261), Alexy pressupõe uma conexão necessária entre texto e significado.

observador médio. Nenhuma das respostas satisfaz: no caso do pintor no cruzamento, ainda seria preciso esclarecer, para Alexy, por que os tribunais determinaram que a ação de pintar no cruzamento se insere no âmbito da arte protegida; e, para Müller, por que motivo o observador médio determinou que a proibição de pintura no cruzamento não afeta o âmbito protegido da liberdade de arte. Ou seja: ainda é necessário, em nome da exigida clareza metódica, investigar de que maneira determinaram o conteúdo *arte* tanto o observador médio como os tribunais – o que, aliás, acabou coincidindo, na decisão *Anachronistischer Zug*⁸³, proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, o *Bundesverfassungsgericht* (ou *BVerfG*).

Aquele caso concreto tratava de uma releitura de um poema de Bertolt Brecht intitulado *Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy*. Um trem deveria deslocar-se pela Alemanha encenando a peça *Ein Zug zur Rettung des Vaterlandes oder Freiheit und Democracy*, como oposição a Franz Josef Strauß, então candidato ao cargo de primeiro-ministro. Em determinado dia, um ator com uma máscara do candidato levantou-se com uma placa onde se lia “*Hitler muß einmal tot sein* [Hitler uma hora precisa morrer]”. A questão era se o insulto seria ou não criminalmente punível. A decisão de primeira instância considerara a cena a partir da perspectiva de um “transeunte imparcial e prudente [*unvoreingenommenen, besonnenen Straßenpassanten*]”, e identificara, a partir da referência, uma menção à estreita afinidade entre o candidato e o regime nazifascista.

O *BVerfG* posteriormente rejeitou essa posição. Segundo esse tribunal:

O poema em que o evento se baseou era, sem dúvida, arte. Também não deve ser duvidoso que a sua encenação e execução pelos meios habituais do teatro num palco possa ser considerada como arte. A simples mudança do local para a rua não poderia eliminar o caráter artístico, uma vez assumido.⁸⁴

83 Müller (2016, p. 198) observa que “*el Tribunal, para encontrar una solución a esta colisión de derechos fundamentales, no ha llevado a cabo ninguna ponderación genérica por medio de la aplicación de un sistema de valores, sino que ha encontrado los límites esenciales concretos a partir de argumentos objetivos del caso*”.

84 “*Das der Veranstaltung zugrunde liegende Gedicht sei zweifelsfrei Kunst. Ebenso wenig dürfte es zweifelhaft sein, daß seine Inszenierung und Umsetzung mit den üblichen Mitteln des Theaters auf einer Bühne als Kunst anzusehen seien. Allein die Verlegung des Spielortes auf die Straße könne den einmal angenommenen Kunstcharakter nicht beseitigen*”. (ALEMANHA, 1984, tradução nossa, grifo nosso).

Vê-se que o tribunal atendeu à necessidade de delimitação do âmbito normativo da garantia da liberdade de arte. Fê-lo, aliás, expressamente: “Esta garantia de liberdade contém, em conformidade à redação e ao significado, antes de tudo, uma norma de princípio objetiva, que regula a relação do âmbito da vida ‘arte’ com o Estado”.⁸⁵ Para tanto, recorreu, inclusive, à convencionalidade do âmbito de afetação (diga-se de passagem, o tribunal reconheceu expressamente as duas zonas de proteção citadas por Müller, com expressa referência à obra *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*). É significativa, para os fins desta pesquisa, a seguinte observação:

O âmbito da vida “arte” é caracterizado através do conhecimento da essência da arte, que determina suas características estruturais únicas próprias. Subsequentemente, o quanto a Constituição estende a garantia de liberdade de arte e o que ela significa individualmente, não pode ser descrito por um conceito geral que seja igualmente válido para todas as formas de expressão da atividade artística e para todos os gêneros de arte. [...] A impossibilidade de definir a arte de uma forma geral não nos dispensa, contudo, da obrigação constitucional de proteger a liberdade do âmbito da vida da arte, ou seja, de decidir na aplicação concreta do direito se os requisitos do art. 5, par. 3, frase 1, GG [*Grundgesetz* – Lei Fundamental] foram preenchidos.⁸⁶

A solução do caso foi o reconhecimento de violação da garantia de liberdade de arte do ator criminalmente processado, uma vez que um “transeunte prudente e imparcial [*unvoreingenommenen, besonnenen Straßenpassanten*]” que levasse em conta todo o contexto da peça poderia ter várias interpretações da cena – algumas ofensivas ao candidato, outras não –, o que afastaria a possibilidade de isolar, no caso concreto, esta parte daquilo que, em seu conjunto, foi reconhecido como arte.⁸⁷

85 “Diese Freiheitsverbürgung enthält nach Wortlaut und Sinn zunächst eine objektive, das Verhältnis des Lebensbereichs ‘Kunst’ zum Staat regelnde Grundsatznorm”. (ALEMANHA, 1984, tradução nossa).

86 “Der Lebensbereich ‘Kunst’ ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Wie weit danach die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung reicht und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben [...]. Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet indessen nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, die Freiheit des Lebensbereichs Kunst zu schützen, also bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegen”. (ALEMANHA, 1984, tradução nossa, grifo nosso).

87 ALEMANHA, 1984.

Voltando ao caso do “pintor no cruzamento”: a solução de sopesamento de Alexy se mostraria, assim, inaceitável para o *BVerfG* – que considera ser adequada, após a delimitação do âmbito normativo da garantia de liberdade de arte, tão somente uma concordância prática.⁸⁸ Não há, como o admitem tanto Alexy quanto Müller, maneira de partir-se exclusivamente do texto constitucional: o termo “arte” precisa ser – abstratamente para Alexy e concretamente para Müller –, atualizado.⁸⁹ De que forma se dá essa atualização? É evidente que ela ocorre de maneira gradual, incorporando os horizontes de sentido das interpretações dogmáticas e jurisprudenciais prévias⁹⁰, as quais são, por sua vez, formuladas também em textos.⁹¹ Em razão disso, forma-se um “contínuo de textos [*Kontinuum von Texten*]”, cuja atualização é tarefa do trabalho jurídico.⁹²

Esses textos jurídicos sobre o que é “arte” podem criar uma aparência de proteção (melhor dizendo: uma aparência de autorização), cuja pretensão de correção pode ou não ser confirmada, na norma de decisão. No caso de não confirmação, não se pode impedir que a isso se denomine *abuso*. Assim, por exemplo, se com base no texto da decisão proferida no caso *Anachronistischer Zug*, determinada pessoa decidisse, em determinada cena da mesma peça *Ein Zug zur Rettung des Vaterlandes oder Freiheit und Democracy*, apresentar um cartaz com referência ofensiva, por exemplo, à religião ou à orientação sexual de um vizinho que nada tem a ver com o contexto da obra, abusaria de seu (aparente) direito fundamental, mesmo que um “transeunte prudente e imparcial” não pudesse isolar tal ação do todo da peça; também abusaria de um (aparente) direito, por exemplo, o

88 “Hingegen kann auch die Kunstfreiheit Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung finden, die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ebenfalls wesentliches Rechtsgut schützen. Dies gilt namentlich für das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Persönlichkeitsrecht. Allerdings zieht die Kunstfreiheit ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen”. (ALEMANHA, 1984).

89 A noção de atualidade é retirada de Gadamer (MÜLLER, 2013, p. 522). Segundo Müller (2010, p. 24, 2008, p. 183), a atualização é a efetivação da “validade” das normas na prática, atividade realizada pelas “funções” jurídicas, e contém fatores não trazidos pela história do texto. Nada obstante, há uma vinculação integral ao sentido do texto (MÜLLER, 2008, p. 55).

90 MÜLLER, 2013, p. 136.

91 Há textos que o jurista recepciona (narrativa do caso, textos de normas, textos dogmáticos, textos históricos, textos jurisprudenciais), com os quais delibera (discussão, projeção e teste de argumentos) e produzidos por si (norma jurídica, norma de decisão, considerandos). (MÜLLER, 2005, p. 145-6).

92 MÜLLER, 2013, p. 136.

pintor que, sob o enunciado dogmático praticamente consensual de que “todo logradouro público é, em princípio, um lugar não somente de trânsito, mas também de participação, de protesto e de manifestação, foi adotada pelo constituinte de 1988”⁹³, montasse sua tela em um cruzamento viário, sob o pretexto de criar uma obra de protesto.

Este último exemplo hipotético – deve-se admitir: bem mais verossímil que o do (psiquicamente perturbado?) pintor que, sem nenhuma justificativa concreta, fecha com seu cavalete o cruzamento viário – ajuda a explicar, além da existência do abuso, também a importância de uma dogmática singular das garantias jusfundamentais: assim como no caso do vendedor de arte (e, eventualmente, também de manteiga e canhões), cuja ação não é protegida pela garantia de liberdade de arte, também o pintor de protesto não tem sua ação protegida pela garantia de liberdade de arte, e sim pela garantia de liberdade de manifestação. Isso significa que, nesse caso concreto, a proibição de que o pintor crie sua obra no cruzamento não torna a arte, ali, em não livre, estando o cruzamento aberto ou fechado para o trânsito veicular.

Também fica claro, aqui, que uma tal concepção de abuso não poderia ser criticada por Müller, uma vez que se encontra fora do espaço teórico por si tratado. Em outras palavras: o surgimento da aparência de direito ocorre em um momento, segundo ele, não racionalizável. Por esse mesmo motivo, o reconhecimento da existência do abuso, no Brasil, não obriga à rejeição da teoria estruturante: uma vez identificada, no caso concreto, a aparência de um direito fundamental surgida de uma interpretação possível do contínuo de textos jurídicos, a proteção jusfundamental poderá ser concretizada (ou não) pela delimitação dogmática do âmbito normativo ou pela concordância prática; se não o for, haverá abuso.

7. Conclusão

O caso do pintor no cruzamento se tornou o cerne de dissenso entre as teorias de Müller e Alexy, porém apenas na aparência a divergência fica restrita somente ao âmbito teórico. Se a montagem do cavalete em via pública é um exercício *prima facie* do direito fundamental de liberdade artística, ou se não é jusfundamentalmente garantida – seja ou não por reconhecimento do abuso – é questão cuja resposta tem efeitos práticos decisivos.

93 MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 387.

A pesquisa mostrou que a objeção de Müller ao conceito de abuso, no âmbito dos direitos fundamentais, muito embora contundente, refere-se à concepção apresentada por Gallwas, consagrada na dogmática germanófono. Nada diz contra, aprioristicamente, outras concepções. Se adotada uma noção de abuso de direito fundamental como incongruência entre aparência de direito decorrente de certa interpretação de textos jurídicos e conteúdo concretizado do direito – este delimitado de acordo com a dogmática do âmbito singular, e atualizado no caso concreto –, não há nada que a teoria de Müller possa opor a ela.

Por isso, há um indício de melhor adequação dessa teoria à ordem constitucional brasileira – que trata expressamente do abuso de direito fundamental (art. 9º, § 2º) –, se comparada à de Alexy, cujos adeptos reduzem o abuso ao resultado de sopesamento, retirando-lhe a autonomia extraível do texto constitucional. Ainda há, porém, espaço para um amplo debate: por exemplo, a concepção restritiva mitigada de Novais, ao aproximar-se da teoria externa sem deixar de reconhecer o abuso como noção autônoma à máxima da proporcionalidade, fornece um campo potencialmente fértil para investigação – a ela se devem dedicar novas etapas desta pesquisa.

Especificamente no que se refere ao objetivo proposto aqui – identificar a existência de um espaço dogmático, na teoria de Müller, para uma concepção contemporânea de abuso de direitos fundamentais –, pode-se dizer que a pesquisa se mostrou conclusiva ao identificar a inexistência de incompatibilidade apriorística, no ponto, entre a teoria estruturante e a concepção de abuso aqui apresentada.

Referências

- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *BVerfGE* 67, 213. 17 jul. 1984.
Disponível em: <<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv067213.html>>.
Acesso em: 18 de abr. 2020.
- ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Berlim [Alemanha]: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 1949.
Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>>.
Acesso em: 18 abr. 2020.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 maio 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Rcl 28.747 AgR*. [...]. Agravante: Marcelo José Cruz Auler. Agravado: Erika Mialik Malena. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 jun. 2018. Diário da Justiça, 9 nov. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748634834>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *AI 675.276 AgR*. [...]. Agravante: Ricardo Terra Teixeira. Agravado: José Carlos Amaral Kfourri. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 jun. 2010. Diário da Justiça, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622027>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *AI 705.630 AgR*. [...]. Agravante: Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. Agravado: Claudio Humberto de Oliveira Rosa e Silva. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 mar. 2011. Diário da Justiça, 5 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621516>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *RE 840.718 AgR*. [...]. Agravante: SAESP. Agravado: FJMS. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 10 set. 2018. Diário da Justiça, 17 set. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748224897>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADI 4815*. [...]. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 10 jun. 2015. Diário da Justiça, 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF 130*. [...]. Arguente: Partido Democrático Trabalhista. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30

- abr. 2009. Diário da Justiça, 5 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *HC 82.424*. [...]. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 set. 2003. Diário da Justiça, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *RE 511.961*. [...]. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal. Recorridos: União e Federação Nacional dos Jornalistas. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 jun. 2009. Diário da Justiça, 12 nov. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em: 23 ago. 2019.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra [Portugal]: Almedina, 1987.
- GALLWAS, Hans-Ulrich. *Der Mißbrauch von Grundrechten*. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1967.
- GLAESER, Walter Schmitt. *Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten*. Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 95, N.º 2, pp. 320-4, 1970.
- KNÖDLER, Christoph. *Mißbrauch von Rechten, selbstwidersprüchliches Verhalten und Verwirkung im öffentlichen Recht*. Herbolzheim [Alemanha]: Centaurus, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1969.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. 11. Auf. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *La positividad de los derechos fundamentales: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*. Madri [Espanha]: Dykinson, 2016.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Recht – Sprache – Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I*. 2. Auf. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito, v. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra (Portugal): Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio *El abuso de los derechos fundamentales*. 1980. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid (Espanha), 1980.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-30, jan./jun. 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2000.
- STRUTH, Anna Katharina. *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung: Der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äußerungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Berlim [Alemanha]: Springer, 2019.
- WIEDMANN, Elke. *Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht*. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Universität Konstanz, Constança [Alemanha], 2002.
- XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

Recebido em 12 de agosto de 2020.

Aprovado em 12 de abril de 2021.

RESUMO: A pesquisa trata da adequação da noção de abuso de direitos fundamentais à teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller. Muito embora tanto a teoria interna, de Müller, como a teoria externa, de Robert Alexy, rejeitem a noção de abuso de direitos fundamentais – indicando que não há espaço para ela, na dogmática dos direitos fundamentais –, essa encontra-se expressa no texto da Constituição brasileira e foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Investigam-se, com abordagem qualitativa bibliográfica e documental, os fundamentos específicos da aversão da noção pela teoria estruturante, dita interna. Parte-se da crítica dirigida por Alexy à dogmática do âmbito da liberdade de arte enunciada por Müller, em especial à solução dada no caso do pintor no cruzamento; analisa-se a crítica dirigida por Müller à concepção de abuso de direitos fundamentais de Hans-Ulrich Gallwas; testa-se a hipótese de abertura dogmática da teoria estruturante a concepção de abuso de direitos fundamentais distinta. Conclui-se que a rejeição da noção pela teoria estruturante somente se refere à concepção de Gallwas; e que o abuso de direitos fundamentais, entendido como incongruência entre uma aparência de direito decorrente da interpretação de textos jurídicos e o conteúdo real do direito, não é aprioristicamente incompatível com a teoria estruturante.

Palavras-chave: abuso de direitos fundamentais, teoria estruturante do Direito, dogmática do âmbito normativo, liberdade de arte.

ABSTRACT: The research deals with the adequacy of the notion of abuse of fundamental rights to the Friedrich Müller's structuring theory of law. Although both Müller's internal theory and Robert Alexy's external theory reject the notion of abuse of fundamental rights - indicating that there is no room for it in the fundamental rights' dogmatic - it is expressed in the text of Brazilian Constitution and was adopted by Federal Supreme Court. The specific foundations of the aversion of the notion to the structuring theory, so-called internal, are investigated with a bibliographic and documental qualitative approach. It starts from the criticism directed by Alexy to the dogmatic of the scope of the freedom of art enunciated by Müller, in particular to the solution given in the case of the painter at the crossing; Müller's criticism of Hans-Ulrich Gallwas's conception of abuse of fundamental rights is analyzed; the hypothesis of a dogmatic opening of the structuring theory is tested to a distinct conception of abuse of fundamental rights. It is concluded that the rejection of the notion by the structuring theory only refers to Gallwas's conception; and that the abuse of fundamental rights, understood as incongruity between an appearance of law resulting from the interpretation of legal texts and the actual content of the law, is not a priori incompatible with the structuring theory.

Keywords: abuse of fundamental rights, structuring theory of Law, dogmatic of the normative scope, freedom of art.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: PEIXOTO, Fabio Carvalho de Alvarenga. Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1605>.

O conceito emergente de “*democratic backsliding*”: lições para a América Latina a partir de uma nova categoria de investigação democrática

The emerging concept of “democratic backsliding”: lessons to Latin America from a new category of democratic investigation

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro*
Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, Brasil

Augusto Guimarães Carrijo**
Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, Brasil

Igor Costa Vieira***
Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, Brasil

Pedro Henrique Azevedo****
Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, Brasil

* Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora Permanente do PPGDI/UFU. Professora de Biodireito e de Direito Ambiental FADIR/UFU. Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito concluído em FDUC (2006); FADUSP (2019) e NOVA School of Law (2022). Coordenadora do Grupo Biodireito, Bioética e Direitos Humanos/UFU. Coordenadora do Observatório Interamericano e Europeu dos ODS/UFU. Coordenadora da Clínica Humanistas/UFU. E-mail: crmloureiro@gmail.com. Orcid: 0000-0002-0471-5711.

** Graduando em Direito, Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Bolsista CNPq; Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI/UFU) e no Grupo Direito Internacional Crítico; Estagiário do Instituto Brasileiro de Direito do Mar. E-mail: augustocarrijo@hotmail.com. Orcid: 0000-0001-9492-6434.

*** Discente do curso de graduação em Direito da Faculdade “Prof. Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Conciliador judicial formado pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF). Estagiário de graduação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Monitor da disciplina de Direito dos Contratos. Integrou, no biênio 2018-2019, o Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI-UFU), bem como a Diretoria Acadêmica do comitê jurídico do “UFU Model United Nations” (2019-2021). Pesquisador (CNPq) do tema “Direito ao Esquecimento”. E-mail: igor.costav@ufu.br. Orcid: 0000-0002-2547-9084.

**** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e pesquisador em filosofia do direito pelo grupo de pesquisa *Polemos*: Política, Imaginação e Futuro. E-mail: pedrohenrique.azevedo1990@gmail.com. Orcid: 0000-0003-1316-7574.

1. Introdução

Democratic backsliding é um tema profundamente amplo, de modo que a busca por uma definição simples e objetiva deste importaria em menosprezá-lo. Dito isso, uma análise semântica do termo pode nos trazer uma resposta literal e, *a fortiori*, rasa de seu significado: um fenômeno que representa um afastamento do ideal democrático.

Por mais que a utilização do termo em pesquisas e estudos acadêmicos esteja crescendo no século XXI¹, atingindo sua máxima histórica, o seu surgimento, e, principalmente, o surgimento dos fatores que o termo busca definir é bem mais antigo. A primeira vez em que a expressão inglesa “backsliding” aparece na literatura remonta a 1554, no panfleto intitulado “*A Faithfull Admonition to the Professors of God’s Truth in England*”, quando era utilizada para se referir a atos contrários à fé que estavam sendo praticados por Israel². Apesar disso, sabe-se pouco sobre *democratic backsliding*³. Sua vasta extensão colabora para muito ser citado, mas pouco analisado⁴.

A cientista política Nancy Bermeo⁵ leciona que, com o passar dos anos, a comunidade científica tem se debruçado exaustivamente em explicar *porque* as democracias regridem, em detrimento de *como* isso acontece. Os cientistas políticos focam mais nos fatores econômicos e institucionais do que nas escolhas e em quem as faz⁶.

Na primeira seção do presente artigo, serão estabelecidos os marcos conceituais básicos acerca do que é o fenômeno “*democratic backsliding*” e das suas diferentes categorias de manifestação, classificando-as como aquelas em declínio, e aquelas em ascensão. Após, na segunda seção, serão avaliadas as

1 LUST; WALDNER, 2018.

2 BERMEO, 2016, p. 6.

3 LUST; WALDNER, 2015b, p. 1.

4 BERMEO, 2016, p. 5.

5 Nancy Bermeo é uma cientista política e pesquisadora sênior da *Nuffield College Oxford University* que, majoritariamente, tem como seu âmbito de pesquisa os efeitos de choques sistêmicos no comportamento político e nas instituições. Ela é doutora pela Universidade de Yale e, dentre suas principais obras, merecem destaque os livros “*Continuity and Crisis: Popular Reactions to the Great Recession*” (ed. com Larry Bartels em 2013); “*Coping with Crisis: Government Reactions to the Great Recession*” (ed. Com Jonas Pontusson em 2012); e “*Ordinary People in Extraordinary Times The Role of the Citizenry in the Breakdown of Democracy*” (pela Princeton University Press em 2003), além do seu texto “On Democratic Backsliding” (de 2016), que será referenciado pelo presente artigo.

6 BERMEO, 2016, p. 5.

interpretações variadas que o conceito ganhou ao longo da sua trajetória no âmbito geopolítico e, por consequência, acadêmico, centrando-se na privilegiada posição de observação em retrospecto do *democratic backsliding* em diferentes momentos e legados acadêmicos em língua inglesa. Na seção final, serão traçadas algumas linhas no horizonte do conceito para os desafios contemporâneos que dele decorrem, inclusive na realidade brasileira e latino-americana.

Uma vez que o presente artigo registra e relata uma pesquisa sobre democracias – conceito que reúne inúmeras espécies epistemológicas, jurídicas e não jurídicas, no âmbito das ciências humanas, sociais e normativas –, o método selecionado pelos pesquisadores para exame e argumentação insere-se na tradição em que o pensamento do conceito se traduz academicamente: a revisão bibliográfica e teórica extensiva. Valorizado e utilizado na literatura internacional, esse método serve ao propósito de embasar a tentativa de redigir e elaborar uma síntese a um só tempo, crítica, profunda e atual do fenômeno denominado “*democratic backsliding*”.

Por um lado, a revisão bibliográfica faz jus à experiência de estudo multidisciplinar sobre um objeto complexo de investigação, cujas áreas do conhecimento que mobiliza exigem amplo arcabouço teórico e conceitual. Não obstante, o método descrito adequa-se à abordagem rigorosa que a pesquisa em democracias contemporâneas demanda.

Por outro lado, o empreendimento sobre a bibliografia indicada neste documento também permite conhecer as características fundamentais do *democratic backsliding* para pensá-lo nos estudos em língua portuguesa, sem deixar de lado a importância de identificar os primeiros apontamentos do fenômeno na região latino-americana.

2. *Democratic backsliding*: a evolução e a adaptação dos modelos antidemocráticos ao longo dos séculos XX e XXI

A cientista política Nancy Bermeo discorre em seu texto “*On Democratic Backsliding*” sobre o que considera como as seis principais formas de manifestação deste fenômeno, dividindo-as entre aquelas em declínio e aquelas em ascensão. Nesta seção, buscaremos explorar estas formas para além do dissertado por Bermeo, e entender mais sobre cada uma e suas relações com o passar do tempo. Inicialmente, são discutidos os modelos de *backsliding* em declínio e suas principais características, e, em seguida, aqueles em ascensão, construindo raciocínios a partir da maneira com a qual o declínio de alguns influenciou a ascensão de outros.

1.1 Modelos tradicionais de *democratic backsliding* em declínio

Os modelos tradicionais de *democratic backsliding* em declínio, em sua maioria, são recorrentes durante o século XX, principalmente durante as décadas de 1960, 1970 e 1980, mas que, desde então, se adaptaram em novos formatos, como o caso dos golpes de Estado.

Golpes de Estado são tentativas ilegais e abertas, por militares ou outras elites dentro do aparato estatal, de derrubar o detentor do Poder Executivo⁷. Para que um movimento seja caracterizado como um “golpe de Estado”, alguns requisitos precisam ser preenchidos. É pacífico entre os estudiosos da área que o objetivo do golpe deve ser a queda do Chefe do Executivo, não se confundindo, portanto, com outros movimentos que não almejam esse fim⁸. Esse modelo pode ser visto de maneira recorrente nos movimentos de regressão democrática que se fizeram presentes na América Latina durante a década de 1960⁹.

Os perpetuadores do golpe devem ser qualquer elite que seja parte do aparato estatal, isto é, podem ser militares ou civis membros do Governo¹⁰. Essa distinção é importante para que o Golpe não se confunda com as categorias definidas como revoluções, movimentos sociais ou guerras civis. Outrossim, naquilo que tange à sua execução, o golpe possui um requisito principal: ser ilegal. Ações violentas não são necessárias para que um movimento seja considerado golpe de Estado. Pelo contrário, basta que, sendo preenchidos os requisitos elucidados nos parágrafos anteriores, ele seja ilegal em sua execução¹¹.

Golpes de Estado são uma das categorias de *democratic backsliding* que vêm regredindo ao longo do tempo. Embora seja inegável a grande presença destes no século XX, com ênfase para o período mais acentuado da Guerra Fria, a década dos anos 1960, há uma clara queda do número de golpes ao

7 Ao abordar o tópico de Golpes de Estado, é fácil cair na armadilha de se perder no meio das amplas e diversas definições que já foram imputadas a este termo. Para este artigo, será tomada como base a definição dada por Jonathan M. Powell e Clayton L. Thyne, que condensam empiricamente em seu estudo análises de 14 estudiosos da área, com o propósito de atingir uma definição mais precisa, que distinguiria Golpes de Estado de outros fenômenos políticos.

8 POWELL; THYNE, 2011, p. 250.

9 Nesse sentido, veja: RAPOPORT; LAUFER, 2000; FICO, 2008.

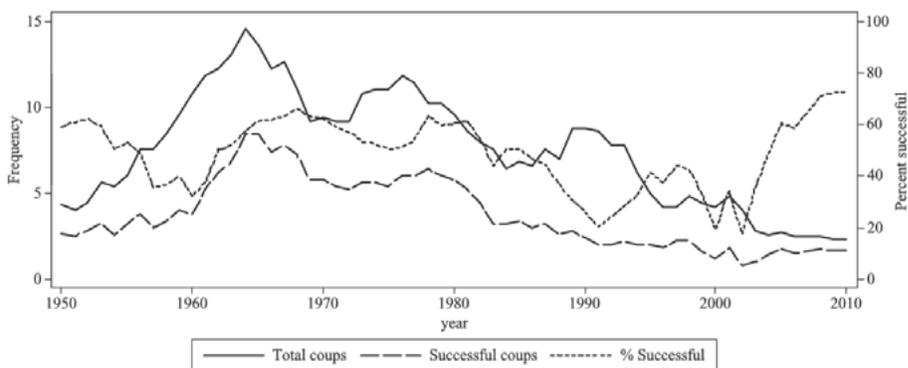
10 POWELL; THYNE, 2011, pp. 250-251.

11 POWELL; THYNE, 2011, p. 251.

longo do tempo¹². Ao passo que entre os anos de 1960 e 1964, 35% das democracias foram alvo de tentativas de golpes de Estado, entre 2000 e 2004, por exemplo, esta porcentagem foi reduzida para 5%¹³.

Os períodos nos quais os golpes de Estado se fizeram mais presentes foram no meio dos anos 1960, com alguns picos no meio dos anos 1970 e no início dos anos 1990. Atualmente, uma característica importante que merece destaque é que, embora o número de golpes tenha diminuído, sua eficácia está consideravelmente mais alta. Doze dos dezoito golpes registrados entre 2003-2010 (67%) foram bem-sucedidos. Segundo Powell e Thyne, “enquanto o número de golpes tem certamente declinado ao longo do tempo, o sucesso recente das tentativas de golpe sugere que estes continuam sendo uma chave fundamental da instabilidade governamental”¹⁴.

Gráfico 1: Tentativa de golpes (1950-2010)



Fonte: POWELL; THYNE, 2011, p. 255.

Conforme pode ser visto no gráfico 1, ao passo em que o número de golpes de Estado tentados diminuiu drasticamente desde a década de 1960 até a década de 2000 – como pode ser observado na história democrática da América Latina, por exemplo –, a eficiência destes está cada vez maior, de maneira com que, após a metade da década de 2000, mais golpes eram bem-sucedidos do que falhavam.

12 BERMEO, 2016, p. 7.

13 BERMEO, 2016, p. 7.

14 POWELL; THYNE, 2011, p. 256 (Tradução Livre).

Em paralelo aos golpes de Estado, uma outra categoria de golpes também se mostra menos presente do que ao longo do século XX, qual seja, os golpes de Executivo. Os golpes do Executivo, também conhecidos como *self-coups* ou *autogolpes*, são uma categoria de *backsliding* que, assim como outras, possui uma incerteza quanto a sua definição. É pacífico afirmar que envolvem um Chefe do Poder Executivo, normalmente eleito via eleições livres, subvertendo a ordem constitucional para expandir seu poder, ou, em outras palavras, aplicando um golpe em seu próprio regime democrático¹⁵.

O pesquisador Maxwell A. Cameron aponta que os “autogolpes” ameaçam a qualidade democrática por expandirem o escopo para abusos do Poder Executivo e desestabilizarem os mecanismos de autocontrole inerentes a um sistema funcional democrático¹⁶. Outrossim, o autor pontua que:

Presidentes implementam autogolpes para buscar políticas que seriam barradas por um legislativo vigoroso, cortes independentes, e cidadãos vigilantes. [...] Quando o Executivo politiza o Judiciário, o homem substitui as leis; quando domina o Legislativo, conversa fiada substitui a deliberação (tradução nossa)¹⁷.

Os golpes do Executivo são enquadrados por Bermeo dentre os movimentos de *democratic backsliding* que estão em diminuição¹⁸. O estudo de Monty G. Marshall e Donna Ramsey Marshall demonstra, quando se propõem a abordar os autogolpes, que, de 2000 até o período estudado por Bermeo, apenas Turquia (Presidente Recep Tayyip Erdoğan), Níger (Presidente Mamadou Tandja) e Burundi (Presidente Pierre Nkurunziza) registraram subversões do poder por líderes do Executivo¹⁹.

Além dos tradicionais golpes, como os supracitados, uma terceira categoria de *democratic backsliding* que está em declínio são as fraudes eleitorais. Embora a integridade do processo eleitoral como um todo não tenha deixado de ser ameaçada, as fraudes que objetivam manipular o resultado eleitoral no processo de votação e na contagem dos votos não são mais tão recorrentes²⁰.

15 MARSHALL; MARSHALL, 2019, p. 3; BERMEO, 2016, p. 7.

16 1998, p. 126.

17 CAMERON, 1998, p. 125.

18 2016, p. 7.

19 MARSHALL; MARSHALL, 2019, pp. 18-19.

20 BERMEO, 2016, p. 8.

Um estudo sobre a integridade eleitoral na África, que se propôs a medir a integridade eleitoral das eleições ocorridas no continente entre os anos de 2012 e 2014, demonstrou que a contagem dos votos foi a parte do ciclo eleitoral mais bem avaliada por especialistas. O estudo destacou também que as eleições tendem a ser fraudadas muito antes do dia da votação, devendo, portanto, a atenção ser mais direcionada para a dinâmica eleitoral e a qualidade institucional do ciclo democrático como um todo do que para o dia da eleição²¹.

Ademais, quando o olhar é voltado para o número de fraudes eleitorais ocorridas em eleições monitoradas no Ocidente, esta dinâmica também é percebida. Ao passo em que, no início da década de 1990, por volta de 12% das eleições monitoradas tiveram alegações de fraudes eleitorais, este número cai para apenas 4% entre 2011 e 2012²². Embora ainda não seja possível determinar exatamente a causa desta regressão, especialistas afirmam que as trapaças eleitorais se tornaram mais sutis e que manipulações eleitorais no dia da eleição são cada vez menos comuns²³.

Uma das causas para esta diminuição inegavelmente é a observação, cada vez mais presente e árdua, por parte da comunidade internacional nos processos eleitorais. Os observadores internacionais colaboram para a diminuição dos números de fraudes flagrantes na véspera e no dia de votação e, como aponta o pesquisador Thomas Carothers, estes tendem a cair mais ainda em países passando por uma transição democrática, nos quais a atenção voltada para a eleição é ainda maior²⁴.

Uma questão que não deve ser deixada de lado, no entanto, é como a atenção dada para esta etapa colabora para o esquecimento de outros momentos do ciclo eleitoral. Como será explorado ainda nesta seção, as manipulações eleitorais não deixaram de existir, apenas migraram para outras etapas do período eleitoral²⁵.

21 GROMPING; COMA, 2015, p. 35.

22 BERMEO, 2016, p. 8.

23 BERMEO, 2016, p. 8. Neste sentido, um elemento que merece menção é a dicotomia inerente à evolução das redes sociais. Ao passo em que a disseminação destas faz com que fraudes eleitorais explícitas fiquem cada vez mais difíceis de passarem impunes, também é verdade que elas trazem um risco significativo de manipulação em massa da opinião pública e podem ser um veículo para disseminação de notícias falsas e desinformação. Veja: BADAWAY; DEB; LUCERI; FERRARA, 2019.

24 CAROTHERS, 1997, pp. 18-20.

25 CAROTHERS, 1997, p. 19.

1.2 Modelos contemporâneos de *democratic backsliding* em ascensão

Adentrando as categorias de *backsliding* listadas por Bermeo como em ascensão, a autora faz menção aos chamados “golpes promissórios”, isto é, aqueles que tomam o poder de um Governo eleito em nome de uma defesa da legalidade democrática e fazem promessas públicas de lançar novas eleições e restaurar a democracia o mais cedo possível²⁶.

Enquanto no século XX, principalmente durante o período da Guerra Fria, os golpes de Estado não tinham como um fim a restauração da ordem democrática, atualmente, por diversos motivos alinhados com a evolução sociopolítica de nossa sociedade como um todo, a maioria dos perpetradores de golpes ao assumirem o poder prometem a implantação de um regime democrático.

O número de golpistas que realmente cumpriu com o prometido e convocou novas eleições em um curto período de tempo comprova a usurpação da promessa democrática como mecanismo legitimador do golpe. Dos doze golpes promissórios que aconteceram entre 1990 e 2012, poucos foram seguidos de eleições rápidas e livres²⁷. Embora a grande maioria dos golpistas, em um momento ou outro, tenha acabado por realizar as eleições, mesmo que extremamente tardias em alguns casos, um fenômeno curioso de se observar é que as eleições pós-golpe se mostraram favoráveis aos golpistas ou ao candidato apoiado por estes. Segundo Bermeo, “eleições não são uma rota confiável para a reintegração democrática”²⁸.

No caso tailandês²⁹, os golpistas realmente realizaram eleições em dezembro de 2007 e até perderam para a oposição – na ocasião, o país marcou um aumento de 9 pontos na escala democrática do POLITY 5, indo de -5 para 4³⁰. No entanto, em 2014, os militares assumiram o poder novamente, encerrando o curto período de tolerância – e rebaixando novamente a Tailândia na escala do POLITY 5, desta vez de 7 para -3³¹.

26 BERMEO, 2016, p. 8.

27 BERMEO, 2016, p. 9. À título de exemplo, ao passo em que em 2009, nas Honduras, uma votação veio apenas 5 meses após o golpe promissório, em outros casos, como na Gâmbia, no Paquistão e no Fiji passaram-se mais de seis anos entre o Golpe e a realização das eleições (BERMEO, 2016, p. 9).

28 2016, p. 9, tradução nossa.

29 FREEDOM HOUSE, 2020.

30 Uma escala do POLITY 5, varia de -10 (Autocracia completa) a +10 (Democracia completa).

31 MARSHALL; GURR, 2020.

Em suma, nas palavras de Nancy, “diferentemente de outras formas de *backsliding*, golpes promissórios as vezes criam expectativas domesticamente e no estrangeiro, mas essas expectativas são quase sempre dizimadas”³². Assim, ao passo em que estes surgem através de uma natureza transitória e temporária, esta oculta intenções mais permanentes e duradouras.

As manipulações eleitorais estratégicas são uma das faces contemporâneas do *democratic backsliding* que se encontram em ascensão. Como abordado em tópico anterior sobre as fraudes eleitorais, a manipulação de resultados eleitorais não deixou de existir, apenas migrou. As manipulações representam uma série de artifícios utilizados para conseguir que o resultado das eleições tenda para determinado lado³³. No entanto, tudo é feito de um modo a parecer que as eleições não foram fraudulentas³⁴. Uma estratégia efetiva depende do contexto da eleição, e a escolha das táticas da manipulação é condicionada a partir daquilo que os observadores estão mais passíveis de identificar e criticar³⁵. Portanto, as escolhas de manipulação mudam conforme a ênfase do monitoramento eleitoral se altera³⁶.

Embora as manipulações eleitorais sejam claramente uma demonstração de *democratic backsliding* em ascensão, a maneira ambígua com a qual a maioria de suas expressões emerge e a nebulosidade das motivações por trás destas impõem certa dificuldade no momento de apontar estas ações como medidas de manipulação eleitoral:

[...] a maioria das formas de má-conduta pré-eleitoral – como o apontamento de membros do Partido para a comissão eleitoral ou para o judiciário, o endurecimento dos controles governamentais sobre a imprensa, a aplicação seletiva das leis contra apoiadores da oposição – são mais ambíguos em suas causas e efeitos e, portanto, menos prováveis de despertar punições internacionais ou protestos domésticos, mesmo quando estes são documentados por monitores internacionais³⁷.

32 2016, p. 10, tradução nossa.

33 Esses podem incluir limitação e censuras do acesso à mídia, utilização de fundos governamentais para campanhas, exclusão de adversários da corrida eleitoral, tentativas de dificultar o registro dos eleitores, manipulação de comissões eleitorais, alterações em leis eleitorais e até mesmo o descrédito de adversários políticos, imputando a eles certos crimes. Cf. BERMEO, 2016, p. 13.

34 BERMEO, 2016, p. 13.

35 BEAULIEU; HYDE, 2008, p. 401.

36 SIMPSE; DONNO, 2012, p. 501.

37 SIMPSE; DONNO, 2012, p. 503, tradução nossa.

Desta maneira, as manipulações pré-eleitorais são especialmente perigosas pela falta de medidas diretas de combate a estas e pelo foco exacerbadamente desproporcional direcionado ao combate às fraudes eleitorais. Alguns autores, como Humphreys e Weinstein³⁸, já se dedicaram a estudar medidas de punição e controle a esta prática. No entanto, atualmente é inegável que, somada ao engrandecimento do Executivo, esta é uma ameaça vigente à progressão democrática.

Considerado como uma das formas de *democratic backsliding* em ascensão, o engrandecimento do Executivo, que em muitos casos se alia naturalmente com as já abordadas manipulações pré-eleitorais, rivaliza e procura desmantelar as instituições criadas para desafiar e monitorar as ações do Poder Executivo. No entanto, esse desmantelamento é efetuado através de canais legais, utilizando-se do próprio mecanismo estatal, legal-constitucional, para a subversão da ordem democrática. Ademais, esta regressão, sendo efetivada por um líder eleito, usurpa a legitimidade de um mandato democrático.

O professor Tarunabh Khaitan preleciona em seu estudo “*Executive aggrandizement in established democracies: A crisis of liberal democratic constitutionalism*” que o fenômeno do engrandecimento do Executivo não reflete uma crise do Estado, uma crise de governança ou uma crise de legalidade, mas sim uma crise do constitucionalismo liberal democrático³⁹. Mais precisamente, buscando de forma concreta indicar o que está ferindo a democracia, o liberalismo e o constitucionalismo, o professor indica uma crise de *executive accountability* - ou uma crise da prestação de contas do Executivo. Segundo o autor, “essa crise de responsabilidade executiva afeta os três valores mencionados – constitucionalismo, democracia, e liberalismo – mas de maneiras distintas”⁴⁰.

A criação e a regulamentação de instituições com o intuito observar limites constitucionais é inerente à fundação do constitucionalismo. Independentemente do sistema político/econômico de um Estado constitucional, ter e seguir uma constituição que carregue seus princípios, significa fortalecer, a partir de uma base legitimadora, o próprio sistema. O Governo precisa de legitimidade através de mecanismos institucionais incumbidos de acompanhar

38 C.f. HUMPHREYS; WEINSTEIN, 2012.

39 2019.

40 KHAITAN, 2019, p. 347.

a responsabilidade estatal. Neste sentido, o Poder Executivo não cumprir com suas responsabilidades institucionais é ferir o constitucionalismo e suas bases ideológicas. O exemplo dado por Khaitan é bastante claro:

Por exemplo, se uma constituição teocrática procura garantir que o poder estatal não fira preceitos religiosos, pode ser eficiente sujeitar atos do estado ao escrutínio de um conselho de especialistas religiosos independentes (e implementar mecanismos para garantir sua especialidade e proteger sua independência)⁴¹.

Quanto à democracia e ao liberalismo, o constitucionalismo liberal democrático é formatado de maneira a demandar responsabilidade do Executivo em três principais eixos⁴². O primeiro pode ser chamado de eleitoral – ou vertical – e concerne a aprovação periódica que um governante deve ter de seus eleitores através de eleições livres e justas. Esta responsabilidade coloca as ações do Executivo à prova de um julgamento direto do povo. Em outras palavras, é uma prestação de contas perante a população, inerente a um sistema democrático.

O segundo eixo é o institucional – ou horizontal – que impõe ao Executivo a tarefa de responder perante instituições estatais como o Legislativo, o Judiciário e, principalmente, outras instituições independentes, com o objetivo de guardar as garantias liberais e democráticas. Nas palavras do autor:

Uma crise de responsabilidade executiva [*executive accountability*] é uma crise quanto a se assegurar que o partido governante seja responsabilizado. Instituições independentes, não-eleitas, e estatais são ideais para manter o partido e o executivo político sob controle – contando que elas se mantenham independentes. [...] Nós podemos também incluir instituições de corpos regionais e internacionais, como a União Africana e as Nações Unidas, como parte de uma estrutura supraconstitucional que procura a responsabilidade do Executivo (e, realmente, outros órgãos estatais – embora o foco destes tenda a ser na ramificação mais perigosa). Algumas, especialmente novas, constituições explicitamente reconhecem essa dimensão internacional de responsabilidade institucional⁴³.

41 KHAITAN, 2019, p. 347, tradução nossa.

42 KHAITAN, 2019, p. 348.

43 KHAITAN, 2019, p. 349, tradução nossa.

O terceiro eixo de responsabilidade do Executivo é o discursivo – ou diagonal. Este eixo representa a responsabilidade do Executivo em justificar suas ações publicamente para a sociedade civil. Dentre as instituições responsáveis por contribuir com esta supervisão do Executivo pode-se citar a imprensa, as universidades, as organizações não governamentais, as organizações religiosas etc⁴⁴.

Ataques à responsabilidade vertical/eleitoral representam um ataque direto à democracia. Ataques à responsabilidade diagonal/discursiva, às garantias de liberdade. E ataques à responsabilidade horizontal/institucional, uma ameaça tanto à democracia, quanto à liberdade: afinal, é encargo das instituições conduzir um ambiente no qual ambas as supervisões eleitorais e discursivas possam funcionar corretamente⁴⁵.

Desse modo, o fenômeno do engrandecimento do Executivo é uma ofensa, e ao mesmo tempo uma resposta direta, às responsabilidades que o Poder Executivo possui em um sistema constitucionalista democrático liberal. Afinal, o Executivo busca se libertar destas amarras supervisoras e assumir um poder maior do que o devido, mantendo um comprometimento mínimo com os procedimentos de uma democracia eleitoral para legitimar o regime, enquanto se engrandece ao derrubar as instituições que o mantêm responsável. Nas palavras de Richard Albert e Michael Pal, isso constitui “o esvaziamento da democracia por dentro, ao invés de tentativas de substituí-la abertamente”⁴⁶.

Assim, tendo discutido os principais modelos de *democratic backsliding* que estão em declínio, e aqueles que estão em ascensão, nosso artigo passa para fazer uma análise crítica deste instituto. O fato que tal movimento existe através de variadas formas, como visto, é perceptível. No entanto, o que podemos aprender com ele e construir em cima disto?

3. Por uma crítica do *democratic backsliding*

Pretende-se compartilhar, neste item de texto, a preocupação que Waldner e Lust tiveram em considerar como as teorias sobre o *democratic backsliding* podem ser convocadas para explicar o fenômeno e em definir os termos do

44 KHAITAN, 2019, p. 349.

45 KHAITAN, 2019, pp. 349-350.

46 2018, p. 119.

debate a fim de criar um ponto focal comum em torno do qual a pesquisa possa prosseguir,⁴⁷ bem como resumir, avaliar e extrair lições de teorias de *democratic backsliding* para os estudos brasileiros e latino-americanos.

Norris elucida que o otimismo do “fim da história” sobre o progresso democrático, evidente no final dos anos 80 e início dos anos 90 após a queda do Muro de Berlim, transformou-se rapidamente em um *zeitgeist* (espírito do tempo) mais pessimista. Para Norris, esse fenômeno nos ajuda a entender um ponto de inflexão – e se o risco do *backsliding* afetar mesmo às democracias estabelecidas há muito?⁴⁸ Alguns dos piores *backslidings* da década anterior a 2017 ocorreram em Estados classificados como regimes híbridos, isto é, regimes na zona cinzenta entre democracias plenas e autocracias absolutas (Norris exemplifica com os países que eram assim considerados em 2005: Rússia, Venezuela, Quênia e Turquia). Esses regimes costumam ser menos estáveis politicamente, ter alto risco de conflito social, eleições competitivas, mas fracos freios e contrapesos ao poder Executivo institucionalizados, e uma governança de baixa qualidade⁴⁹.

Waldner e Lust indicam que os estudiosos têm prestado mais atenção ao *democratic backsliding*, mas os esforços para explicá-lo permanecem superficiais. Apesar de uma literatura rica e diversificada, não há teorias prontamente disponíveis para explicar o *backsliding*, e os debates teóricos que existem permanecem não resolvidos⁵⁰. Estudiosos invocaram esse termo com uma frequência muito maior desde 1990, mas não o usaram consistentemente e não mediram o fenômeno com precisão⁵¹.

O rótulo *backsliding*, por se originar em um termo religioso que significa a falha na manutenção da piedade e da fé cristã, foi criticado por causa de suas implicações moralistas e normativas⁵². Ora, os Estados não estão desprovidos de fundamentos dogmáticos: Supiot argumenta que eles, assim como as pessoas, continuam a ser sustentados por certezas indemonstráveis, por verdadeiras crenças, que participam de suas identidades⁵³. Nesse sentido, o “sentimento religioso” que há no termo *democratic backsliding* não

47 2018, p. 93; 2015b, p. 1

48 2017, p. 1.

49 NORRIS, 2017, p. 9.

50 WALDNER e LUST, 2018, p. 93.

51 WALDNER e LUST, 2018, pp. 94-95.

52 CIANETTI, DAWSON; HANLEY; 2018, p. 253.

53 2007, p. 16.

seria mais do que uma marca da humanidade de inserir a vida de cada ser humano nesse significado que o ultrapassa⁵⁴.

O *backsliding* envolve graus de mudança relativamente refinados e implica uma deterioração da governança democrática ou da qualidade da democracia dentro de um regime democrático⁵⁵. Para Greskovits, o termo *backsliding* captura um desafio que sugere desestabilização ou mesmo inversão na direção do desenvolvimento democrático; e é geralmente associado à radicalização de grupos consideráveis de cidadãos ativos, bem como à lealdade enfraquecida das elites políticas aos princípios democráticos⁵⁶.

*The Global State of Democracy*⁵⁷ 2019 define *democratic backsliding* como o enfraquecimento gradual dos controles do governo e das liberdades civis pelos governos eleitos democraticamente. No relatório, *democratic backsliding* é a mudança institucional incremental, parcialmente oculta, legitimada por referências a mandatos populares eleitorais, decisões majoritárias e leis⁵⁸. Muitas vezes impulsionada pelo desmantelamento intencional de instituições de prestação de contas (*accountability*), outras formas de erosão democrática geralmente não são motivadas por tais intenções explícitas⁵⁹. O relatório feito pelo Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (IDEA)⁶⁰ aponta que o número de casos de *democratic backsliding* dobrou

54 SUPIOT, 2007, p. 9.

55 WALDNER; LUST, 2018, p. 95.

56 2015, p. 28.

57 Em 2016, o Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (*International IDEA*) lançou a iniciativa *The Global State of Democracy* para analisar as tendências e desafios democráticos que estão impactando o cenário da democracia global. A iniciativa fornece uma análise sobre o estado e a qualidade da democracia em 162 países ao redor do mundo e o seu objetivo é contribuir para o debate público sobre a democracia e informar as intervenções políticas para fortalecê-la. Os índices do IDEA, compostos por indicadores da V-Dem e outras onze fontes, são atualizados anualmente e complementam outras medições da democracia por meio de uma estrutura ampla, multidimensional e de seu enfoque na qualidade democrática, em vez da classificação por país. A estrutura conceitual que sustenta os índices traduz a definição de democracia da IDEA, que enfatiza o controle popular sobre a tomada de decisões e sobre os tomadores de decisões públicas, e a igualdade entre os cidadãos no exercício desse controle.

58 IDEA, 2020, p. 7.

59 IDEA, 2019, p. 33.

60 O Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (*International IDEA*) é uma organização intergovernamental que apoia a democracia sustentável em todo o mundo. O Estado brasileiro filiou-se à *International IDEA* em 2016. Suas principais áreas de atuação são: processos eleitorais, construção constitucional (*constitution-building*), avaliação da democracia e participação e representação política. Ela também aborda as questões de gênero, diversidade, conflito e segurança no que se refere à democracia, tendo em vista o seu fortalecimento.

na última década⁶¹, e atualmente 10 países no mundo estão sofrendo o *democratic backsliding*⁶²:

Embora o retrocesso democrático [*democratic backsliding*] possa resultar no colapso da democracia e na (re)instalação de um regime autoritário, também pode deixar os fundamentos de uma democracia intactos e permanecer confinado a uma perda permanente de qualidade democrática. Determinar o ponto final de um processo de retrocesso é difícil, porque muitos episódios de retrocesso ocorreram gradualmente e podem ter começado apenas recentemente. As elites em exercício precisam e reivindicam sustentar a fachada pública da democracia e tentam enquadrar o descontrole [*the unchecked*] da autoridade executiva como um aprofundamento da democracia. A legitimidade democrática continua a ser uma exigência e uma limitação dessas ações da elite, impedindo que os governantes promovam abertamente um governo autocrático. O termo retrocesso democrático concentra-se no próprio processo e, portanto, é mais aberto a diferentes estados finais possíveis de retrocesso⁶³.

Muitas vezes iniciado por canais eleitorais e constitucionais, o *backsliding* é alimentado pelo desencanto cívico com a corrupção e a capacidade da democracia de produzir resultados⁶⁴. O relatório supramencionado contém vários exemplos de governos que limitaram, intencionalmente, o espaço cívico e enfraqueceram os controles constitucionais de autoridades do Executivo, resultando em *democratic backsliding* e deterioração do Estado de Direito⁶⁵. Como constava já na primeira edição do relatório, em 2017, o objetivo do *democratic backsliding* não é o autoritarismo em larga escala, mas a democracia enfraquecida⁶⁶. No entanto, como o *backsliding* moderno não é uma derrubada abrangente da ordem democrática, ele deixa caminhos abertos para contestar o poder. Há oportunidades para um retorno democrático⁶⁷.

Até o ano de 2017, os dados do Varieties of Democracy (V-Dem) mostravam poucos países em *backsliding* da democracia para a autocracia total.

61 BRUSIS, 2019, p. 14.

62 IDEA, 2020, p. 7.

63 BRUSIS, 2019, p. 13, tradução nossa.

64 IDEA, 2019, p. 6.

65 IDEA, 2019, p. 10.

66 IDEA, 2017, p. 80.

67 IDEA, 2017, p. 86.

O *democratic backsliding* registrado nos três anos anteriores à 2018 parecia consistir em países regredindo moderadamente da democracia liberal à eleitoral⁶⁸. Foi somente em 2018 que Lührmann e Wilson admitiram estar menos otimistas - o novo relatório mostrava que um terço da população mundial vivia uma *backsliding democracy*⁶⁹. Pela primeira vez desde 1979, o número de países em *democratic backsliding* era o mesmo que aqueles que faziam avanços democráticos, vinte e quatro⁷⁰. O relatório menciona o Brasil dentre os países mais populosos afetados pela autocratização:

Os jornalistas brasileiros enfrentam crescente assédio ao noticiarem os principais escândalos de corrupção política que abalaram o país nos últimos anos. Além do mais, após anos de crise política, os oponentes políticos mostram menos respeito uns pelos outros no debate público. Essa polarização prejudica as instituições democráticas a longo prazo⁷¹.

Em 2018, Treisman, no entanto, ponderava que esse fenômeno é seletivamente menos observado em alguns países do que outros⁷², e argumentava que a proporção global de democracias está quase em sua máxima histórica, que a taxa atual de retrocesso não é historicamente incomum, e que essa taxa é explicada pelas características econômicas das democracias existentes⁷³. Ao avaliar o quanto devemos ficar surpresos com a taxa de “reversões” democráticas nos últimos anos, Treisman observa que, no auge de uma onda de democratização, alguns candidatos improváveis ao governo livre são atraídos pelo momento; com economias mais voláteis e menos experiência democrática do que é propício para uma democracia estável, deveríamos esperar algum *backslide* apenas por esse motivo⁷⁴.

No mesmo ano, popularizou-se afirmar, com Levitsky e Ziblatt, que o *democratic backsliding* apenas começa nas urnas, e que o caminho eleitoral para o colapso é perigosamente enganoso. Difere, portanto, de um golpe de

68 MECHKOVA, LÜHRMANN; LINDBERG, 2017, pp. 162-163.

69 2018.

70 LÜHRMANN; WILSON, 2018.

71 LÜHRMANN; WILSON, 2018, tradução nossa.

72 2018b.

73 2018a, pp. 27-28.

74 2018a, p. 19.

Estado clássico, em que a morte de uma democracia é imediata e evidente para todos – ocasião em que o palácio presidencial queima, o presidente é morto, preso ou enviado para o exílio e a constituição é suspensa ou descartada, por exemplo⁷⁵. Pelo contrário, como aponta Rakner, as formas incrementais de *backsliding* criam desafios políticos na medida em que essas mudanças raramente mobilizam protestos em massa. Da mesma forma, restrições à imprensa, manipulação de tribunais e restrições ao financiamento de ONGs só podem gerar uma oposição fragmentada⁷⁶. A comunidade internacional não sabe como responder ao *democratic backsliding*; em parte porque é difícil avaliar com precisão quando, como e quais elementos da democracia estão deteriorando⁷⁷.

Há de se notar que o *backsliding* na Venezuela, Turquia e Hungria foi surpreendente por causa do progresso democrático anterior⁷⁸. Nestes cenários, as constituições formais careciam de forte apoio popular e eram muito mais maleáveis⁷⁹. O *democratic backsliding* na Europa Central, até agora mais agudo na Hungria e na Polônia, ocorreu em Estados que antes eram considerados pioneiros na democratização⁸⁰. Cianetti, Dawson e Hanley buscam expandir o estudo da regressão democrática na Europa Central e Oriental para além dos casos paradigmáticos da Hungria e da Polônia, e identificam a necessidade de criticar o *democratic backsliding* não apenas como um rótulo, mas também como uma tendência regional assumida⁸¹.

Após eclodir em 2015 na Polônia, o *democratic backsliding* tornou-se um conceito bem estabelecido entre jornalistas, políticos e acadêmicos; em 2019, o *backsliding* já era uma crise que poderia ameaçar a própria coesão da União Europeia (UE), demonstrando que esta carecia de instrumentos legais e de vontade política para lidar com *backsliding*⁸². A UE enfrenta um verdadeiro dilema político quando se trata de como lidar com o *democratic backsliding*, pois pouca ação poderia miná-la por dentro, e muita ação poderia causar a divisão da UE. A questão que surge no horizonte é se, caso

75 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

76 RAKNER, 2018.

77 RAKNER, 2018.

78 KAUFMAN; HAGGARD, 2019, pp. 419-421.

79 KAUFMAN; HAGGARD, 2019, pp. 424-427.

80 HANLEY; VACHUDOVA, 2018, p. 276.

81 2018, p. 243.

82 BAKKE; SITTER, 2019, p. 2.

não for controlado, o *democratic backsliding* poderá se transformar em uma crise sistêmica para a União Europeia⁸³.

De todas essas lições, uma é importante de ser ressaltada: as aparências, talvez mais do que nunca, são importantes para os autoritários. Eles procuram operar sob um verniz de legalidade, ainda que busquem corroer a credibilidade e a capacidade das instituições internacionais de agir contra o *backsliding* doméstico⁸⁴. Um dos argumentos levantados por Kelemen e Blauburger é que os instrumentos judiciais existentes poderiam ser implantados de forma mais agressiva pela União Europeia para resistir ao *democratic backsliding*, mas propostas muito inovadoras correm o risco de politizar indevidamente os tribunais nacionais e europeus⁸⁵.

Gibler e Randazzo abordaram a questão de saber se os Judiciários independentes podem ajudar a reforçar os regimes democráticos e impedir que eles sofram o *backsliding* para o autoritarismo. Defendia-se, já em 2011, que um Judiciário independente fornece importantes mecanismos institucionais que evitam o *backsliding* da democracia em tempos de crise⁸⁶. Dito isso, parece ser de conhecimento convencional que os freios e contrapesos ao governo, uma sociedade civil robusta e a mídia, bem como os direitos individuais, funcionem como baluartes eficazes contra o *democratic backsliding*. No entanto, esse exame é dificultado pela ausência de uma análise comparativa com clareza de como as instituições e regras legais constitucionais na prática impedem ou permitem afastar-se das normas democráticas liberais⁸⁷.

Em 2014, Sedelmeier sugerira que a União Europeia só poderá corrigir o *backsliding* pós-adesão (dos países à UE) sob uma constelação muito exigente de condições que lhe permitam aplicar pressões sociais e materiais⁸⁸. Dois anos depois, Sedelmeier argumentou que sanções materiais são menos propensas a dissuadir os governos quanto mais eles dependem de práticas não liberais para se manter. O monitoramento e diálogo no nível da UE, ainda que brandos, não seriam inevitavelmente impotentes quando confrontados

83 BAKKE; SITTER, 2019, pp. 14-15.

84 POLYAKOVA et al, 2019, p. 72.

85 2016b, p. 3.

86 GIBLER; RANDAZZO, 2011, pp. 696-704.

87 HUQ; GINSBURG, 2017, p. 5.

88 2014, p. 120.

com o *democratic backsliding*⁸⁹, mas UE teria que confiar em salvaguardas políticas⁹⁰. Isso porque a União Europeia, conforme apontam Schlipphak e Treib, deve ser muito cautelosa com as intervenções externas: estas podem facilmente fortalecer as forças políticas anti-UE a nível doméstico. Dada a frágil legitimidade democrática da própria UE, intervenções contra o *democratic backsliding* “são particularmente precárias”⁹¹.

Por exemplo, a crise política de julho a agosto de 2012 na Romênia lançou luz sobre o *democratic backsliding* na Europa Central e Oriental pós-adesão à EU⁹². Mas o caso da Romênia evidencia que, sob certas condições - reconhecidamente exigentes -, a pressão social pode levar o governo a corrigir violações dos princípios democráticos⁹³.

Blauberger e Kelemen demonstram que, apesar de sua importância, apenas salvaguardas judiciais não serão suficientes para impedir o *democratic backsliding* de um determinado governo nacional da União Europeia⁹⁴. Se os líderes europeus continuarem se recusando a intervir politicamente, e insistirem em transferir todo o ônus da proteção de valores fundamentais para os tribunais, eles não apenas deixarão de impedir o *democratic backsliding*, como também correrão o risco de sobrecarregar e danificar o próprio sistema judicial, que desempenha um papel crucial na sustentação do projeto de integração europeia⁹⁵.

Sedelmeier, ao analisar as condições sob as quais os atores da UE apoiam o uso de sanções contra o *democratic backsliding*, submete a explicação da política partidária a uma análise mais sistemática, sugerindo que o apoio e a oposição às sanções contra o *democratic backsliding* refletem padrões de amizade e rivalidade partidária⁹⁶.

Levitz e Pop-Eleches apontaram, em 2010, que não havia uma análise sistemática e transnacional do potencial fenômeno do *backsliding* e das implicações de democracia e governança para o fim da condicionalidade de adesão à UE. Além disso, eles evidenciam que, pelo menos antes da crise

89 SEDELMEIER, 2016a, p. 2.

90 SEDELMEIER, 2016a, p. 12.

91 SCHLIPPHAK; TREIB, 2016, p. 4.

92 IUSMEN, 2015, p. 598.

93 SEDELMEIER, 2016a, p. 13.

94 2016a, p. 1.

95 BLAUBERGER; KELEMEN, 2016a, pp. 12-13.

96 SEDELMEIER, 2016b, p. 7.

econômica de 2008, o *backsliding* não descrevia precisamente o cenário político pós-adesão à UE⁹⁷.

Nos últimos anos, portanto, muito se discutiu acerca do *democratic backsliding* na União Europeia e nos Estados Unidos, tanto na mídia quanto na política e na academia. O debate, contudo, não se expandiu adequadamente para outras democracias fora do eixo Norte global – ainda que estas democracias fossem objetos dos estudos, as análises raramente passavam por autores desses países (vide o caso da América Latina).

A análise comparativa de Batory e outros sugere que o *backsliding* está longe de ser um fenômeno uniforme ou homogêneo. Grande parte da literatura sobre *democratic backsliding* concentra-se em países selecionados e baseia-se em estudos de caso únicos ou comparativos. Batory e outros sugerem, com razão, que o *backsliding* é um fenômeno heterogêneo que geralmente possui características, causas e dinâmicas específicas em cada país⁹⁸ – escapa, portanto, a uma visão ou concepção propriamente universal de democracia, também combatida no âmbito das críticas decoloniais⁹⁹.

Não diferentemente da União Europeia e dos EUA em anos recentes, as experiências asiáticas também transmitem mensagens contraditórias no debate sobre *democratic backsliding* global. Elas demonstram que os modos, gravidade e resultados de *backsliding* variam de país para país¹⁰⁰, e dada a heterogeneidade da Ásia, é difícil identificar um conjunto geral de fatores que estão provocando *democratic backsliding* na região¹⁰¹. Conforme aponta o cientista político Aurel Croissant em análise sobre o continente asiático, houve casos em que a luta contra o *democratic backsliding* ajudou mesmo a revitalizar e fortalecer a democracia¹⁰².

Diante disso, *democratic backsliding* se revela, como prenunciara Waldner e Lust, um fenômeno assustadoramente comum. As mudanças que reduzem significativamente a capacidade dos cidadãos de fazer reivindicações

97 LEVITZ; POP-ELECHES, 2010, p. 22.

98 2016, p. 29.

99 Um exemplo de tal crítica é organizado pelos professores Boaventura de Sousa Santos e José Manuel Mendes, que buscam aplicar as epistemologias do Sul global no domínio das teorias e das práticas democráticas. A fim de responder aos problemas das formas de deliberação democrática, o livro parte de um novo e instigante conceito: a ideia de “demodiversidade”. Ver SANTOS; MENDES, 2018.

100 CROISSANT; DIAMOND, 2020, pp. 8-9.

101 CROISSANT; DIAMOND, 2020, p. 10.

102 CROISSANT, 2019, p. 3.

do governo podem não levar ao colapso dos regimes democráticos, mas degradam os direitos dos cidadãos e seu envolvimento com o Estado¹⁰³. Infelizmente, grande parte da literatura existente consiste em relatos altamente particularistas de casos individuais ou análises empíricas pouco teorizadas de dados altamente heterogêneos e problemáticos. Sabemos muito pouco sobre *democratic backsliding*¹⁰⁴.

Em mesmo sentido, Stanley argumenta que as noções populares sobre os países da Europa Central e Oriental, isto é, de uma região apanhada pelo *democratic backsliding*, negligenciam a presença e a persistência de diferentes padrões de qualidade democrática e mudanças nessa qualidade¹⁰⁵ – fenômeno que afeta, em alguma medida, a própria Europa Ocidental (vide o crescimento da extrema-direita na França, Alemanha e outros países no passado recente). A invariância da satisfação do público com a democracia em países estáveis, consolidados, fracamente consolidados e países em *backsliding* pode, em vez disso e na linha do que sugere o autor, apoiar a conclusão de que tais atitudes são insensíveis à qualidade democrática, e dependem apenas da manutenção de um grau mínimo de democracia eleitoral; ou mesmo de que o contentamento com a democracia pode se adaptar ao *backsliding*¹⁰⁶.

O que explica, então, o *democratic backsliding* em uma era de apoio internacional incomparável à democracia? Para Meyerrose, embora as organizações internacionais frequentemente sirvam como um ímpeto crítico para as transições democráticas, elas também semeiam involuntariamente as sementes da futura erosão democrática e *backsliding*¹⁰⁷:

As organizações internacionais comumente associadas a resultados democráticos concentram-se predominantemente nas elites e nas eleições, mas negligenciam outras instituições democráticas. Essa focalização estreita torna os Estados mais suscetíveis a retrocessos [*backsliding*]. As organizações internacionais também contribuem mais diretamente para o retrocesso democrático em novas democracias, de duas maneiras. Em primeiro lugar, devido à forma como interagem com os Estados, as organizações internacionais aumentam o

103 WALDNER; LUST, 2015a, p. 2.

104 WALDNER; LUST, 2015b, p. 1.

105 2019, p. 344.

106 STANLEY, 2019, p. 351.

107 2020, p. 2.

poder executivo relativo [*relative executive power*]. [...] Em segundo lugar, os requisitos de associação de organizações internacionais restringem as opções de política interna dos Estados; isso impede o desenvolvimento institucional¹⁰⁸.

Um caso de atenção internacional renovada é a recente trajetória da política turca, cada vez mais posicionada como central na teia global do *democratic backsliding*¹⁰⁹. Akyuz e Hess, examinando o impacto dos crescentes vínculos internacionais da Turquia, concluíram que essa mudança na balança internacional provou ser um fator mais significativo para o *backsliding* do que outros preditores comuns¹¹⁰.

À luz da suposta “recessão” democrática nos últimos anos, também Andersen critica que a pesquisa comparativa de democratização está adotando explicações mais políticas, partidárias, centradas em agências e historicamente contingentes de *democratic backsliding*. Diante disso, Andersen reputa possível explicar o *backsliding* como resposta não só a choques “exógenos” internacionais, como a demandas “endógenas”, desencadeadas pela dinâmica da própria transição democrática¹¹¹.

Como bem aponta o cientista político David Runciman, se é verdade que a incapacidade das democracias de se posicionar ou manter as coisas em proporção é útil para adiar o pior, também é verdade que as democracias continuam a ser eficazes em evitar a hora mais difícil¹¹². O problema da democracia no século XXI é que evitar o desastre já não basta. Uma primeira lição que surge dessa constatação é a de que a democracia ocidental madura está em declínio e passou do seu apogeu – o que ainda deixa espaço para muitas escolhas significativas¹¹³; mas a política democrática está sendo sufocada pelas intimações de mortalidade que aprendeu a identificar¹¹⁴. A força da democracia, pelo contrário, reside em sua capacidade de dismantelar os problemas de maneira a torná-los administráveis, o que significa que a democracia deverá ser capaz de dismantelar sua própria morte e de poder adia-la, peça por peça¹¹⁵.

108 MEYERROSE, 2020, pp. 2-3, tradução nossa.

109 TANSEL, 2018, p. 197.

110 2018, pp. 1-26.

111 2019, pp. 645-663.

112 RUNCIMAN, 2018, pp. 227-228.

113 RUNCIMAN, 2018, p. 231.

114 RUNCIMAN, 2018, p. 231.

115 RUNCIMAN, 2018, p. 232.

Para Runciman, se insistirmos em pensar que seguir em frente, eleição a eleição, irá fazê-la recobrar a centelha da vida, acabaremos por perder de vista qualquer finalidade, e só estaremos repetindo gestos vazios¹¹⁶. Como afirma o cientista político, a história da democracia não terá um ponto final singular; haverá casos em que seguirá bem-sucedida, e também desastres¹¹⁷. “A democracia ocidental irá sobreviver à sua crise da meia-idade”, diz ele; “com sorte, sairá dela só um pouco baqueada, mas é improvável que saia dela revivida”¹¹⁸.

Quais são, então, as possibilidades que se colocam no horizonte apontado pelo termo *democratic backsliding*? Ainda há muito trabalho a ser feito para desenvolver uma compreensão completa do *backsliding* e das condições que o favorecem¹¹⁹. As ferramentas produzidas neste artigo dão mais um passo crítico no fornecimento contínuo de análises detalhadas das lições que podem ser derivadas da teoria acadêmica existente para entender o que é o *democratic backsliding* e como esse processo pode ser revertido.

Resta, contudo, aprofundamento no caso particularmente emblemático da América Latina – caso esse capaz de desnudar os próprios limites da aplicação do conceito de *democratic backsliding*, quando não desnaturalizar certa visão da democracia em si, na esteira do raciocínio desenvolvido anteriormente. É possível encaixar a experiência latino-americana em uma das formas de *backsliding*? Exigirá ela uma rediscussão do conceito? O caso latino-americano exige cuidado; e são essas algumas das perguntas que motivam o capítulo seguinte.

4. Uma breve análise da experiência latino-americana

Historicamente, desde o início do processo de colonização, o exercício de poder e a relação Estado-sujeito na América Latina estiveram relacionados, intimamente, à dominação eurocêntrica¹²⁰, de tal sorte que a importação de uma concepção estrangeira da organização institucional da vida político-econômico-social dos países latino-americanos significou, de certa forma,

116 2018, p. 232.

117 RUNCIMAN, 2018, pp. 232-233.

118 RUNCIMAN, 2018, p. 233.

119 WALDNER; LUST, 2015a, p. 2.

120 QUIJANO, 2002, p. 5 e 17.

a renúncia – mesmo que imposta – à estrutura hierárquica governamental que regia comunidades primárias que habitavam o continente muito antes da chegada dos colonizadores¹²¹. Assim, o processo de desenvolvimento e consolidação da democracia da região, a partir do movimento pós-colonial de retomada cultural que se chama de descolonização, encontra-se atrelado a uma dinâmica dialética de reafirmação de princípios e padrões sociais, em detrimento daqueles propagados pelo imperialismo europeu¹²².

Inobstante, segundo Aníbal Quijano, a própria definição da democracia experimentada pela América Latina é uma consequência do colonialismo, e do posterior capitalismo difundido na região, sendo ela o seguinte: “(...) um sistema de negociação institucionalizada dos limites, das condições e das modalidades de exploração e de dominação, cuja figura institucional emblemática é a cidadania e cujo marco institucional é o moderno Estado-nação”¹²³. Digno de nota, portanto, que o histórico da exploração europeia desempenha, independentemente das mudanças intentadas em anos recentes, notadamente relacionadas à ruptura do intervencionismo estrangeiro e do já mencionado resgate cultural, um papel fundamental na compreensão do porquê as democracias latino-americanas, hoje, são como são, e de como deveriam ser, num plano relativamente utópico, levando em consideração o regime democrático, em si, e os reflexos dele sobre a população.

Para Felipe Acunha, por exemplo, elementos marcantes da dominação espanhola e portuguesa sobre os países subordinados aos seus costumes, como o padrão opressivo, a engenharia de dominação, a distribuição restritiva de poder e riquezas e a perpetuação de estereótipos e representações fixas sobre a alteridade, foram aproveitados pelos Estados independentes, que criaram, então, um sistema jurídico monista, que continuou a desprezar a heterogeneidade latino-americana, e manteve a visão unionista cultural¹²⁴, o que pode ter levado, sim, à tomada do poder pelo autoritarismo no século XX, já que há uma evidente confusão de princípios dominação colonial e autoritarismo:

(...) essa colonialidade, após a Independência, materializou-se em quatro aspectos básicos, quais sejam: (a) político, por meio do Estado colonial/republicano

121 GROSFOGUEL, 2008, p. 34.

122 BALLESTRIN, 2014, p. 199.

123 2002, pp. 15-22.

124 ACUNHA, 2017, pp. 33-40.

de base westfaliana, que negou possibilidades a uma democracia de participação plena, ou de quebra da unidade territorial e jurídica sob administração desse Estado; (b) econômico, à luz do capitalismo, que separou detentores dos meios de produção dos que apenas eram trabalhadores, e, em sua fase atual, segrega regiões inteiras do globo. (...) (c) social, mediante a separação entre homens e mulheres numa estrutura patriarcal de dominação, prezando pelo individualismo e pela competição em detrimento da solidariedade como forma de relacionamento social; e (d) cultural, com ênfase quase unânime no racionalismo, relegando formas diversas de transmissão de cultura, como a espiritualidade, a sensibilidade, etc., a um segundo plano, o que afetou diretamente a sabedoria e a língua indígena como elementos culturais de relevo para a sociedade¹²⁵.

Dito isso, vale ressaltar que o ímpeto de engendramento de regimes democráticos em desfavor de governos autoritários na América Latina data de 1978, ano em que Joaquín Balaguer, então presidente da República Dominicana, foi derrotado em pleito eleitoral, encerrando-se, assim, doze anos de um regime semi-ditatorial naquela nação¹²⁶. A partir de então, iniciou-se um processo de derrocada de governos ditatoriais em diversos países, como a Argentina e países da América Central e, posteriormente, na década de 1980, no Brasil, Uruguai, Paraguai e Chile, que culminou numa das maiores ascensões democráticas já evidenciadas na historiografia política recente.

Neste sentido, o ano de 2021 inaugura o 47º aniversário da “terceira onda democrática”¹²⁷; assim definido o movimento político de progresso dos regimes democráticos existentes principalmente em países do Leste Europeu e, posteriormente, da América Latina, consubstanciado pela consolidação de sistemas eleitorais universalizantes e pela ascensão de organizações político-sociais de defesa das instituições democráticas. Com efeito, diante do contexto mundial de transição entre regimes de governo, fundou-se uma especialidade acadêmica destinada a examinar as peculiaridades do que foi denominado “paradigmas de transição”¹²⁸, a Transitologia, subdisciplina que

125 ACUNHA *apud* ÁVILA SANTAMARÍA, 2017, p. 40.

126 Para a determinação deste marco temporal, considera-se não o início do processo de recomposição democrática (“transição”), mas o seu estopim. Neste sentido, ver ESPINAL, 2003, p. 453.

127 HUNTINGTON, 1991, p. 12.

128 O'DONNELL *et al.*, 1986.

busca a organização de uma sistematização teórica que tenha como fonte as experiências de mudança de regime político, o estabelecimento de uma continuidade lógica, que se segue do surgimento de regimes totalitários e sua decadência, seguida, em seu turno, da restauração e estabilização de regimes democráticos¹²⁹.

Segundo esse entendimento, não existem determinismos nem causalidades estruturais¹³⁰, passando a democracia a ser analisada não como um fenômeno em si mesmo, mas como um desdobramento de situações políticas, decorrentes de uma modificação na estrutura político-social de determinada comunidade. Nas palavras de Javier Santiso:

(...) são os atores e estratégias que definem o espaço qualitativo fundamental dentro do qual as democratizações podem ocorrer, e é sua combinação particular que, neste caso, define o tipo de transição que ocorre. Assim, essas análises fazem parte de uma perspectiva mais probabilística do que determinista, vez que as transições dão ensejo ao desenvolvimento de áreas de incerteza, possibilidades de negociação, concessões e conflitos, estando a dimensão política no cerne da questão¹³¹.

No entanto, calha ressaltar que, não obstante o fundamento dos paradigmas de transição seja o estabelecimento e uniformização dos elementos de interpretação da qualidade de uma democracia, ou que seja seu processo de transição, esta empreitada revela-se árdua, na medida em que a América Latina é composta de países cujos governos variam de democracias liberais, como no caso do Uruguai, a repúblicas socialistas, como, por exemplo, Cuba¹³².

Tal coeficiente impossibilita a adoção de caracteres uniformes para a investigação do êxito da implantação de um determinado regime democrático, sem prejuízo da incoerência de algumas das suposições insculpidas em sua tese analítica central. Thomas Carothers destaca, neste ponto: a) a generalidade e ineficácia da utilização do termo “países em transição”; b) a presunção de posterior consolidação de um regime democrático nos

129 DOBRY, 2000.

130 VITULLO *apud* DOBRY, 2001, p. 54.

131 SANTISO, 1993, p. 975, tradução nossa.

132 OTAOLA, 2009.

moldes convencionais; c) a equivocada noção de que o estabelecimento de um processo eleitoral é suficiente para conferir legitimidade a um governo e, eventualmente, aprofundar a representatividade política em um país¹³³.

Uma melhor divisão, na verdade, que se poderia fazer para estudo e compreensão de regimes políticos latino-americanos começa com a adoção de uma definição diferente do que seria um governo democrático¹³⁴. É oportuno, para tanto, o aproveitamento do conceito oferecido por Robert Dahl, segundo o qual uma democracia surge quando há um sistema eleitoral justo, livre de influências políticas externas, em que há a primazia da competição autônoma entre os candidatos e em que estejam em vigor as liberdades políticas em espécie, tais como a liberdade de organização e de veiculação de opinião, e o Estado de Direito¹³⁵.

Em breves notas, destaca-se que a “poliarquia” (sistema democrático real) de Dahl, em que pese não isenta de críticas¹³⁶, é estruturada sobre os princípios da igualdade e competitividade políticas e responsabilidade pública¹³⁷, e ensina que o regime democrático deve ser invariavelmente participativo, proporcionar uma universalidade representativa ideológica e de interesses sociais e, sobretudo, apresentar uma incapacidade orgânica de promover ataques institucionais direcionados à população¹³⁸, contando, para tanto, com sete instituições indispensáveis, sendo elas: funcionários eleitos, eleições livres e justas, sufrágio inclusivo, direito de concorrer a cargos eletivos, liberdade de expressão, informação alternativa e autonomia associativa¹³⁹.

Aproveitando-se dessas premissas e fulcrados na pesquisa desenvolvida pela organização *Freedom House*, em 2016, afirmam Armando Albuquerque e Maria Áurea Cecato que, dos 20 países considerados pelo relatório analisado, 14 poderiam ser considerados como modelos democráticos pelos moldes de Dahl, tendo em vista as dimensões de direitos políticos e liberdades civis: Uruguai, Chile, Costa Rica, Panamá, Brasil, Argentina, Peru, El Salvador,

133 2002, p.15.

134 OTAOLA, 2009.

135 DIAMOND *apud* DAHL, 2002, p. 21.

136 Ver, principalmente, SKINNER, 1973, pp. 287-306.

137 ABU-EL-HAJ, 2014, p. 10.

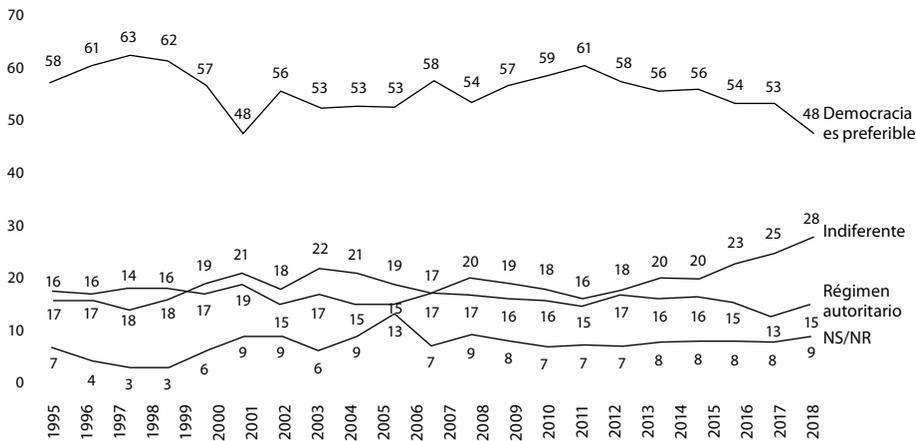
138 PEREIRA, 2013, pp. 61-62.

139 DAHL, 2012.

República Dominicana, México, Paraguai, Equador e Colômbia (classificados por ordem crescente de pontuação)¹⁴⁰.

Aliás, seguindo na esteira de análises empíricas, oportuno ressaltar, outrossim, as conclusões retiradas do estudo conduzido pelo Instituto LatinoBarômetro¹⁴¹. Vejamos:

Gráfico 2: Apoio à Democracia na América Latina (1995-2018)



Fonte: LATINOBARÔMETRO, 2018, p. 15.

Ao serem questionados acerca da percepção de progresso da democracia na América Latina, os cidadãos entrevistados puderam declarar sua preferência entre: a) democracia é preferível; b) regime autoritário; c) indiferente; d) não sabe/ não quis responder.

Desde 2010, percebe-se que o gráfico passa a mostrar uma queda significativa, ondas de manifestações políticas passaram a fazer parte do cotidiano da cena latino-americana, chegando ao ponto em que estudiosos da sociologia política e os próprios veículos de inteligência de dados diagnosticaram o que denominaram de diabetes democrática, em uma alusão a uma doença silenciosa, que, apesar de apresentar sintomas, somente se torna evidente quando não há mais o que ser feito, senão evitar seu agravamento:

140 ALBUQUERQUE; CECATO, 2016, pp. 195-196.

141 LATINOBARÔMETRO, 2018, pp. 13 et seq.

“Existem países que não estão em estado terminal, mas sofrem de diabetes democrático generalizado. Você não vê o mal, não há sintomas que chamam a atenção, mas se você não tratar, acaba matando você”¹⁴².

Neste ponto, arvoram-se três hipóteses. A primeira entende o descrédito da democracia como sendo um reflexo da fragilidade das instituições de cada país, que falham em transmitir confiabilidade e credibilidade à população¹⁴³, que, por sua vez, responde através de um movimento lento, porém preocupante, de vulgarização dos regimes ditatoriais que uma vez assombraram a política latino-americana. Escândalos de corrupção, ineficiência institucional e desgaste econômico são fatores comuns na análise que se faz dos governos sob esta conjectura. Isso, associado a fatores culturais, enseja numa instabilidade das entidades democráticas, causando a erosão da confiabilidade nos regimes eleitorais.

A segunda hipótese, numa percepção mais sociocultural do que política, aponta o fenômeno de depreciação da democracia como sendo um dos sinais do que se pode chamar de elitização da administração pública federal¹⁴⁴. A classe média torna-se mais engajada em ativismos, a classe alta busca o fortalecimento dos grandes negócios e dos setores econômicos primários, e, avessamente, as classes mais baixas são afastadas da vida política¹⁴⁵, seja por não se identificarem com os candidatos tradicionais, seja pela falta de compreensão de sua importância à vida cotidiana. Essa dinâmica pode ser interpretada, inclusive, como um resquício da formação social derivada dos períodos pré-democráticos, em que havia baixa mobilidade social ascendente e uma heterogeneidade classista embutida na formação dos governos.

Sobre a relação existente entre as classes sociais e o apoio à democracia, o Latinobarômetro apresenta as seguintes conclusões:

Diante da autoclassificação de classe pelos entrevistados, os que mais apoiam a democracia são aqueles que estão localizados na “classe média” (50%). Aqueles da “classe alta” (45%) e da “classe baixa” (48%) são os que têm menos preferência pela democracia. Em suma, este indicador nos mostra como é a classe média (classe média e média baixa) que sustenta o apoio à democracia

142 MOLINA *apud* LAGOS, 2017.

143 SANTOS, 2019, p. 175.

144 Ver CAVALCANTE; CARVALHO, 2017, p. 5; e GRAHAM, 1968.

145 SANTOS, 2019, p. 175.

na região. A perda da classe média, portanto, afeta a democracia na medida em que perde apoiadores como resultado¹⁴⁶.

Por sua vez, a terceira hipótese sugere uma analogia, em que a instauração de regimes democráticos, notadamente nos países latino-americanos, pode ser comparada com o período de “*lua de mel*”, no qual há uma enorme expectativa para o futuro¹⁴⁷. Nesta lógica, com o passar dos anos, enquanto os governos eleitos não conseguem atender os altos padrões de avaliação fixados pelos cidadãos, que outrora imaginavam haver à frente um período de prosperidade para seus países após o fim dos regimes autoritários, é possível observar a erosão da confiabilidade na democracia e em suas instituições, e, ainda, o crescimento do sentimento de ceticismo quanto ao desenvolvimento político da região¹⁴⁸.

Sem prejuízo, outra questão interessante que se infere da análise do gráfico de nº 2, é que, numa relação inversamente proporcional, observa-se, concomitantemente, o declínio da curva de apoio à democracia e a acentuação da indiferença da população quanto ao regime político em voga. Isso pode ser interpretado, se não como um reflexo da tendência contemporânea de polarização ideológica, como uma representação perniciosa do avanço do apolitismo ou desinteresse político, que pode dar ensejo à instauração de um governo democrático com viés totalitarista, em razão do seu principal sintoma: a apatia incapacitante¹⁴⁹.

Em linhas gerais, o crescimento e fortalecimento de grupos políticos conservadores que convivem em constante conflagração com a ideologia progressista que angaria seguidores ao tentar conciliar movimentos sociais minoritários, associado ao fenômeno do apartidarismo, é uma receita que está fadada a impor um cenário de constante teste à estabilidade da democracia, na medida em que ameaça princípios a ela caros, principalmente, a solidariedade e a pacificidade políticas¹⁵⁰.

Além disso, no meio da queda de braços entre as vertentes mais extremas das ideologias de esquerda e direita, estão aqueles que não deposi-

146 LATINOBARÔMETRO, 2018, p. 27, tradução nossa.

147 Cf. HOFFMANN; LINHARES, 2018, pp. 20-21; e RIBEIRO, 2011, p. 169.

148 CATTERBERG; MORENO, 2006.

149 BERTEN, 2017, pp. 41-44.

150 DE LA MORA, 1985, pp. 201-202.

tam sua confiança em nenhuma delas, preferindo manter-se neutros, não assumindo bandeiras partidárias, ou aderir a correntes políticas centristas. Esses indivíduos são considerados peças voláteis no jogo democrático, já que não possuem lealdade partidária e são capazes de alterar o curso da trajetória política de seu país. Esta é mais uma variável da democracia que, em conjunto com as demais, poderia nos levar a crer que existe, em curso, de fato, uma situação de *democratic backsliding* na América Latina.

Todavia, todo esse contexto de desabono popular por regimes democráticos não passa de uma fase em seu processo de consolidação¹⁵¹. A análise e compreensão críticas da realidade política, em especial da política latino-americana, deve ser encarada como uma consequência elementar do processo de aprofundamento democrático, decorrente do gozo das liberdades individuais em espécie e da participação universal nos sistemas eleitorais¹⁵², de tal sorte que a análise, imperiosamente individual, dos índices de erosão democrática nos países – especialmente da América Latina, enfoque deste estudo –, deve ser calcada em predicados amplos de aferição, assemelhando-se, com isso, àqueles particulares da qualidade de uma democracia, esta que, de igual forma, carece de uma definição abrangente¹⁵³.

Tal compreensão deriva do fato de que, seja no início de um processo de democratização, seja em seu transcurso, o seu futuro é incerto. Da mesma forma que essa transformação pode culminar, eventualmente, em um regime político democrático e eleitoral consolidado, não se pode olvidar a possibilidade de que ele regrida o suficiente para se transformar numa versão contemporânea de um governo autoritário¹⁵⁴. Em razão disso, uma visão pessimista do processo de consolidação democrática¹⁵⁵ assombra a América Latina:

[...] a maioria dos países em que se instalaram regimes democráticos na ‘terceira onda da democracia’ estão aquém de consolidarem as suas democracias, visto que esbarraram com alguns fatores que lhes impossibilitaram institucionalizar

151 MISHLER; ROSE, 2001, p. 304

152 RIBEIRO, 2011.

153 Cf. CORBETTA; PERES-LIÑAN, 2001.

154 MISHLER e ROSE, 2001, p. 304.

155 Para conferir apontamentos mais aprofundados acerca do processo de consolidação de uma democracia, assim como sobre o conceito de qualidade democrática, ver SENA; OLIVEIRA, 2020.

o regime democrático. Este autor considera que estes regimes herdaram uma crise econômica e social colossal, impossibilitando o processo de consolidação e correndo assim o risco de um retrocesso ao antigo regime¹⁵⁶.

Mas, muito embora estudiosos da Ciência Política tenham passado a adotar um posicionamento determinista quanto aos países que se aventuram numa transição entre regimes de governo – de autoritário para democrático, na maior parte das vezes¹⁵⁷ –; a aceitação universal de um único caminho em direção à democracia acaba por engessar a análise que se pode fazer do fenômeno político que é o *democratic backsliding*, que, por sua vez, somente pode ser corretamente identificado quando entendido como um “processo fluido e aberto de reação e contrarreação, composto por trajetórias múltiplas, mutáveis e contraditórias”¹⁵⁸, que irão sempre ocasionar em formas de governo distintas, a depender das características constitutivas particulares a cada um, mesmo que sejam todas democráticas.

É preciso, no entanto, fazer um alerta: para que a desconfiança nas instituições democráticas não se torne um problema à longo prazo, afetando, até mesmo, no desenvolvimento adequado de um regime político *sui generis*, é necessário que exista um esforço constante, por parte, não só dos governos, mas também da população, com fito no aumento da eficiência institucional e da internalização de valores democráticos, de modo que haja, de fato, a estabilização desses sistemas de governo e a mitigação do espírito autoritário.

Nesta lógica, ratifica José Álvaro Moisés, *in verbis*:

[...] a desconfiança em excesso [da democracia] e, sobretudo, com continuidade no tempo, pode significar que, tendo em conta as suas orientações normativas, expectativas e experiências, os cidadãos percebem as instituições como algo diferente, senão oposto, àquilo para o qual existem: neste caso, a indiferença ou a ineficiência institucional diante de demandas sociais, corrupção, fraude ou desrespeito de direitos de cidadania geram suspeição, descrédito e desesperança, comprometendo a aquiescência, a obediência e a submissão dos cidadãos à lei e às estruturas que regulam a vida social (...) ¹⁵⁹.

156 BARBOSA *apud* O'DONELL, 2020, p. 26.

157 Neste sentido, cf. CAROTHERS, 2002, p. 6; e CIANETTI; HANLEY, 2020, pp. 5-6.

158 CIANETTI e HANLEY *apud* DIMITROVA, 2020, p. 6.

159 MOISÉS, 2005, p.34.

Em síntese, mesmo que o apoio à democracia esteja em baixa, não significa que o sistema esteja em crise, e nem que estejamos diante de uma manifestação concreta de *democratic backsliding*. As diversas dimensões que compõem, em essência, a legitimidade de um governo, apresentam variações conforme o refinamento político da comunidade em que estejam sendo analisados, de modo que somente o tempo pode determinar a adesão popular aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, inclusive, os contornos principiológicos desse Estado de Direito.

Lucas Perelló e Patricio Navia argumentam, por exemplo, que a Nicarágua se encontra, evidentemente, em um processo de erosão democrática¹⁶⁰. Destacam, a um, o histórico eleitoral do país, que partiu de um dos maiores períodos de governo ditatorial da região, para uma transição democrática iniciada na década de 1990 e, mais recentemente, em 2016, para uma eleição marcada por uma baixa competitividade, provocada pela intervenção efetiva e decisiva do Poder Judiciário nacional. Foram também considerados os altos índices de desigualdade e disputas sociais, intervenções estrangeiras prejudiciais à soberania nacional e dependência econômica na exportação de um único gênero agrícola, o café, que demonstra a fragilidade comercial do país, deixando-o mais exposto a ameaças antidemocráticas e à corrupção exacerbada¹⁶¹:

Na esteira da democratização, a corrupção exerceu significativa influência sobre o sistema político, mas as eleições permaneceram competitivas. Levitsky and Way (2002) viam o país como um exemplo de autoritarismo competitivo vivenciando a democratização. No entanto, desde o retorno ao poder da FSLN e Ortega nas eleições de 2006, o sistema gradualmente tornou-se menos competitivo. A FSLN se converteu em um partido dominante, ao passo que outros partidos praticamente desapareceram (Colburn e Cruz, 2012; Thaler 2017)¹⁶².

Em sua análise, os autores levaram em consideração elementos pertinentes aos espectros econômico, social e cultural, mas atribuíram especial relevância ao contexto político-eleitoral – repise-se, eivado de uma manipulação estatal, voltada, por sua vez, à diminuição da competitividade

160 PERELLÓ; NAVIA, 2020, p. 8.

161 PERELLÓ; NAVIA, 2020.

162 PEROLLÓ; NAVIA, 2020, pp. 8-9, tradução nossa.

partidária. Este elemento, aliás, também recebe especial atenção na situação da Venezuela, outro país que sofre, insofismavelmente, com os revezes da erosão democrática:

Quando o *backsliding* começou, a Venezuela era uma das democracias mais estabelecidas do mundo e uma das mais ricas. À medida que o país se tornava mais semi-autocrático, o regime ainda exibia atividade eleitoral frequente, levando muitos analistas a sugerirem que, apesar de todos os seus problemas, o regime conseguiu defender a democracia mínima e, portanto, alguma forma de credencial democrática. Sem dúvidas, eleições regulares e frequentes foram realizadas para o Poder Executivo e o legislador, ambos são elementos importantes da democracia mínima. Mas um olhar mais atento para essas eleições mostra que a democracia mínima se tornou contaminada por irregularidades eleitorais¹⁶³.

De fato, ainda há muito a ser feito para que haja, *in concreto*, a consolidação da democracia na América Latina, mas um passo fundamental para atingir a estabilidade política já foi tomado, qual seja, o rompimento com as ideologias autoritárias e a caminhada em direção aos princípios político-sociais democráticos de governo.

5. Conclusão

A comunidade internacional continua a debater o conceito mais apropriado para se compreender os regimes democráticos e sua operacionalidade social, diante de conflitos políticos constantes e movimentações sociais de insatisfação popular, que muitos veem como uma demonstração de fracasso de seu processo de consolidação.

O conjunto das discussões apresentadas neste trabalho acadêmico, como a problematização do *democratic backsliding* dentro da realidade dos governos latino-americanos, assim como sua relação com diferentes formas de retrocesso democrático e a delimitação de possíveis consequências e equívocos que cercam esse fenômeno, apresenta como principal objetivo projetar sobre o assunto uma visão necessária para entender as relações entre a deterioração da confiabilidade popular nas instituições democráticas de

163 CORRALES, 2020, p. 48, tradução nossa.

exemplos concretos de *democratic backsliding*, que, talvez por se tratar de uma elementar política profundamente complexa e muito pouco explorada, trouxe à tona o fato de que regimes políticos não são, de forma alguma, entidades constantes, mas sim variáveis, mutáveis e incertas.

Muito embora estejam todas as democracias assentadas sobre elementos fundantes de similaridade indiscutível, e que, de certa forma, deveriam lhes proporcionar uma estabilidade suficiente para alcançar seu robustecimento pleno, formas contemporâneas e sistematizadas de extenuação dos valores democráticos vêm sendo continuamente identificadas em todo o mundo. E ainda que isso não seja uma percepção recente, é possível inferir uma mudança no modo com que esses episódios são perpetrados.

Enquanto, num passado nem tão distante, golpes políticos – sejam de Estado ou Executivos – e esquemas de fraudes eleitorais faziam parte das ameaças às democracias existentes, hoje em dia eles se travestem em formas contemporâneas e remodeladas de *democratic backsliding*, consistentes em golpes promissórios, manipulações de processos eleitorais e engrandecimento do Poder Executivo, como o Brasil e a Argentina, na década de 1980, e a Nicarágua e a Venezuela, mais recentemente.

Com efeito, como fatores que contribuem para o fortalecimento da democracia nacional e, conseqüentemente, reduzem as chances de que ocorra um *backslide*, podemos citar o aumento do engajamento da sociedade civil em processos político-eleitorais, a diminuição da concentração de riquezas e da polarização ideológica e uma maior independência da economia nacional em relação à integração comercial internacional.

Algo que se pode retirar do estudo da democracia e de seus fenômenos é que cada regime de governo possui um processo de consolidação próprio, cujas crises – e *backslides* – devem ser analisados individualmente, não se olvidando a influência que eventos sociais de escala regional ou global exercem sobre eles.

Cite-se o caso da América Latina, em que, mesmo diante de movimentações de regressão democrática e insegurança institucional, estudos recentes demonstram que ela se tornou a terceira melhor região do mundo em termos de desempenho democrático, ficando atrás, somente, da América do Norte e da Europa. Nem sempre o descrédito nas instituições democráticas está relacionado a um fenômeno de *backsliding* - mas é preciso ficar alerta.

Com efeito, o primeiro passo em direção ao esclarecimento político é a adoção de uma postura de questionamento e participação ativos. Nesse

processo histórico interminável de destruição e reconstrução de arquétipos políticos, somos os responsáveis por tracejar a próxima etapa da obra; incumbidos de buscar, mesmo que por vias laboriosas, a utopia que acreditamos ser mais adequada. E esse objetivo somente será alcançado se nos dispusermos a questionar o que nos torna parte de uma democracia, como ela pode ser melhorada e mesmo se ela pode chegar a um fim.

Essas são perguntas que não possuem respostas universais, mas é através delas que poderemos subsidiar o desenvolvimento da sociedade e da própria democracia.

Referências

- ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert Dahl (1915-2014): poder político, liberalização e contestação nas democracias. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 13, Brasília, pp. 7-17, jan./abr. 2014. <https://doi.org/10.1590/S0103-33522014000100001>.
- ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Constitucionalismo, autoritarismo e democracia na América Latina: as recentes Constituições da Bolívia e do Equador e a persistência das tradições do constitucionalismo latino-americano. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília. Brasília. 226f. 2017.
- AKYUZ, Kadir; HESS, Steve. Turkey Looks East: International Leverage and Democratic Backsliding in a Hybrid Regime. *Mediterranean Quarterly*, Durham, n. 29, pp. 1-26, jun. 2018. <https://doi.org/10.1215/10474552-6898075>.
- ALBERT, Richard; PAL, Michael. The Democratic Resilience of the Canadian Constitution. In: GRAHER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. (Ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2018. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3089941>.
- ALBUQUERQUE, Armando; CECATO, Maria Áurea B. Democracias eleitorais e cidadania na América Latina: uma análise empírica a partir do relatório Freedom in the World 2016. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 03, n. 44, pp. 182-206, 2016. <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i44.1743>.
- ANDERSEN, David. Comparative Democratization and Democratic Backsliding: The Case for a Historical-Institutional Approach. *Comparative*

- Politics*, Nova Iorque, n. 51, pp. 645-663, jul. 2019. <https://doi.org/10.5129/001041519x15647434970117>.
- BADAWAY, Adam; DEB, Ashok; LUCERI, Luca; FERRARA, Emilio. Perils and Challenges of Social Media and Election Manipulation Analysis: The 2018 US Midterms. *Companion proceedings of the 2019 world wide web conference*, p. 237-247, mai. 2019. <https://doi.org/10.1145/1122445.1122456>.
- BAKKE, Elisabeth; SITTE, Nick. Democratic Backsliding in the European Union. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, Oxford, ago. 2019. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1476>.
- BALLESTRIN, Luciana. Colonialidade e Democracia. *Revista Estudos Políticos: a publicação eletrônica semestral do Laboratório de Estudos Hum(e) anos (UFF) e do Núcleo de Estudos em Teoria Política (UFRJ)*, Rio de Janeiro, vol. 5, n.1, pp. 191– 209, dezembro 2014. Disponível em: <http://revistaestudospoliticos.com/>. Acesso em: 04 jul. 2021.
- BARBOSA, Gil Moreira. *A transição democrática em Cabo Verde: o caso do poder local*. Tese (Mestrado) - Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Lisboa. 80f. 2020.
- BATORY, Agnes; KRIZSAN, Andrea; KOSTKA, Joanna; SITTE, Nick; ZENTAI, Violetta. Mapping Backsliding in the European Union. *CEU Center for Policy Studies*, Budapeste, pp. 1-53, 2016.
- BEAULIEU, Emily; HYDE, Susan. In the Shadow of Democracy Promotion: Strategic Manipulation, International Observers, and Election Boycotts. *Comparative Political Studies*, [S.I.], v. 42, n. 3, p. 392-415, 2008. <https://doi.org/10.1177/0010414008325571>.
- BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy*, Washington, n. 27, pp. 5-19, jan. 2016. <https://doi.org/10.1353/jod.2016.0012>.
- BERTEN, A. Despolitização, desmotivação, legitimidade. *Logeion: Filosofia da Informação*, [S.I.], v. 3, n. 2, pp. 38–59, 2017. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/3828>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- BLAUBERGER, Michael; KELEMEN, Daniel R. Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU. *Journal of European Public Policy*, [S.I.], pp. 321-336, set. 2016a. <https://doi.org/10.1080/13501763.2016.1229357>.
- BLAUBERGER, Michael; KELEMEN, Daniel R. Introducing the debate: European Union safeguards against member states democratic backsliding. *Journal of European Public Policy*, [S.I.], v. 24, n. 3, pp. 317-320, set. 2016b. <http://dx.doi.org/10.1080/13501763.2016.1229356>.

- BRUSIS, Martin. Conditions and Consequences of Populism and Democratic Backsliding. *International IDEA Background Paper*, 2019. <https://doi.org/10.31752/idea.2019.31>
- CAMERON, Maxwell. Self-Coups: Peru, Guatemala, and Russia. *Journal of Democracy*, Washington, n. 9, pp. 125-139, jan. 1998. <https://doi.org/10.1353/jod.1998.0003>.
- CAROTHERS, Thomas. The Rise of Election Monitoring: The Observers Observed. *Journal of Democracy*, Washington, n. 8, pp. 17-31, jan. 1997. <https://doi.org/10.1353/jod.1997.0037>.
- CAROTHERS, Thomas. The End of The Transition Paradigm. *Journal of Democracy*, Washington, n. 13, pp. 5-21, jan. 2002. <https://doi.org/10.1353/jod.2002.0003>.
- CATTERBERG, Gabriela; MORENO, Alejandro. The Individual Bases of Political Trust: Trends in New and Established Democracies. *International Journal of Public Opinion Research*, Oxford, n. 18, pp. 31-48, ago. 2006. <https://doi.org/10.1093/ijpor/edh081>.
- CAVALCANTE, Pedro. CARVALHO, Paulo. Profissionalização da burocracia federal brasileira (1995-2014): avanços e dilemas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, pp. 1-26, 20 fev. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/65935>. Acesso em: 06 jul. 2021.
- CIANETTI, Licia; DAWSON, James; HANLEY, Sean. Rethinking “democratic backsliding” in Central and Eastern Europe – looking beyond Hungary and Poland. *East European Politics*, [S.I.], n. 34, pp. 243-256, jul. 2018. <https://doi.org/10.1080/21599165.2018.1491401>.
- CIANETTI, Licia; HANLEY, Sean. The End of the Backsliding Paradigm? Avoiding Reverse ‘Transitology’ in Central and Eastern Europe. *Journal of Democracy*, [S.I.], vol. 32, n. 1, pp. 66-80, 2020. <https://doi.org/10.33774/apsa-2020-3n7n2>.
- CORRALES, Javier. Democratic backsliding through electoral irregularities: The case of Venezuela. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, Amsterdam, v. 109, pp. 41–65, 2020. <http://doi.org/10.32992/erlacs.10598>.
- CROISSANT, Aurel. Beating Backsliding? *Episodes and Outcomes of Democratic Backsliding in Asia-Pacific in the Period 1950 to 2018*. Heidelberg University, dez. 2019. Disponível em: https://www.uni-heidelberg.de/politikwissenschaften/personal/croissant/croissant_en.html. Acesso em: 9 jun. 2020.

- CROISSANT, Aurel; DIAMOND, Larry. Introduction: Reflections on Democratic Backsliding in Asia. *Global Asia*, Seul, v. 15, n. 1, mar. 2020.
- DAHL, Robert. *A Democracia e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DE LA MORA, Gonzalo F. Condicionamentos para la democracia. *Journal of Political Science*, Santiago, n. 8, pp. 199-205, dez. 1985. Disponível em: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RP/article/view/55479/58429>. Acesso em: 05 jul. 2021.
- DIAMOND, Larry J. Elections Without Democracy: Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*, Washington, n. 13, pp. 21-35, jan. 2002. <https://doi.org/10.1353/jod.2002.0025>.
- DOBRY, M. Les voies incertaines de la transitologie: choix stratégiques, séquences historiques, bifurcations et processus de path dependence. *Revue Française de Science Politique*, Paris, v. 50, n. 4-5, pp. 585-614, ago./out. 2000.
- ESPINAL, Rosario. El proceso democrático en República Dominicana: avances, retrocesos y riesgos. In: PÉREZ, Robinson S.; FORERO, Eduardo A. S.; ALMAZÁN, Dorangélica de la R. A. (coord.). *Democracias em riesgo en América Latina*. Editorial Libros en Red: Mexico, 2003.
- FICO, Carlos. *Didadura e democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas*. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2008.
- FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World – Thailand*. FREEDOM HOUSE, Washington, 2020. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/thailand/freedom-world/2020>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- GIBLER, Douglas M.; RANDAZZO, Kirk A. Testing the Effects of Independent Judiciaries on the Likelihood of Democratic Backsliding. *American Journal of Political Science*, Bloomington, v. 55, n. 3, pp. 696–709, jul. 2011. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00504.x>.
- GRAHAM, Lawrence. *Civil service reform in Brazil: principles versus practice*. Austin: University of Texas, 1968.
- GRESKOVITS, Béla. The Hollowing and Backsliding of Democracy in East Central Europe. *Global Policy*, Durham, v. 6, n. 1, pp. 28-37, jun. 2015. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12225>.
- GRÖMPING, Max; COMA, Ferran Martinez. Electoral Integrity in Africa. Electoral Integrity Project, [S.I.], jun. 2015. Disponível em: <https://www.electoralintegrityproject.com/electoral-integrity-in-africa>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- GROSFOGUEL, Ramon. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira

- e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 80, pp. 115-147, mar. 2008. <https://doi.org/10.4000/rccs.697>.
- HANLEY, Sean; VACHUDOVA, Milada Anna. Understanding the illiberal turn: democratic backsliding in the Czech Republic. *East European Politics*, [S.I.], v. 34, n. 3, pp. 276-296, jul. 2018. <https://doi.org/10.1080/21599165.2018.1493457>.
- HUMPHREYS, M.; WEINSTEIN, J. *Policing Politicians: Citizen Empowerment and Political Accountability in Uganda*. Policy Brief, Londres, 2012. Disponível em: <https://www.gov.uk/dfid-research-outputs/policing-politicians-citizen-empowerment-and-political-accountability-in-uganda-policy-brief#citation>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- HOFFMANN, Fábio; LINHARES, Bruna de Freitas. Cultura Política e Crise Democrática. *Revista Cadernos de Campo*, Araraquara, n. 25, pp. 19-23, jul./dez. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/12375>>. Acesso em: 06 jul. 2021.
- HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. 2ª ed. Norman/London: University of Oklahoma Press, 1991.
- HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, Los Angeles, n. 65, jan. 2017. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2901776>.
- IDEA. Populist government and democracy: An impact assessment using the Global State of Democracy Indices. *The Global State of Democracy In Focus*, Estocolmo, v. 9, fev. 2020. <https://doi.org/10.31752/idea.2020.3>
- IDEA. The Global State of Democracy 2019: Addressing the Ills, Reviving the Promise. *IDEA Reports*, Estocolmo, 2019. <https://doi.org/10.31752/idea.2019.31>.
- IDEA. The Global State of Democracy 2017: Exploring Democracy's Resilience. *IDEA Reports*, Estocolmo, 2017. Disponível em: <https://www.idea.int/publications/catalogue/global-state-democracy-exploring-democracys-resilience>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- IUSMEN, Ingi. EU Leverage and Democratic Backsliding in Central and Eastern Europe: the Case of Romania. *Journal of Common Market Studies*, Londres, v. 53, n. 3, p. 593-608, mai. 2015. DOI: 10.1111/jcms.12193. <https://doi.org/10.1111/jcms.12193>.
- KAUFMAN, Robert R.; HAGGARD, Stephan. Democratic Decline in the United States: What Can We Learn from Middle-Income Backsliding? *Perspectives on Politics*, Cambridge, v. 17, n. 2, pp. 417-432, jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592718003377>.

- KHAITAN, Tarunabh. Executive Aggrandizement in Established Democracies: A Crisis of Liberal Democratic Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, n. 17, pp. 342-356, mai. 2019. <https://doi.org/10.1093/icon/moz018>.
- LATINOBARÔMETRO. *Informe de Prensa 2018*. Buenos Aires: Corporación Latinobarómetro, 2018. Disponível em: <<https://basedosdados.org/dataset/latinobarometro>>. Acesso em: 3 jun. 2020.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. This is how democracies die. *The Guardian*, Londres, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/commentisfree/2018/jan/21/this-is-how-democracies-die>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- LEVITZ, Philip; POP-ELECHES, Grigore. Why No Backsliding? The EU's Impact on Democracy and Governance Before and After Accession. *Comparative Political Studies*, Thousand Oaks, v. 43, n. 4, abr. 2010. <https://doi.org/10.1177%2F0010414009355266>.
- LÜHRMANN, Anna; WILSON, Matthew. One-third of the world's population lives in a declining democracy. That includes the United States. *The Washington Post*, Washington, 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/07/03/one-third-of-the-worlds-population-lives-in-a-declining-democracy-that-includes-americans/>. Acesso em: 08 jun. 2020.
- MARSHALL, Monty G.; GURR, Ted R. Polity5 Project, Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2018. In: Center for Systemic Peace. *Systemic peace*, 2020. Disponível em: <https://www.systemicpeace.org/inscrdata.html>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- MARSHALL, Monty G.; MARSHALL, Donna Ramsey. Coup d'Etat Events 1946-2018. Vienna: Center for Systemic Peace, Vienna, 2019. Disponível em: <http://www.systemicpeace.org/inscr/CSPCoupsCodebook2018.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- MECHKOVA, Valeriya; LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. How Much Democratic Backsliding? *Journal of Democracy*, Washington, v. 28, n. 4, pp. 162-169, out. 2017. <https://doi.org/10.1353/jod.2017.0075>.
- MEYERROSE, Anna M. The Unintended Consequences of Democracy Promotion: International Organizations and Democratic Backsliding. *Comparative Political Studies*, Thousand Oaks, pp. 1-35, jan. 2020. <https://doi.org/10.1177/0010414019897689>.
- MISHLER, William; ROSE, Richard. Political Support for Incomplete Democracies: Realist vs. Idealist Theories and Measures. *International Political*

- Science Review*, Newbury Park, n. 22, pp. 303-320, out. 2001. <https://doi.org/10.1177/0192512101022004002>.
- MOISÉS, José A. A desconfiança nas Instituições Democráticas. *Opinião Pública*, Campinas, n. 11, pp. 33-63, mar. 2005. <https://doi.org/10.1590/s0104-62762005000100002>.
- MOLINA, Federico Rivas. El apoyo a la democracia en América Latina cae por quinto año consecutivo, según Latinobarómetro. *El País*, Argentina, 27 out. 2017. Disponível em: https://elpais.com/internacional/2017/10/27/america/1509131521_010672.html. Acesso em: 07 jul. 2021.
- NORRIS, Pippa. Is Western Democracy Backsliding? Diagnosing the Risks. *The Journal of Democracy*, [S.I.], abr. 2017. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2933655>.
- O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Phillippe; WHITEHEAD, Laurence (ed.). *Transitions from Authoritarian Rule/Prospects for Democracy*. 1ª ed. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986.
- OTAOLA, Miguel. Democracy in Latin America? An Assesment. *Razón y Palabra*, Quito, n. 70, pp. 1-12, nov. 2009.
- PEREIRA, Antonio Kevan Brandão. *Teoria Democrática Contemporânea: o conceito de poliarquia na obra de Robert Dahl*. 2013. 107f. – Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Sociologia, Fortaleza (CE), 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/8685>. Acesso em: 03 de jul. 2021.
- PERELLÓ, Lucas; NAVIA, Patricio. Changes in support for Nicaragua's Sandinista National Liberation Front during democratic backsliding. *Politics: SAGE journals*, Thousand Oaks, v. 40, n. 4, pp. 1-17, nov. 2020. <https://doi.org/10.1177/0263395720961999>.
- POLYAKOVA, Alina; KENEALY, Andrew; EISEN, Norman; CORKE, Susan; TAUSSIG, Torrey. The Democracy Playbook: Preventing and Reversing Democratic Backsliding. *Governance Studies at Brookings*, nov. 2019. Disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/11/The-Democracy-Playbook_Preventing-and-Reversing-Democratic-Backsliding.pdf. Acesso em: 7 jun. 2020.
- POWELL, Jonathan M.; THYNE, Clayton L. Global instances of coups from 1950 to 2010: A new dataser. *Journal of Peace Research*, Oslo, n. 48, pp. 249-259, mar. 2011. <https://doi.org/10.1177/0022343310397436>.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. *Novos Rumos*, Marília, ano 17, n. 47, pp. 4-28, 2002. <https://doi.org/10.36311/0102-5864.17.v0n37.2192>.

- RAKNER, Lise. Breaking BAD: Understanding Backlash Against Democracy in Africa. *CMI Insight*, Bergen, 2018. Disponível em: www.cmi.no/publications/6518-breaking-bad-understandingbacklash-against. Acesso em: 7 jun. 2020.
- RAPOPORT, Mario; LAUFER, Rubén. Os Estados Unidos diante do Brasil e da Argentina: os golpes militares da década de 1960. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, pp. 69-98, 2000. <https://doi.org/10.1590/S0034-73292000000100004>.
- RIBEIRO, Ednaldo A. Confiança Política na América Latina: Evolução Recente e Determinantes Individuais. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 39, pp. 167-182, jun. 2011. <https://doi.org/10.1590/s0104-44782011000200012>.
- RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. 1ª ed. São Paulo: Todavia, 2018.
- SANTISO, Javier. La Démocratie Incertaine: la Théorie des Choix Rationnels et la Démocratisation en Amérique Latine. *Revue Française de Science Politique*, Paris, n. 43, pp. 970-993, dez. 1993. <https://doi.org/10.3406/rfsp.1993.394795>.
- SANTOS, Anderson C. dos. Condições Estruturais Para uma Democracia mais Participativa: Leitura dos Dados do Latinobarômetro (1995-2017). *Revista NAU Social*, Salvador, n. 19, pp. 171-189, nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.9771/ns.v10i19.33929>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel (org.). *Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.
- SCHLIPPHAK, Bernd; TREIB, Oliver. Playing the blame game on Brussels: the domestic political effects of EU interventions against democratic backsliding. *Journal of European Public Policy*, [S.I.], v. 24, n. 3, pp. 352-365, set. 2016. <http://dx.doi.org/10.1080/13501763.2016.1229359>.
- SEDELMEIER, Ulrich. Anchoring Democracy from Above? The European Union and Democratic Backsliding in Hungary and Romania after Accession. *Journal of Common Market Studies*, Londres, v. 52, n. 1, pp. 105-121, jan. 2014. <https://doi.org/10.1111/jcms.12082>.
- SEDELMEIER, Ulrich. Political safeguards against democratic backsliding in the EU: the limits of material sanctions and the scope of social pressure. *Journal of European Public Policy*, [S.I.], v. 24, n. 3, pp. 337-351, set. 2016a. <https://doi.org/10.1080/13501763.2016.1229358>.

- SEDELMEIER, Ulrich. Protecting Democracy inside the European Union? The Party Politics of Sanctioning Democratic Backsliding in the European Parliament. *MAXCAP Working Paper Series*, Berlim, n. 27, jul. 2016b.
- SENA, Barbara Bianca; OLIVEIRA, Flavia Cristina Gomes de. Qualificação e consolidação da democracia: breves reflexões. *Boletim Economia Empírica*, Brasília, v. 1, n. 6, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/bee/article/view/5534/2224>. Acesso em: 06 jul. 2021.
- SIMPSON, Alberto; DONNO, Daniela. Can International Election Monitoring Harm Governance? *Journal of Politics*, Chicago, n. 74, pp. 501-513, out. 2012. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2047555>.
- SKINNER, Quentin. The Empirical Theorists of Democracy and Their Critics: A Plague on Both Their Houses. *Political Theory*, Thousand Oaks, vol. 1, n. 3, pp. 287-306, ago. 1973. <https://doi.org/10.1177/009059177300100302>.
- STANLEY, Ben. Backsliding Away? The Quality of Democracy in Central and Eastern Europe. *Journal of Contemporary European Research*, [S.I.], v. 15, n. 4, pp. 343-353, dez. 2019. <https://doi.org/10.30950/jcer.v15i4.1122>.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- TANSEL, Cemal Burak. Authoritarian Neoliberalism and Democratic Backsliding in Turkey: Beyond the Narratives of Progress. *South European Society and Politics*, [S.I.], v. 23, n. 2, pp. 197-217, jun. 2018. <https://doi.org/10.1080/13608746.2018.1479945>.
- TREISMAN, Daniel. Is Democracy in Danger? A Quick Look at the Data. In: DEMOCRATIC BACKSLIDING AND ELECTORAL AUTHORITARIANISM, 2018a, New Haven, *Unpublished manuscript*. Disponível em: <https://www.danieltreisman.org/s/draft-june-7-58s2.pdf>.
- TREISMAN, Daniel. Is democracy really in danger? The picture is not as dire as you think. *The Washington Post*, Washington, 2018b. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/06/19/is-democracy-really-in-danger-the-picture-is-not-as-dire-as-you-think/>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- VITULLO, Gabriel Eduardo. Transitologia, consolidologia e democracia na América Latina: uma revisão crítica. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 17, pp. 53-60, nov. 2001. <https://doi.org/10.1590/S0104-44782001000200006>.
- WALDNER, David; LUST, Ellen. *Theories of Democratic Change, Phase I: Theories of Democratic Backsliding*. U.S. Agency for International Development, [S.I.], abr./mai. 2015a.

- WALDNER, David; LUST, Ellen. Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding. *Annual Review of Political Science*, Yale, v. 21, p. 93-113, mai. 2018. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-050517-114628>.
- WALDNER, David; LUST, Ellen. *Unwelcome Change: Understanding, Evaluating, and Extending Theories of Democratic Backsliding*. U.S. Agency for International Development, [S.I.], jun. 2015b.

Recebido em 12 de agosto de 2020.

Aprovado em 10 de junho de 2021.

RESUMO: O artigo propõe-se a explorar um conceito que ganhou relevância nos últimos anos na literatura sobre as tendências democráticas globais: o “*democratic backsliding*”. Para tanto, parte-se da tentativa de Nancy Bermeo de identificar as manifestações características do *backsliding* em exemplos históricos, sistematizando lições a respeito da conceituação do fenômeno e de como ele se relaciona com outras formas de retrocesso ou regressão democrática. Adiante, mapeia-se a bibliografia crescente sobre o tema, tendo como norte a evidenciação dos limites à sua importação acrítica, mas também horizontes possíveis de aplicabilidade. Na terceira parte, o artigo volta-se à realidade latino-americana e destaca a importância de diferenciar mutações naturais à política de expressões de *democratic backsliding*. Finalmente, conclui-se que, se cada democracia possui processos de falência e consolidação próprios, sem olvidar a influência que eventos de escala regional ou global exercem sobre elas, cada crise merece uma análise desnaturalizada, individual e multinível; nesta tarefa, o conceito de *democratic backsliding* é particularmente útil, desde que não faça perder de vista a necessidade histórica que a democracia tem de um espaço político para transformar-se e amadurecer.

Palavras-chave: democracia, *democratic backsliding*, política, América Latina, Direito Internacional.

ABSTRACT: The article aims to explore a concept that has gained relevance in recent years in the literature on global democratic trends: the “democratic backsliding”. To do so, it starts from Nancy Bermeo’s attempt to identify the characteristic manifestations of backsliding in historical examples, systematizing lessons about the concept of the phenomenon and how it relates to other forms of democratic regression. Then, the growing bibliography on the subject is mapped, with the aim to highlight the limits to its uncritical import, but also possible horizons of applicability. In the third part, the article turns its attention to the Latin American reality and highlights the importance of differentiating natural mutations in politics from expressions of democratic backsliding. In the end, it is concluded that, if each democracy has its own failure and consolidation processes, without forgetting the influence that events of a regional or global scale exert on them, each crisis deserves a denaturalized, individual and multilevel analysis; in this task, the concept of democratic backsliding is particularly useful, as long as it does not lose sight of the historical need that democracy has for a political space to transform and mature.

Keywords: democracy, democratic backsliding, politics, Latin America, International Law.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva; CARRIJO, Augusto Guimarães; VIEIRA, Igor Costa; AZEVEDO, Pedro Henrique. O conceito emergente de “democratic backsliding”: lições para a América Latina a partir de uma nova categoria de investigação democrática. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1607>.

As cortes e os desafios da era digital: a vigilância na jurisprudência comparada

The courts and the challenges of the digital age: the surveillance in comparative jurisprudence

José Adércio Leite Sampaio*

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG,
Brasil

1. Introdução

Nos últimos trinta anos, a sociedade se tornou mais digital, mais global e mais conectada. A revolução da tecnologia da informação possibilitou que as pessoas passassem a se comunicar instantaneamente e cada vez mais. A medicina passou a contar com instrumentais que ajudaram nos diagnósticos, tratamento e cura das doenças. Os decisores, inclusive legisladores e formuladores de políticas pública, puderam valer-se de uma quantidade e combinação de dados jamais possíveis, tornando menos complicada a formulação de prognósticos que os auxiliam na escolha das alternativas. Os múltiplos canais de comunicação criaram um horizonte imenso de participação cidadã, prometendo uma revolução também na democracia. Essas, dentre tantas outras virtudes da “sociedade digital”, também contam com sérias ameaças. Algumas menos tangíveis (ou menos tangíveis ainda), como as mudanças comportamentais e de mundividência. Outras mais concretas e já presentes, como a sofisticação dos instrumentos da criminalidade e do terrorismo.

* Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da pós-graduação stricto sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República. E-mail: joseadercio.contato@gmail.com.

Os Estados, a pretexto de combatê-las, também passaram a utilizar das ferramentas que as novas tecnologias lhes propiciaram. Os organismos de inteligência conseguiram coletar, armazenar, tratar e empregar um número massivo de dados pessoais. Essas atividades, pela própria natureza e finalidade, realizam-se secretamente, o que trouxe adicionalmente problemas para os direitos fundamentais e para a democracia. Em diversos Estados democráticos foram aprovadas leis para discipliná-las, embora sem a capacidade de estabelecer adequadamente os quadros de licitude ou, ao menos, sem realizar um adequado ajustamento entre a finalidade de promoção dos interesses estatais, sobretudo, de segurança nacional e os direitos de indivíduos e grupos. É certo que estabeleceram sistemas de controle e supervisão das atividades de vigilância, mas seria razoavelmente previsível que eles apresentariam seus problemas. Entre esses sistemas, não poderia faltar o Judiciário. Seria de se esperar dele uma resposta ativa e contundente para prevenir e reparar os danos causados pela “tentação autoritária” dos algoritmos e do mundo digital, sob a perspectiva, ao menos, do controle da vigilância.

O presente artigo analisa como o Judiciário respondeu a essa chamada de responsabilidade. Procurou-se lançar um (primeiro) olhar sobre o problema e tentar responder se o Judiciário, como uma tradicional e requisitada garantia dos direitos, tem atendido às expectativas de prevenção e reparação. A depender da resposta, podem-se lançar desconfianças sobre a capacidade institucional do próprio Judiciário e, por extrapolação, dos demais órgãos constitucionais de promoção dos direitos, de enfrentar os desafios impostos pela nova e ambivalente “realidade virtual”. Procurou-se avaliar o repertório de jurisprudência de alguns Estados, aqueles em que as questões já vieram à discussão judicial, seguindo-se, numa metodologia comparativa e indutiva, que se vale da revisão bibliográfica como ancoradouro da reflexão. Na primeira parte, é analisado o quadro geral da sociedade digital para, na segunda, ser apresentado o resultado da pesquisa jurisprudencial em sede nacional.

2. A sociedade digital

A sociedade digital é uma ideia, um processo e uma preocupação. Ideia, pela emergência de relações sociais, de constructos e reproduções culturais a partir da redefinição identitária de indivíduos e grupos na ambivalência criada pelas tecnologias digitais e sua combinação de cálculo mecânico, da eletrônica, do código binário e dos sistemas de linguagem humana, a

instituir uma espécie de “sistema operacional” da virtualidade do real e da realidade do virtual^{1,2}. Um processo de digitalização e datificação da vida em seus múltiplos aspectos com o emprego das constantes inovações daquelas tecnologias e os prenúncios de uma sociedade automatizada ou, em parte ou inteiramente, guiada por algoritmos³. Uma preocupação que se projeta em todos os âmbitos do saber e da práxis, da filosofia à política, da ética ao direito⁴. O “homo digitalis” tem diante de si um horizonte de possibilidades e um turbilhão de ameaças⁵. As ambivalências do virtual e real não deixam de notar que esse “novo” ser, se pode converter-se em um e-cidadão, capaz de participar e controlar governos, é também rotineira e mais intensamente monitorado, por vontade própria ou por olhos matemáticos e programas eletrônicos sofisticados^{6,7}. O “homo digitalis” é, desde o seu início, “custodiebantur hominem”. Esse é um problema que se põe no tempo presente e não rascunho de uma distopia miserável. Os Estados, a pretexto da defesa da segurança nacional e do combate ao crime, a todos procura vê, ouve, acompanha⁸. Os órgãos de inteligência, nome brando à espionagem e de espia estatal, valem-se de expedientes técnicos refinados para coligir, interceptar, extrair, filtrar, armazenar e analisar imenso volume de informações pessoais, em meios físicos ou eletrônicos, “on” ou “offline”, estáticos ou em transmissão, para uso próprio ou compartilhado⁹. Os riscos associados a esse poder e essa prática são igualmente volumosos. Os direitos e a própria democracia correm perigo¹⁰. As leis procuram discipliná-la, mas,

1 ATHIQUE, 2013.

2 Vejam-se as ambivalências do binômio real/virtual: DELEUZE, 1996, p. 55; LÉVY, 1996, p. 12.

3 DUNHAM, 2015; LOEBBECKE; PICOT, 2015.

4 E à psicologia e à neurociência com impactos comportamentais e biofuncionais do cérebro (MONTAG; DIEFENBACH, 2018).

5 Também se identifica uma ambivalência na sinonímia que se encontra na literatura com o “homo numeralis” ou “homo horologium”, associados aos ciber-homens do transhumanismo, como substituição ao “homo sapiens” (EDUARDOVYCH, 2019, pp. 147-148).

6 MOEREL; PRINS, 2016; HINTZ; DENCNIK; WAHL-JORGENSEN, 2017.

7 Nessa bilateralidade, pelos menos no estágio atual, há menos a atuação cívica e mais a submissão do “sujeito digital”, um misto ou composto de múltiplas forças, identificações, afiliações e associações (ISIN; RUPPERT, 2015, p. 12), expressas em ações atomizadas (PAPACHARISSI, 2010, p. 131), à vigilância estatal (FRIEDMAN, 2018) e aos jogos algorítmicos que podem repercutir nos processos eleitorais (MANHEIM; KAPLAN, 2018).

8 FELDMAN, 2011; FRIEDMAN, 2018.

9 LYON, 2019, p. 65.

10 FELDMAN, 2011; BIGO, 2012.

ao discipliná-la, a legitimam, sendo incapaz de prever todas as possibilidades de aplicação, quando não servem de mero instrumento de legitimação pura e simplesmente¹¹. Os mecanismos de supervisão que preveem tendem a ser pouco efetivos, pela captura à lógica securitista ou vigilante¹², restando ao Judiciário a tarefa hercúlea de contê-la nos quadros da legalidade e do respeito aos direitos¹³.

Um Judiciário, por certo, dotado das garantias de independência, imparcialidade e um procedimento adequado, tende a minimizar o esforço de cooptação do discurso de emergência securitária antiterror e de combate ao crime; e, portanto, mais preparado a promover o justo equilíbrio entre as necessidades públicas e a proteção dos direitos fundamentais¹⁴. Claro que os juízes carecem de formação técnica apropriada para lidar com a complexidade dos aparatos tecnológicos de vigilância, mas esse déficit pode, pelo menos, em parte, ser suprido pelo recurso a peritos¹⁵. As soluções de controle judicial, apresentadas pelos sistemas, são diversas: controle prévio, muito além do controle de constitucionalidade das leis autorizadoras da vigilância, pela exigência de autorização para adoção das medidas; concomitante ao processo de monitoração; e posterior, no exercício de revisão da legalidade e proporcionalidade das medidas. Pode haver uma especialização na forma de colegiados típicos ou em formas atípicas ou mistas; como pode ser competência dos ramos comuns da Justiça. Importa saber, ainda que por uma curta amostragem, como o Judiciário tem respondido ao desafio¹⁶.

3. A jurisprudência de vigilância

A jurisprudência sobre vigilância no direito comparado é vacilante, ora conferindo proteção aos direitos; ora validando as coletas e tratamento intensivo de dados das pessoas. De um modo geral, os Tribunais especializados em controle prévio com a Corte de Vigilância e Inteligência Estrangeiras (*Foreign Intelligence Surveillance Court – FISC*) norte-americana¹⁷, o Comissariado de

11 JAUVERT, 2015; MOREL, 2015; TARROW, 2015, pp. 165-166.

12 BALZACQ, 2005, DIXIT, 2016.

13 SAMPAIO, 2002, pp. 79, 677ss; GINSBURG, 2005, p. 227.

14 ROACH, 2009, pp. 155 ss, 165.

15 CAMERON, 2000, pp. 157 ss; UNIÃO EUROPEIA, 2007, p. 45.

16 CAPARINI, 2007, pp. 15-16; FRANÇA, 2016.

17 Numa das raras ocasiões em que a Corte se posicionou contra pedidos do Governo, foi

Poderes de Investigação (*Investigatory Powers Commissioner's Office*) britânico e Comitê Independente (*Unabhängige Gremium*) alemão, assim como os colegiados judicialiformes, ao estilo da Comissão G-10 da Alemanha, do Tribunal de Inteligência e Defesa (*Försvarsunderrättelsesdomstol* – FUD) da Suécia, da Comissão de Avaliação de Uso dos Poderes (*Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden* – TIB) dos Países Baixos e do Ofício para Proteção Legal (*Rechtsschutzbeauftragte* – RSB) austríaco revelam uma certa deferência aos serviços de inteligência¹⁸. O elevado número de ordens concedidas comparativamente às denegadas é um bom termômetro desse quadro¹⁹. A análise mais profunda é prejudicada pelo sigilo que também existe nos casos em que esses órgãos decidem, normalmente, dando-se acesso apenas a estatísticas e dados gerais que dificultam o exame das razões apresentadas, a menos que haja expressa determinação de publicidade nos julgados. A questão acaba sendo lançada para um eventual controle judicial posterior. Ressalta-se, aqui, primeiramente, a solução do Reino Unido com a especialização de um colegiado de juízes, o Tribunal de Poderes de Investigação (*Investigatory Powers Tribunal* – IPT).

A legislação britânica, como a da maioria dos países europeus, dá uma série de poderes aos órgãos de inteligência para vigiarem as pessoas. Um plexo de normas, denominado pelos críticos de “Carta dos Bisbilhoteiros” (*Snoopers' Charter*)²⁰, permite a expedição de mandado, por um juiz ou pelo Secretário do Interior, para a vigilância em massa de dispositivos eletrônicos. Essa vigilância pode ocorrer sobre as comunicações ou sobre os dados armazenados nesses dispositivos, coletando, por exemplo, o histórico de navegação da internet e dos aplicativos baixados, os nomes e senhas, bem como, a localização em tempo real das pessoas. Por esse emaranhado de normas e pelas deficiências do controle judicial sobre os “serviços secretos da Rainha”, a jurisprudência do Tribunal de Poderes de Investigação do Reino

revelado que o *Federal Bureau of Investigation* – FBI vinha se utilizando de vigilância massiva para investigar testemunhas e informantes em potencial que não eram suspeitos de crimes nem estavam envolvidos com atividades que ameaçassem a segurança nacional. Havia também indicativos de que estivesse usando a chamada “construção paralela” de provas, para inserir aquelas colhidas pelo programa de vigilância em massa da NSA em processos criminais. A vigilância permite que se busquem mandados apenas para legalizar a prática de obtenção de provas (ESTADOS UNIDOS, 2018b).

18 FRANÇA, 2016.

19 MURPHY, 2019.

20 GERSCH, 2012; GILL, 2019.

Unido não é muito rica em exemplos que mostrem o êxito de instituição de uma Corte especializada para controle posterior²¹. Mesmo assim, há decisões meritórias, como a que reputou o regime de obtenção e retenção massiva de dados de comunicações, previsto na Seção 94 da Lei de Telecomunicações de 1984^{22,23}, contrário à Convenção Europeia de Direitos Humanos, modificando seu entendimento de que a interceptação em massa do Reino Unido era lícita. Assim também o fez em relação à legalidade do acesso do Reino Unido à vigilância em massa realizada por órgão de inteligência dos Estados Unidos²⁴. Julgados posteriores, no entanto, mostraram-se vacilantes, dando nítidos sinais de retorno à antiga orientação^{25,26}. Note-se que o IPT analisa a legalidade dos atos em face das leis de vigilância, sem avaliar, por exemplo, a sua compatibilização com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e, menos ainda, com documentos constitucionais que reconheçam direitos fundamentais. A competência de outros órgãos jurisdicionais para exercer esse controle, sobretudo, na segunda hipótese, é polêmica, em face da supremacia do Parlamento. No final de Julho de 2019, a Alta Corte de Justiça foi acionada pelo grupo de direitos humanos “Liberty”, solicitando o reconhecimento de violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela prática de “hackeamento em massa” dos dados pessoais dos britânicos. A Corte, no entanto, concluiu que a vigilância massiva era lícita, sob a perspectiva da “*Human Rights Act*” de 1998. As salvaguardas criadas da “*Investigatory Powers Act 2016 (IPA)*”, que a autorizava, eram suficientes para evitar o risco de abuso de poder discricionário, não havendo, por conseguinte, violação à Convenção Europeia no procedimento^{27,28}. Uma

21 SCOTT, 2017; MURPHY, 2019.

22 REINO UNIDO, 2016b.

23 Em “*News Group Newspapers Limited and Others v The Metropolitan Police Commissioner (IPT/14/176/8)*”, de 17/12/2015, reconheceu-se a ilegitimidade de vigilância sobre jornalistas, embora não lhes tenha deferido indenização (REINO UNIDO, 2015a).

24 REINO UNIDO, 2015b.

25 REINO UNIDO, 2017; 2018.

26 A matéria foi submetida à Corte Europeia de Direitos Humanos: (PRIVACY INTERNATIONAL, 2016; REINO UNIDO, 2019b).

27 REINO UNIDO, 2019a.

28 Houve recurso para a Corte de Apelação, não julgado até o encerramento deste artigo (BBC-NEWS, 2019). Apenas para informação, os recursos da “*High Court of Justice*” são feitos perante a “Corte de Apelação” e, subsequentemente, para a Suprema Corte, se se tratar de assunto de alta relevância.

última nota sobre a matéria não pode deixar de ser feita. A Suprema Corte decidiu por uma pequena maioria de 4 a 3 que a “cláusula de exclusão” de recursos contra julgados do IPT, previsto na RIPA (§67 (8)), não impediria apelação fundada em erro de direito^{29,30}.

Na Alemanha, Tribunal Constitucional Federal acolheu o argumento do governo para não enviar as listas de “seletores” da Agência de Segurança Nacional para a comissão parlamentar de inquérito que investigava a vigilância em massa no País, reconhecendo que a segurança nacional e os interesses da política externa se impunham ao poder investigatório dos parlamentares^{31,32}. Entretanto, declarou parcialmente contrária à Constituição a triagem de dados em bancos de dados públicos e privados, destinada a encontrar potenciais terroristas, baseada apenas numa ameaça genérica ou em tensões com governos estrangeiros. Embora se tenha reputado compatível com os direitos fundamentais a autorização legal dada à polícia para usar medidas de vigilância secreta, como a realizada em residências particulares, pesquisas remotas de sistemas de tecnologia da informação, vigilância de telecomunicações e coleta de dados de tráfego de telecomunicações para combater o terrorismo internacional, afirmou-se que tais procedimentos somente poderiam ser realizados no caso de perigo concreto para a vida ou liberdade das pessoas ou para a segurança do Estado. Também se declarou desproporcional a permissão de transferência de dados para autoridades de países estrangeiros, estabelecendo alguns princípios que deveriam orientar

29 REINO UNIDO, 2019b.

30 Ainda que em “obiter dictum”, a maioria entendeu que era contrário ao Estado de Direito o poder de o Parlamento alterar os modos normais de controle judicial de uma decisão do executivo, ainda que prolatada por um órgão judicial como IPT, fugindo à possibilidade de revisão pela Suprema Corte. A decisão gerou intensa polêmica, pois pode comprometer a supremacia do Parlamento e abrir caminho para o controle de constitucionalidade. (SCOTT, 2020).

31 ALEMANHA, 2016a.

32 “*Das Interesse an der Erhaltung der außen- und sicherheitspolitischen Handlungsfähigkeit der Bundesregierung überwiegt das Recht des Untersuchungsausschusses auf Herausgabe der NSA-Selektorenlisten*” (ALEMANHA, 2016a, p. 155). Dois pontos merecem ainda ênfase nesse julgado: o reconhecimento de que os serviços de inteligência são exigências da Lei Fundamental para constituição de uma democracia, autoafirmação do Estado de Direito e para a segurança na República (ALEMANHA, 2016a, p. 139). E o reconhecimento de que a cooperação internacional, no âmbito dos serviços de inteligência, no caso entre a NSA norte-americana e o Serviço Federal de Inteligência alemão (BND), integravam a “Regra de Terceiros”, o que impunha a confidencialidade sobre os dados, a menos que houvesse o consentimento do provedor de informações (ALEMANHA, 2016a, p. 149/150).

essa transferência^{33;34} Na linha desse julgado, declarou inconstitucional uma série de restrições à Reforma do Sistema de Vigilância estrangeira, aprovada em 2016 (“*Gesetz zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*”), dando-se o prazo de adequação da Lei até 31 de dezembro de 2021³⁵. Embora os serviços de inteligência e vigilância estratégica fossem uma necessidade do Estado, eles deveriam respeitar a Lei Fundamental. A vinculação das autoridades estatais alemãs aos direitos fundamentais não se limitaria ao território alemão, embora pudesse haver um grau diferenciado de proteção àqueles que moravam fora do País. Não a ponto de violar a liberdade de expressão e os direitos de defesa contra a vigilância das telecomunicações (arts. 5(1) e 10(1) da Lei Fundamental) dos estrangeiros no exterior. As normas disciplinadoras da transmissão de informações obtidas por meio dessa vigilância e para a cooperação com serviços de inteligência estrangeiros haviam violado o conteúdo essencial desses direitos. Afirmou-se que a transmissão de dados pessoais de vigilância estratégica somente seria permitida para a proteção de bens jurídicos relevantes e pressupunha uma situação de risco específica ou uma suspeita de crime suficientemente definida, havendo de ser documentada com a devida justificação. Os acordos de cooperação com serviços de inteligência estrangeiros só atenderiam aos requisitos de direitos fundamentais, se garantissem que as exigências do Estado de Direito fossem atendidas pelas trocas mútuas de dados e que fosse preservada a responsabilidade do Serviço de Inteligência Federal (*Bundesnachrichtendienst – BND*) pelos dados que coletasse e avaliasse. Para o Tribunal, era imprescindível que houvesse um controle objetivo e independente “do tipo judicial” da compatibilidade dos poderes de vigilância estratégica, de transmissão dos dados obtidos e da cooperação com serviços estrangeiros com os requisitos de proporcionalidade; associado a um controle administrativo de legalidade

33 ALEMANHA, 2016b.

34 “*Die Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ist zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar*” (ALEMANHA, 2016b, p. 1)

35 A reforma deu poderes ao BND, serviço de inteligência estrangeira, e criou um órgão integrado por juízes da Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*), por ela, indicados, e por um Procurador da República, oficiante perante aquela Corte, indicado pelo Procurador-Geral da República. Não lhe eram atribuídos claramente poderes requisitórios, nem eram garantidos recursos para desempenho da função. Havia uma disciplina lacunosa sobre os intercâmbios de dados do BND com órgãos estrangeiros, dentre outros problemas apresentados na literatura e que foram levados ao Tribunal (WETZLING, 2017).

do processo de monitoramento. A independência institucional deveria incluir a garantia de orçamento próprio e autonomia processual, recursos logísticos e humanos que garantissem a eficiência das tarefas realizadas. Ademais, deveriam possuir todos os poderes necessários para um controle efetivo do Serviço de Inteligência Federal³⁶. Já no final de 2017, o Tribunal Administrativo Federal (*BVerwG*) havia decidido que o BND não tinha autorização legal para processar os dados da filial alemã da Repórteres Sem Fronteiras (RSF Alemanha), em seu chamado “sistema de análise de tráfego” (VerAS). Por meio desse sistema, os dados de tráfego de telecomunicações, que eram coletados massivamente, pelo BND, podiam ser analisados e interconectados. Depois dessa decisão, o órgão declarou o encerramento da análise de registros de metadados de chamadas telefônicas^{37;38}. O Tribunal Constitucional da Polônia também declarou parcialmente inconstitucionais e atentatórios à Convenção Europeia de Direitos Humanos diversos dispositivos de leis sobre vigilância eletrônica. As razões giraram basicamente em torno da falta de salvaguardas para realização das operações e do monitoramento dos dados, como a falta de identificação da autoridade responsável ou de supervisão independente, de garantias de destruição imediata de dados irrelevantes ou ilegalmente capturados, bem como por violação de sigilos profissionais³⁹.

Na França, o Conselho Constitucional julgou que, em caso de vigilância internacional, a exclusão do direito da vítima à indenização por ato ilegal do governo francês era constitucional⁴⁰. Também não deu proteção ao pleito de diversos autores contra um decreto presidencial “confidencial” que permitiria aos serviços secretos a realização de vigilância em massa de comunicações internacionais, contentando-se pura e simplesmente com a afirmação do governo de que tal decreto inexistia^{41;42}. Tampouco deu gua-

36 ALEMANHA, 2020.

37 KLEIN, 2018.

38 A RSF Alemanha desenvolveu uma ferramenta on-line, chamada de “BND-Generator”, para permitir que qualquer pessoa pudesse, com um simples clique de mouse, remover suas informações do banco de dados VerAS (RSF, 2018).

39 POLÔNIA, 2014; PODKOWIK, 2015.

40 FRANÇA, 2015.

41 JAUVERT, 2015; pp. 44-45.

42 “*Considérant que la personne faisant l’objet d’une mesure de surveillance internationale ne peut saisir un juge pour contester la régularité de cette mesure; qu’en prévoyant que la commission peut former un recours à l’encontre d’une mesure de surveillance internationale, le législateur a assuré une conciliation qui n’est pas manifestement disproportionnée entre le droit à un recours juridictionnel effectif et le secret de la défense nationale*” (FRANÇA, 2015, §18, p. 6-7).

rida ao argumento de que artigo L-854-1 da Lei de Inteligência, aprovada em 2015, visava legalizar as operações anteriormente feitas às escondidas⁴³. No entanto, declarou a inconstitucionalidade de um artigo que excluía do regramento legal e do controle da autoridade independente a vigilância das transmissões por via hertziana, contrariando o argumento de que as medidas se destinavam a garantir exclusivamente os interesses nacionais. Entendeu-se que a disposição não definia a natureza das medidas de vigilância e controle que as autoridades estavam autorizadas a tomar e que, ainda assim, tais medidas não estavam sujeitas a qualquer salvaguarda substantiva ou processual^{44;45}.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a legitimidade da vigilância massiva, realizada pelos órgãos de inteligência, embora tenha estabelecido um precedente importante em “Carpenter v. United States”. No caso, ela afirmou que as informações de localização dos celulares estavam protegidas pela garantia da Quarta Emenda contra buscas e apreensões desarrazoadas. Refutou-se o argumento, apresentado pelo governo, de que o usuário renunciaria a sua “*privacy*” ao possuir um dispositivo digital. Embora houvesse o entendimento, fundado em precedentes da Corte, de que eram exigidos mandados judiciais de interceptação de chamadas ou para acesso o conteúdo das mensagens, não existia, até a decisão, o reconhecimento de que a proteção constitucional se estendia aos metadados, nos quais se incluem os serviços de localização digital^{46;47}.

43 JAUVERT, 2015; MOREL, 2015.

44 FRANÇA, 2016.

45 “*En dernier lieu, les dispositions contestées ne définissent pas la nature des mesures de surveillance et de contrôle que les pouvoirs publics sont autorisés à prendre. Elles ne soumettent le recours à ces mesures à aucune condition de fond ni de procédure et n’encadrent leur mise en œuvre d’aucune garantie*” (§8, p. 4). No entanto, ao aceitar o pedido de um governo, o Conselho Constitucional adiou a revogação do artigo L. 811-5 para 1/1/2018, por considerar que a revogação imediata teria o efeito de privar as autoridades públicas de qualquer possibilidade de monitorar transmissões usando o canal de rádio; bem como para permitir ao legislador remediar a inconstitucionalidade constatada (§11). De todo modo, as disposições não poderiam ser interpretadas como capazes de ser usadas como base para medidas para interceptar correspondência, coletar dados de conexão ou capturar dados Sistemas informáticos sem o controle da Comissão Nacional de Controle das Técnicas de Inteligência (*Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement – CNCTR*) (FRANÇA, 2016, § 12, pp. 4-5).

46 ESTADOS UNIDOS, 2018a.

47 A Corte superou a “*third-party doctrine*”, que considerava uma renúncia à “*privacy*” a entrega ou transferência de dados pessoais a terceiros, possibilitando que o Estado tivesse acesso a esses dados sem necessidade de mandado (SAMPAIO, 1997). Um precedente importante usado na decisão fora “United States v. Jones”, em que se considerou que a instalação de um dispositivo

Alguns julgados de primeira instância têm acolhido o argumento do governo de que tais atividades gozariam de imunidade à fiscalização judicial, por cuidarem de segurança nacional⁴⁸. Entretanto, já há decisões, como a da Corte de Apelação do Segundo Circuito, no sentido de que o programa de coleta de metadados telefônicos, previsto na Seção 215 da “*Patriot Act*”, é inconstitucional. Entendeu-se que a necessidade e a proporcionalidade exigiriam que os dados coletados fossem relevantes para uma investigação específica e não para combater o terrorismo em geral⁴⁹. O Tribunal de Apelação do Nono Circuito, na mesma linha, decidiu que o privilégio dos

de rastreamento do Sistema de Posicionamento Global (GPS) em um veículo, usado para monitorar os seus movimentos, constituía uma busca sob a quarta emenda, a exigir mandato (ESTADOS UNIDOS, 2012). A Corte ficou dividida e recebeu muitas críticas. De acordo com a maioria e os críticos, o Estado poderia legitimamente requisitar qualquer informação de propriedade de terceiros, desde que essa requisição não fosse excessivamente onerosa. Como Carpenter, que detinha o celular de cujos dados de localização foram obtidos, não possuía a propriedade desses dados, pois eles pertenciam à telefônica, ele não tinha o direito de contestar a requisição. Ele teria transmitido voluntariamente essas informações à empresa de telefonia celular, por meio da compra de seus serviços (STONE, 2019). É preciso lembrar que a Suprema Corte reconhece há muito tempo que, em circunstâncias excepcionais, os tribunais devem agir no interesse de segurança nacional, de modo a impedir a divulgação de segredos do Estado (ESTADOS UNIDOS, 1875; 1953). Em contrapartida, coube a ela, mesmo diante da política antiterror, reconhecer o direito ao habeas corpus contra tentativas executivas (“*Rasul v. Bush*”, 531 U.S. 98 [2000]) e depois legislativas (“*Hamdan v. Rumsfeld*”, 548 U.S. 557 [2006]), e “*Boumediene v. Bush*”, 553 U.S. 723 [2008]) de cassá-lo em relação aos presos em Guantánamo (ROACH, 2009, pp. 142-143). Assim também, embora não se tenham localizado decisões da Corte Constitucional italiana sobre a “*sorveglianza di massa*”, pode-se notar que ela atribui à segurança e segredos de Estado valor constitucional. A segurança do Estado é, para ela, um “interesse essencial e irremediável da comunidade, com um caráter claro de preeminência absoluta sobre todas as outras, na medida em que afeta [...] a própria existência do Estado” (*La sicurezza dello Stato [costituisce] un interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca (...) la esistenza stessa dello Stato*) (decisão n 40/2012, n. 106/ 2009, n. 86/1977) (ITÁLIA, 1977; 2009; 2012). Sobre o sigilo do Estado, afirmou-se tratar de um “*disciplina del segreto involge il supremo interesse della sicurezza dello Stato - comunità alla propria integrità ed alla propria indipendenza, interesse che trova espressione nell’art. 52 della Costituzione in relazione agli artt. 1 e 5 della medesima Carta*” (decisão n. 24/2014) (ITÁLIA, 2014).

48 Algumas dessas decisões sequer enfrentam a matéria, alegando ilegitimidade ativa de entidades ou indivíduos que, genericamente, questionam a invalidez das leis que autorizam a atuação dos órgãos de inteligência e segurança. No julgamento da Corte Distrital do Norte da Califórnia, afirmou-se que os indivíduos não detinham legitimidade para questionar a legalidade de atos do governo no caso de vigilância da NSA (ESTADOS UNIDOS, 2019). O recurso está pendente de julgamento perante a Corte de Apelação do Nono Circuito. (COHNMAY, 2017). Assim também, em 16/12/2019, a Corte Distrital de Maryland, em “*Wikimedia Foundation v. NSA*”, decidiu que a autora não havia apresentado provas suficientes de que a NSA estava monitorando os usuários da Wikipedia, mas que, mesmo que tivesse feito a prova, o privilégio de segredos de Estado impediria a continuidade do processo. Houve recurso à Corte de Apelação do Quarto Circuito (BUATTI; PALMER, 2019).

49 ESTADOS UNIDOS, 2015.

segredos de Estado não se aplicava aos casos em que se discuta a vigilância eletrônica doméstica. Diante da falta de clareza da Lei de Inteligência Estrangeira (FISA), haveria de prevalecer o “direito comum” e a proteção da “*privacy*”, revertendo a decisão de primeira instância⁵⁰.

Nos Países Baixos, o Tribunal Distrital de Haia também suspendeu norma neerlandesa que obrigava as empresas de telecomunicações a reterem os metadados de comunicações de seus clientes para leitura pelas autoridades, por infringir os direitos das pessoas à privacidade e proteção de dados^{51;52}. Esse é um entendimento encontrado no repertório de decisões de Cortes de outros Estados europeus. O Tribunal Constitucional da Bulgária com a sentença n. 13627/2008; a “Curtea Constituțională” romena com sentença de 8 de outubro de 2009; o Tribunal Constitucional da República Tcheca com sentença de 31 de março de 2011; e a Suprema Corte de Chipre com sentença de 1 de fevereiro de 2011, declararam inconstitucional ou inaplicável disposição que obrigava a retenção de dados pessoais por operadoras e provedores de telefonia e internet⁵³.

No Canadá, o Tribunal Superior de Justiça de Ontário estabeleceu uma série de princípios que deveriam ser cumpridos para que a coleta de informações dos serviços de telecomunicações fosse proporcional e, portanto, conforme os direitos fundamentais⁵⁴. No México, a Suprema Corte de Justiça exigiu mandado judicial para o acesso e análise de dados armazenados em

50 ESTADOS UNIDOS, 2019.

51 PAÍSES BAIXO, 2015.

52 Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça da Irlanda não conheceu de ação movida contra a coleta massiva de dados, com base em legislação doméstica, baseando-se no julgado do Tribunal de Justiça (IRLANDA, 2017). A Suprema Corte não exigiu que a ordem de busca fosse expedida necessariamente por um juiz, mas por uma autoridade imparcial: “*it is necessary for the person authorising the search to be able to assess the conflicting interests of the State and the individual in an impartial manner. Thus, the person should be independent of the issue and act judicially*” (IRLANDA, 2012). A questão está em aberto (McINTYRE, 2016, p. 146). Assim também a Corte Constitucional húngara reputou legítimas as previsões legais de retenção de dados e de autorizações de vigilância que eram deixadas ao Executivo sem controle de órgão independente nem do Judiciário. Entendeu-se “a prevenção e eliminação de riscos à segurança nacional exigem decisões políticas”. Nessa matéria somente o Executivo poderia realizar um “equilíbrio justo entre os interesses da segurança nacional e os direitos fundamentais”. A Lei, ao obrigar o controle posterior pelo Comissário de Direitos Humanos, atenderia às salvaguardas constitucionais e convencionais necessárias (BESSEGHINI, 2016).

53 GUELLA, 2017, p. 352.

54 CANADÁ, 2016.

telefone celular⁵⁵, bem como dos metadados de comunicações armazenados pelas empresas de telecomunicações, a incluir os números discados por um usuário, a identidade dos chamadores e a duração da chamada⁵⁶. Um mandado judicial também seria exigido para interceptação de e-mail, abrangendo o acesso à chave (“login”) e à senha⁵⁷. Entendeu, porém, que seria dispensável para o monitoramento de geolocalização por celular⁵⁸. Enfim, considerou constitucional a obrigação imposta às operadoras e provedoras de reter dados de comunicação de todos os mexicanos⁵⁹.

Na Colômbia, o Tribunal Constitucional, ao examinar a Lei 1621, que disciplina as atividades de inteligência, mas que não trata especificamente da vigilância em massa, reforçou a necessidade de as interceptações das comunicações dependerem de alvo específico, no âmbito de uma investigação criminal, requerendo ordem judicial prévia. Essa ordem pode, no entanto, vir apenas subsequentemente para verificar a regularidade de medidas determinadas pelo Procurador-Geral da República. Dentre essas medidas, estão a realização de buscas domiciliares, apreensões de dispositivos de armazenamento de dados, exceto se para procurar seletivamente, em um banco de dados, as informações confidenciais de um acusado⁶⁰; bem como a recuperação de informações de registros da internet ou de outras tecnologias similares e a interceptação de comunicações de um acusado em uma investigação criminal, devendo o controle judicial dar-se dentro de 36 horas nesses últimos dois casos⁶¹. Também há dispensa de ordem judicial para o monitoramento do espectro eletromagnético⁶², o que deixa ampla margem à dúvida sobre as salvaguardas dos direitos. O Tribunal ainda entendeu que a instalação de câmeras de vigilância em veículos de transporte público era justificada pelo objetivo legítimo de proteger o interesse geral e garantir a ordem pública. Ressaltou, porém, que a coleta e o armazenamento das informações captadas se submeteriam às disposições da lei sobre proteção de dados pessoais. Independentemente de onde os sistemas de vigilância

55 MÉXICO, 2013.

56 MÉXICO, 2016.

57 MÉXICO, 2011.

58 MÉXICO, 2014.

59 MÉXICO, 2016.

60 COLÔMBIA, 2007.

61 COLÔMBIA, 2007; 2009; 2014.

62 COLÔMBIA, 2012.

estivessem instalados, se no espaço público, em locais abertos ao público, em áreas comuns, ou em locais que, por serem privados, transcendessem o público, o manuseio e tratamento das informações capturadas pelos sistemas de vigilância deveriam observar os princípios de legalidade, finalidade, liberdade, transparência, acesso e circulação restrita, segurança e confidencialidade e expiração⁶³. Este mesmo debate se estabeleceu no Chile com a instalação de um sistema de videovigilância, realizada por meio de câmeras aéreas de alta tecnologia montadas em balões de ar quente (rol 18.481/2016) e por drones (rol 38.527/2017). A Suprema Corte entendeu que não haveria violação ao direito à intimidade, caso sejam cumpridos certos requisitos como: (a) limitarem-se à coleta em espaços públicos. Em espaços privados, somente quando se tratasse de monitoramento de um evento que pudesse constituir a prática de um crime; (b) um delegado municipal deveria certificar, pelo menos uma vez por mês, que nenhuma imagem fora capturada de espaços de natureza privada; (c) as gravações deveriam ser destruídas após trinta dias, a menos que a gravação tivesse capturado uma ofensa ou falha criminal; e (d) todo cidadão deveria ter acesso às gravações⁶⁴. Em geral, a jurisprudência das cortes dos países latino-americanos exige mandado judicial para que sejam interceptadas as comunicações telefônicas e telemáticas, o que importa, pelo menos, em princípio, negativa à vigilância massiva de dados pessoais^{65,66}.

Assim também na África do Sul. Em setembro de 2019, Supremo Tribunal da África do Sul (*High Court of South Africa*) decidiu e que as leis do país não autorizavam a vigilância em massa. Não fora em caráter absoluto ou do mérito da vigilância intensiva em si, mas sim, pela inexistência de disposições legais que, segundo o governo, dariam amparo à medida. A “*National Strategic Intelligence Act*”, ao dar-lhe poder para “reunir, correlacionar, avaliar e analisar informações nacionais e estrangeiras”, não permitia que se interceptassem ou coletassem “secretamente as comunicações pela

63 COLÔMBIA, 2020.

64 HERRERA, 2018.

65 RODRIGUEZ, 2017.

66 A Suprema Corte da Argentina já decidiu que se pode usar do “habeas data” para obtenção de informações sobre dados pessoais que se encontrem nas agências e forças de segurança, sem prejuízo do fato de que o fornecimento dessas informações pudesse, eventualmente, afetar a segurança, a defesa nacional, relações externas ou investigação criminal, assunto que, em cada caso, deve ser invocado pelo chefe da respectiva instituição (ARGENTINA, 1999).

internet”. De acordo com o Tribunal, se o governo realmente entendesse que a vigilância em massa fosse tão importante para a segurança nacional, o mínimo que deveria fazer era aprovar “uma lei que di[ssesse] inteligivelmente que o Estado pode fazê-lo”, garantindo-se as salvaguardas constitucionais necessária^{67,68}. A Suprema Corte da Índia, por igual, afirmou que a vigilância deve ser sempre para alvos determinados ou em atenção a procedimentos que resguardem o direito à “*privacy*” dos indivíduos⁶⁹.

Em virtude da pandemia do COVID-19, diversos governos adotaram os instrumentos de vigilância, sob argumento de prevenir a contaminação das pessoas pelo novo coronavírus⁷⁰. Em Israel, por exemplo, o serviço secreto de segurança, “*Shin Bet*”, recebeu ordem do Chefe de Governo para começar a rastrear, por meio dos dados de localização dos celulares, os movimentos de israelenses, em um esforço para acompanhar a propagação da doença. O rastreamento visa identificar e pôr em quarenta as pessoas que estiveram em contato a, pelo menos, dois metros e por, no mínimo, dez minutos com alguém que fosse portador do vírus. A tecnologia de rastreamento cibernético era, até então, permitida apenas para a localização de suspeitos de terrorismo. A Suprema Corte de Justiça do País, em “*Meir v. Prime Minister*”, reconheceu a legitimidade da aplicação da medida durante o período da pandemia, entendendo que a proteção da “segurança nacional”, prevista pela Lei do “*Shin Bet*”, abrangia situações de emergência sanitária. Proibiu, no entanto, que a polícia usasse as informações coligidas para outras finalidades persecutórias. Baseando-se na “doutrina de não delegação”, segundo a qual os principais parâmetros para o exercício da discricção administrativa devem ser previstos em lei formal, determinou ao Parlamento a aprovação de lei para disciplinar a medida, tendo em vista que o Primeiro-Ministro a regulara com base em seu poder de emergência, bem como, para instituir uma comissão parlamentar para acompanhar a sua execução⁷¹.

67 ÁFRICA DO SUL, 2019.

68 A Corte, ao analisar a “labiríntica” norma sobre a competência do órgão de inteligência, não identificara qualquer autorização para que as comunicações da Internet fossem secretamente coletadas, correlacionadas ou analisadas por serviço de inteligência doméstico e estrangeiro: “*Nowhere else in the NSIA is there a reference to using interception as a tool of information gathering, still less any reference to bulk surveillance as a tool of information gathering*” (p. 60). Para que houvesse vigilância em massa, “*the least that can be required is a law that says intelligibly that the State can do so*” (ÁFRICA DO SUL, 2019, p. 62)

69 SUBRAMANIAN, 2020.

70 MELLO; WANG, 2020; MONTJOYE; HOUSIAU, 2020.

71 ISRAEL, 2020. CHAHCKO, 2020; MAGID, 2020.

No Brasil, não há uma legislação específica sobre vigilância intensiva. Existe um plexo de normas esparsas de proteção de informações pessoais em bancos dados (como o Código de Defesa do Consumidor, Lei de Telecomunicações, Código Civil, Lei de Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação e Marco Civil da Internet), a serem mais bem sistematizadas pela Lei Geral de Proteção (Lei 13.709/2018), e a disciplina da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas (Lei 9.296/1996)⁷². A jurisprudência tem dado respostas igualmente fragmentadas, notadamente na esfera penal, mas que podem sinalizar precedentes importantes para uma eventual discussão sobre possibilidade e limites de um procedimento de inteligência. Entende-se, por exemplo, que a proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados, conferida pelo art. 5º, XVII, da Constituição, requer a expedição de mandado judicial ou de autorização consciente do investigado para apreensão de computadores⁷³. Mesmo nessa derradeira hipótese, o exame pericial nos equipamentos apreendidos é condicionado à autorização específica da autoridade judicial responsável pela supervisão das investigações⁷⁴. Já se afirmou também que há proteção constitucional da comunicação “de dados” e não dos “dados em si mesmos”, ainda quando armazenados em computador⁷⁵, de modo que “a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não depende dos procedimentos previstos na Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296/1996)”⁷⁶, o que é duvidoso e parece discutível mais ainda pelo fato de, com o Marco Civil da Internet, passarem a ser protegidas, de modo expresso, as conversas armazenadas em dispositivos eletrônicos (art. 7º, III)⁷⁷. No Superior Tribunal de Justiça, já havia firme entendimento de que a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (inclusive “WhatsApp”) e correios eletrônicos, obtidos pela polícia no momento da prisão em flagrante e sem prévia autorização judicial, era ilícita, por violar à intimidade e à vida privada do indivíduo, nos termos

72 PINHEIRO, 2020.

73 BRASIL, 1994.

74 BRASIL, 2006.

75 BRASIL, 2006.

76 BRASIL, 2017.

77 BRASIL, 2014.

do art. 5º, X, da Constituição^{78:79}. Talvez a resposta mais promissora tenha sido dada pelo STF com a suspensão da medida provisória que obrigava as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas. Os dados compartilhados seriam utilizados para a produção de estatística oficial por meio de entrevistas domiciliares não presenciais. O problema não seria a obrigação em si, mas a falta de definição “apropriada” de “como” e “para que” seriam utilizados os dados coletados. De acordo com a relatora, “a norma não oferec[ia] condições para a avaliação da sua adequação e necessidade. Desatende[ria], assim, a garantia do devido processo legal”⁸⁰. A situação de emergência, criada pela pandemia da COVID-19, não poderia gerar um regime de coleta dos dados, sem o reforço das garantias procedimentais para evitar o abuso ou desvio de finalidade no tratamento. A proteção aos direitos da esfera privada havia sido vulnerada⁸¹.

4. Considerações finais

Embora a sociedade digital, produto da revolução tecnológica e das comunicações, a integrar linguagem humana e linguagem de máquina, crie um mundo de comodidades e de melhoria na qualidade de vida, traz uma série de riscos associados, da ética à política, da moral ao direito. Um desses riscos é dado pela prática da vigilância intensiva que propicia. Os Estados, a pretexto de defenderem a segurança nacional e combaterem a criminalidade, passaram a dotar os organismos especializados em vigilância de estruturas técnicas e de suportes legais para realização de coleta, filtragem, armazenamento, tratamento, emprego próprio ou compartilhado de um grande volume de dados pessoais.

78 BRASIL, 2017.

79 O Tribunal Superior do Trabalho tem admitido a videovigilância nos locais de trabalho, salvo em recintos íntimos como vestiários, refeitórios e banheiros, como forma de prevenir contra furtos e roubos (AIRR n. 1830/2003-011-05-40. 3a Tr, AIRR 1926/2003-044-03-40.6, de 2/4/2005); assim também o empregador pode obter provas para a justa causa por meio do rastreamento do e-mail corporativo, utilizado pelo empregado (TST-RR-613/2000-013-10-00.7) (RUARO; HAIIZENREDER JR., 2015)

80 BRASIL, 2020; D'AGOSTINO; VIVAS; FALCÃO, 2020.

81 *Os Ministros parecem reconhecer, embora sem enunciação muito clara, um direito à proteção de dados pessoais autônomo, prescindindo da tutela da esfera íntima e familiar das pessoas.*

Os mecanismos de supervisão, instituídos pelas leis, apresentam problemas de efetividade, seja pela própria dinâmica das atividades de inteligência, seja pela captura à retórica de securitização. Nesse ambiente nebuloso, o Judiciário é chamado a intervir em defesa dos direitos fundamentais e, em última instância, da própria democracia. Os sistemas dão respostas diferentes às necessidades de controle judicial da vigilância. Às vezes, negando-o. Na maioria das vezes, admitindo-o, na forma de órgãos jurisdicionais ou judicialiformes especializados ou da Justiça comum; em controle prévio, concomitante ou sucessivo. A jurisprudência é demasiadamente variada.

Órgãos jurisdicionais especializados na competência de controle prévio, como a FISC norte-americana, ou de controle sucessivo, como o IPT britânico, têm-se mostrado muito deferentes às demandas dos órgãos de inteligência. A Justiça ordinária e constitucional tem apresentado resultados vacilantes. Admite-se, por exemplo, a legitimidade da vigilância em massa na jurisprudência britânica e francesa; embora tenha encontrado obstáculo no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na Corte Constitucional polonesa, no Supremo Tribunal da África do Sul e da Índia. A exigência de mandado judicial prévio e individualizado, o que equivale à negativa das interceptações intensivas, é encontrada na orientação das Cortes Supremas da América Latina, como na Argentina, no Brasil e no México. O Tribunal Constitucional colombiano não o requer para interceptação do espectro eletromagnético. O estabelecimento de supervisão adequada dos serviços de vigilância eletrônica aparece no repertório jurisprudencial de vários lugares como na Alemanha, na França e na Polônia, assim como na orientação de tribunais inferiores no Canadá. O armazenamento de dados e mesmo de metadados é admitido pelas cortes de alguns lugares; e refutado por outras, como na Bulgária, no Chipre e na República Tcheca.

A vigilância por câmeras em locais públicos é tolerada pelos tribunais de praticamente todos os países, desde que cercada de algumas cautelas, a exemplo do Chile e da Colômbia. Os serviços de geolocalização prescindem de autorização judicial na Suprema Corte do México, mas não para a Suprema Corte dos Estados Unidos. A jurisprudência, todavia, é mutante como a própria tecnologia envolvida. Ao que parece, o Judiciário ainda não encontrou seu exato lugar no mundo datificado. Se é que encontrará algum dia.

Referências

- ÁFRICA DO SUL. Alta Corte. *Case 25978/2017, Amabhungande Centre for Investigave Journalist v. Minister of Justice*. Joanesburgo, 16 de setembro de 2019. Disponível em: <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-09/Judgment%20AMABHUNGANE%20v%20MIN%20JUSTICE%20%26%20OTH.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2020.
- ALEMANHA. *BVerfGE 143*, 1. [S.I.], de 20 de setembro de 2016a. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv143001.html>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *1 BvR 966/09*. Karlsruhe, 20 de abril de 2016b. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/04/rs20160420_1bvr096609.html. Acesso em: 11 fev. 2020.
- ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *1 BvR 2835/17*. Karlsruhe, 19 de maio de 2020. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200519_1bvr283517.html. Acesso em: 20 mai. 2020.
- ARGENTINA. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus*. Buenos Aires, 16 de setembro de 1999. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=473193&cache=1622590265560>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- ATHIQUE, Adrian. *Digital Media and Society: An Introduction*. Cambridge: Polity Press, 2013.
- BALZACQ, Thierry. The three faces of securitization: Political agency, audience and context. *European journal of international relations*, [S.I.], v. 11, n. 2, p. 171-201, 2005.
- BBCNEWS. Rights group loses mass surveillance appeal in High Court. *BBC*, [S.I.], 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-49153593>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BESSEGHINI, Maschietto M. *Szabò and Vissy v. Hungary: a step back?* *Lexology*, [S.I.], 5 dez. 2016. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=435b47eb-31a0-4240-b17a-27894e7fffd7>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- BIGO, Didier. Security, surveillance and democracy. *Routledge handbook of surveillance studies*, [S.I.], v. 27, pp. 277-84, 2012.

- BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Brasília, DF: Presidência da República, 24 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm#:~:text=Art.,principal%2C%20sob%20segredo%20de%20justi%C3%A7a.>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília, DF: Presidência da República, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *RHC 77.232/SC*. Relator: Ministro Félix Fischer, Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602706592&dt_publicacao=16/10/2017. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI-MC 6387/DF*. Relatora: Ministra Rosa Weber, Brasília, 07 de maio de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/C47A659344BE14_compartilhamento.pdf. Acesso em: 8 mai. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *AP 307/DF*. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=307&classe=AP>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 418416/SC*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 10 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=395790>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BUATTI, Jim; PALMER, Aeryn. *District Court rules for government in Wikimedia Foundation's mass surveillance case against the NSA*. Wikimedia Foundation, [S.I.], 17 dez. 2019. Disponível em: <https://wikimediafoundation.org/news/2019/12/17/district-court-rules-for-government-in-wikimedia-foundations-mass-surveillance-case-against-the-nsa/>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- CAMERON, Iain. *National Security and the European Convention on Human Rights*. The Hague: Kluwer Law; Martinus Nijhoff, 2000.
- CANADÁ. Ontario Superior Court of Justice. *R v. Rogers Communications*. Ontario, 14 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://www.mcinnescoper.com/wp-content/uploads/2016/06/ECLR-Jan-Feb-2016-pg-15-16.pdf>. Acesso em 11 abr. 2020.
- CAPARINI, Marina. Controlling and overseeing intelligence services in democratic states. In: BORN, Hans; CAPARINI, Marina (eds). *Democratic*

control of intelligence services: Containing rogue elephants. London: Routledge, 2007, p. 3-24.

CHAHCKO, Elena. *The Israeli Supreme Court Checks COVID-19 Electronic Surveillance*. Lawfare, [S.I.], 05 maio 2020. Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/israeli-supreme-court-checks-covid-19-electronic-surveillance>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COHNMAY, Cindy. *Judge Orders Government to Provide Evidence About Internet Surveillance*. EFF, [S.I.], 23 abr. 2017. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2017/05/judge-orders-government-provide-evidence-about-internet-backbone-upstream>. Acesso em: 17 mar. 2020

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Expediente D-11902 Boletín No. 31*. Bogotá, 04 de março de 2020. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-declara-ajustados-a-la-Constituci%C3%B3n-apartes-del-C%C3%B3digo-de-Polic%C3%ADa-que-se-refieren-al-uso-de-c%C3%A1maras-de-vigilancia-e-hizo-precisiones-sobre-el-manejo-y-tratamiento-de-informaci%C3%B3n-captada-y-almacenada-en-sistemas-de-video-o-medios-tecnol%C3%B3gicos-8869>. Acesso em: 20 mar. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Pleno. *Sentencia C-131*. Bogotá, 24 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-131-09.htm>.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Pleno. *Sentencia C-336*. Bogotá, 09 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-336-07.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-540/12*. Bogotá, 2012. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-540-12.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Pleno. *Sentencia C-594*. Bogotá, 20 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-594-14.htm>. Acesso em: 11 mar. 2020.

D'AGOSTINO, Rosanne; VIVAS, Fernanda; FALCÃO, Márcio. STF decide manter suspenso repasse ao IBGE de dados de usuários de empresas de telefonia. *G1*, Brasília, 07 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/07/stf-decide-manter-suspenso-repasse-de-dados-de-usuarios-de-empresas-de-telefonia-ao-ibge.ghtml>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MONTJOYE, Yves-Alexandre; HOUSSIAU, Florimond. *Can we fight COVID-19 without resorting to mass surveillance?* CPG Blog, Londres, 21 mar. 2020.

Disponível em: <https://cpg.doc.ic.ac.uk/blog/pdf/fighting-covid-19.pdf>.

Acesso em: 15 abr. 2020.

DELEUZE, Gilles. O atual e o virtual. In: ALLIEZ, Éric (ed). *Deleuze: filosofia virtual*. Trad. Heloisa B. S. Rocha. São Paulo: Ed. 34, 1996.

DIXIT, Priya. Securitization and terroristization: analyzing states' usage of the rhetoric of terrorism. In: KOCH, Bettina (ed). *State Terror, State Violence: Global Perspectives*. Wiesbaden: Springer VS, 2016, p. 31-50.

DUNHAM, Ian M. Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think. *The AAG Review of Books*, [S.I.], v. 3, n. 1, pp. 19-21, 2015.

EDUARDOVYCH, Radutniy O. Adaptation of criminal and civil law in view of scientific-technical progress (artificial intelligence, dao and digital human). *Problems of Legality*, [S.I.], n. 144, p. 138-152, 2019. Disponível em: <http://plaw.nlu.edu.ua/article/view/155819>. Acesso em: 11 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelação do Segundo Circuito. *American Civil Liberties Union v. Clapper*. [S.I.], 29 de outubro de 2015. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-42/14-42-2015-10-29.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Foreign Intelligence Surveillance Court. *Memorandum Opinion and Order*. Washington, 18 de outubro de 2018b. Disponível em: https://www.intelligence.gov/assets/documents/702%20Documents/declassified/2018_Cert_FISC_Opin_18Oct18.pdf Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Carpenter v. United States*, 585 U. S (2018). Washington, 22 de junho de 2018a. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Totten v. United States*, 95 U.S. 105 (1875). Washington, 1875. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/105/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012). Washington, 23 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953). Washington, 1953. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/1/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

- ESTADOS UNIDOS. Tribunal de Apelação do Nono Circuito. *Fazaga v. FBI*. [S.I.], 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2019/02/28/12-56867.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- FELDMAN, Shelley. Surveillance and Securitization. In: FELDMAN, Shelley; GEISLER, Charles C.; MENON, Gayatri A. (ed). *Accumulating insecurity: violence and dispossession in the making of everyday life*. Athens: University of Georgia Press, 2011, p. 185-212.
- FRANÇA. Conselho Constitucional. *Décision n° 2015-722*. Paris, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015722DC.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- FRANÇA. Conselho Constitucional. *Décision n° 2016-590 QPC*. Paris, 21 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016590QPC.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- FRIEDMAN, Lawrence. Remnants of Information Privacy in the Modern Surveillance State. *New England Law Review*, Boston, v. 52, n. 1, p. 19-03, 2018.
- GERSCH, Adam. Covert surveillance-a snoopers' charter. *Archbold Review*, [S.I.], p. 5-8, 2012.
- GILL, Barnaby. *The Wheel of Reincarnation Turns Again: Time for Another Go at the Clipper Chip?* Researchgate, [S.I.], dec. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Barnie_Gill/publication/340209335_The_Wheel_of_Reincarnation_Turns_Again_Time_for_Another_Go_at_the_Clipper_Chip/links/5e7cf427299bf1a91b7eda58/The-Wheel-of-Reincarnation-Turns-Again-Time-for-Another-Go-at-the-Clipper-Chip.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.
- GINSBURG, Tom. Beyond Judicial Review: Ancillary Powers of Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert (eds). *Institutions and public Law: Comparative approaches*. New York: Peter Lang Publishing Inc, 2005, p. 225-244.
- GUELLA, Flavio. Data retention e circolazione dei livelli di tutela dei diritti in Europa: dai giudizi di costituzionalità rivolti alla disciplina UE al giudizio della Corte di giustizia rivolto alle discipline nazionali. *DPCE Online*, [S.I.], v. 30, n. 2, pp. 349-357, 2017.
- HERRERA, Samuel M. Videovigilancia y privacidad: Consideraciones en torno a los casos Globos y Drones. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 137-162, 2018.

- HINTZ, Arne; DENCİK, Lina; WAHL-JORGENSEN, Karin. Digital citizenship and surveillance| digital citizenship and surveillance society—introduction. *International Journal of Communication*, Los Angeles, v. 11, p. 731–739, 2017.
- IRLANDA. Superior Tribunal de Justiça (High Court). *Digital Rights Ireland -v- Minister for Communications*, IEHC 307. Dublin, 2017. Disponível em: <http://courts.ie/Judgments.nsf/09859e7a3f34669680256ef3004a-27de/0190a4f5271f984980258191004109f7?OpenDocument>. Acesso em: 11 abr.2020.
- IRLANDA. Suprema Corte. *Damache v DPP*, IESC 11. Dublin, 2012. Disponível em: https://www.legislationline.org/download/id/4060/file/Supreme_Court_Ali_Charaf_Damache_FEb%202012.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.
- ISIN, Engin; RUPPERT, Evelyn. *Becoming digital citizens*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2015.
- ISRAEL. Suprema Corte de Justiça. *Meir v. Prime Minister*. Jerusalém, 19 de março de 2020. Disponível em: <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Ben%20Meir%20v.%20Prime%20Minister.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- ITALIA. Corte Constitucional. *Decisão 24/2014*. Roma, 2014. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0024s-14.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- ITALIA. Corte Constitucional. *Decisão 40/2012*. Roma, 2012 Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/2012/0040s-12.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- ITALIA. Corte Constitucional. *Decisão 86/1977*. Roma, 1977. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1977/0086s-77.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- ITALIA. Corte Constitucional. *Decisão 106/2009*. Roma, 2009. Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/2009/0106s-09.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- JAUVERT, Vicent. Cooment la France écoute (aussi) le monde. *L'Obs*, [S.I.], 01 jun. 2015. Disponível em: <https://www.nouvelobs.com/societe/20150625.OBS1569/exclusif-comment-la-france-ecoute-aussi-le-monde.html>. Acesso em 14 abr. 2020.
- KLEIN, Sebastian. Federal Administrative Court Prohibits Storage and Use of Telecommunications Metadata by the Federal Intelligence Service. *European Data Protection Law Review*, Berlim, v. 4, p. 110-113, 2018.

- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996.
- LOEBBECKE, Claudia; PICOT, Arnold. Reflections on societal and business model transformation arising from digitization and big data analytics: A research agenda. *The Journal of Strategic Information Systems*, [S.I.], v. 24, n. 3, p. 149-157, 2015.
- LYON, David. Surveillance capitalism, surveillance culture and data politics. In: BIGO, Didier; ISIN, Engin; RUPPERT, Evelyn (eds). *Data Politics: Worlds, Subjects, Rights*. London; New York: Routledge, 2019, p. 64-77.
- MAGID, Jacob. High Court lets Shin Bet continue phone tracking now Knesset oversight in place. *The Times of Israel*, [S.I.], 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.timesofisrael.com/high-court-green-lights-phone-surveillance-after-knesset-oversight-panels-formed/>. Acesso em 20 abr. 2020.
- MANHEIM, Karl M.; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. *The Yale Journal of Law & Technology*, New Haven, v. 21, p. 106-188, 2018.
- McINTYRE, T.J. Judicial Oversight of Surveillance: The Case of Ireland in Comparative Perspective. In: SCHEININ, Martin; KRUNKE, Helle; AKSENOVA, Marina (eds.). *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, p. 136-172.
- MELLO, Michelle M.; WANG, C. Jason. Ethics and governance for digital disease surveillance. *Science*, [S.I.], v. 368, n. 6494, p. 951-954, 2020.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. 1ª Sala. *Amparo en Revisión 1621/2010*. Cidade do México, 01 de agosto de 2011. Disponível em: <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/voto-particular-amparo-directo-revision-326743599>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. 1ª Sala. *Contradicción de Tesis 194/2012*. Cidade do México, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/-472091286>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. 2ª Sala. *Amparo en Revisión 964/2015*. Cidade do México, 04 de maio de 2016. Disponível em: https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquiograficas/documento/2016-11-22/versión%20publica%20del%204%20de%20mayo%20de%202016_0.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. Sessão Plenária. *Acción de Inconstitucionalidad 32/2012*. Cidade do México, 16 de janeiro de 2014.

- Disponível em: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Acciones/Acc_Inc_2012_32_Demanda.pd. Acesso em 15 mar. 2020.
- MOEREL, Lokke; PRINS, Corien. Privacy for the homo digitalis: Proposal for a new regulatory framework for data protection in the light of Big Data and the internet of things. SSRN 2784123, [S.I.], 25 maio 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2784123. Acesso em: 11 mar. 2020.
- MONTAG, Christian; DIEFENBACH, Sarah. Towards homo digitalis: important research issues for psychology and the neurosciences at the dawn of the internet of things and the digital society. *Sustainability*, [S.I.], v. 10, n. 2, pp. 415-436, 2018. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/10/2/415/pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- MOREL, Camille. Stratégie maritime – Le réseau mondial de câbles sous-marins: une toile dans la Toile. *Revue Défense Nationale*, Paris, v. 2015/9, n. 784, p. 117-120, 2015.
- MURPHY, Cian C. State Surveillance and Social Democracy: Lessons after the Investigatory Powers Act 2016. SSRN 3494880, [S.I.], 16 dec. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3494880. Acesso em: 20 abr. 2020.
- PAÍSES BAIXOS. Tribunal Distrital de Haia. *Privacy First Foundation c.s. versus The Netherlands*. Haia, 11 de março de 2015. Disponível em: <http://theiii.org/documents/DutchDataRetentionRulinginEnglish.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- PAPACHARISSI, Zizi A. *A private sphere: Democracy in a digital age*. Cambridge: Polity Press, 2010.
- PINHEIRO, Patricia P. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018-LGPD*. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.
- PODKOWIK, Jan. Privacy in the digital era – Polish electronic surveillance law declared partially unconstitutional: Judgment of the Constitutional Tribunal of Poland of 30 July 2014, K 23/11. *European Constitutional Law Review*, Cambridge, v.11, n. 3, p. 577-595, 2015.
- POLÔNIA. Tribunal Constitucional. K 23/11. Varsóvia, 30 de julho de 2014. Disponível em: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20140001055/O/D20141055.pdf>. Acesso em: 22 mar 2020.
- PRIVACY INTERNATIONAL. *Privacy International v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office et al.* (UK Mass Surveillance / UK-US Intelligence Sharing). Privacy International, [S.I.], 2016. Disponível

em: <https://privacyinternational.org/legal-case-files/1619/privacy-international-v-secretary-state-foreign-and-commonwealth-office-et-al>. Acesso em: 20 fev. 2020.

REINO UNIDO. Alta Corte de Justiça. Queen's Bench Division. Divisional Court. *Liberty v. Secretary of State for the Home Department et al.* Westminster, 29 de julho de 2019a. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/07/Liberty-judgment-Final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

REINO UNIDO. *Investigatory Powers Act 2016*. 2016a. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2016/25/contents/enacted>. Acesso em: 22 mar. 2020.

REINO UNIDO. Investigatory Powers Tribunal. *Liberty & Others v. the Security Service, SIS, GCHQ, IPT/13/77/H*. Londres, 22 de junho de 2015b. Disponível em: <https://www.ipt-uk.com/judgments.asp?id=27>. Acesso em: 20 mar. 2020.

REINO UNIDO. Investigatory Powers Tribunal. *News Group Newspapers Limited and Others v The Metropolitan Police Commissioner*. IPT/14/176/8. Londres, 17 de dezembro de 2015a. Disponível em: <https://www.ipt-uk.com/judgments.asp?id=30>. Acesso em: 20 abr. 2020.

REINO UNIDO. Investigatory Powers Tribunal. *News Privacy International v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 2) (Note)* UKIPTrib 15_110-CH. Londres, 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.ipt-uk.com/docs/Privacy%20International%20v%20SSFCA%20and%20Ors%201%20December%202017.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

REINO UNIDO. Investigatory Powers Tribunal. *News Privacy International v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs 2* All ER 166. Londres, 2018. Disponível em: <https://www.matrixlaw.co.uk/wp-content/uploads/2018/07/Privacy-International-v-Secretary-of-State-for-Foreign-and-Commonwealth-Affairs-2018-UKIP-Trib-IPT-15-110-CH.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

REINO UNIDO. Investigatory Powers Tribunal. *Privacy International v. Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office et al* UKIPTrib 15_110-CH. Londres, 17 de outubro de 2016b. Disponível em: https://www.ipt-uk.com/docs/Bulk_Data_Judgment.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

REINO UNIDO. Suprema Corte. *R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal and others*, UKSC 22. Londres, 15 de maio de 2019b.

- Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0004.html>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- SEM FRONTEIRAS (RSF). BND ends illegal data processing after ruling on RSF Germany lawsuit. *RSF*, 23 maio 2018. Disponível em: <https://rsf.org/en/news/bnd-ends-illegal-data-processing-after-ruling-rsf-germany-lawsuit>. Acesso em 5 mar. 2020.
- ROACH, Kent. Judicial Review of the State's Anti-Terrorism Activities: The Post 9/11 Experience and Normative Justifications for Judicial Review. *Indian Journal of Constitutional Law*, Hyderabad, v. 3 p. 138-167, 2009.
- RODRIGUEZ, Katitza. *Comparative Analysis of Surveillance Laws and Practices in Latin America*. EFF, [S.I.], out. 2017. Disponível em: <https://necessaryandproportionate.org/comparative-analysis-surveillance-laws-and-practices-latin-america>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- RUARO, Regina Linden; HAIZENREDER JÚNIOR, Eugênio Haizenreder. Proteção da privacidade no contrato de trabalho: Da normatização legal a situações de conflitos. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, Chapecó, v. 16, n. 2, p. 601-636, 2015.
- SAMPAIO, José Adércio L. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio L. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SCOTT, Paul F. Ouster clauses and national security: judicial review of the investigatory powers tribunal. *Public Law*, [S.I.], v. 2017, n. 3, p. 355-362, 2017.
- SCOTT, Paul. F. Once More unto the Breach: R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal. *Edinburgh Law Review*, Edinburgh, v. 24, n. 1, p. 103-109, 2020.
- STONE, David. Saving America's Privacy Rights: Why Carpenter v. United States Was Wrongly Decided and Why Courts Should Be Promoting Legislative Reform Rather than Extending Existing Privacy Jurisprudence. *St. Mary's Law Journal*, San Antonio, v. 51, n. 4, p. 223-270, 2019.
- SUBRAMANIAN, Nithya. The government has stopped even trying to justify mass surveillance as necessary for the public good. *ScrollIn*, [S.I.], 19 mar. 2020. Disponível em: <https://scroll.in/article/956586/the-government-has-stopped-even-trying-to-justify-mass-surveillance-as-necessary-for-the-public-good>. Acesso em: 25 mar. 2020.

- TARROW, Sydney. *War, states, and contention: A Comparative Historical Study*. Ithaca: Cornell University Press, 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. European Commission for Democracy through Law. *Report on the Democratic Oversight of the Security Services (Venice Commission)*. Strasbourg, 02 de junho de 2007. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)010](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)010). Acesso em: 11 mar. 2020.
- WETZLING, Thorsten. *Germany's intelligence reform: More surveillance, modest restraints and inefficient controls*. Berlin: Stiftung Neue Verantwortung, 2017.

Recebido em 19 de agosto de 2020.

Aprovado em 17 de fevereiro de 2021.

RESUMO: a sociedade digital criou os instrumentos para a vigilância massiva dos indivíduos pelo Estado, sob a retórica da securitização. O medo do terror ou do extermínio estaria a justificar esse novo papel estatal. Se as leis deixam lacunas normativas e semânticas de controle, a servirem mais para legitimar do que para limitar os órgãos de inteligência, o Judiciário parece ainda confuso em meio aos novos desafios e tentações de vigilância e o seu papel de proteção dos direitos fundamentais. O presente artigo analisa como o Judiciário respondeu a essa chamada de responsabilidade. Como metodologia procurou-se lançar um (primeiro) olhar sobre o problema e tentar responder se o Judiciário, como uma tradicional e requisitada garantia dos direitos, tem atendido às expectativas de prevenção e reparação. Avaliou-se o repertório de jurisprudência de alguns Estados, aqueles em que as questões já vieram à discussão judicial, seguindo-se, numa metodologia comparativa e indutiva, que se vale da revisão bibliográfica como ancoradouro da reflexão.

Palavras-chave: sociedade digital, estado de vigilância, retórica de securitização, judiciário.

ABSTRACT: the digital society created the instruments for the mass surveillance of individuals by the State, under the rhetoric of securitization. Fear of terror or extermination justifies this new state role. If the laws leave normative and semantic control gaps, serving more to legitimize than to limit the intelligence agencies, the Judiciary still seems confused amid the new challenges and temptations of surveillance, and its role in protecting fundamental rights. This article analyzes how the Judiciary responded to this call for responsibility. As a methodology the article tried to take a (first) look at the problem and then to answer whether the Judiciary, as a traditional and requested guarantee of rights, has met expectations for prevention and repair. The repertoire of jurisprudence of some states was evaluated, those in which the issues have already come to judicial discussion, followed by a comparative and inductive methodology, which uses the bibliographic review as an anchor for reflection.

Keywords: digital society, surveillance State, securitization rhetoric, Judiciary.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: SAMPAIO, José Adércio Leite. As cortes e os desafios da era digital: a vigilância na jurisprudência comparada. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1616>.

A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça

The performance of virtual hearings at the Court of Justice in Ceará during the COVID-19 pandemic and the principle of access to justice

Gabriela Vasconcelos Lima*
Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal

Hannah Soares Sales de Oliveira**
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

1. Introdução

A eclosão da pandemia da COVID-19 no Brasil ocasionou o fechamento abrupto de todos os fóruns no território brasileiro, cessando toda e qualquer atividade presencial do Poder Judiciário por período indeterminado. Para evitar a interrupção da prestação jurisdicional, fez-se necessária a adoção de medidas imediatas por parte dos Tribunais, em uma verdadeira corrida para a virtualização dos processos. Uma das medidas tomadas foi a implementação de audiências virtuais, nas quais todos os participantes pudessem se fazer presentes, mas sem qualquer contato físico.

* Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Advogada. E-mail: gvasconceloslima@gmail.com. Orcid: 0000-0002-6602-2902.

** Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Pós-Graduada em Direito Processual Civil e em Mediação e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Pós-Graduada em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups pela PUC-Minas, atuação profissional nas áreas empresarial, cível e consumerista, membro consultivo da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB/CE. E-mail: hannah.oliveira11@gmail.com. Orcid: 0000-0001-8634-4899.

Dessa disrupção tecnológica repentina, com o objetivo de compreender, na prática, a virtualização das audiências durante a pandemia, bem como as perspectivas para o período pós-pandêmico, surgiram os seguintes questionamentos: a) a utilização de audiências virtuais aumenta, mantém ou tolhe conquistas relacionadas ao acesso à justiça? b) como ocorreu o processo de virtualização emergencial no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)? c) quais são os desafios à implementação?; d) quais as possíveis soluções aos desafios encontrados?

Para responder a essas questões, utilizou-se de estudo descritivo-analítico, realizado por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental, averiguando-se relatos de diversos operadores do direito, em especial magistrados e servidores do TJCE. O artigo foi dividido em três seções, sendo a primeira para maior compreensão do processo que levou à virtualização das audiências, bem como conceituar o acesso à justiça para fins do presente trabalho. Na segunda, foram elencados os principais desafios constatados quando da realização das primeiras audiências virtuais no Brasil. Por fim, na terceira seção, foram compilados os relatos de magistrados e servidores do TJCE, relativo às suas experiências realizando e participando de audiências virtuais.

Concluiu-se que, apesar da virtualização das audiências apresentar diversos desafios procedimentais e também sociais, alguns destes considerados insuperáveis, sua utilização representa ganhos para consecução do acesso à justiça, na medida em que se traduz em uma ferramenta adicional à disposição do Poder Judiciário, de baixa onerosidade e de transposição das barreiras físicas e burocráticas impostas pelo modelo tradicional.

2. Necessidade de modernização do Poder Judiciário face à pandemia da COVID-19

O ano de 2020 trouxe diversos desafios à humanidade, decorrentes da pandemia da COVID-19. Em verdade, as ordens de isolamento social, bem como *lockdowns* estabelecidos por diversos países e estados ocasionaram mudanças abruptas na realidade da população mundial. No Ceará, o primeiro Decreto Estadual ordenando o fechamento de locais públicos se deu em 19 de março de 2020¹, tendo a primeira medida de reabertura sido tomada apenas em 06 de junho de 2020².

1 CEARÁ, 2020a.

2 CEARÁ, 2020b.

Com isso, a população se viu em situação de extrema necessidade de virtualizar todas as atividades que teriam chances de funcionar sem presença no local sede. Comércio migraram para o modelo *e-commerce*, empresários passaram a realizar todas as reuniões necessárias via videoconferência, escolas, cursos e faculdades passaram a utilizar exclusivamente modelos de ensino à distância. Já aqueles que não se adaptaram ao ambiente virtual, tiveram que cessar suas atividades por tempo indeterminado.

A pandemia, de fato, acelerou diversos processos de inovação tecnológica em nível mundial. A situação não foi diferente com o Poder Judiciário cearense, que se viu forçado a uma disrupção tecnológica imediata, sob pena de cessar por completo a prestação jurisdicional em meio a um momento de tantas incertezas. A digitalização dos processos (e o conseqüente processo de virtualização do trâmite processual) iniciou em 2009 no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE)³, mas apenas 62% do seu acervo havia sido digitalizado até o final de 2019⁴.

Cumprido ressaltar que a digitalização dos processos não significa, diretamente, a virtualização destes, sendo apenas um dos passos necessários para tanto. De fato, a real virtualização, segundo Pierre Lévy⁵, corresponde à efetiva transposição da estrutura burocrática estatal que ocorre em meio físico para o meio virtual. Assim, por meio da virtualização, todos os procedimentos têm a possibilidade de se iniciar, desenvolver e finalizar de forma virtual, o que não ocorria, até então, no judiciário brasileiro.

A partir de 19 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Resolução nº 313, estabelecendo regime de Plantão Extraordinário, no intuito de uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, garantir o acesso à justiça durante a pandemia e prevenir o contágio pelo Covid-19⁶. Para tanto, excluiu da escala presencial todos os magistrados, servidores e colaboradores identificados como de grupo de risco⁷, bem como suspendeu o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, indicando que tais atendimentos deveriam ser realizados remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis⁸.

3 TJCE, 2009.

4 TJCE, 2019.

5 LÉVY, 1996.

6 CNJ, 2020c.

7 CNJ, 2020d.

8 CNJ, 2020d.

No âmbito do TJCE, o regime de plantão extraordinário foi regulamentado pela Portaria nº 514/2020 em 21 de março de 2020, tendo o Tribunal optado por instituir regime obrigatório de teletrabalho para todos os magistrados, servidores, estagiários e demais colaboradores⁹. O atendimento às partes, advogados e interessados também passou a ser realizados apenas por meios tecnológicos¹⁰. Todavia, não houve regulamentação de procedimentos para realização de audiências virtuais.

Nesse contexto, foi sancionada a Lei Federal nº 13.994, em 24 de abril de 2020, alterando os arts. 22 e 23 da Lei nº 9.099/95, para possibilitar a conciliação não presencial, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Contudo, apesar de trazer diversos benefícios aos usuários da Justiça, a utilização da videoconferência trouxe muitos desafios ao sistema judiciário brasileiro, especialmente no período de isolamento social.

2.1 A modernização no âmbito do TJCE

A modernização judiciária já estava incluída na agenda da administração do TJCE. Além da virtualização iniciada em 2009¹¹, em 2017 o Tribunal iniciou os estudos para implantação do sistema de videoconferência no Estado do Ceará, dando início à utilização da ferramenta na capital em 2018¹².

Em 05 de dezembro de 2019, o TJCE aprovou a Resolução nº 05/2019. Por meio desta, e considerando “o pleno funcionamento das audiências por videoconferência, o atual estágio de implantação do processo digital eletrônico e, ainda, a digitalização dos acervos processuais, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará”¹³, e com o intuito de otimizar a prestação do serviço jurisdicional em todo o Estado, resolveu-se pela agregação de diversas comarcas em comarcas sede, transformando as agregadas em vinculadas, conforme definições da Lei Estadual nº 16.397/17¹⁴.

9 TJCE, 2020.

10 TJCE, 2020.

11 TJCE, 2009.

12 TJCE EM PODCAST, 2020a.

13 TJCE, 2019b.

14 “Seção II – Das Comarcas Sedes – Art. 11. As comarcas constituem circunscrições com unidades judiciárias implantadas, observados os requisitos estabelecidos nesta Lei, cujos limites corresponderão aos de um município, ou aos de um agrupamento de 2 (dois) ou mais deles, caso em que um será considerado a sua sede, figurando os demais como comarcas vinculadas. Seção III – Das Comarcas Vinculadas – Art. 12. As comarcas vinculadas são circunscrições que

Assim, a partir de janeiro de 2020, foi iniciada a agregação de comarcas no âmbito do TJCE, com a previsão de finalização dentro de 05 (cinco) anos. Por meio desse processo, os fóruns das comarcas agregadas “continuarão abertos, com a presença de funcionários para atender à população local, bem como a estrutura necessária para realização de audiências por videoconferência”¹⁵.

Em verdade, esse recurso tecnológico, além de encurtar distâncias, reduz diversos custos para a justiça, promove mais produtividade, transparência, segurança e celeridade dos serviços prestados. Para a coordenação do Grupo de Videoconferência do TJCE, a ferramenta “reduz o tempo das sessões e evita deslocamentos longos dos usuários da justiça, e também de juízes, promotores, defensores e advogados”¹⁶. Informam que “A quantidade de atos processuais e audiências por videoconferência só aumenta no Estado. Até o início de dezembro de 2019, o número já ultrapassava 3.800 audiências, o que representa economia de mais de 3 milhões de reais aos cofres públicos”¹⁷.

A videoconferência na modernização do judiciário

representa um marco, pois estão falando de um novo judiciário, nova mentalidade quanto ao trato com o processo e a prestação jurisdicional. A videoconferência é um ponto fundamental nesse sistema, pois possibilita que o juiz, aonde estiver, se comunique com a comarca agregada e com as partes que lá se encontrem. É instrumento que permite a execução dessa nova mentalidade¹⁸.

Na percepção da presidência do TJCE, “A estrutura atual é cara, pesada e obsoleta”¹⁹. Assim, já que o processo é eletrônico e o meio é digital, é necessário enxugar a estrutura do judiciário, para deixá-la mais ágil e eficiente. “A Videoconferência será a regra, sem deslocamento de partes ou juízes para comarcas”, complementa o presidente do TJCE²⁰.

correspondem aos municípios que não constituem sedes de comarcas, integrando, enquanto nessa condição, a jurisdição de comarcas implantadas, a cujo juízo ficam afetos os respectivos serviços judiciais” (CEARÁ, 2017).

15 TJCE EM PODCAST, 2019.

16 TJCE EM PODCAST, 2020a.

17 TJCE EM PODCAST, 2020a.

18 TJCE EM PODCAST, 2020b.

19 TJCE EM PODCAST, 2019.

20 TJCE EM PODCAST, 2019.

2.2 A modernização e o acesso à justiça

O cenário de pandemia levantou uma discussão mais aprofundada sobre o acesso à justiça, que poderia ficar prejudicado diante da inviabilização da realização das audiências e do curso normal de processos na justiça brasileira. Por outro lado, resultados acerca da elevação da produtividade do judiciário pelos meios digitais²¹ pode nos fazer crer que terá como consequência um maior acesso à justiça. Para os fins deste trabalho, considerar-se-á o entendimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth de “acesso à justiça”, bem como as “ondas” que se relacionam à superação de desafios à efetivação desse princípio.

Para eles, o acesso à justiça, apesar de difícil definição, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam: ser igualmente acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos²². Assim, delinearão os obstáculos ao seu alcance e as “ondas” de superação de tais obstáculos pelo judiciário.

De início, elencam como obstáculos ao acesso à justiça questões atinentes às custas judiciais, às possibilidades financeiras das partes, ao tempo necessário para a resolução do litígio, bem como à aptidão das pessoas para reconhecer um direito e propor uma ação ou defender-se judicialmente²³. A primeira onda para solucioná-los se refere à assistência judiciária para os pobres, em especial quanto à disponibilização de servidores públicos ou advogados para assisti-los, custeados pelo Estado²⁴. No Brasil, para além da disponibilização de defensores públicos àqueles tidos como pobres na forma da lei, há a previsão de benefício de gratuidade da justiça, conferido a qualquer pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios²⁵.

A segunda onda, por sua vez, visa contornar os obstáculos relativos à representação dos interesses difusos, ou seja, coletivos ou grupais, mediante reformas no sistema quanto a regras de legitimidade, normas de procedi-

21 MELO, 2020.

22 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08.

23 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15, et. seq.

24 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31, et. seq.

25 BRASIL, 2015, art. 98.

mento e atuação do juízo²⁶. Assim, relaciona-se às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor²⁷.

A terceira e última onda elencada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, corresponde a um “novo enfoque de acesso à justiça”, tendo em vista que inclui os posicionamentos anteriores, mas vai além, representando uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo²⁸. Inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, e “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²⁹. Esse enfoque encoraja a exploração de uma variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento e estrutura dos tribunais, ou criação de novos tribunais, não receando inovações radicais e compreensivas, para além da esfera de representação judicial das primeira e segunda ondas.

O “novo enfoque” da terceira onda reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil aos tipos de litígios, que diferem em sua complexidade³⁰. Assim, é necessário “verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los”³¹.

A ampla difusão do uso das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) no âmbito do Poder Judiciário apresenta uma série de transformações fundamentais ao fazer jurídico e à forma como a lei se relaciona com o ciberespaço. Não é possível mensurar o exato impacto destas tecnologias na autoridade e no poder do Estados. Pode-se afirmar, no entanto, que elas relativizam, redefinem e flexibilizam conceitos há muito definidos, tais como as fronteiras e os prazos³².

As imposições enfrentadas a partir do isolamento social, necessário no combate à pandemia de COVID-19, pôde-se experimentar um processo de

26 CAPPELLETTI; GARTH. 1988, p. 49.

27 CAPPELLETTI; GARTH, 1988., p. 31.

28 CAPPELLETTI; GARTH. p. 31.

29 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67 e 68.

30 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71.

31 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 73.

32 KATSH, 2006; LESSIG, 2006.

real virtualização, consoante definição, empregada por Lévy³³, dos procedimentos judiciais. Todos os procedimentos foram levados à esfera virtual, de forma que o procedimento não só passou a nascer de maneira virtual, mas também teve de se desenvolver e se encerrar neste mesmo ambiente.

A utilização das TICs para o aprimoramento da prestação jurisdicional assume potencial de transcender o status de ferramenta, agindo como verdadeira “quarta parte” no processo³⁴. A depender da forma em que forem adotadas, as TICs podem se comportar como aliadas no processo de solução de conflitos, avançando em sua função primordial de transferir informações por meio da internet, e eventualmente facilitando a compreensão das partes, traduzindo informações antes ininteligíveis e organizando as informações de maneira mais amigável ao usuário³⁵.

Trazendo as observações de Cappelletti e Garth à contemporaneidade, especialmente em tempos de pandemia, entende-se que o enfoque do acesso à justiça deve-se voltar, de fato, aos meios pelos quais a justiça se faz disponível à população, oferecendo novas formas de atuação que, além de céleres e efetivas, promovam a proteção de todos, principalmente daqueles mais vulneráveis em termos físicos e sociais.

3. Desafios à implementação das audiências virtuais

Em palestra virtual realizada pela professora Fernanda Tartuce, com a professora Ana Beatriz Presgrave como convidada, foi abordado o tema das audiências virtuais, tendo a professora Ana Beatriz elencado dez desafios trazidos por essa nova modalidade ao Judiciário brasileiro como um todo, com base na sua experiência utilizando a sistemática. Os desafios foram divididos em superáveis e críticos, além de um insuperável. Muitos dos desafios por ela elencados também foram encontrados em estudo conduzido no Reino Unido, acerca da realização de audiências de júri por videoconferência³⁶.

Quanto aos superáveis, o primeiro se refere à identificação das partes e testemunhas. Questiona-se como confirmar se a pessoa que se apresenta naquele momento é, de fato, a testemunha arrolada, por exemplo. Nesse

33 LÉVY, 1996.

34 KATSH; RIFIKIN, 2001.

35 LIMA; FEITOSA, 2016.

36 MULCAHY, 2020.

caso, trata-se de um desafio superável, podendo-se estabelecer que, antes da audiência, as partes e testemunhas encaminhem foto sua (“selfie”) segurando o próprio documento, este de forma legível.

Logo após, indagou-se acerca da condução coercitiva das testemunhas, quando da audiência por videoconferência. De fato, uma condução coercitiva só seria viável caso existisse uma sala preparada para audiência virtual no fórum da comarca onde se localiza a testemunha, sendo o ato realizado naquela estrutura. Na pandemia, contudo, tal solução restaria impraticável, considerando-se o fechamento dos fóruns.

Ainda nesse tocante, o terceiro desafio se refere à necessidade de todos os participantes da audiência virtual disporem de local e iluminação adequados para o ato, com som ambiente adequado, além de utilizarem vestimentas adequadas durante a videoconferência. Isso porque o ambiente virtual pode gerar falta de rigor com o formalismo.

Esse ponto, inclusive, tem como exemplos situações de repercussão nacional: quando o ministro Marco Aurélio participou de sessão virtual vestindo camisa polo³⁷, traje que, no ambiente físico do Supremo Tribunal Federal, seria considerado completamente inadequado, ou quando um desembargador, antes do início oficial da sessão, apareceu na videoconferência sem camisa³⁸. Mesmo no exterior, a questão do ambiente e traje adequados é um desafio à realização das audiências virtuais, onde partes e advogados apresentam-se com aparência desleixada e, até mesmo, realizaram a videoconferência deitados³⁹.

Para solucionar essa questão teoricamente simples, mas complexa na prática forense, é necessário que sejam estabelecidas, de forma clara, regras prévias aos participantes. Assim, é de suma importância que conste, na intimação das partes e advogados para a audiência virtual, recomendações no que tange à vestimenta e ao local em que se encontrarão no momento da realização do ato. Para maiores garantias, sugere-se, também, a realização de triagem, por meio da criação de uma “antessala virtual”, para que servidores verifiquem todos esses pontos e, apenas então, seja liberado o acesso de todos à sala virtual da audiência. Vislumbra-se, nesse ponto, dificuldades que podem surgir também em razão das desigualdades sociais, questão que será abordada mais à frente.

37 MIGALHAS, 2020a.

38 MIGALHAS, 2020b.

39 VEJA, 2020.

O quarto desafio, último dentre os listados como “superáveis” pela professora Ana Beatriz (informação verbal)⁴⁰, se refere à assinatura da ata da audiência. Isso porque nas audiências em ambiente físico, as partes assinam dito documento presencialmente. Contudo, é completamente inviável que firmem uma ata impressa enquanto participantes de uma audiência virtual. Também é impraticável a emissão de certificados digitais a todos os usuários da justiça brasileira, que em 2019 já contava com mais de 77,1 milhões de processos em tramitação, com média de 82.740 novos casos diários⁴¹.

Como solução, a professora Ana Beatriz aponta a possibilidade de realizar um negócio judicial, conforme autorizado pelo art. 190 do CPC/2015, para que as partes acordem uma forma de manifestação específica, que deverá valer como assinatura (informação verbal)⁴². A título de exemplo, pode-se acordar pela confirmação verbal de que concordam com os termos da ata, pela utilização de sinal positivo com a mão, ou mesmo confirmação escrita ou utilização de *emoji* de “legal” (mão com polegar esticado e os demais dedos dobrados) no chat do sistema de videoconferência.

Quanto aos desafios críticos, embora mais problemáticos que aqueles elencados como “superáveis” e considerados como de difícil resolução, ainda apresentam possibilidade de serem solucionados. Assim, o quinto desafio elencado se relaciona às plataformas a serem utilizadas para as audiências por videoconferência. Quais deveriam ser utilizadas? A dúvida é relevante a partir do momento em que se compreende que, no processo eletrônico, já há diversos sistemas disponíveis para trabalho (E-saj, PJe e Creta são exemplos), e todos foram desenvolvidos exclusivamente para a atividade jurisdicional. Por outro lado, para videoconferências e mesmo para audiências virtuais por chat, tem-se constatado a utilização de várias plataformas diferentes, dentro do mesmo estado ou da mesma cidade: Meet, Webex, Zoom, Whatsapp (informação verbal)⁴³.

Isso traz diversos problemas aos usuários, tendo em vista que apesar de parecidos, cada sistema possui configurações e formas de funcionar específicas. Também é inviável o treinamento dos operadores do direito para utilização de cada uma dessas plataformas, a serem escolhidas ao arbítrio de cada juiz.

40 PRESRAVE; TARTUCE, 2020.

41 CNJ, 2020a.

42 PRESRAVE; TARTUCE, 2020.

43 PRESRAVE; TARTUCE, 2020.

Ciente desse problema, o CNJ sugeriu o sistema Webex-Cisco como uma “Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais”⁴⁴. A sugestão decorre de Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a Cisco Brasil Ltda, não implicando em custos ou compromissos financeiros por parte do CNJ, sendo de duração concomitante ao período pandêmico. Contudo, o sistema não foi desenvolvido especialmente para audiências judiciais. E também não é de utilização vinculante por todos os Tribunais brasileiros, tendo o CNJ deixado claro que “trata-se de uma opção conferida aos tribunais e significa que outras outras soluções tecnológicas semelhantes possam ser utilizadas, desde que alcancem o mesmo objetivo”⁴⁵. Para a professora Ana Beatriz, uma possível solução seria a uniformização nacional da plataforma a ser utilizada. (informação verbal)⁴⁶.

Para mais, é importante observar que todas as plataformas de chat e videoconferência são de empresas privadas e utilizadas de maneira completamente informal pelo judiciário para realização dos atos processuais (com exceção ao Webex-Cisco, que possui acordo com o CNJ), sendo este o sexto desafio elencado. Além da ausência de tomada da responsabilidade da realização de tais atos para o próprio judiciário, é possível que ocorram conflitos de interesse. Por exemplo: uma vara adota exclusivamente do Whatsapp para intimações e audiências, e nessa mesma vara cai um processo no qual o Whatsapp ou o Facebook é réu. Como utilizar os serviços ofertados por essa plataforma, se ela mesma seria ré na ação? Em adição, como, eventualmente, sancionar a empresa proprietária da plataforma com, por exemplo, suspensão de seus serviços no País - como já ocorreu com o Whatsapp -, se o próprio Poder Judiciário for usuário do serviço? Esse é um problema mesmo com relação à plataforma da Cisco, já que seria possível ação face à desenvolvedora: a audiência seria realizada na sua própria plataforma? Como solução, e nesse ponto “aprimorando” a solução apontada para o quinto desafio, mais adequado do que a uniformização nacional da plataforma, seria a construção de uma plataforma específica para os atos judiciais, preferencialmente de propriedade do CNJ. Nesse sentido, a plataforma representaria a estrutura estatal imparcial diante da solução de conflitos.

44 CNJ, 2020c.

45 CNJ, 2020c.

46 PRESGRAVE; TARTUCE, 2020.

Ademais, a insistência na utilização de plataformas privadas nos traz ao sétimo desafio apontado (informação verbal)⁴⁷, relacionado à custódia dos dados produzidos na audiência. Com a utilização de sistemas privados e sem qualquer acordo formal que proteja tais dados, a sua custódia será do ente privado. Isso é um ponto que necessita de solução imediata, principalmente levando-se em consideração os termos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018), já que são fornecidos muitos dados pessoais sensíveis em audiências judiciais e, sendo a parte obrigada a participar do ato, também é obrigada a fornecê-los. Para esse ponto, vislumbra-se a possibilidade, além da criação do sistema próprio do Judiciário, que seja realizada uma ampla campanha de adequação dos Tribunais brasileiros e sistemas por eles utilizados aos termos da LGPD, com vigorosa fiscalização.

A questão da segurança das informações é o oitavo desafio. Há grande dificuldade em garantir que apenas estarão na sala, durante o ato, aqueles que realmente deveriam, ou mesmo se não estará sendo gravado ou reproduzido indevidamente. Para exemplificar o problema, pode-se imaginar uma audiência trabalhista por videoconferência, onde o empregador ficasse com a câmera apenas para si, enquanto reproduziria a audiência em um telão, em sala cheia de outros empregados, para constrangê-los a não ingressarem com ações. Poderia, também, fazer uma *live* da audiência, transmitindo-a ao vivo em redes sociais. Mais grave ainda seria se imaginássemos essa reprodução em caso de processos em segredo de justiça. Na análise de Presgrave, este desafio se encontra no rol dos desafios críticos, ou seja, de difícil, porém possível solução. No entanto, diante da realidade contemporânea, não é possível exercer controle tão assertivo dos atos dos envolvidos em uma audiência, a ponto de garantir a inviolabilidade daquele vídeo ou áudio.

O nono desafio apontado se refere à estabilidade da rede de internet utilizada por todos os usuários. Questiona-se a quem pode ser imputada tal responsabilidade. Para a professora Ana Beatriz, o Poder Judiciário recebe pagamento para prestação dos seus serviços, por meio das custas processuais, sendo, portanto, portador do ônus da manutenção da estabilidade durante todos os atos realizados virtualmente (informação verbal)⁴⁸. Assim, a solução seria a mesma apontada ao segundo desafio devendo os fóruns disporem de salas específicas para realização de audiência virtual. Inclusive, o Cód-

47 PRESGRAVE; TARTUCE, 2020.

48 PRESGRAVE; TARTUCE, 2020.

go de Processo Civil de 2015 prevê que a oitiva de testemunha que residir em comarca diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por videoconferência ou sistema similar de sons e imagens em tempo real, devendo os juízos manter equipamento para tanto⁴⁹.

A relevância da garantia de estabilidade da rede reside na necessidade de proteger o fluído andamento da audiência e de possibilitar o menor risco de interferências externas possível, tais como a inadvertida desconexão (proposita ou não) de uma das partes. É necessário, assim, que se estabeleça por lei um número máximo de tentativas de reconexão que, quando atingido, dispare o reagendamento automático do ato, para que a parte ou testemunha com rede instável dirija-se ao fórum mais próximo, para a continuação do ato processual interrompido.

Por fim, o décimo e último desafio apontado foi classificado pela professora Ana Beatriz como insuperável: garantia de que a testemunha não está ouvindo o depoimento de outra testemunha, ou mesmo de que não está lendo texto pronto ou sendo instruída durante o seu depoimento (informação verbal)⁵⁰, já que não se sabe o que há por trás da câmera que a filma. Isso porque deixar a testemunha fora da sala virtual até o momento de depor impede apenas que participe do ato oficialmente, mas não impede que esteja escutando de forma extraoficial. Na audiência presencial, há a barreira física: as paredes e a porta.

Atualmente, esse tipo de situação dependerá da boa-fé e da cooperação das pessoas. Quanto a isso, faz-se necessário observar que, conforme menciona Castells⁵¹, no contexto da sociedade em rede, a internet se constituiu sobre um paradigma da liberdade com bases tanto tecnológicas quanto institucionais, como uma bandeira levantada pelos seus fundadores, de um ambiente totalmente livre e democrático. Em razão disso é que se encontra grande dificuldade de exercer controle sobre as estruturas estabelecidas no meio virtual.

49 Art. 453: As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, [...] § 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento. § 2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º (BRASIL, 2015).

50 PRESGRAVE; TARTUCE, 2020.

51 CASTELLS, 2007.

Seria necessária a realização de um negócio jurídico processual entre as partes, anterior à audiência, para que aceitem correr o risco “insuperável”. Por outro lado, a professora Ana Beatriz apontou uma alternativa, que reflete a necessidade de atualização do sistema como um todo: uma alteração legislativa no sentido de mudar a forma de encarar a prova testemunhal (informação verbal)⁵². A título de exemplo, cita-se a forma utilizada nos Estados Unidos, onde a testemunha é inquirida no escritório do advogado da parte, sem a presença do juiz, tendo o seu relato gravado e apenas então apresentado à justiça, para apreciação.

Por fim, para além dos desafios voltados ao Poder Judiciário, às normas jurídicas e à prestação do serviço jurisdicional, reflete-se acerca do aprofundamento das desigualdades sociais causados pela pandemia, em especial quanto ao acesso à internet pela população. De fato, aqueles que não conhecem ou não possuem acesso à tecnologia deixaram de alcançar diversos serviços, de todos os segmentos, que migraram para o meio digital como forma de sobrevivência em períodos de *lockdown*. Tal questão reflete de imediato no acesso à justiça, podendo também ser listado como um desafio de difícil transposição. É um desafio, por sua vez, com foco no “cliente” do judiciário, e não nos procedimentos e formalidades que, apesar de importantes, servem apenas para viabilizar a prestação jurisdicional solicitada pela população. Inclusive, ressalta-se que essa dificuldade não se restringe aos mais pobres, mas alcança todos aqueles considerados como “analfabetos tecnológicos”.

Como solução para os que não possuem acesso à tecnologia necessária, faz-se de suma importância que o Judiciário brasileiro a forneça, disponibilizando a tecnologia em todos os seus fóruns, possibilitando às partes que se desloquem ao fórum mais próximo e lá sejam devidamente instruídas e assessoradas quanto a sua utilização. Já para os que possuem a tecnologia, mas são analfabetos tecnológicos, sugere-se que as secretarias das varas promovam atendimentos (presenciais ou via ligações telefônicas) para explicar o procedimento a todos os participantes da audiência que necessitem de apoio, bem como dispor de servidores para prestar a devida assistência durante a realização do ato virtual. Também é possível a criação de vídeo oficial com tutorial para utilização dos sistemas, facilitando a visualização, pelas pessoas, do que precisam fazer para acessar a audiência, bem como de que forma ocorrerá o ato e de como interagir na plataforma.

52 PRESRAVE; TARTUCE, 2020.

4. A realidade das audiências virtuais no TJCE no período da pandemia

De início, importa observar que, para que seja viável a realização de atos processuais no meio virtual, é necessária uma rede de internet de qualidade em todos os fóruns abarcados pela modernização. Para tanto, o TJCE desenvolveu um «cinturão digital», que consiste em uma rede de internet com melhor qualidade de dados, de 100 MB, a ser disponibilizado a todas as comarcas⁵³.

A primeira comarca a usar o sistema Webex - Cisco (indicado pelo CNJ) no Ceará foi a 3ª Vara de Iguatu, em 08/04/2020, relativa a uma audiência de apresentação de dois adolescentes apreendidos em flagrante⁵⁴. O ato ocorreu sem intercorrências e todos se viam em tempo real. Para ela, trata-se de uma ferramenta de otimização que traz efetividade e segurança, além de poupar tempo e recursos a todos que direta ou indiretamente atuam no sistema de justiça⁵⁵.

A agilidade se justifica pelo fato de que o TJCE já realizava audiências por videoconferência anteriormente, no âmbito penal (sobretudo com réus presos), por meio da plataforma Policom. Estas audiências, no entanto, migraram para o Webex-Cisco após a recomendação do CNJ⁵⁶. De fato, antes da pandemia, o sistema se restringia apenas a casos de réus presos em penitenciárias da capital, para que pudessem participar de audiências que ocorreriam no interior do Estado⁵⁷. Para o grupo de trabalho responsável pela implementação do sistema de videoconferência do TJCE, a mudança para a plataforma Webex ocorreu em razão da segurança da informação, além do maior número de licenças para utilização, o que permite mais reuniões simultâneas realizadas pelos magistrados sem prejuízos para o sistema em si⁵⁸.

A mudança causada pela pandemia gerou diversos problemas, posto que anteriormente apenas o réu participava de forma virtual, enquanto todos os demais encontravam-se presencialmente para a realização das audiências no fórum. Como durante a pandemia todos os participantes necessitam estar

53 TJCE EM PODCAST, 2019; TJCE EM PODCAST, 2020b.

54 TJCE EM PODCAST, 2020c.

55 TJCE EM PODCAST, 2020c.

56 TJCE EM PODCAST, 2020d.

57 TJCE EM PODCAST, 2020d.

58 TJCE EM PODCAST, 2020d.

virtualmente conectados, tornou-se um processo mais complexo, por depender de maiores providências por parte da secretaria e mesmo de aspectos técnicos, como internet e qualidade do vídeo e áudio⁵⁹.

Com isso, a realização de audiências passou a demandar mais tempo dos servidores e juízes, inclusive quanto à antecedência de realização destas, conectando as pessoas em torno de meia hora antes do agendado, para que se façam os testes necessários, como da conexão, dos equipamentos, além de transmitir as informações necessárias acerca do funcionamento do sistema aos participantes⁶⁰. Com isso, se faz necessária uma maior flexibilidade de horário para a concretização das audiências. Contudo, observa-se que tal dificuldade é, provavelmente, temporária, em razão do período necessário para adaptação da população. A tendência é que, no futuro, essa etapa se torne um procedimento mais automatizado, uma vez que os usuários da justiça estarão mais adaptados à plataforma e passarão a realizar os testes por si mesmos. Ademais, o fornecimento por parte do judiciário de material informativo, como manual de utilização da plataforma⁶¹, já facilita o processo de aprendizagem.

Inclusive, o juiz apontou para a necessidade de maior atenção, pelo magistrado, ao realizar audiências por videoconferência, no que tange à observação do comportamento de todas as pessoas participantes (partes, advogados, testemunhas) na tela do seu computador, ao tempo em que, paralelamente, realiza suas anotações e apontamentos, além de observar se está havendo algum problema na comunicação, para que possa intervir prontamente. No tocante, é importante registrar que a utilização constante dos meios virtuais para interação social tem causado maior exaustão dos participantes das videochamadas, conhecido como “fadiga de Zoom”, exatamente pela maior necessidade de foco do que no contato presencial⁶².

Por outro lado, para alguns magistrados, é possível a observância do devido processo legal, das garantias das partes e do rito procedimental utilizando-se de um meio virtual, tratando-se de uma “relativização do espaço” na atividade jurisdicional⁶³. Entendendo a virtualização como forma de

59 TJCE EM PODCAST, 2020d.

60 TJCE EM PODCAST, 2020d.

61 CNJ, 2020b.

62 SUTTO, 2020.

63 TJCE EM PODCAST, 2020d.

economia de tempo e recursos financeiros para o Tribunal, para os magistrados e mesmo para os advogados, que evitarão deslocamentos e pagamentos de diárias, ela pode ser considerada “o caminho futuro da jurisdição”⁶⁴.

Contudo, é apontada como uma dificuldade existente a resistência, por meio dos operadores do direito, ao que é novo, à inovação⁶⁵. Mesmo com os desafios, a 2ª unidade do juizado especial cível e criminal de Juazeiro do Norte implementou, desde abril de 2020, audiências por videoconferência pela plataforma Zoom, como um “projeto piloto”. Como a lei dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95) ainda não havia sido alterada à época, não era aplicada revelia àqueles que não compareciam ao ato virtual. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.994/20, que trouxe a autorização legal para realização de audiências virtuais no âmbito dos juizados, passaram a ser aplicadas de forma integral todas as normas procedimentais cabíveis, inclusive decretação da revelia daqueles que injustificadamente deixarem de comparecer às audiências agendadas.

Com isso, a 2ª unidade do juizado especial de Juazeiro do Norte foi a primeira do estado do Ceará a realizar todos os atos procedimentais e processuais de maneira virtual⁶⁶. Por outro lado, a juíza titular tem encontrado dificuldades para realizar a citação de empresas pelo meio eletrônico, mas aponta que tal impasse pode ser solucionado aplicando-se o disposto no art. 246, § 1º do CPC⁶⁷, mediante o cadastramento de empresas públicas e privadas nos sistemas de processo eletrônico. Quanto às dificuldades relativas à estabilidade da rede das partes, o que é um dos desafios às audiências por videoconferência, pela qualidade do áudio e vídeo simultâneos, a julgadora explicou que concede a opção de que o ato seja realizado através de grupo no Whatsapp. Realiza, assim, audiência virtual apenas no formato de chat. Também possibilita que as partes informem se há algum impedimento para que realizem a audiência virtualmente, para que possa ser remarcada como audiência presencial⁶⁸.

64 TJCE EM PODCAST, 2020d.

65 THÉRIEN; CABRAL, 2020.

66 THÉRIEN; CABRAL, 2020.

67 Art. 246, § 1º: Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio (BRASIL, 2015).

68 THÉRIEN; CABRAL, 2020.

Inclusive, até 22/08/2020, já haviam sido designadas 600 audiências virtuais na 2ª unidade do juizado especial de Juazeiro do Norte, com 415 realizadas. Para atingir esse número, a magistrada informou que os servidores da vara prestam assistência às partes menos escolarizadas e que não contam com advogados habilitados, no que tange ao acesso à sala virtual, mediante ligação telefônica.

Por sua vez, na vara única de Nova Olinda, a primeira audiência realizada via Webex ocorreu em 22/04/2020. A percepção de alguns servidores é de que o agendamento da audiência virtual demanda maior trabalho da secretaria da vara, exatamente pela necessidade de, em alguns casos, precisar entrar em contato e orientar as partes sobre a instalação do aplicativo utilizado e também para realizar teste para o acesso à sala virtual antes da audiência⁶⁹. De fato, a realização de uma pré-audiência de teste com as partes é tida como fundamental pelo TJCE, posto que sem ela, para além do risco de frustração do ato, pode-se “gerar tensão e ansiedade em alguns dos participantes, deixando-os pouco à vontade durante a realização do ato e assim prejudicando a qualidade da prova”⁷⁰.

Em contrapartida, as audiências virtuais tornam o processo mais barato e democrático, uma vez que essa virtualização “permite que a parte, com um simples aplicativo, participe da audiência de qualquer lugar do mundo”⁷¹. Ainda, pelo fato das partes só se encontrarem de fato quando do início da audiência, há uma facilitação na criação de um ambiente favorável à resolução do conflito, posto que em alguns casos há acirramento da litigiosidade quando as partes aguardam presencialmente na sala de espera do fórum⁷². No que tange a audiências de instrução, a audiência virtual torna desnecessária expedição de carta precatória para oitiva de testemunha que resida fora da comarca em que tramita o processo, concentrando a realização da instrução com o juiz natural da causa. Assim, a virtualização desses atos procedimentais é tida como uma ferramenta a mais de acesso à justiça, ao tempo em que possibilita que, mesmo após a pandemia, pessoas que por algum motivo não possam comparecer ao fórum participem da audiência⁷³.

69 TJCE EM PODCAST, 2020d.

70 TJCE, [s.d.].

71 TJCE EM PODCAST, 2020d, min. 16:21.

72 TJCE EM PODCAST, 2020d.

73 TJCE EM PODCAST, 2020d.

No âmbito das sessões realizadas em segundo grau, em que as decisões são proferidas por julgamento de órgãos colegiados, os desembargadores do TJCE apresentaram grande disposição e boa vontade para aprender sobre as ferramentas a serem utilizadas. Durante a realização das sessões, o Tribunal mantém uma equipe de suporte de T.I. (tecnologia da informação) disponível para entrar em contato com os julgadores que apresentassem qualquer tipo de dificuldade com a plataforma, no início e durante a sessão⁷⁴.

De toda forma, foi relatado um pouco de estranheza destes ao utilizar videoconferência, em razão da falta de contato físico com os colegas desembargadores e das conversas que precediam o início das sessões, mas no que tange às sessões em si, estas se realizam da mesma forma que as presenciais⁷⁵. Tem-se a percepção de que a pandemia precipitou a ampliação do uso dessa tecnologia, que “já estava nos planos do Tribunal”, sendo um modo de trabalho a ser continuado após a volta à normalidade⁷⁶.

No tocante às perspectivas para a continuidade do modelo virtual no período pós-pandemia, avaliam-se os benefícios trazidos pela experiência, que permite a realização das audiências e sessões sem a necessidade de deslocamento de nenhum dos participantes. Além disso, as audiências virtuais, combinadas com o processo eletrônico, permitem aos operadores do direito o *home office* (trabalho à distância)⁷⁷, possibilitando, inclusive, uma melhora na qualidade de vida destes.

Para a comissão de informática do TJCE, não se pode afirmar com certeza se a videoconferência irá se tornar a regra no que tange à realização das audiências e sessões, mas que definitivamente é uma ferramenta à disposição do Tribunal⁷⁸. Há magistrados que, por sua vez, veem uma fusão de modelos, não acreditando na adoção do modelo exclusivamente virtual pós-pandemia. Contudo, “não há dúvida de que o *know-how* aprendido agora será útil no aprimoramento das audiências presenciais, expandindo as possibilidades, permitindo que testemunha seja ouvida na sede de sua residência atual, sem necessidade de expedição de precatória, bem como de advogados e procuradores que não estejam presencialmente na audiência física”⁷⁹.

74 TJCE EM PODCAST, 2020c.

75 TJCE EM PODCAST, 2020d.

76 TJCE EM PODCAST, 2020d.

77 TJCE EM PODCAST, 2020d.

78 TJCE EM PODCAST, 2020c.

79 TJCE EM PODCAST, 2020d.

Por seu turno, há representante da área judiciária do TJCE, que afirma que “a incorporação de ferramentas tecnológicas e formas de funcionamento virtuais é uma naturalidade da evolução do Poder Judiciário”, razão pela qual aduz que, com o final do isolamento social, haverá grande ampliação da utilização de ferramentas de videoconferência, bem como o teletrabalho será realidade muito mais presente no dia-a-dia do judiciário⁸⁰.

5. Conclusão

Durante a pandemia da COVID-19, com o fechamento de todos os fóruns brasileiros, a implementação das audiências virtuais ocorreu de forma emergencial, sob pena de fazer cessar o curso normal dos processos e, com isso, prejudicar em demasia a prestação jurisdicional, paralisando milhares de processos. O judiciário brasileiro como um todo se viu obrigado a uma disrupção tecnológica, com imediata adaptação ao mundo virtual. No âmbito do TJCE, apesar de já haver abertura à virtualização dos processos, a utilização de audiências nesse formato ainda estava em fase inicial, especialmente no âmbito cível.

Apesar de todas as dificuldades atinentes ao modelo virtual de audiências, constatou-se que há uma tendência de aumento na realização desses atos processuais no meio digital pelo Judiciário cearense, inclusive após o fim da pandemia e a normalização das atividades presenciais. De fato, a experiência durante o período de pandemia demonstrou que a videoconferência, assim como outros modelos não-presenciais (como chat online), são ferramentas à disposição da justiça, que eliminam as barreiras físicas e promovem uma desburocratização do processo, a exemplo da possibilidade de oitiva de testemunhas em outras comarcas sem a necessidade de expedição de precatória. Assim, tem-se uma aproximação do Tribunal aos jurisdicionados.

Ademais, especialmente durante a pandemia, tem-se que a virtualização foi (e continua sendo) um instrumento extremamente necessário à garantia do acesso à justiça. Isso porque o enfoque atual se volta aos meios pelos quais a justiça se faz presente na nova realidade mundial, mas ainda assegurando a observância do devido processo legal, de todas as garantias das partes e de todo o rito procedimental, sem necessidade de presença física.

80 TJCE EM PODCAST, 2020c.

Embora existam muitos brasileiros que não possuem acesso ao virtual, seja por questões econômicas ou sociais, o judiciário tem permitido às partes que informem se há algum impedimento para que participem do ato no meio digital e, em havendo, remarcam a audiência, para que ocorra no meio físico. Ainda mais, quanto àqueles que possuem acesso às tecnologias necessárias, mas não compreendem a sua operação, podem se utilizar de manuais disponibilizados na internet quanto ao acesso ao sistema, bem como entrar em contato, via ligação telefônica, com os servidores da vara onde se localiza o processo, solicitando assistência para utilização da plataforma, caso não possuam advogados para auxiliá-los.

Assim, percebeu-se que a virtualização das audiências acarretou ampliação do acesso à justiça, mediante a disponibilização de mais ferramentas para a consecução dos objetivos da prestação jurisdicional, possibilitando ainda às partes, testemunhas, advogados, defensores, procuradores e magistrados, que participem das audiências de qualquer lugar do mundo. Viabilizou-se maior alcance da tutela jurisdicional, de forma mais célere, menos onerosa e burocrática, relativizando o conceito de “espaço” na Justiça brasileira.

Referências

- BRASIL. *Lei 13.105/15, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República, 15 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995*. Brasília, DF: Presidência da República, 26 set. 1995. Disponível em: www.planalto.org.br/Lei/9.099/95. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia Internet: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- CEARÁ. *Decreto Estadual 33.519, de 19 de março de 2020*. Fortaleza: Governo do Estado, 19 maio 2020a. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/>

wp-content/uploads/sites/20/2020/03/Decreto-n.-33.519-de-19-de-mar%C3%A7o-de-2020.-Intensifica-as-medidas-para-enfrentamento-da-infec%C3%A7%C3%A3o-humana-pelo-novo-coronavirus.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

CEARÁ. *Decreto Estadual 33.617, de 06 de junho de 2020*. Fortaleza: Governo do Estado, 06 jun. 2020b. Disponível em: <https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2020/06/do20200606p01.pdf.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CEARÁ. *Lei Estadual 16.397/17, de 14 de novembro de 2017*. Fortaleza: Governo do Estado, 14 nov. 2017. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2019/02/nova-organizacao-judiciaria.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019/ Conselho Nacional de Justiça*. CNJ, Brasília, DF, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Manual para Partes e Testemunhas sobre o Uso da Videoconferência*. Agência CNJ de Notícias, Brasília, DF, 24 ago. 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/manual-para-partes-e-testemunhas-sobre-o-uso-da-videoconferencia/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais*. CNJ, Brasília, DF, 2020c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 313, de 19 de março de 2020*. Brasília, DF: Presidência do CNJ, 19 mar. 2020d. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=D-J71_2020-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%20313%2C%20DE%2019,%C3%A0%20justi%C3%A7a%20neste%20per%C3%ADodo%20emergencial. Acesso em 20 ago.2020.

KATSH, Ethan; RIFIKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace*. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

KATSH, Ethan. Dispute Resolution Without Borders: Some implications for the Emergence of Law in Cyberspace. *First Monday*, Chicago, v. 11, n.

- 2, fev. 2006. Disponível em: <http://ojs-prod-lib.cc.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/1313/1233>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- LESSIG, Lawrence. *Code: The new law of internet*. 2. ed. New York: Basic Books, 2006.
- LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Trad. Paulo Neves. São Paulo: 34, 1996.
- LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53- 70, set. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.8360>.
- MELO, Jeferson. Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia. *Agência CNJ de Notícias*, Brasília, DF, 08 ago. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.
- MIGALHAS. Crítico das sessões virtuais, Marco Aurélio troca toga por camisa polo; “sou o maior defensor da liturgia”. *Migalhas*, [S.I.], 15 de abril de 2020a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/324680/critico-das-sessoes-virtuais-marco-aurelio-troca-toga-por-camisa-polo-sou-o-maior-defensor-da-liturgia>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- MIGALHAS. Dedembargador do Amapá aparece em videoconferência sem camisa. *Migalhas*, [S.I.], 15 abri. 2020b. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/324700/desembargador-do-amapa-aparece-em-videoconferencia-sem-camisa>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- MULCAHY, Linda; ROWDEN, Emma; TEEDER, Wend. *Exploring the case for Virtual Jury Trials during the COVID-19 crisis. An evaluation of a pilot study conducted by JUSTICE*. Centre for Socio-Legal Studies, Faculty of Law, Oxford University, April 2020. Disponível em: <https://justice.org.uk/wp-content/uploads/2020/04/Mulcahy-Rowden-Virtual-trials-final.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.
- PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello; TARTUCE, Fernanda. *Elas Debatem – Audiências Virtuais*. Palestra virtual (live), Instagram (perfil: @fernandatartuceii), [S.I.], 03 jun. 2020. Disponível em: https://www.instagram.com/tv/CA_Zrz7jiow/?utm_source=ig_web_copy_link. Acesso em: 03 jun. 2020.
- SUTTO, Giovanna. “Fadiga de Zoom”: por que as videochamadas são tão cansativas (e como evitar essa sensação)? *InfoMoney*, São Paulo, 5 jun. 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/fadiga->

-de-zoom-por-que-as-videochamadas-sao-tao-cansativas-e-como-evitar-essa-sensacao/. Acesso em: 30 ago. 2020.

- THÉRIEN, Cristiano; CABRAL, Samara. Juíza convidada para relatar experiência com ODR e processo virtual. *Disciplina de ODR*, Curso de Pós-Graduação em Mediação e Gestão de Conflitos - UNIFOR, 22 ago. 2020.
- TJCE. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. 2019: *o ano em que o processo eletrônico chegou a todas as unidades da Justiça cearense*. TJCE, Fortaleza, 30 dez. 2019a. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/2019-o-ano-em-que-o-processo-eletronico-chegou-a-todas-as-unidades-da-justica-cearense/>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- TJCE. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Justiça cearense inicia Projeto de Virtualização de processos*. TJCE, Fortaleza, 23 dez. 2009. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/justica-cearense-inicia-projeto-de-virtualizacao-de-processos/>. Acesso em: 23 ago. 2020.
- TJCE. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Portaria nº 514, de 21 de março de 2020*. Fortaleza: Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 21 mar. 2020. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/portariatjce.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.
- TJCE. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Protocolo para realização de videoconferência nas unidades judiciárias do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*. TJCE, Fortaleza, [s.d.]. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/protocolo-de-audiencias-por-videoconferencia.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- TJCE. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Resolução do Órgão Especial nº 05, de 04 de abril de 2019*. Fortaleza: Presidência do Tribunal de Justiça do Ceará, 04 abri. 2019b. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/06/res05-2019.pdf> Acesso em: 21 ago. 2020.
- TJCE EM PODCAST: #1 - Modernização do Judiciário Cearense. Entrevistadoras: Marina Rattes e Manu Nery. Entrevistado: Des. Washington Araújo. [S.I.]: TJCE, 17 dez. 2019. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/33rUL9eJ6W0GzZonP8BKCL?si=6h2HBwLeTei2J-Zd8RGKOSA>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- TJCE EM PODCAST: #2 - Videoconferência. Entrevistadoras: Marina Rattes e Manu Nery. Entrevistados: Juiz César Morel, Des. Teodoro Silva Santos. [S.I.]: TJCE, 09 jan. 2020a. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/4OihIQeLOiAuRglHoY1MyI?si=os6ObjonTU-w8f8XRI-FbnQ>. Acesso em: 27 jul. 2020.

- TJCE EM PODCAST: #8 - 10 Pontos Fundamentais da Modernização. Entrevistadoras: Marina Rattes e Manu Nery. Entrevistado: Juiz Alexandre Sá. [S.I.]: TJCE, 20 fev. 2020b. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5UchCOonOYQN1Up0Cku97kY?si=E8IKMkHMS-n6KMk0RTxSv-w>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- TJCE EM PODCAST: #16 - Sessões virtuais. Entrevistadoras: Marina Rattes e Manu Nery. Entrevistados: Nilsiton Aragão, Des. José Tarcílio Souza da Silva, juíza Izabella Mendonça. [S.I.]: TJCE, 16 abr. 2020c. *Podcast*. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/0ClwYIXfkDedajfrW-ZIPDn?si=Qh9aSH4nQ9y9ISwj63IPwA>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- TJCE EM PODCAST #22 - Videoconferência: Solução antes e pós pandemia. Entrevistadoras: Marina Rattes e Manu Nery. Entrevistados: Juiz César Morel, Juiz Luís Gustavo Montezuma, Juíza Ana Celina Studart, Daniel Alves, Des. Washington Araújo. [S.I.]: TJCE, 28 maio 2020d. *Podcast*. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/2dBdDu20Drog1rXndpAotT?si=IZ9eI8CKQ1mgkN__OVzfOQ. Acesso em: 27 jul. 2020.
- VEJA. Juiz americano adverte advogados ‘seminus’ e desleixados em home office. Segundo o magistrado, que não abre mão de sua toga, o ‘dress code’ deve ser respeitado durante audiências por videoconferência. *Veja*, [S.I.], 30 jul 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/juiz-americano-adverte-advogados-seminus-e-desleixados-em-home-office/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Recebido em 24 de setembro de 2020.

Aprovado em 04 de maio de 2021.

RESUMO: a pandemia da COVID-19 acarretou o fechamento de todos os fóruns brasileiros, trazendo diversos problemas à continuação da prestação jurisdicional. Para possibilitar a continuidade das atividades pelo Poder Judiciário, fez-se necessária a sua virtualização integral, sendo uma das medidas a realização de audiências totalmente virtuais. Questiona-se como ocorreu esse processo, em especial no judiciário cearense, e quais as perspectivas para o período pós-pandemia. A utilização de audiências virtuais aumenta, mantém ou tolhe conquistas relativas ao acesso à justiça? Quais os desafios à implementação das audiências virtuais? Quais as possíveis soluções? Neste contexto, estuda-se o processo que levou à virtualização das audiências, conceitua-se o que se entende por “acesso à justiça”, elencam-se os principais desafios constatados quando da realização das primeiras audiências virtuais no Brasil e compilam-se relatos públicos de magistrados e servidores do TJCE, quanto às suas experiências realizando e participando de audiências virtuais. Como metodologia, utiliza-se estudo descritivo-analítico, através de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental, adotando-se como marco teórico o conceito de Acesso à Justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Conclui-se que a virtualização, como nova ferramenta à disposição do Judiciário, acarreta no aumento do acesso à justiça, à medida em que elimina as barreiras físicas à realização dos atos necessários à prestação jurisdicional.

Palavras-chave: virtualização do Poder Judiciário, audiências virtuais, *online dispute resolution*, acesso à justiça, pandemia.

ABSTRACT: the COVID-19 pandemic resulted in the closure of all Brazilian courts of Justice, bringing several problems to the continuation of the jurisdictional provision. In order to enable the Judiciary Power to continue its activities, it was necessary to fully virtualize it, one of the measures being the holding of fully virtual court hearings. Therefore, this research questioned how this process occurred, especially in the Ceará judiciary, and what are the perspectives for the post-pandemic period. Does the use of virtual hearings increase, maintain or hinder achievements regarding access to justice? What are the challenges to the implementation of virtual hearings? What are the possible solutions? In this context, first we had to study the process that led to the virtualization of hearings, then we conceptualized what is meant by “access to justice”, we listed the main challenges found when the first virtual hearings took place in Brazil and compiled public declarations of magistrates and civil servants of Ceará’s Court of Justice, regarding their experiences conducting and participating in virtual hearings. As a methodology, a descriptive-analytical study is used, through bibliographical, legislative and documentary research, adopting the concept of Access to Justice by Mauro Cappelletti and Bryant Garth as a theoretical framework. It is concluded that virtualization, as a new tool at the disposal of the Judiciary, leads to an increase in access to justice, as it eliminates physical barriers to the performance of the acts necessary for the jurisdictional provision.

Keywords: virtualization of the Judiciary, virtual hearings challenges, access to justice, pandemic.

Sugestão de citação: LIMA, Gabriela Vasconcelos; OLIVEIRA, Hannah Sales de. A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jul, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1666>.

Ainda o individualismo possessivo: notas político-metafísicas a partir de Étienne Balibar

*Possessive individualism once again: political-metaphysical notes
drawing on Étienne Balibar*

Glenda Vicenzi*

Humboldt Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha

1. Introdução

As noções de indivíduo e propriedade são duas categorias estruturantes da sociabilidade moderna e contemporânea, as quais são particularmente decisivas na constituição de certo núcleo do direito moderno. Se o contrato é a forma jurídica por excelência¹, fato é que este depende tanto de alguma noção de indivíduo – ou de pessoa – como de propriedade – seja esta sobre os bens materiais que se contratam ou sobre certos atributos a serem negociados. Tais categorias fundam direitos, obrigações, e, ademais, moldam formas de interação social. É importante notar, porém, que ambas são categorias históricas que se apresentam de diferentes modos no curso do tempo. Além disso, as noções de indivíduo e de propriedade formam uma espécie de conjunção – se articulam por meio da ideia de um indivíduo proprietário. Para além, da perspectiva de um indivíduo que possui o reconhecimento jurídico de que detém determinados bens, a conjunção também indica como a ideia de indivíduo, mesmo quando não referida a relações explicitamente jurídicas, ancora-se na modernidade em noções como as de

*Pesquisadora com estágio pós-doutoral na unidade de Teoria Política do instituto de Ciências Sociais da Humboldt Universität Berlin. Doutora em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Orcid: 0000-0001-7133-5535. E-mail: glendavicenzi@gmail.com.

1 PACHUKANIS, 2017.

próprio e apropriação. É sobre o particular cruzamento destas duas ideias que este artigo pretende refletir – buscando, por um lado, oferecer certo sentido histórico a tal conjunção, e por outro, disputar conceitualmente o seu entendimento.

O interesse em tratar do tema decorre da ressonância que ideologias particularmente individualistas encontram em nossas sociedades, e da percepção de seus efeitos. Nesse sentido, a busca por entender certos aspectos da construção histórica dessas noções dá-se, na medida em que, como pontuou Dumont, “a configuração individualista de ideias e valores que nos é familiar não existiu sempre nem apareceu de um dia para o outro”². O intuito desse resgate histórico não é caracterizar algum tipo de origem genética da conjunção entre indivíduo e propriedade, mas refletir sobre determinados desenvolvimentos do pensamento moderno que contribuem para promover uma perspectiva sobre a existência individual para a qual uma ideia de acúmulo em torno e a partir de si mesmo é fundamental. O campo de jogo é, desse modo, o da constituição de certas ideias e dos efeitos produzidos à medida de sua circulação. Assim, alinha-se ao que indicou Louis Althusser, ao afirmar que de uma perspectiva histórica materialista não é possível “compreender (begreifen: conceber), ou seja, pensar a história real (processo de reprodução e de revolução de formações sociais) como capaz de ser reduzida a uma Origem, uma Essência ou uma Causa [...] que seria o seu Sujeito”³. A articulação entre indivíduo e propriedade aqui estudada está em boa medida relacionada com o processo de consolidação das formações sociais capitalistas. No entanto, a abordagem adotada parte da compreensão de que este é um processo de longo alcance, cuja modulação se deu de forma gradual e complexa. Assim, ainda que se privilegie a análise de um determinado período ou evento, assume-se, também seguindo Althusser, que os processos históricos tendem a envolver um nível de desconexão ou desvio – uma marca não teleológica – entre as causas e os efeitos ou resultados que as sucedem⁴.

Dito isso, a reflexão aqui proposta sobre a noção de indivíduo em sua relação com a propriedade se concentrará no resgate de certos debates encenados na arena múltipla da filosofia política do século XVII, através da

2 2000, p. 22

3 ALTHUSSER, 1978, p. 69

4 ALTHUSSER, 2005, p. 32–33.

recepção que lhes foi dada contemporaneamente. Essa escolha, se justifica por duas razões. Primeiramente, na teoria política contemporânea a noção de individualismo possessivo, a qual pode ser entendida como meio de sintetizar o problema, foi construída a partir de uma análise do pensamento político inglês do século XVII. Além disso, e principalmente, as questões postas filosoficamente no período são particularmente relevantes para pensar a questão. Como sintetizou Étienne Balibar, o que estava em jogo entre os metafísicos do século XVII era explorar “diferentes possibilidade ao perguntar a questão: ‘O que é o Homem?’”⁵, cujas respostas implicam em distintos conceitos de individualidade. Além disso, é neste momento que se forma o conceito de identidade – decisivo para a relação entre indivíduo e propriedade investigada. De acordo com Marilyn Strathern, tanto identidade como indivíduo adquirem seus contornos a partir das mudanças ocorridas nesse século. A autora aponta a respeito do último que:

Originalmente um termo para uma entidade indivisível, tornou-se usado no século XVII para entidades separadas e (como adjetivo) para algo distinto de outros por atributos próprios, ou (como substantivo) para um objeto determinado por propriedades peculiares a si mesmo, bem como para um único membro de uma classe ou grupo natural⁶.

Ademais, sustenta-se que esse momento histórico forneceu importantes elementos para o entrelaçamento dessa nova ideia acerca do indivíduo com aquela de propriedade. Em sua análise sobre o surgimento da representação da sociedade como comunidade de proprietários privados, por exemplo, Dardot e Laval apesar de partirem dos embates teológicos promovidos pela escolástica entre propriedade privada e comunidade de bens, consideram-nos ainda insuficientes para a conformação do que viria a ser a noção de propriedade sustentada por certa compreensão acerca do indivíduo. Para os autores é, de fato, apenas com Locke que a questão se assenta, já que o autor “pretende fundamentar a propriedade no direito natural de cada indivíduo sobre sua própria pessoa, seu corpo e suas faculdades”⁷.

5 1996, p. 215. Todas as passagens citadas extraídas de textos sem tradução publicada para o português foram por mim traduzidas.

6 2017, p. 27.

7 DARDOT; LAVAL, 2017, p. 265.

Assim, o artigo será desenvolvido a partir da recuperação da expressão “individualismo possessivo”, cunhada há cerca de 60 anos por C. B. Macpherson e tornada uma fórmula comumente empregada pela teoria social. Nesse sentido, será resgatado o contexto teórico em que é formulada, bem como feita algumas considerações sobre a obra que lhe deu vida. A partir disso, será apresentada uma reflexão sobre que outros sentidos pode-se lhe atribuir, para além daqueles concebidos originalmente, os quais permitem uma conexão mais clara com questões postas pelo horizonte social contemporâneo.

2. A síntese de Macpherson

Em 1962 o cientista político canadense C. B. Macpherson publica o livro *A Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes até Locke*. Com tal obra o autor, que foi editor em algumas edições prestigiadas de obras clássicas de Hobbes e Locke, cravou um lugar importante como intérprete do pensamento político inglês e moderno. Em suma, o autor propõe uma leitura das teorias políticas inglesas de Hobbes, Locke e Harrington, além de uma análise do movimento dos Levellers, a partir das quais deduz o que entende por “individualismo possessivo” – tal entendimento é sintetizado ao final do livro em sete proposições, as quais reúnem o que seriam os pressupostos comuns dessas teorias e que se mantêm na tradição liberal-democrática posterior.

Empregando um método de interpretação baseado na identificação de suposições sociais a formulação dessa síntese de pressupostos ancora-se não tanto em posições explícitas ou claramente formuladas nos textos, mas principalmente em um processo analítico interpretativo em que o dito e o não dito se conformam como suposições que dão sentido geral a um sistema social e político. O autor busca demonstrar como suposições possessivas estão presentes nesses pensamentos. Como recurso para formular tais suposições, o autor parte ora da identificação de lacunas teóricas, ora de uma incoerência ou contradição. A incoerência – real ou suposta – serve para trazer à cena o pressuposto, que desataria o nó em relação ao qual a teoria parece presa, conferindo-lhe sentido.

É importante não perder de vista que, embora parta de uma análise de textos históricos, o que motiva a investigação de Macpherson é a reflexão sobre porque a fundamentação teórica do Estado liberal democrático não

vinha se mostrando sólida em meados do século XX. Assim, é sobre o contexto de uma crise democrática que tem perdurado que o autor buscou intervir. Nesse ponto, parece adequada a perspectiva de Frank Cunningham, de que a obra é menos um texto de história do pensamento, e mais uma peça de intervenção política⁸, o que justificaria em certa medida o método pouco ortodoxo de Macpherson – resultando em um texto nem tão rigoroso do ponto de vista filosófico, nem tão preocupado com o embasamento histórico, uma vez que o recurso ao pensamento político do dezessete é principalmente meio para compreender seu presente.

Para o autor, as bases teóricas da democracia liberal são abaladas por meio de movimentos políticos ocorridos a partir do século XIX – como a instituição do sufrágio universal e a organização política das classes trabalhadoras –, os quais teriam colocado em xeque as “limitações proprietárias” à participação política. Em sua visão, tais limitações eram basilares das teorias que fundamentaram o estado liberal democrático. O autor considera que tais teorias foram elaboradas sobretudo no século XVII inglês, momento no qual acontecimentos políticos somados a um conjunto de obras teóricas consolidaram as bases para “uma nova crença no valor e nos direitos do indivíduo”⁹. Tal compreensão faz com que o autor reflita sobre a crise democrática através de uma análise do papel da teoria política inglesa do XVII para a construção do individualismo moderno. Nesse contexto, Macpherson distancia-se rapidamente das soluções que buscam restituir uma base moral ao indivíduo – de modo a afastá-lo de seu aturdimento calculista e egoísta – perspectiva encabeçada, por exemplo, por John Stuart Mill. Para o canadense, seria preciso reconsiderar tal diagnóstico e reconhecer que o problema das teorias liberais-democráticas modernas vem de mais longe e não diz respeito simplesmente a uma deturpação promovida pelas doutrinas utilitaristas do XVIII e XIX. Assim, é a assunção de que já “o individualismo oriundo do século XVII continha a dificuldade central, residindo esta na sua qualidade possessiva”¹⁰, que conduz o autor ao recorte investigativo de sua obra.

Portanto, a partir dessa motivação, Macpherson emprega seu método analítico de identificação de suposições sociais sobre as obras dos autores

8 CUNNINGHAM, 2019, p. 8

9 MACPHERSON, 1979, p. 13

10 MACPHERSON, 1979, p. 15.

mencionados e formula, através dessa interpretação um conjunto sintético de proposições, o qual cabe resgatar para que se possa debater mais diretamente o individualismo possessivo:

1 – O que confere aos seres o atributo de humanos é a liberdade de dependência da vontade alheia.

2 – A liberdade da dependência alheia significa liberdade de quaisquer relações com outros, menos as relações em que os indivíduos entram voluntariamente visando a seu próprio proveito.

3 – O indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, pelas quais ele não deve nada à sociedade.

4 – Se bem que o indivíduo não possa alienar a totalidade de sua propriedade de sua própria pessoa, ele pode alienar sua capacidade de trabalho.

5 – A sociedade humana consiste em uma série de relações de mercado.

6 – Já que a liberdade das vontades dos outros é o que torna humano o indivíduo, a liberdade de cada indivíduo só pode ser legitimamente limitada pelos deveres e normas necessários para garantir a mesma liberdade aos outros.

7 – A sociedade política é um artifício humano para a proteção da propriedade individual da própria pessoa e dos próprios bens, e (portanto), para a manutenção de relações ordeiras de troca entre indivíduos, considerados como proprietários de si mesmos¹¹.

Considero que esse conjunto de proposições expressa ao mesmo tempo a força e a fraqueza da teorização de Macpherson. Por um lado, tais ideias representam uma síntese louvável da ideologia liberal que se consolidou na era moderna – fazer síntese não é tarefa simples. Por outro, a própria dimensão sintética da teoria é construída por meio de uma espécie de equivalência e simplificação de pensamentos em muitos aspectos distintos entre si, e que são oriundos de um século cuja natureza capitalista, liberal ou de “mercado possessivo”, nos termos do autor, é alvo de numerosos debates. Há uma espécie de dualidade na tese do individualismo possessivo, que desperta tanto interesse e repercussão, mas também ímpeto crítico. Isto porque ao mesmo tempo em que Macpherson ofereceu um instrumental ao qual a teoria social recorre frequentemente para expressar a visão hegemônica

11 MACPHERSON, 1979, p. 275–276.

sobre o indivíduo na modernidade, também recebeu, por outro lado, uma dura recepção por parte da crítica especializada.

Como indicou Balibar, a partir da obra de Macpherson a expressão “individualismo possessivo” converteu-se “em um instrumento extraordinariamente bem-sucedido de análise histórica e julgamento ético que em boa medida extrapolou as intenções originais do autor”¹². Apesar disso, os críticos da obra, oriundos sobretudo do campo da teoria política e da história, disputaram a interpretação em relação ao processo de ascensão do capitalismo, observando com frequência que sua teoria priorizou excessivamente uma análise economicista dos autores do século XVII, desconsiderando outros aspectos políticos e jurídicos importantes para o contexto, e projetou ao período uma “sociedade de mercado possessivo”, além de uma configuração do trabalho assalariado que ainda não havia se desenvolvido plenamente. Além disso, o método analítico e a ausência de uma análise histórica são outros pontos comuns de ressalva quanto à tese, a qual se considera baseada prioritariamente em uma construção abstrata lógica¹³.

De acordo com Tully, após um furor inicial em torno da obra de Macpherson, esta foi submetida a toda sorte de críticas, criando, entre os pesquisadores especializados no pensamento político inglês do início da modernidade, certa desconfiança em relação à teoria, e entre os aderentes, o desafio de reconstruí-la e sustentá-la por outros meios. Na visão do autor, mesmo que a pesquisa desse campo tenha passado a se ocupar de outros problemas e que o debate sobre a relação entre a primeira modernidade e o capitalismo tenha se tornado mais técnico, seria importante reconhecer que a tese do individualismo possessivo impactou significativamente tanto “na forma como pensamos a história do presente, mas também continua a ser um importante objeto de comparação e contraste quando refletimos criticamente sobre o pensamento político da primeira modernidade e sobre nossa relação com ele”¹⁴.

Considerando este cenário, é o caso de refletir sobre a proporção em relação a qual a tese do individualismo possessivo segue capaz de dialogar com a realidade política contemporânea e explicitar qual o particular

12 BALIBAR, 2002, p. 299.

13 Uma análise mais detalhada sobre a recepção crítica da obra foi desenvolvida no tópico 1.2 de minha tese de doutorado. Ver: VICENZI, 2022.

14 TULLY, 1993, p. 72.

interesse aqui perseguido. Pois, a despeito das críticas, alguma dimensão dessa tese parece ter continuado a ressoar no pensamento social – o que se mostra tanto pelo uso da expressão como pelos esforços subsequentes em pensá-la por outros meios.

3. O individualismo possessivo além da síntese

No contexto desse trabalho, a problemática do individualismo possessivo ressoa na medida em que articula a constituição de uma estrutura simultaneamente jurídica e extrajurídica – cujo núcleo está na ideia de propriedade de si e de autodeterminação da vontade, – a qual molda um certo tipo de sociabilidade tipicamente capitalista. Ao mesmo tempo, tal estrutura parece modular-se de diversas formas. Particularmente, a motivação para o estudo da obra se relaciona principalmente com o que o autor expressa nas três primeiras proposições, as quais manifestam um conjunto de ideias diretamente ligado a certa noção de indivíduo e à definição de humano que a sustenta – uma antropologia filosófica, portanto – e que também informa um modo do agir político.

Nesse sentido, o foco proposto não está tanto no “ismo” que tal conjunto de ideias constitui. Ao mesmo tempo, contrapõe-se a interpretação de Macpherson, centrada no debate sobre quem era considerado proprietário no século XVII e possuía direito à participação e integração na sociedade política. Ao afirmar que a ampliação da participação política por meio do sufrágio universal e a organização das classes trabalhadoras alteram os rumos da política ocidental nos séculos XIX e XX, e com isso põem em xeque as bases de sustentação da teoria liberal-democrática, o autor tende a considerar que o caráter proprietário do individualismo está circunscrito à disposição de propriedade privada material de bens e diretamente delimitado por um recorte de classes.

Embora tal relação não seja incorreta, ela parece limitada, não dando conta de outras articulações possíveis entre individualismo e propriedade. Se compreende-se a modernidade como um processo histórico de longa duração, do qual o século XVII foi um estágio inicial, e se existe a intenção de sustentar que elaborações teóricas e filosóficas fundamentais para esse processo histórico foram introduzidas nesse ponto e se perpetuaram em seu decurso, como o faz Macpherson, seria importante assumir tal perspectiva de modo radical. Isto envolve evitar considerar que haja uma certa forma de

interrupção desse transcurso com o desenvolvimento de processos políticos que movimentaram e movimentam as democracias liberais ocidentais – como no exemplo de que a ampliação da participação política e a organização política das classes trabalhadoras marcariam o ponto em que a teoria do individualismo possessivo perde sua base moral. De fato, as disputas políticas influenciam na prevalência de dinâmicas e valores mais coletivistas ou mais individualistas no âmbito social e certa modulação dos valores individualistas parece ter ocorrido no curso do século XX. No entanto, isso não implicou uma superação das limitações proprietárias, as quais encontraram nova subsistência com o advento do neoliberalismo e de outros fenômenos contemporâneos. Desse modo, cabe questionar sobre os possíveis sentidos e formas de propagação/sustentação da noção de indivíduo proprietário.

Da perspectiva a ser desdobrada, parte-se da premissa de que as proposições teóricas que conformam a tese do individualismo possessivo não são desafiadas apenas por eventos políticos que se desenvolvem a partir do século XIX, mas que, ao contrário, são elas mesmas elementos de uma luta política e teórica que está em jogo já em sua elaboração. Na introdução de seu livro, Macpherson adianta o conteúdo das suposições que conformam sua tese, para então afirmar:

Argumentarei que essas suposições que, de fato, correspondem substancialmente às relações reais de uma sociedade de mercado foram o que deu à teoria liberal sua força no século XVII, mas que se tornou a origem de sua fraqueza no século XIX, quando a evolução da sociedade de mercado destruiu certos pré-requisitos para se extrair uma teoria liberal de suposições possessivas, ao passo que a sociedade se lhes amoldou tão intimamente que elas não puderam ser abandonadas. Ainda não foram abandonadas e nem poderão ser enquanto predominarem as relações de mercado¹⁵.

Entendo que a afirmação de que as ideias sobre o indivíduo contidas na tese do individualismo possessivo “correspondem substancialmente às relações reais de uma sociedade de mercado” expressam um dos limites da teorização do autor. A afirmação é questionável, por um lado, a partir de uma posição materialista, segundo a qual é problemático considerar que uma noção de indivíduo baseada em uma descrição da natureza humana

15 MACPHERSON, 1979, p. 15–16

enclausurada em si mesma e cujas relações sociais dependem sempre de uma posição soberana por parte do indivíduo, a qual em alguma medida exclui da constituição individual as relações com outros e com o mundo, possa ser tomada como correspondente à realidade. Mas sob outra ótica, também não parece ser o caso de afirmar que tais proposições deixam de adequar-se à realidade a partir do século XIX, à medida que a propriedade material perde centralidade em relação à atribuição formal de cidadania. Ao contrário, é preciso reconhecer que essa “adequação” foi e é objeto de disputas teóricas e políticas, e que nunca se dá integralmente. Além disso, é o caso de perguntar se e como novas conformações de cidadania dão condições para o aparecimento de outras dinâmicas de individualismo possessivo, à medida da reconfiguração da reprodução social.

Ademais, quando são concebidas as teorias que fundamentam o individualismo possessivo, há outras disputas em jogo que justificariam reconsiderar tal posição. Warren Montag, por exemplo, reforça este ponto ao contrapor-se a interpretações como a de Macpherson as quais afirmam que Locke reduz o povo ao conjunto de proprietários de terra (*landowners*), indicando que deixam de considerar que, para Locke, todos os indivíduos possuem a propriedade de suas próprias pessoas e, mais do que isso, de que é esta propriedade em primeiro lugar que fundamenta a propriedade absoluta em sua teoria. Para o autor, a auto-propriedade de si (*self-ownership*) também cumpre a função de estabelecer uma “aliança entre as classes trabalhadoras e capitalistas agrários, afirmando que qualquer ataque até mesmo aos maiores produtores simultaneamente põe em questão a propriedade de suas próprias pessoas para os trabalhadores mais humildes”¹⁶, o que implica que a defesa da propriedade pode converter-se em uma questão também de auto interesse, para além do direito natural. Nesta leitura, aqueles que não possuem propriedade material estariam já incluídos nas teses individualistas possessivas do século XVII, na medida em que possuem a propriedade sobre si mesmos – o que não implica, contudo, que essa inclusão ou tentativa de unidade seja livre de problemas ou contradições¹⁷.

16 MONTAG, 2005, p. 155.

17 Tal contradição se torna explícita, por exemplo, na passagem de *Some Considerations of the Consequences of Lowering the Interest, and Raising the Value of Money*, citada tanto por Macpherson, como por Montag, na qual Locke afirmará: “O quinhão do trabalhador raramente sendo mais do que a mera subsistência, jamais deixa a essa categoria humana tempo ou oportunidade para elevar seus pensamentos acima disso, ou para lutar com os mais ricos pelos seus (como um interesse comum), a não ser quando algum grande desastre coletivo, unindo-os num

Apesar desses contrapontos, a perspectiva de uma ampliação da tese do individualismo possessivo para além dos limites estabelecidos na interpretação original de Macpherson envolve a percepção do individualismo possessivo como um conjunto de ideias que produziu e produz efeitos políticos reais significativos. De fato, é o reconhecimento de que esses efeitos se mantêm presentes nas dinâmicas políticas e sociais – mesmo diante de conquistas políticas decisivas como o sufrágio universal – que mobiliza o interesse em ampliar e aprofundar a análise de construções teóricas que fundamentaram tal entendimento sobre o indivíduo na modernidade ocidental. Para tanto, propõe-se considerar que os traços de um individualismo proprietário não são construídos apenas pela teoria política, mas que também estão inscritos em outras formas do pensamento moderno – na antropologia, na ideia de pessoa, nas compreensões sobre o sujeito e a subjetividade. As três primeiras proposições de Macpherson organizam uma primeira estrutura de aproximação de uma antropologia política que estabelece como condição do humano um regime de autopropriedade e de “liberdade de dependência da vontade alheia”, que tem por corolário uma ideia problemática de vontade. Apesar disso, o autor mesmo não se dedica à dimensão mais propriamente filosófica que sustenta essas ideias. Ainda que tenha proposto em um texto posterior que o individualismo possessivo consiste em uma ontologia¹⁸,

só fermento universal, os faz esquecer o respeito e lhes dá o atrevimento de pelear por suas necessidades pela força armada. E então, às vezes, arrombam as portas dos ricos e carregam tudo, como um dilúvio” (LOCKE, 1824, vol. IV, p. 71).

18 Em seu livro de 1973, *Democratic Theory*, Macpherson caracterizou o individualismo possessivo como a ontologia das democracias ocidentais e propôs substituí-la por uma ontologia do desenvolvimento democrático. Ver: MACPHERSON, 1973. De acordo com Cunningham, Macpherson entende por ontologia “uma concepção da natureza humana pressuposta, quando não sempre expressa de maneira explícita, por teóricos políticos e em culturas políticas populares que implicam em julgamentos sobre o que é moralmente desejável, ou pelo menos aceitável, e realista” (2019, p. 4) it still seems preoccupied either with textual exegesis of a conservatively construed canon, fashionable postmodern forms of with textual exegesis of a conservatively construed canon, fashionable postmodern forms of deconstruction, or the reduction of ideas to the context in which they were formulated and the y prejudices of the author. Usually written in esoteric style and intended only for disciplinary experts, political theory has lost both its critical character and its concern for political practice. Behaviorist and positivist political scientists tend to view it as a branch of philosophical y metaphysics or as akin to literary criticism. They are not completely wrong. There is currently no venue that highlights the practical implications of theory or its connections with the larger world. I was subsequently delighted when Palgrave Macmillan offered me the opportunity of world. I was subsequently delighted when Palgrave Macmillan offered me the opportunity of editing *Critical Political Theory and Radical Practice*. When I was a graduate student at the University of California: Berkeley during the 1970s, critical theory was virtually unknown in the United States. The academic mainstream

sua teoria ampara-se muito pouco nas elaborações metafísicas ou ainda nas dimensões psicológicas dos autores que estudou.

Para que se possa acessar uma outra perspectiva sobre o individualismo possessivo, propõe-se resgatar a revisão de Étienne Balibar sobre o tema – a qual é centrada sobretudo na teoria de Locke – como forma de trazer à tona uma análise transdisciplinar do problema. Algumas razões justificam o foco em Locke. Primeiramente, é em sua obra que se apresenta de modo mais explícito a ideia de autopropriedade ou propriedade de si – condensada na fórmula “cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa” [*every Man has a Property in his own Person*]¹⁹ – que estrutura sua teoria sobre a propriedade e, conseqüentemente, fundamenta sua teoria do direito. Além disso, dentre os autores do período, Locke é o único a ser diretamente reivindicado como antecessor do liberalismo. Já no campo metafísico, o autor elabora ideias importantes para a reflexão sobre o indivíduo, como as noções de pessoa, identidade pessoal e autoconsciência. Ademais, ao analisar o pensamento dos grandes pensadores metafísicos do século XVII, como Descartes, Hobbes, Spinoza, Leibniz e Locke, Balibar conclui que se podemos perceber em algumas dessas metafísicas a presença tanto de elementos “pré-modernos” como “pós-modernos”, isso se deve ao “fato de que nossa concepção tipicamente ‘moderna’ do indivíduo foi basicamente desenvolvida em outra direção, para a qual o principal contribuinte filosófico foi Locke”²⁰.

was late in catching up and, when it finally did during the late 1980s, it predictably embraced the more metaphysical and subjectivist trends of critical theory. Traditionalists had little use for an approach in which critique of a position or analysis of an event was predicated on positive ideals and practical political aims. In this vein, like liberalism, socialism was a dirty word and knowledge of its various tendencies and traditions was virtually non-existent. Today, however, the situation is somewhat different. Strident right-wing politicians have openly condemned “critical thinking” particularly as it pertains to cultural pluralism and American history. Such parochial validations of tradition have implications for practical politics. And, if only for this reason, it is necessary to confront them. A new generation of academics is becoming engaged with immanent critique, interdisciplinary work, actual political problems, and more broadly with immanent critique, interdisciplinary work, actual political problems, and more broadly the link between theory and practice. Critical Political Theory and Radical Practi...”, “author”: [{"-dropping-particle": "", "family": "Cunningham", "given": "Frank", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "id": "ksemelVB/mCrSZzDi", "issued": {"date-parts": [{"2019"}]}, "publisher": "Springer International Publishing", "publisher-place": "Cham", "title": "The Political Thought of C.B. Macpherson", "type": "book", "locator": "4", "label": "page"}], "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json" .

19 LOCKE, 2020, liv. II, § 27

20 BALIBAR, 1996, p. 233.

Nesse sentido, uma das hipóteses a serem perseguidas é a de que a teorização de Locke em torno do indivíduo estabelece certos limites em relação à posição subjetiva a partir da qual a luta política é travada. Tal hipótese, não está baseada na propriedade material como condição para a participação política. Ao contrário, trata-se da ideia de que na modernidade o vocabulário da liberdade de dependência alheia, da voluntariedade e da autopropriedade tem representado uma espécie de baliza da dinâmica política, mesmo para os mais despossuídos. Uma interpretação dessa ordem é elaborada justamente por Balibar, que refletiu consistentemente sobre a contribuição de Locke para a conformação da problemática moderna do indivíduo e do sujeito. Assim, na próxima sessão destacaremos alguns aspectos de sua revisão sobre o problema do individualismo possessivo, que vai além dos confins da teoria política tradicional a que se limitou o pensador canadense para promover uma análise transdisciplinar que articula teoria política e metafísica²¹.

4. Apropriar a consciência e possuir a própria pessoa: o paradigma de Locke

O ponto de partida da divergência de Balibar com relação à Macpherson está no reconhecimento de que este “achata” as diferenças e projeta argumentos sobre os autores do século XVII. Diferentemente dos demais críticos, contudo, não passa a simplesmente refutar a tese do individualismo possessivo.

21 Na introdução da edição inglesa do livro de Balibar sobre Locke, Stella Sandford pontua que o espírito da leitura política que Balibar faz do Ensaio sobre o entendimento humano é atravessado pelo clássico estudo de Macpherson, no entanto relembra que este raramente refere-se ao Ensaio em sua teorização. Ela sugere, contudo, que, caso Macpherson tivesse considerado tais dimensões do pensamento de Locke, provavelmente limitar-se-ia a situá-las no interior do enquadramento político-econômico que embasa sua teoria e a considerar os aspectos filosóficos como determinados por esse enquadramento. Segundo a autora, uma perspectiva deste tipo foi de fato encampada por Neal Wood e por Ellen Meiksins Wood, em *The Politics of Locke's Philosophy* (1983), obra na qual “aspectos do Ensaio de Locke são explicados de acordo com seu ‘enraizamento em uma determinada perspectiva social’ que inclui, especialmente, o ideal burguês do indivíduo racional como base da sociedade. Para Wood, isto significa que Locke combina o eu aquisitivo do individualismo burguês (o “eu conativo”) com o “eu cognitivo”, produzindo um modelo mercadológico da teoria do conhecimento como aquisição” (SANDFORD, 2013, ebook). Nessa abordagem, a relação entre política e filosofia é tratada privilegiando apenas um dos lados, tendendo a “ver a filosofia como apenas um desdobramento ideológico da política” (SANDFORD, 2013, ebook). Já as elaborações de Balibar sobre o tema têm o feito único de serem propriamente transdisciplinares e de atribuírem um papel ativo aos aspectos não-econômicos.

Ao contrário, o pensador francês sustentará que não há um individualismo possessivo, mas pelo menos dois – um de Locke e um de Hobbes. Além de traçar diferenças entre as perspectivas desses dois autores, contudo, é ao “individualismo possessivo” de Locke a que se dedica mais a fundo.

Primeiramente, Balibar sustenta que há uma divisão inicial no centro da diferença entre esses dois individualismos quanto às formas que cada um dos autores enxerga o limite “natural” da política, isto é, “a resistência do indivíduo [self] a qualquer tentativa de excluí-lo de suas ‘propriedades’”²². Para Locke, este limite seria tratado como positividade – uma delimitação ao que o Estado pode ou não em face do indivíduo e que será condensado posteriormente nas ideias de direitos humanos e direitos cívicos. Já em Hobbes, esse limite é tratado como negatividade ou vazio, na forma da ameaça latente de retorno a um estado de natureza violento em que cada um representa um perigo à vida do outro, e que foi suprimido pela instituição do Estado e da lei²³. A partir disso, Balibar sugere que se pode pensar uma “dialética da noção de individualismo possessivo” na qual três termos se articulam: o poder, a propriedade e o proprietário. A forma de articulação determina a diferença entre as duas posições. Da perspectiva hobbesiana, isso se daria no sentido de um “poder da propriedade”, enquanto para Locke seria plausível falar em “propriedade como poder”. No modelo hobbesiano, a propriedade material representaria apenas uma das formas de aquisição do poder no interior de uma economia ou mercado de poder em que outros elementos, como um cargo, um ofício ou certo conhecimento, consistiriam em outras possibilidades de adquiri-lo ou exercê-lo. Já na perspectiva lockeana, pode-se dizer que a propriedade antecede o poder, “a propriedade não é uma parte constitutiva do poder; ao contrário, o poder deriva da propriedade”²⁴. Essa é uma formulação decisiva, na medida em que permite pensar como a ideia de possuir algo enseja a criação de uma relação política e constitui uma forma específica de socialização.

No verbete *person/personal* (pessoa/pessoal), parte do glossário de conceitos que integra seu livro sobre Locke²⁵, Balibar sugere que, embora as teorias dos dois autores possam ser consideradas “individualistas”, em um

22 BALIBAR, 2002, p. 301.

23 Para uma interpretação sobre esta relação particular entre estado de natureza e soberania em Hobbes ver: AGAMBEN, 2002, p. 41–42; 112–113.

24 BALIBAR, 2002, p. 302.

25 BALIBAR, 2013, ebook.

sentido formal, há uma diferença fundamental entre as formas de conceber a pessoa. Em Hobbes, a pessoa é tratada segundo o modelo da ficção²⁶, a despeito da divisão entre pessoas naturais e fictícias, dizendo respeito a uma espécie de máscara que é atribuída desde o exterior, para exercer a função de vincular determinadas ações e palavras – sejam suas ou de outrem a quem representa – a um indivíduo. Nessa teoria, tal concepção serve para fundamentar justamente a relação de representação – a associação autor-ator – que se constitui através do pacto e é generalizada para caracterizar o papel social dos indivíduos. Já em Locke, a definição de pessoa, está diretamente ligada ao conceito de self – o eu ou si mesmo – e diz respeito, portanto, a uma interioridade, de modo que a vinculação dos atos à pessoa não vem do exterior como em Hobbes, envolvendo, ao contrário, a interioridade, uma vez que essa vinculação passa necessariamente pela consciência do indivíduo.

A parte as diferenças entre Hobbes e Locke, portanto, Balibar demonstra que essa ideia de pessoa/self – fortalecida em diversos sentidos ao longo da história da modernidade – se articula na teoria lockeana com os conceitos de consciência [consciousness]²⁷ e de identidade pessoal [personal identity], em uma espécie de relação circular. A definição de pessoa em Locke encontra-se no § 26, capítulo XXVII, Livro II, do Ensaio sobre o entendimento humano, que é a base do estudo de Balibar²⁸. No parágrafo lê-se:

26 “Uma pessoa é aquela cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção. Quando elas são consideradas como suas próprias ele se chama pessoa natural. Quando são consideradas como representando as palavras e ações de um outro, chama-se-lhe uma pessoa fictícia ou artificial” (HOBBS, 1983, cap. XVI).

27 O termo *consciousness* é um neologismo introduzido na língua inglesa no século XVII, como tradução do termo latino *conscientia*, até então comumente traduzido para o inglês apenas como *conscience*. Para Balibar, Locke é o grande protagonista da introdução do termo e de sua definição conceitual – a saber a atribuição de um sentido metafísico ao termo em oposição ao sentido moral característico da palavra *conscience* que se encontrava já em uso. Antes o termo aparece apenas na obra de Ralph Cudworth, *True Intellectual System of the Universe*, de 1678. No francês, assim como no português, uma mesma palavra – *conscience*, no francês, *consciência*, no português – é utilizada para expressar os sentidos moral (como, por exemplo, em “exame de consciência”) e metafísico/psicológico (como, em “recobrar a consciência”) do termo. Já no inglês, assim como no alemão, convencionou-se utilizar dois termos distintos. Em inglês, o termo *conscience* serve ao primeiro sentido (como em “*bad conscience*”), já o termo *consciousness*, ao segundo (como em “*loss of consciousness*”). Respectivamente, no alemão, são empregados os termos *Gewissen* e *Bewußtsein*.

28 Em 1694, Locke adiciona à segunda edição do Ensaio um novo capítulo intitulado “Da identidade e da Diversidade”, que se acomodou na obra como o capítulo XXVII do Livro II. O capítulo despertou profunda atenção de Étienne Balibar, levando-o a realizar uma nova tradução e uma série de comentários sobre o assunto. O autor considera o capítulo especial, pois

§ 26. Pessoa, no meu entender, é o nome desse eu. Onde quer que o homem encontre aquilo que chama de si-mesmo, ali está, poderá dizer um outro, a mesma pessoa. Pessoa é um termo forense que abrange ações e o mérito destas, que cabe apenas a agentes inteligentes, capazes de lei e de felicidade e aflição. Se essa personalidade estende-se a si mesma, para além da existência presente, ao que é passado, é apenas pela consciência que a concerne e a torna responsável, que reconhece e imputa a si mesma ações passadas justamente na mesma base e pela mesma razão que no presente²⁹.

Na passagem reproduz-se uma ideia, constituída ao longo do capítulo especialmente nos §§ 9 e 16, de que a consciência se trata de um movimento de duração que caracteriza a identidade do eu consigo mesmo e aponta-se que esse movimento envolve especificamente uma apropriação das ações e dos méritos dessas ações, tanto presentes, como passadas, de modo a se envolver e se tornar por elas responsabilizável. O autor sustenta que tal entendimento da autoconsciência é uma criação de Locke que lança as bases para o que viria se tornar acabado com o kantismo como a ideia moderna de sujeito³⁰.

Na perspectiva de Balibar, Locke estabelece a continuidade da consciência – da qual todo pensamento depende – como critério da identidade pessoal, o que se dá explicitamente neste trecho do § 9: “o alcance da identidade de uma pessoa é igual à extensão retrospectiva da consciência que ela tem de uma ação ou de um pensamento”³¹. A pessoa cuja identidade reside na

pode ser percebido como um texto relativamente autônomo frente ao restante do livro, uma vez que extrai suas consequências sem depender dos desenvolvimentos prévios do texto “acerca das operações da mente [mind] (uma palavra tipicamente ‘intraduzível’) e do entendimento, mas, ao contrário, garante uma nova base para estes desenvolvimentos” (BALIBAR, 2017, p. 75).

29 LOCKE, 2008, 2012. Reproduzo o texto original em inglês em virtude da precisão terminológica: § 26. *Person, as I take it, is the name for this self. Wherever a man finds what he calls himself, there, I think, another may say is the same Person. It is a Forensick Term, appropriating Actions and their Merit; and so belongs only to intelligent Agents, capable of a Law, and Happiness, and Misery. This personality extends it self beyond present Existence to what is past, only by consciousness, whereby it becomes concerned and accountable; owns and imputes to it self past actions, just upon the same ground and for the same reason as it does the present.*

30 “A filosofia de Descartes sobre o sujeito pensante nada tem a ver nem com o termo nem com a noção de consciência [consciousness]. E uma vez mais, foi Locke quem parece ter inaugurado e efetivamente inventado uma concepção de subjetividade individual que a situa no âmbito da consciência [consciousness] e praticamente a identifica, como mais tarde em Kant, com a possibilidade da autoconsciência [self-consciousness]” (BALIBAR, 2006, p. 23).

31 LOCKE, 2008, 2012 Texto original de Locke: “And as far as this consciousness can be extended backwards to any past Action or Thought, so far reaches the Identity of that Person”.

continuidade de sua consciência é sistematizada pela expressão nominal “the Self”, de modo que o sujeito lockeano é definido essencialmente como “um si-consciente [self-consciousness], ou mais precisamente, uma consciência do ‘si’ [a consciousness of ‘the Self’]”³².

No § 9 é expresso um princípio lógico-psicológico segundo o qual para pensar ou perceber a pessoa tem, antes de tudo, que pensar ou perceber que pensa ou percebe. Neste ponto, a teoria de Locke foi criticada por pensadores que a identificaram como uma teoria da memória, por não dar conta do problema do esquecimento das ideias e ações, fato que não leva um indivíduo a pensar ter perdido sua identidade. No entanto, segundo Balibar, Locke rebateu tais críticas articulando consciência e memória, de um modo “que torna o esquecimento uma marca de imperfeição e finitude em função de uma temporalidade interna essencial à subjetividade do pensamento”³³. Essa temporalidade seria explicitada no § 16, onde Locke afirma ser evidente que a consciência “na medida de sua extensão a épocas passadas, une numa mesma pessoa as existências e ações distantes no tempo e aquelas que as sucedem imediatamente”³⁴. A partir disso, no presente da consciência está sempre em jogo uma relação com passado e futuro. Trata-se de uma totalização subjetiva do tempo, diz Balibar, na medida em que “não se refere ao passado sem perpetuamente antecipar o futuro, sem, em um certo sentido, ‘chegar’ do futuro”³⁵. O eu autoconsciente do presente, por meio do movimento da consciência de pensar que pensa, se estabelece tanto em relação àquilo que pensou no passado, quanto em relação àquilo que terá pensado no instante presente em que pensa.

É decisivo, porém, que esse movimento da consciência, com sua condensação de múltiplas temporalidades, trate-se justamente de um movimento de apropriação de si³⁶, o qual tem repercussões tanto jurídicas,

32 BALIBAR, 2013, ebook.

33 BALIBAR, 2013, ebook.

34 LOCKE, 2008, 2012. Texto original de Locke: “tis consciousness, as far as ever it can be extended, should it be to Ages past, unites Existences, and Actions, very remote in time, into the same Person, as well as it does the Existence and Actions of the immediately preceding moment.”

35 BALIBAR, 2013, ebook.

36 No parágrafo 26, Locke emprega de fato o termo appropriating, embora o tradutor brasileiro tenha optado pelo verbo “abranger”. Balibar aponta para a necessidade de se esclarecer o sentido do verbo appropriate, assim como do verbo own – também empregado no parágrafo e traduzido como deter – para a compreensão do que está em jogo na construção lockeana. Desse

como políticas. Este é um ponto decisivo para compreender em que sentido voltar-se à metafísica lockeana permite acessar uma outra dimensão do individualismo possessivo. Assim, pode-se perguntar: de que modos esse movimento de apropriação/reconhecimento das próprias ações pela consciência que cria uma identidade pessoal para o indivíduo se relaciona com a apropriação pelo trabalho realizado pelo próprio corpo que Locke considerou o fundamento de sua teoria da propriedade nos Dois tratados sobre o governo? Como visto, Balibar sugere que há em Locke uma dialética da individualidade e da propriedade, a qual se constitui em torno da fórmula “propriedade como poder”.

No entanto, haveria duas formas de compreender tal formulação, dependendo de quem é considerado fundamentalmente livre ou capaz de agenciar as formas de poder na teoria de Locke: se a pessoa do proprietário ou a propriedade, entendida em termos abstratos. Para Balibar, que reconhece a possibilidade das duas leituras, o mais interessante é considerar que é da propriedade, em sentido abstrato e “mais metafísico”, portanto, que o poder deriva. Quer dizer, “é a propriedade que forma a essência do proprietário, sua capacidade interna ou poder de agir – o que Locke chama vida e também trabalho”³⁷. A própria ideia de propriedade, que na teoria de Locke é articulada com a de liberdade³⁸, no entanto, poderia ser entendida

modo, o autor recorda que “to appropriate” possui dois sentidos indissociáveis, expressando tanto uma “identificação a”, como uma “aquisição”, no sentido de converter em propriedade privada. No Ensaio, Locke emprega poucas vezes o verbo appropriate, utilizando-o sempre para falar de ações. Por outro lado, a noção de appropriation é a mesma utilizada por Locke no Segundo Tratado. Estrutura semelhante aparece na palavra “own”, que por sua vez é empregada por Locke de diversas maneiras. Na definição do dicionário Oxford Languages, o adjetivo own é assim explicado: “usado com um pronome possessivo para enfatizar que alguém ou algo pertence ou se relaciona à pessoa ou coisa mencionada”. Como adjetivo, o termo é comumente traduzido para o português como “próprio”. Já como verbo, own é traduzido, em geral, pelos verbos “possuir” e “ter”, ligados à ideia de “ser dono”, mas também pode ter seu sentido atribuído a “admitir”, “reconhecer”, sobretudo nos usos formais do verbo. Em relação ao francês, Balibar identifica o mesmo, apontando que: “na realidade, estes dois significados não são independentes, uma vez que não se pode admitir/reconhecer algo que não seja “seu” (ou que não venha “de si”), e inversamente, o simples fato de admitir, de se reconhecer responsável por algo torna-o ipso facto “seu”, apropriando-se dele, em particular quando não se trata de bens mas de ações, que é o cerne do problema jurídico e moral” (BALIBAR, 2011, p. 132–133). Para o autor, os termos engendram o que chama de um “jogo linguístico metafísico”, reunindo questões de identidade e identificação a questões do próprio e da propriedade, ao ponto de se tornarem equivalentes.

37 BALIBAR, 2002, p. 302.

38 Vale resgatar algumas das definições de Locke em relação à liberdade nos Dois Tratados. No Livro II, § 57 a liberdade é assim definida: “[...]A liberdade consiste em estar livre de restrições

em duas direções. Uma delas mais próxima das leituras que consideram que a teoria de Locke limita a verdadeira liberdade, e conseqüentemente a cidadania, aos detentores de propriedade material – isto é, uma propriedade reconhecida juridicamente, uma propriedade constituída, e que no tempo de Locke determinava a garantia e a amplitude da participação política. O pensador francês, contudo, defende uma segunda leitura, a qual sugere que a propriedade da qual o poder deriva e pela qual se exerce a liberdade é uma propriedade constituinte:

uma propriedade originária que não é “medida” pelas instituições previamente existentes por ser a individualidade em si. Deste ponto de vista, pode-se dizer que essencialmente é a “propriedade” que é livre, e não simplesmente o proprietário, mas é preciso mostrar que o sujeito individual na prática se identifica com essa propriedade que forma a sua essência, que ele reconhece a sua identidade no próprio processo de apropriação e aquisição³⁹.

Esse entendimento, que é coerente com a ideia sustentada na teoria política de Locke de que a propriedade primeira de qualquer indivíduo, e condição para qualquer outra apropriação e acumulação, é a propriedade sobre si mesmo, sobre a “própria pessoa”, lança uma nova perspectiva em relação à profundidade com que individualidade e propriedade estão articuladas na antropologia filosófica lockeana. A ideia de que há uma identificação do sujeito individual com a propriedade leva a considerar que, se a identidade pessoal é constituída pela apropriação/reconhecimento das ações de certo indivíduo por sua autoconsciência, o trabalho, enquanto meio de apropriação, constitui a referência geral do agir consciente para Locke. – Ao mesmo

e de violência por parte de outros, o que não pode existir onde não existe lei. Mas não é, como já nos foi dito, liberdade para que cada um faça o que bem quiser (pois quem poderia ser livre quando o capricho de qualquer homem pode dominá-lo?), mas uma liberdade para dispor e ordenar como se quiser a própria pessoa, ações, posses e toda a sua propriedade, dentro dos limites das leis às quais se está submetido; e, portanto, não estar sujeito à vontade arbitrária de outrem, mas seguir livremente a sua própria” (2020, liv. II, § 57). Além disso, no § 87 a liberdade é articulada com o poder de cada um para preservar sua propriedade, entendida em sentido amplo como a “vida, liberdade e bens”. Neste parágrafo se lê: “Tendo o homem nascido, tal como se provou, com título à liberdade perfeita e a um gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios da lei da natureza da mesma forma que qualquer outro homem ou grupo de homens no mundo, tem ele por natureza o poder não apenas de preservar sua propriedade, isto é, sua vida, liberdade e bens contra injúrias e intentos de outros homens [...]” (2020, liv. II, § 87).

39 BALIBAR, 2002, p. 302–303.

tempo também a apropriação pelo trabalho depende de uma representação consciente para efetivar-se⁴⁰. Como sustenta Montag, essas duas formas do indivíduo de Locke – aquele isolado e unido a si mesmo pela consciência e aquele proprietário de si mesmo – pressupõem uma a outra e estão em uma relação recíproca, sem anterioridade lógica-cronológica, à qual Balibar caracteriza como paralelismo⁴¹.

Para Balibar, a liberdade da propriedade que conforma a individualidade em Locke conduz a alguns paradoxos na medida em que, ao convergir pessoa e propriedade na fórmula da “propriedade de si” ou *selfownership*⁴², torna explícita a mobilização de uma noção de sujeito individual na qual inalienabilidade e alienabilidade convivem. Tal noção faz com que “imediatamente nos confrontemos com uma unidade paradoxal de opostos que talvez seja inerente à fundação da subjetividade moderna”⁴³. Assim, Balibar é capaz de expor com clareza certa estranheza, mas também efetividade, da teoria de Locke (que parece se estender ao liberalismo, em geral), ao perceber que esta

conseguiu criar uma convertibilidade absoluta entre um discurso sobre a libertação do indivíduo de qualquer forma de “sujeição” ou “escravidão” e um discurso sobre o poder de apropriação deste mesmo indivíduo, para que ele possa identificar-se conscientemente com a propriedade que é a sua *raison d'être*⁴⁴.

Esse processo constitutivo de identificação do sujeito individual com a propriedade e o movimento de apropriação, que se apresenta na teoria política por meio do trabalho, e que cria, ademais, condições ontológicas para a alienação capitalista do trabalho, se torna mais claro, contudo, se integrado à compreensão metafísica da autoconsciência de si que foi brevemente delineada. Em certo sentido, é possível identificar a constituição da identidade

40 Balibar observa isso, por exemplo, quando afirma que “todas as ações do corpo trabalhador são acompanhadas de uma representação consciente, ou uma representação de seu significado e de seus fins na consciência – o derradeiro lugar da identidade pessoal” (2002, p. 304).

41 MONTAG, 2017, p. 157.

42 O termo, que tem disso usado como equivalente da fórmula lockeana, é introduzido tardiamente por Robert Nozick em “Anarquia, Estado e Utopia” (1974), e mantido por seus críticos posteriores. Nesse sentido, ver: (BALIBAR, 2002, p. 316, 2014, p. 78, 310). Para uma contra-posição da equivalência dos dois termos e uma defesa da manutenção do uso de “property in the person”, ver: (PATEMAN, 2002).

43 BALIBAR, 2002, p. 303.

44 BALIBAR, 2002, p. 304.

pessoal, por meio do reconhecimento/apropriação de pensamentos e ações, como um movimento semelhante ao de aquisição da propriedade material. Trata-se, na consciência, de um gesto equivalente ao daquele indivíduo que com o trabalho de seu corpo “se alimenta das bolotas que apanha debaixo de um carvalho ou das maçãs que colhe nas árvores do bosque”⁴⁵ e, neste gesto, faz delas propriedade. Uma vez que, parece-me, a consciência, diante da vastidão do pensamento e da experiência, exerce também um trabalho de enclausurar certos pensamentos, percepções, sensações para constituir o patrimônio do self, configurando uma certa narrativa⁴⁶ sobre si ou tal como o pintor em seu autorretrato – modalidade artística que surge em meados do século XV.

5. Considerações finais

A partir do que foi desenvolvido, é possível traçar certas consequências dessa modulação lockeana do indivíduo político-metafísico, a qual, de várias formas, deitou raízes na política e no direito modernos, e considerar brevemente em que sentido essa é ainda uma questão contemporânea.

Uma consequência importante desse modo de conceber a individualidade, é que o gesto de apropriação/reconhecimento do pensamento como próprio, que constitui a consciência de si (self-consciousness), representa explicitamente uma exclusão de todos os outros do conhecimento e avaliação deste pensamento, constituindo um modelo de indivíduo em cuja base está uma pressuposição de isolamento. Para Montag, a operação do conceito de consciência de Locke assegura tanto “a unidade do indivíduo com ‘seu próprio pensamento’”, como também “com a organização do corpo que ele chama seu próprio”, garantindo, com isso, que “o indivíduo não possa sentir ou pensar aquilo que o outro exterior sente ou pensa”⁴⁷. Nesse sentido, em termos lockeanos, tudo aquilo que um homem percebe, sente, pensa, tudo o que, enfim, passa por sua mente e é reconhecido por sua consciência, só pode ser entendido como próprio, excluindo-se a possibilidade de que devesse de um outro indivíduo. Essa separação ou isolamento do pensa-

45 LOCKE, 2020.

46 Em certo momento Balibar descreverá o movimento da consciência como uma operação de “storing” (2013, ebook).

47 MONTAG, 2017, p. 160.

mento e das sensações em relação a cada consciência é extrema ao ponto de Locke afirmar que caso um indivíduo “descubra a si mesmo consciente de qualquer das ações de Nestor, ele então descobrirá a si mesmo como a mesma pessoa que Nestor”⁴⁸.

Com isso, além de circunscrever todo pensamento ao registro do indivíduo, Locke também encerra a possibilidade de um dinamismo afetivo e da consideração que o pensamento e a mente se constituem envolvendo uma rede de relações que está para além apenas do indivíduo em si mesmo. O autor distancia-se, neste sentido, de Malebranche, como também de Spinoza, para quem:

as paixões e imagens passavam tão livremente entre as pessoas que a questão de saber se o que se passa na minha mente é meu ou de outra pessoa se tornou um problema insolúvel, pondo em dúvida a própria noção de “uma mente própria do homem” e, portanto, a relação de propriedade entre mim e o que eu chamo meu ou meu próprio⁴⁹.

Estes limites, contudo, não estão restritos ao pensamento, mas modulam também a configuração da sociabilidade, a constituição dos vínculos políticos e a relação que um indivíduo constitui com a comunidade. Uma das perspectivas de Balibar sobre isso considera que a sociabilidade que se constitui a partir da ontologia individualista lockeana opera segundo uma permanente “desconstrução e reconstrução da comunidade”, ou, dito de outra forma, uma constante privatização e socialização da natureza e de si, à medida em que o indivíduo, com seu trabalho, “retira do comum, da comunidade originária ou divina, todos os bens necessários à sua conservação; mas como a troca é o desenvolvimento necessário do trabalho, ele também coloca em comum as suas produções, construindo assim a comunidade mundana”⁵⁰. Esse “pôr em comum”, contudo, é limitado pela mediação necessária com um âmbito privado estrito.

48 LOCKE, 2008, 2015, liv. II, XXVII, § 14. Texto original de Locke: “*let him once find himself conscious of any of the Actions of Nestor, he then finds himself the same Person with Nestor*”. Especificamente nesta citação utilizou-se a tradução de Flavio Fontenelle Loque, pois a tradução de Pimenta foi menos fiel ao texto de Locke neste ponto.

49 MONTAG, 2017, p. 167.

50 BALIBAR, 2002, p. 304–305.

Pode-se considerar, ademais, como a ideia de responsabilidade pessoal, a qual é fundamental para o direito moderno estruturar seus mecanismos de punição e responsabilização, repercute não apenas juridicamente, mas tem também consequências políticas. À medida que a ideia de responsabilidade é baseada no avanço de uma lógica de exclusão do outro em relação às ações de cada um, fundada na premissa de delimitação da culpa e da inocência, isso também interdita as possibilidades de partilha e compartilhamento da vida.

Mais especificamente, pode-se dizer que a descrição da apropriação e da anexação dos frutos da natureza como uma necessidade para sustentar a vida individual de cada pessoa, isto é, a afirmação de que “não pode haver propriedade sem vida e nem vida sem propriedade” representa, politicamente, a impossibilidade dos comuns (*the commons*) – a concepção de que a natureza e seus frutos pertencem a todos e a ninguém. A construção de Locke, nesse sentido, manifesta-se como “uma versão inicial da chamada tragédia dos comuns, mas sobretudo uma versão mais violenta e ameaçadora”⁵¹. Tal reconhecimento de que a tragédia dos comuns começa na tragédia do indivíduo autoconsciente, se considerado seriamente, deve levar ao entendimento de que a problemática envolvendo a propriedade na própria pessoa, ou *self-ownership*, na terminologia contemporânea, tem uma efetividade que não pode ser ignorada e que está além de uma repercussão condicionada à forma da metáfora, como propõe, por exemplo, Davies⁵².

Assim, valeria perguntar se pode o direito, para quem essa ideia moderna de indivíduo é tão decisiva, sobretudo na definição de responsabilidade, conceber a subjetividade jurídica de outro modo? Um modo em que a constituição de direitos parta do reconhecimento da exterioridade constitutiva do indivíduo e de sua implicação social? E por outro lado, interrogar como mobilizar dinâmicas políticas de abertura e não de cercamento dos sujeitos, isto é, como resgatar nos níveis individual e social algo desse “comum” perdido?

Colocar essas perguntas, as quais em boa medida são a motivação para revisitar a temática exposta neste artigo, parece um gesto importante diante do contexto de crises múltiplas que se impõem contemporaneamente. Em certo sentido, a crise democrática, que levou Macpherson a elaborar sua tese, parece ter se intensificado nos últimos tempos, com diversas situações de

51 MONTAG, 2017, p. 169.

52 Margareth Davies aborda a problemática do *self* como uma metáfora da propriedade. Embora reconheça os efeitos dessa metáfora, a ausência das repercussões metafísicas do problema tende a limitar seu alcance. Ver: DAVIES, 2007, cap. 2.

fortalecimento de forças autoritárias. Além disso, eventos como a pandemia de COVID-19 e a intensificação da crise climática, cujos eventos extremos têm ocorrido de forma cada vez mais frequente, tornaram mais palpáveis os limites de uma orientação política e vital modulada por uma concepção proprietária da individualidade. Ao mesmo tempo, o advento de um neoliberalismo globalmente generalizado a partir da década de 1970 representou, dentre outras coisas, a intensificação de uma ideologia do individualismo proprietário, a qual se manifesta através de uma série de dinâmicas sociais contemporâneas que tendem a reforçar essa posição de uma comunidade de indivíduos autocentrados, autodeterminados, autoproprietários e, como vimos, autoconscientes. Espera-se, portanto, ter ficado clara, por um lado, a importância de fomentar novas dinâmicas sociais que estabeleçam, por exemplo, algo da ordem do comum e da solidariedade, e, por outro, como esse é um desafio significativo, e pleno de contradições, em face do enraizamento profundo do individualismo possessivo em nossos modos de vida.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ALTHUSSER, Louis. Observação sobre uma categoria: processo sem sujeito nem fim (s). In: ALTHUSSER, Louis. *Posições 1*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 66–71.
- ALTHUSSER, Louis. A corrente subterrânea do materialismo do encontro (1982). *Crítica Marxista*, n. 20, Tradução de Mónica G. Zoppi Fontana, p. 9–49, 2005.
- BALIBAR, Étienne. What is Man in Seventeenth-Century Philosophy? Subject, Individual, Citizen. In: COLEMAN, J. (Ed.). *The Individual in Political Theory and Practice*. Oxford: Clarendon Press, 1996. p. 215–241.
- BALIBAR, Étienne. “Possessive Individualism” Reversed: From Locke to Derrida. *Constellations*, v. 9, n. 3, p. 299–317, 2002.
- BALIBAR, Étienne. My Self and My Own: One and the Same? In: MAURER, B.; SCHWAB, G. (Eds.). *Accelerating Possession*. New York: Columbia University Press, 2006. p. 21–44.
- BALIBAR, Étienne. *Citoyen sujet et autres essais d’anthropologie philosophique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.

- BALIBAR, Étienne. *Identity and Difference. John Locke and the Invention of Consciousness*. Tradução de Warren Montag. New York: Verso, 2013.
- BALIBAR, Étienne. *Equaliberty*. Tradução de James Ingram. Durham: Duke University Press, 2014.
- BALIBAR, Étienne. *Citizen Subject*. Tradução de Steven Miler. New York: Fordham University Press, 2017.
- CUNNINGHAM, Frank. *The Political Thought of C.B. Macpherson*. Cham: Springer International Publishing, 2019.
- DARDOT, Pierre.; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.
- DAVIES, Margareth. *Property: Meanings, Histories, Theories*. Abingdon: Routledge, 2007.
- DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- LOCKE, John. *The works of John Locke*. 12. ed. v. 4. London: C. Baldwin, 1824.
- LOCKE, John. *An Essay concerning Human Understanding*. Oxford World ed. New York: Oxford University Press, 2008.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. Tradução de Pedro Paulo Garrido Pimenta. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano II.27 Da identidade e da diversidade*. Revista Sképsis, v. Ano VIII, n. 12, tradução de Flavio Fontenelle Loque, p. 169–188, 2015.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.
- MACPHERSON, Crawford Brough. *Democratic Theory: Essays in retrieval*. Oxford: Oxford University Press, 1973.
- MACPHERSON, Crawford Brough. *A Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MONTAG, Warren. *On the Function of the Concept of Origin: Althusser's Reading of Locke*. In: DANIEL, S. H. (Ed.). *Current continental theory and modern philosophy*. Evanston: Northwestern University Press, 2005. p. 148–161.

- MONTAG, Warren. A Parallelism of Consciousness and Property: Balibar's Reading of Locke. In: MONTAG, W.; ELSAYED, H. (Eds.). *Balibar and The Citizen Subject*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2017. p. 157–181.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.
- PATEMAN, C. Self-ownership and property in the person: Democratization and a tale of two concepts. *Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 1, p. 20–53, 2002.
- SANDFORD, Stella. Introduction. *The Incomplete Locke: Balibar, Locke and the Philosophy of the Subject*. In: *Identity and Difference. John Locke and the Invention of Consciousness*. Tradução de Warren Montag. New York: Verso, 2013.
- STRATHERN, Marilyn. Naturalism and the invention of identity. *Social Analysis*, v. 61, n. 2, p. 15–30, 2017.
- TULLY, James. *An approach to political philosophy: Locke in contexts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- VICENZI, Glenda. *Entre individualismo possessivo e transindividualidade: Étienne Balibar e as alternativas políticas da modernidade*. Tese (doutorado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Recebido em 16 de agosto de 2024.

Aprovado em 16 de agosto de 2024.

RESUMO: O artigo apresenta uma reflexão teórica sobre o problema da relação entre certas noções de indivíduo e propriedade como elementos centrais da sociabilidade moderna. Tal relação é compreendida a partir da expressão individualismo possessivo, que constitui uma síntese do problema para a teoria social. Toma-se como ponto de partida a teoria de C.B. Macpherson, que formulou a expressão no contexto da crise democrática do século XX, através de uma interpretação da filosofia política inglesa do século XVII. Recuperar-se o contexto geral dessa teoria, com o objetivo de explorar os múltiplos significados que atravessam a conjunção e de interrogar sobre como o individualismo possessivo interpela questões políticas atuais. Por um lado, aponta-se certas limitações da teoria de Macpherson, por outro, sustenta-se a importância da chave analítica do individualismo possessivo e a necessidade de expandir seu escopo. Isto é feito a partir da análise da revisão que Étienne Balibar faz do individualismo possessivo, através de uma interpretação da filosofia de John Locke que integra teoria política e metafísica demonstrando como uma ordem de apropriação se inscreve já na consciência. A partir desse corpo teórico, são estabelecidas algumas consequências dessa teoria para a constituição dos vínculos políticos e diante do cenário crítico contemporâneo. **Palavras-chave:** Individualismo, Propriedade; C.B. Macpherson, Étienne Balibar, John Locke, Antropologia política.

ABSTRACT: The article presents a theoretical reflection on the problem of the relationship between certain notions of the individual and property as central elements of modern sociability. This relationship is understood through the expression possessive individualism, which is a synthesis of the problem for social theory. The starting point is the theory of C.B. Macpherson, who formulated the expression in the context of the democratic crisis of the 20th century, through an interpretation of 17th century English political philosophy. The general context of this theory is recovered, with the aim of exploring the multiple meanings that run through the conjunction and of interrogating how possessive individualism interpellates current political issues. On the one hand, certain limitations of Macpherson's theory are emphasized, while on the other, the importance of the analytical framework of possessive individualism and the need to expand its scope are supported. This is done by analyzing Étienne Balibar's review of possessive individualism, through an interpretation of John Locke's philosophy that integrates political and metaphysical theory, demonstrating how an order of appropriation is already inscribed in consciousness. Based on this theoretical frame, some consequences of this theory are established for the constitution of political bonds and in the face of the contemporary critical scenario.

Keywords: Individualism, Property, Macpherson, Étienne Balibar, John Locke, Political anthropology.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: VICENZI, Glenda. Ainda o individualismo possessivo: notas político-metafísicas a partir de Étienne Balibar. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.2082>.

National policy of care versus the informal caregiver statute: a case study on public care policies in Portugal and Brazil

Política nacional de cuidados versus estatuto do cuidador informal: um estudo de caso sobre as políticas públicas do cuidado em Portugal e no Brasil

Marcela Uchôa*
University of Coimbra, Coimbra, Portugal

Jonas Van Vossole**
University of Coimbra, Coimbra, Portugal

1. Introduction

In recent years, much has been heard about the crisis of care, usually associated with the difficult balance between time, family, and work. The collapse of mental health, related to processes of emotional exhaustion triggered by pressures from various directions, are today limiting various essential social capacities such as gestating, creating, caring for friends and family, maintaining homes and communities, among others.

Social reproduction work can be understood as affective and material labour that is often unpaid, even though it is indispensable to society. Historically attributed to women, although men have always taken part, social

* Doutora em Filosofia Política pela Universidade de Coimbra. Pesquisadora do Instituto de Estudos Filosóficos da Universidade de Coimbra. Membro do Observatório Lusófono de Direitos Humanos da Universidade do Minho e do Observatório para as condições de vida e trabalho OCVT/ UNL. Orcid: 0000-0002-9417-3871. E-mail: maruchoa@gmail.com.

** Doutor em Ciência Política, afiliado ao ECOSOC do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciência Política e em Economia Geral, ambos pela Universidade de Ghent. Pós-Graduação em Estudos Avançados da Democracia no Século XXI pela Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0002-3789-9684. E-mail: jonas.vanvossole@gmail.com.

reproduction occupies a central place in society, since without it no society could endure for long. Its existence fosters everything from culture to the economy to political organisation itself.

In this research, we will demonstrate how the crisis in capitalist society has instrumentalised public care policies, triggering a crisis of social reproduction in a broader sense.

To this end, we will discuss in this article the recent legislative changes relating to the new Statute of the Informal Carer in Portugal¹ and the recent Bill filed in Brazil² which proposes to establish a National Care Policy, as two points of reference for an important discussion on care policies, capitalism, well-being and the sexual division of labour.

In the first part of this article, we will analyse the context and legal details of the new statute proposed in Portugal, as well as some of its limitations. To this end, we contextualise the legal change in the political, economic and historical landscape of care. Although at first glance the implementation of this statute sets out a progressive agenda (guaranteeing legal protection and recognition to informal carers), we argue why this legal change is still problematic and limited.

Secondly, we explain the foundations behind the recent proposal to implement a National Care Policy in Brazil, which aims to guarantee the rights of both those who need care and those who care for them, with special attention to gender, racial, ethnic and territorial inequalities. It also proposes to encourage the changes needed for a more equal division of care work within families and between the community, the state and the private sector. Given that it is still a draft law, we will only make a comparative and reflective measure of the preambles that support such implementations, as a necessary exercise to understand the political gaps that tension this type of law implementation and its effectiveness.

Finally, we will focus particularly on the relationship between care and the sexual division of labour, which tends to delegate the unpaid work of social reproduction to women. We will then analyse the care relationship in the context of the welfare state and its disappearance. Finally, we will look at how economic crises under neoliberalism affect care and law, as well as potential alternatives to care in crisis.

1 PORTUGAL, 2019.

2 BRASIL, 2024.

2. The Statute of the Informal Carer in Portugal

In Portugal, it was during the pandemic crisis³ that the country felt the need for a care policy even more urgently, and the official publication of the care statute was made during this period. With less than 10 million inhabitants in Portugal, the number of informal carers was actually estimated at around 1.4 million, according to a survey carried out by the National Association of Informal Carers. The number increased during the pandemic, due to the lack of social responses, the isolation of care institutions, the closure of schools, crèches, etc., practically doubling the number of citizens caring for dependent people.

Even before the start of the pandemic, the problem was already being discussed in Parliament in an attempt to implement the so-called Informal Carer Statute. Initially, the legislative proposal aimed to create a legal framework that would benefit people who spent their lives caring for family members and those closest to them. In an attempt to resolve these carers' difficulties in making a living, it was proposed that there should be a financial subsidy, as well as the guarantee of certain social rights. The measure was supported by the left-wing parliamentary majority, made up of a Socialist Party minority with support from the Communist Party and the Left Bloc. In addition, right-wing parties such as the CDS-PP and PSD also made various contributions to the new statute from a Christian charity perspective.

The result of this mobilisation was the implementation of the Informal Carer Statute in September 2019, which was published as an annex to Law 100/2019⁴. The ordinance defined the terms and conditions for setting up the pilot projects provided for in the Statute and was officially published in the *Diário da República* on 10 March 2020, during the first wave of the COVID-19 pandemic. By informal carer, the law means a person who provides assistance to a person in a situation of dependency, due to some kind of disability or limitation. This support can be understood as helping with daily tasks such as providing food, transport, support with hygiene and medication, etc. This work is hegemonically gendered, since most of these carers are women who do this work exclusively, and others are overburdened by the accumulation of tasks, in an attempt – often unsuccessful – to reconcile professional life and caring for the rest of the family.

3 UCHOA, 2021.

4 PORTUGAL, 2019.

3. Limitations and challenges

The limitations can already be identified in the very concept of who the law establishes as an informal carer. According to the Practical Guide to the Statute⁵, the carer must always be the spouse or unmarried partner. Direct relatives up to the fourth degree of the person being cared for are also eligible, as are people who are not related but who live in the same household. This restriction is not only limiting, but is also part of a typical framework that reiterates the logic of capitalist reproduction, where the role of the family and even of femininity largely involves giving to others. Here, the very sense of identity and social recognition is permeated by the sense of giving one's life to others, in a logic that operates above all in the private domestic environment in the traditional conception of the family⁶.

Since its legislation, the statute has been confronted with some implementation problems. The statute, for example, theoretically provides for support measures for informal carers and their referral to social support networks, but neither these referrals nor the support measures have been defined, nor has it been established how they will be implemented. It is important to note that although the definition of social support networks is attached to Ordinance 2/2020⁷, the regulations on providing information or referrals have not yet been implemented. As a result, four years on there is no forecast as to when and how measures will be implemented to support informal carers, most of whom are just family members of the people in need of care and have no technical training to carry out this role.

Another significant challenge is the mention of training in Article 4, which establishes the generic requirements for informal carers. The Statute does not oblige and/or guarantee that the person assisting someone else needs any training in the provision of care in order for their status to be recognised, either before or at the same time as taking on the role of carer. Although it was hoped that a qualification would be necessary to guarantee the quality of the correct and safe provision of care to people in need, the statute only sees it as something that can benefit the work of the carer, and not as a necessity.

5 PORTUGAL, 2024, p. 6.

6 OROZCO, 2014, p. 168.

7 PORTUGAL, 2020.

From a legal point of view, although the statute recognises that a main informal carer may be entitled to unemployment benefit, it is contradictory to the specific requirement prohibiting any kind of unemployment benefit from another source of work⁸. This implies that if the main informal carer, who is entitled to unemployment benefit, ceases to work, they must renounce their benefit status in order to receive any benefits.

Despite the broad political support for the measure, in this article we take a critical view of this legislation, which we categorise as a palliative rather than preventative care policy. We believe that promoting and approving the Informal Carer Statute ultimately amounts to legally accepting the state's lack of responsibility for healthcare and guaranteeing the quality of life of a growing, ageing and dependent population.

The transfer of care responsibilities from society to the family is profoundly reactionary. Behind the measure is the patriarchal logic of the family as a place for reproducing the labour force. Thus, as well as being ineffective in effectively implementing the necessary care and guaranteeing the rights of carers, it fundamentally devalues the collective and socialised management of reproductive responsibilities and tasks.

The law appeals to a romanticised and supposedly affective nature of domestic work and care. By romanticisation, we mean the use of a narrative that presents itself in a more attractive way than factual reality. In *Critique of the Ethics of Care*, Stacy Clifford Simplican⁹ argues that some care theorists, such as Eva Kittay, tend to romanticise human abilities to maintain relationships. For Simplican, Kittay romanticises care when she portrays loving experiences of care, thus obscuring the daily struggles and conflicts of carers and dependents. Thousands of people, especially women, live in despair and waste their lives, being held hostage by the state's lack of responsibility towards dependent people. It is also important to note that the majority of the working poor, without the resources to hire private care, are at the mercy of this romanticised bias.

According to economist Amaia Pérez Orozco¹⁰, the neoliberal political and economic system has fostered what she calls a “reactionary ethics of care”, sustained by a capitalist logic that has propagated a culture of domestic

8 APAV, 2020.

9 SIMPLICAN, 2017.

10 OROZCO, 2014.

labour with a moralistic bias, disconnected from the real meaning of life:

La imposición colectiva de una lógica de acumulación no solo niega la responsabilidad colectiva en el sostenimiento de la vida, sino que la convierte en residual, subyugada e infravalorada. La única forma de asegurar que haya sujetos dispuestos a quedarse a cargo de semejante marrón es obligarles a ello, ligar la construcción de su identidad con el sacrificio por el resto. Sometida a la presión de la lógica de acumulación, no es posible una lógica del cuidado; la vida se mantiene a través de una dañina ética reaccionaria del cuidado¹¹.

Ironically, efforts to create an Informal Care Statute, as in Portugal, could be included in this initiative to further privatise the remnants of the welfare state in a period of crisis. In Portugal: Um Retrato Singular, sociologist Boaventura de Sousa Santos¹², explains the country's permanence on the periphery of Europe as the equivalent of a Global South in the Global North. This position of ambiguity highlights the epistemologies of the South and the North. Wage relations and social welfare in semi-peripheral regions like Portugal explain many of the contradictions and intersections between the hyperlocal and the transnational. This reflects a combination of World-System dynamics and regulations applied to local realities. The Portuguese welfare state was only implemented after the 1974 revolution, at a time when the rest of Europe's welfare states had already gone into recession. Public care was therefore always less effective than recognised in the constitution. Santos attributes this to the existence of a certain "flexibility" in care in Portugal during periods of crisis, where the existence of informal social networks and families – particularly in the countryside – tend to compensate for the failure of the state. Even now, at a time when states have refrained from investing in public care institutions, the Informal Care Statute institutionalises a privatisation of care practices in the family sphere, which was already present.

These contradictions go a long way towards explaining the maintenance and acceptance of public policies that are still so "rudimentary" in terms of domestic labour and the outlook towards the care sphere as a whole. The management and applicability of Law No. 100/2019, which establishes the

11 OROZCO, 2014, p. 171.

12 SANTOS, 1993.

Statute of the Informal Caregiver¹³, makes us reflect on how the romanticisation of care is responsible for keeping women in caregiving roles, while at the same time removing from the state the responsibility to provide citizens with the means to lead a more dignified life. Instead of romanticising this position as a form of solidarity, a critical perspective must recognise it as a return to a peripheral condition of primitive accumulation.

4. Brazil: Towards a National Care Policy

With the aim of guaranteeing the rights of both the people who need care and those who care for them, as well as promoting the necessary changes for a more equal division of care work within families, the Presidency of the Republic of Brazil has sent the bill establishing the terms for the implementation of a National Care Policy in the country to be processed and voted on in the National Congress.

A Working Group of 20 ministries was responsible for drawing up this unprecedented policy in Brazil. The bill, which involved the participation of states, municipalities and civil society, as well as international organisations, recognises the political and socio-economic importance of care work and the co-responsibility of society and the state in this process. In an interview on the Federal Government portal¹⁴, Minister Cida Gonçalves emphasised the importance of the measure in raising awareness of the importance of reducing the time women spend caring. Not only through actions by the federal government, states and municipalities, but also by sharing the demands of caring with men so that this work doesn't fall solely on women.

The results of the Interministerial Working Group (GTI) survey diagnosed that the current supply of care guaranteed by the public authorities, and its reception and access, has not been able to equitably meet the care needs of the population, and demonstrates a noticeable gender overload.

According to the Secretary for Economic Autonomy and Care Policy at the Ministry of Women, Rosane Silva¹⁵, approximately 30 per cent of women who had to stop looking for work in 2023 did so because they had to reconcile their time with domestic and care work. The percentage could

13 PORTUGAL, 2019.

14 BRASIL, 2024.

15 BRASIL, 2024.

be even higher, since most of these women work intermittently, without any kind of social protection. Even in the face of precariousness, they submit to this type of work in order to cope with the various demands.

In the case of women who have children between the ages of zero and three, the percentage of women who abandon their careers can reach 62 per cent.

As well as recognising the importance of social and gender co-responsibility in care tasks, the bill establishes care as a human right that must be guaranteed to all people. Its implementation is expected to take place progressively, organised according to priority groups. The aim is not only to guarantee access to quality care for those who need it, but also decent work for paid care workers and a reduction in work overload for unpaid carers.

Ordinance 3681, which establishes the National Palliative Care Policy¹⁶ within the Unified Health System (SUS), states in its Article 21 that palliative care should be offered in conjunction with various other health and intersectoral policies, in order to ensure:

- I – effective and timely care;
- II – economy of scale and definition of scope;
- III – quality, effectiveness, sustainability, continuity, and coordination of care;
- IV – supported self-care, disease prevention and early diagnosis.

If implemented correctly, the National Care Policy has the possibility of providing a much fairer and more equitable public policy process than the Portuguese Statute¹⁷, and not only. The implementation of a new law provides important opportunities for civil society: to raise awareness, educate and effectively open up the public debate to reflection, demanding neglected or even forgotten agendas.

The constantly postponed public reflexive action on the issue of care is justified, and it was in this interregnum of omission and apathy that neoliberalism found its road paved. The pandemic was a clear example in many countries, where governments often refused to intervene in industrial production, while outsourcing fundamental services to public management. Suffice to mention how vaccination programmes were totally dependent on private pharmaceutical companies, with intellectual property (patents) being prioritised over free access for poor countries.

16 BRASIL, 2017.

17 PORTUGAL, 2019.

Objective necessity has made care prone to generating profit for certain individuals and large corporations. Most of the political and economic measures enacted in response to the pandemic crisis had this objective.

It was after the example set by the pandemic and in the fight to contain the industrialisation of public resources that MP Sâmia Bomfim, president of the PSOL caucus and rapporteur of the PL in the chamber, presented a bill to guarantee resources for the National Care Policy. In her social media posts, the MP reminds us that “a public policy without resources will never get off the ground”.

5. The example of Constitutional Amendment 72

Known as the Domestic Workers’ PEC, Constitutional Amendment 72¹⁸, published in April 2013 and just over 10 years in the making, still faces many challenges in the fight against informality. The result of years of struggle by the working class involved in domestic work, an occupation that in Brazil has clear gender and racial traits, was an important step forward that brought equal labour rights. More than ten years later, the number of registered domestic workers is still much lower than the number of informal workers.

The National Household Sample Survey¹⁹ (PNAD), carried out by the IBGE (Brazilian Institute of Geography and Statistics), by January 2023 recorded that there were approximately 5.9 million domestic workers in the country. Of these, around 4.4 million are informal, i.e. three out of four work without labour rights, in a regime without the protection and benefits offered by the Consolidation of Labour Laws (CLT).

However, even though the number of day labourers and other informal workers has grown in recent years, the scenario differs from the mass layoffs imagined by critics of the proposal 10 years ago. Reflecting on the effectiveness and challenges is also to recognise that these changes represented an important achievement for domestic workers, who have historically faced precarious working conditions and a lack of recognition of their rights. Constitutional Amendment 72 was a critical step towards reducing social inequality and exploitation in this professional category, but also towards reflecting on the devaluation of care work.

18 BRASIL, 2013.

19 IBGE, 2023.

The Brazilian example of the PEC for domestic workers was an essential step opening up the need to establish a National Care Policy that reflects even more broadly on the rights of those who are cared for, but also of those who provide care in the broad sense that this word encompasses, enabling the creation of a concept of care that does not imprison, but frees.

6. Care in the capitalist crisis

Feminist theory has long treated the accumulation of capital through expropriation as an important mechanism socially guaranteed by capitalism. This phenomenon becomes even more noticeable in periods of crisis, when markets need to expand beyond the limits of the socio-economic structure in order to compensate for their losses. The philosopher Jürgen Habermas²⁰ reminds us that since the establishment of the welfare state, capitalist crises have been expressed through transfer mechanisms, either through a fiscal crisis or a social crisis.

In this context, assistance activities, whether public or private, are the first to be hit. A fiscal crisis always tends to cut structural social services in order to cut costs. A good example was the Euro crisis, following the global financial crisis and the subsequent austerity measures that led to a reduction in public spending in basic areas such as education, health, etc. In this context, the increase in informality and unpaid work has taken over the space once occupied by public services that the state no longer provides.

At the same time, the deterioration of living conditions is even more noticeable, having a negative impact on health and increasing the need for care, while at the same time domestic labour conditions are worsening considerably. This increase becomes more evident, for example, with cuts in public spending on caring for dependants and children.

For Antonella Picchio²¹, livelihood strategies in the context of the crisis suggest to many families that well-being does not depend exclusively on the situation of their members in the labour market, but rather on a complex network of numerous activities. In the context of globalised production, the reproduction of the working population remains local, which makes it

20 HABERMAS, 1975.

21 PICCHIO, 1999, p. 225.

easier to disguise the growing tensions between production and reproduction, “even when their effects are dramatically visible”²².

However, it’s important to note that the social welfare model, which was only fully implemented in Western Europe after the Second World War and which included issues such as the right to health, through national health services, moving away from the voluntary religious bias, is not a context that fully applies to semi-peripheral countries within Europe itself, such as Portugal, nor to peripheral countries, such as Brazil. In these cases, the logic of reproduction is even more aggressive, with the implementation of universal social rights based on a lot of popular mobilisation, or even, in the Portuguese case, at the cost of a social revolution.

Beyond the specificities of each country, the fact is that from a global point of view the introduction of the right to health through national health systems and the expansion of hospitals has not only relieved many women of the tasks of looking after family members at home, but has also made it possible to increase the quality of care through scientific advances, even though over the years they have always been criticised for their effectiveness. A problem that arises precisely because women and families fill the gap left by the difficulty of access. For this reason, Pérez Orozco²³ argues that it is of fundamental importance to demand that the state take responsibility for the so-called “fourth pillar” of the welfare state, which is assistance in situations of dependency.

If, from a feminist point of view, it has historically been important to question the extent to which the welfare state has effectively guaranteed protection against the risks of diminishing social guarantees when paid work ceases to exist, what are we to think of the semi-peripheral and peripheral countries, where this welfare state has rarely existed or lives in constant imbalance?

The exercise of this reflection requires us to think about the end of the family as we know it. To what extent can women in their families stop doing free labour without the people who need their care losing quality of life? This aspect can be interesting when we reflect on the need to interpret welfare systems as a set of “home-market-state” spheres that require resources. For Pérez Orozco²⁴ it is possible to say that these spheres could be more (de)commodified and (de)familiarised.

22 PICCHIO, 1999, p. 225.

23 OROZCO, 2014, p. 130.

24 OROZCO, 2014, p.131.

Taking the capital-life conflict seriously requires recognising that capitalist markets are at the centre of this debate and that there is a clear lack of collective structures to guarantee life-sustaining processes. In this sense, it is valid to say that the responsibilities assumed by the welfare state in this regard are not only partial and incomplete, but extremely fragile. At times of high political tension, markets inhibit the existence of collective responsibility, transferring responsibility to intimate networks, families, with private means available, which are often insufficient. Responsibility is privatised in this respect because it remains within the private domestic sphere, where it remains invisible²⁵. Everything that is structured on the basis of the capital-life conflict continues to be based on the sexual division of labour. Living under capitalism means maintaining this mechanism of subjection.

This situation means that the ethical and political situation itself is colonised by capitalism in order to limit our creative capacities in the game of accumulation.

A popular reference on the subject of capital accumulation and gender in history is the theorist Silvia Federici²⁶. In “Caliban and the Witch” she argues how the terror sponsored by the great witch hunts of the 16th and 17th centuries played an important role in the disciplining and alienation of women within modern capitalism. In addition to Federici, other Marxist theorists such as Maria Mies²⁷ and Harvey²⁸ argue that the subjection of women to the reproduction of the labour force was the third pillar of primitive accumulation. Under this continuous logic of capital, “primitive accumulation”- which is not primitive at all - is established as a continuous logic of the accumulation of use value through violence on the borders of the capitalist system²⁹.

For Federici³⁰, procreation must be approached as a historically determined social activity, permeated by various interests and power relations. Witch hunts, as well as the subsequent maximisation of gender differences through stereotypes of femininity and masculinity, were necessary to conceal

25 OROZCO, 2014, p.132.

26 FEDERICI, 2004.

27 MIES, 2014.

28 HARVEY, 2005.

29 VAN VOSSOLE, 2023.

30 FEDERICI, 2004, p. 91.

unpaid work. Without this differentiation, capitalism could not have vastly expanded the unpaid part of the working day.

Women's labour, like that of peasants, colonials or other "non-capitalist economies", as Rosa Luxemburg³¹ called them, is available "for free" like nature. Under capitalist patriarchy, the female gender is not the result of congenital male misogyny, but a structural necessity for the process of capital accumulation.

7. In defence of the socialization of care

It was Angela Davis who courageously took up an old debate in the theory of social reproduction and proposed the complete socialisation of care work as the only path to the anti-capitalist emancipation of women. She then asks a question that seems fundamental to us: "If it were possible to simultaneously liquidate the idea that domestic work is women's work and distribute it equally between men and women, would that constitute a satisfactory solution?"³² Davis' question reminds us that although the popularity of the "desexualisation" of domestic work has emerged as a major advance within the feminist debate, the practices are ineffective in terms of their ability to change the oppressive nature of the work itself within the capitalist system. In short, Angela Davis emphasises that neither women nor men should waste their time on work that they don't find stimulating or productive.

Another question then arises: why is there such a lack of interest in radically redefining the nature of domestic and care work? The answer probably lies in the fact that the capitalist economy seems to be structurally hostile to the "industrialisation" of domestic work. The main reason is that maintaining the logic of accumulation by expropriation, of the violent theft of free labour (similar to what happened for so long through the maintenance of colonies and slavery) contributes to a gratuitous increase in profits. Ecofeminist academic Ariel Salleh³³ has called caring tasks – such as looking after children, caring for the elderly, caring for the forest – "meta-industrial" labour. This type of labour does not produce exchange value, but rather a "form of metabolic value" that flows through and sustains the essential

31 LUXEMBURG, 2016.

32 DAVIS, 1983, p. 223.

33 SALLEH, 2019.

bio-infrastructure of the capitalist system. She argues that, by global population figures, meta-industrialists make up the global majority of workers.

Another reason is that people who depend on care – excluding those who are wealthy enough to hire full-time employees – are generally not the wealthiest clients. Commercialising most care work would result in little profit. Like all unprofitable businesses, it is anathema to the capitalist economy. It is often the government that has to intervene in such cases. But if care work is socialised, this usually implies the need for large government investments to guarantee access to working-class families, whose need for such services is most evident.

The abolition of domestic labour as the private responsibility of individual women is clearly a strategic goal of women's liberation. But the socialisation of domestic work – including meal preparation and childcare – presupposes an end to the reign of profit over the economy. The only significant steps towards ending domestic slavery have actually been taken in existing socialist countries. Furthermore, under capitalism, campaigns for jobs on equal terms with men, combined with movements for institutions such as subsidised public healthcare, contain explosive revolutionary potential.

Society must provide free collective cleaning services, collective canteens, nurses who accompany patients home, crèches, while at the same time offering quality jobs and decent wages for the people who work in these care services – equivalent to other economic sectors of society.

Only when the socialisation of care work is a reality, and the relationship between care and love is not a necessity, will we be able to achieve true emancipation for those who care and establish free and healthy relationships with those who live in, or are in, situations of dependency.

8. Conclusion

In this article, we have argued that the capitalist economic system needs socio-productive activities for its own maintenance, although this is often not so obvious. The way the capitalist economy behaves towards the tasks of providing and caring that produce and maintain social bonds is often parasitic. The work of generating lives, educating and socialising children, as well as caring for the elderly and people with some kind of dependency, the affective dispositions, but also the value horizons that support social cooperation in capitalist societies, remain largely outside the labour market.

Unpaid reproductive activity is necessary for the existence of labour to be constituted in capitalism as a necessary instrument for the accumulation of surplus value and the functioning of capitalism as such.

In this research, the case study of public care policies recently implemented in Portugal and Brazil provided an important reflective exercise on the challenges of changing the mentality of what we understand as care and its value in the peripheries and semi-peripheries of the world, as in the case of both countries.

We understand that Brazil, even though it retains numerous marks of a capitalist semi-periphery and has an extensive colonial heritage in its customs, has sought to establish laws that seem more inclusive in terms of public care policies than the Portuguese case.

The analysis also assumes that the “crisis of care” is inherent to the very aggravation of the capitalist social contradiction that exists today. If this statement is correct, the answer to this crisis will not be found through palliative social policies. The path to change involves a structural, systemic transformation of the social order as we know it.

References

- APAV. *Estatuto do Cuidador Informal*: resumo e comentários à lei nº 100/2019 que aprova o Estatuto do Cuidador Informal e portarias que o regulamentam. Lisboa: Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2020. Available at: https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatuto_Cuidador_Informal.pdf. Accessed on: 20 July 2021.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 72*. Brasília, DF: Presidência da República, 2nd April 2013. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm. Accessed on: 29 July 2024.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 3.681, de 28 de setembro de 2017*. Institui a Política Nacional de Cuidados Paliativos – PNCP no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, por meio da alteração da Portaria de Consolidação GM/MS nº 2. Brasília, DF, 2017. Available at: <https://www.conass.org.br/conass-informa-n-87-2024-publicada-a-portaria-gm-n-3681-que-institui-a-politica-nacional-de-cuidados-paliativos-no-ambito-do-sus-por-meio-da-alteracao-da-portaria-de-consolidacao-gm-ms-n/>. Accessed on: 29 July 2024.

- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. *Política Nacional de Cuidados é enviada ao Congresso nesta quarta-feira (03.07)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2nd July 2024. Available at: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/politica-nacional-de-cuidados-e-enviada-ao-congresso-nesta-quarta-feira>. Accessed on: 29 July 2024.
- DAVIS, Angela Y. *Women, Race, & Class*. United States: Vintage, 1983.
- FEDERICI, Silvia. *Caliban and the witch: women, the body and primitive accumulation*. New York: Autonomedia, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. [S. l.]: Beacon Press, 1975.
- HARVEY, David. *The New Imperialism*. Revised edition. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Brasília, DF, 2023. Available at: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html>. Accessed on 29 July 2024.
- LUXEMBURG, Rosa. The Accumulation of Capital: A Contribution to the Economic Theory of Imperialism. In: HUDIS, P.; LE BLANC (eds.). *The Complete Works of Rosa Luxemburg*, Volume II: Economic Writings. 2. ed. Reprint edition. New York: Verso, 2016.
- MIES, Maria. *Patriarchy and accumulation on a world scale: women in the international division of labour*. 5. ed. Third World Books. London; Atlantic Highlands, N.J., USA: Zed Books; Distributed in the U.S.A. and Canada by Humanities Press, 2014.
- OROZCO, Amaia Pérez. *Subversión feminista de la economía: aportes para um debate sobre el conflicto capital-vida*. Madrid: Traficantes de sueños, 2014.
- PICCHIO, Antonella. Visibilidad analítica y política del trabajo de reproducción social. In: CARRASCO, Cristina (ed.). *Mujeres y economía: nuevas perspectivas para viejos y nuevos problemas*. Barcelona: Icaria, 1999. p. 201–244.
- PORTUGAL. *Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro de 2019*. Aprova o Estatuto do Cuidador Informal, altera o Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social e a Lei n.º 13/2003, de 21 de maio. Lisboa: Assembleia da República, 6 set. 2019. Available at: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/100-2019-124500714>. Accessed on

29 July 2024.

PORTUGAL. *Portaria n.º 2/2020, de 10 de janeiro 2020*. Regulamenta os termos do reconhecimento e manutenção do Estatuto do Cuidador Informal, aprovado em anexo à Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro. Lisboa: Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 10 de jan. 2020. Available at: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/portaria/2-2020-127957590>. Accessed on 29 July 2024.

PORTUGAL. Departamento de Prestações e Contribuições. *Guia Prático – Estatuto do Cuidador Informal Principal e Cuidador Informal não Principal* (8004 – v1.15). Lisboa, Instituto da Segurança Social, I.P., 2024. Available at: <https://www.seg-social.pt/documents/10152/17083135/8004-Estatuto+Cuidador+Informal+Principal+e+Cuidador+Informal+n%C3%A3o+Principal/2efee047-c9ba-49c8-95f2-6df862c4b2c5>. Accessed on 29 July 2024.

SALLEH, Ariel. Planetizing the Labor Movement. *Great Transition Initiative*, [s. l.], 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Portugal, um retrato singular*. Vol. 5. [s. l.]: Edições Afrontamento, 1993.

SIMPLICAN, Stacy. The “Perverse Result” of Disability Rights: Deregulating Care Workers’ Labor Unions in the Supreme Court. *New Political Science*, [s. l.], 2017. v. 1-16. Routledge. Available at: <https://doi.org/10.1080/07393148.2017.1278843>.

UCHÔA, Marcela. O Estatuto do Cuidador Informal em Portugal e a instrumentalização liberal do trabalho não pago: as mulheres no centro da reprodução capitalista. *Revista Espaço Acadêmico*, [s. l.], 2021. v. 21, n. 1.

VAN VOSSOLE, Jonas. Marx’s Primitive Accumulation as a perspective on Nature, Race and Gender. Preprint. SocArXiv, [s. l.], 2023. Available at: <https://doi.org/10.31235/osf.io/nrbgp>.

Recebido em 31 de julho de 2024.

Aprovado em 31 de julho de 2024.

RESUMO: Este artigo faz uma abordagem crítica à evolução recente das políticas de cuidado em Portugal e no Brasil, focando nas mudanças estatutárias e legislativas destinadas ao trabalho de cuidado e suas implicações socioeconômicas. Começando com uma discussão, inspirada pelo feminismo marxista e a Teoria de Reprodução Social sobre a crise do cuidado, enfatiza as tensões emocionais e sociais de equilibrar família e trabalho dentro do capitalismo, destacando o quão essencial – embora muitas vezes não remunerado – o trabalho de reprodução social, predominantemente realizado por mulheres, é para a sociedade. O artigo se concentra em dois estudos de caso: A análise do Estatuto do Cuidador Informal de Portugal revela intenções de reconhecer e apoiar legalmente os cuidadores informais, mas também suas limitações, como definições restritivas, implementação inadequada e perpetuação de papéis de gênero, efetivamente privatizando o cuidado dentro da unidade familiar. A abordagem do Brasil, embora ainda em estágios legislativos, parece criar uma política de cuidado equitativa e mais avançada, promovendo uma abordagem coletiva, uma divisão equilibrada do trabalho e abordando desigualdades de gênero, raça e território. Em um apelo por reconhecimento, compensação justa e apoio aos cuidadores, enfatizamos a necessidade de responsabilidade coletiva pelas políticas públicas de cuidado.

Palavras-chave: Cuidado, Cuidador Informal, Teoria da Reprodução Social, Brasil, Portugal.

ABSTRACT: This article takes a critical approach to recent developments in care policies in Portugal and Brazil, focusing on statutory and legislative changes aimed at addressing care work and its socioeconomic implications. The article focuses on two case studies: Portugal's Informal Caregiver Statute, which intends to legally recognize and support informal caregivers but has limitations, such as restrictive definitions, inadequate implementation, and perpetuation of gender roles, effectively privatizing care within the family unit. Brazil's approach, which although still in the legislative stages, on the other hand, aims to create an equitable and more advanced care policy, promoting a collective approach, a balanced division of labour, and addressing gender, racial, and territorial inequalities. In a call for recognition, fair compensation, and support for caregivers, we emphasize the need for collective responsibility and public care policies. Inspired by Marxist feminism and Social Reproduction Theory, we end by discussing the crisis of care, affirming the emotional and social tensions of balancing family and work within capitalism. It highlights how essential – albeit often unpaid – social reproduction work, predominantly performed by women, is for society.

Keywords: Care, Informal Caregiver, Social Reproduction Theory, Brazil, Portugal.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: UCHÔA, Marcela; VOSSOLES, Jonatas. National Policy of Care versus the informal caregiver statute: a case study on public care policies in Portugal and Brazil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.2082>.

The Hidden Legacy of 1968

O Legado Oculto de 1968

Klaus Kempter
Universität Heidelberg

1. Common Imaginations of the 68ers in Historiography

Conventional historical and political wisdom in Western Europe has it that the revolutionary aspirations of the 68ers failed – and that, paradoxically, this very failure constitutes their great success. The movements of ‘68 (to be more precise: their radical wings, whose picture dominates the historical memory in public images und cultural representations) more or less aimed at some kind of anti-authoritarian, anarchist, later on also socialist/communist overthrow of the ruling order. The experience of Paris May 1968, for instance, seems to be mirrored in the catch-phrase “All Power to Imagination” (“L’imagination au pouvoir”). And in West Germany the legacy of ‘68 wandered into the tiny Marxist-Leninist, Maoist, Trotskyist so-called “avant-garde parties” of the 1970s, where self-appointed “professional revolutionaries” read the works of the classics of the radical labour movement and imagined themselves to be part of a class struggle very similar to the class struggles in the first half of the 20th century. Even a military guerrilla troop, the Rote Armee Fraktion (Red Army Faction), was founded in Germany which committed terrorist attacks against representatives of the old order

*Historiador e diretor administrativo da Faculdade de Filologia Moderna da Universidade de Heidelberg e leciona história moderna como professor particular no seminário histórico local. E-mail: kempter@uni-hd.de.

(in Italy see the *Brigate Rosse*). But then, gradually, most protagonists of '68 abandoned neo-“orthodox” left-wing politics and, with the formation of the so-called “new social movements”, turned themselves first into ecologist, third-worldist, pacifist or feminist critics of Western modernity and then, in the process of transformation that lasted for about three decades, they became more and more liberal-leftist apologists of the liberal domestic and world order, conceived as an order of human rights, democracy and liberal market economies. That was the case at least in West Germany, where those transformations could be observed, for instance, in the evolution of the Green Party that was founded around 1980. In France there were shortcuts: The “new philosophers”, such as André Glucksmann, Alain Finkielkraut or Bernard-Henri Lévy, changed as early as the mid-1970s from Maoist radicals into determined enemies of so-called ‘totalitarian’ state socialism. They embraced Western concepts of liberal democracy, and further on acted as aggressive promoters of ‘humanitarian’ military interventions, legitimizing the use of force in order to ‘protect’ human rights.

In parallel to those metamorphoses the narrative about the achievements and shortcomings of 1968 transformed itself as well. Some sort of Hegelian *Weltgeist* and its “cunning of reason” made it that the communist ideas of 1968, against their original impetus, became the seedbed of profound sociocultural change: the radical liberal modernization, democratization, individualization of the Western world. This is the narrative to be found in the autobiographical reflections of former protagonists like Dany le Rouge (Daniel Cohn-Bendit) as well as in the prevailing historiographical discourses.

To quote one of the important historical textbooks produced by German Academia, which speaks of the “unintended salutary effects [of 1968] for the stability of the Federal Republic [of Germany]”, such as “Westernization” and the Germans’ “satisfaction with democracy” as well as their “active participation”: “From this time much reform dynamics flowed into institutions, associations and parties of the entire spectrum, also the conservative one.”¹ Apparently, there was a big step taken towards “successful democracy” – at least, but not only, for the Germans who always had been the rather odd stepbrothers of the “really Western” countries like Great Britain, France and, of course, the United States of America.

1 Edgar Wolfrum, *Die gegläuckte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, München 2007, p. 270f. (my translation)

2. Counter-Narratives: Competing Imaginations of the 68ers beyond the Establishment, Right and Left

There have always been counter-narratives to this version of recent history. The first one emerged, already in the 1960s and 70s, in conservative circles that objected any change to the proven order of things – resisting anti-capitalist revolution, of course, but also sexual liberation, wide-spread democratic participation and social emancipation of the lower classes, social, economic, and sexual liberation of women, and the like. They complained about the loss of authority – of the state, of traditional political forces, of institutions and churches, of educators and professors, of the expert classes and so forth. The conservative's camp toughest argument against the 68ers was the comparison with anti-democratic totalitarian movements, in West Germany especially with the Nazis. In 2008, at the 40th anniversary of '68', there was a fierce dispute concerning such comparisons, triggered by the book of a former German 68er, Götz Aly. Aly looked back and harshly condemned his own and his comrades' revolutionary commitment, depicting it as a repetition of the anti-Western, anti-liberal "youth movement" (as he labelled it) led by Hitler at the beginning of the 1930s.² In his somewhat blunt analysis, Aly was completely missing out on the simple fact that 68 had not been a German event, but a global one. But be that as it may: Those somewhat misguided narratives, stemming from traditional conservatives or from 68er renegades (such as Aly himself), are not prevailing nowadays, and therefore I do not intend to focus on them any longer.

More interesting to me are some critics of '68 who came – at least partially – from within: left-wingers who felt some kind of unease while watching street fighting and the oblivion of the established traditions of left politics, and late-comers who realized the flipside of socio-cultural liberalization and so-called 'emancipation'.

a) Pier Paolo Pasolini

The first example, the first exemplary protagonist is the Italian writer and film director Pier Paolo Pasolini, an unorthodox communist, who mourned the "anthropological revolution" that had been going on in Italy since the

2 Götz Aly, *Unser Kampf: 1968 – ein irritierter Blick zurück*, Frankfurt am Main 2008.

end of the 1950s. In his *scritti corsari* (corsair writings) in the early 1970s he deplored the vanishing of Italy's traditional culture – or precisely: its traditional regional cultures – which he conceived to be fundamentally rural, catholic, but also rich in its diversity, and class-structured – besides the peasants there were other subalterns like workers and subproletarians with their respective moral universe, relatively autonomous and independent of what Pasolini thought to be the 'bourgeois' culture.

In the process of industrialization and modernization which he saw taking place in an accelerated manner this old world with its distinct values was apparently in a process of vanishing; in one of his most iconic articles Pasolini compared that process to the fate of natural life under modern capitalism; the article's heading read: "the vanishing of the fireflies" (*La scomparsa delle lucciole*). And the traditional Italian world gave way to a homogenous, standardized and conformist mode of living and thinking which served the interests of the bourgeoisie and petty bourgeoisie. To Pasolini, this new world was a society of consumerism devoid of real life and real experience. Its main agencies were television and advertisement and the development of a traffic infrastructure which erased all spatial distances between towns and countryside and between historical regions. And the Italian rebels of 1968, although they had emancipatory and democratic aims, did nothing against the destruction of this culturally and ecologically rich old world. In Pasolini's view, the 68ers were the sons of the bourgeoisie who did not care about the poor, about the workers and peasants, but despised them. In his poem *Il PCI ai giovani!!* (The Communist party to the youth) he attacked the students, who on March 1st, 1968 in Valle Giulia near Rome fought a violent battle against the police, and declared that he stood firmly on the side of the policemen "because the policemen are sons of poor people / They come from peripheral zones, rural or urban". To Pasolini the Italian policemen seemed to be part of the "Wretched of the Earth", about whom Frantz Fanon had written, while the leftist students represented the bourgeoisie which destroyed traditional life and culture in favour of a uniformed modern civilization.

In this view, what Marx already had prophesized in the Communist manifesto of 1848 became real only now, in the 1960s – and in a totalitarian way: the destruction of all traditional social relations that once gave meaning to life and dignity to individual human beings.

b) Michel Houellebecq

The second exemplary protagonist, exemplary as a critic of 1968 who came from “within”, shall be the French writer Michel Houellebecq, one generation younger than Pasolini. Houellebecq is an eminent critic of the 68ers. In his novels as well as in his essays and interviews he does not hold back his contempt for them because he thinks of them as the ones that radicalized the individualist and “competitivist” tendencies of modern capitalistic societies. In his novel “Les particules élémentaires”, published in 1999, he depicts the hippie and New Age movements of the 1960s, 70s and 80s, longing for so-called sexual liberties and self-fulfilment and the destruction of families that comes with it. And he points out that in his view there was nothing new and original about the hippies and leftists of that time. In fact, they just followed the course of modern history with its dynamics towards dissolution of all traditional values and ways of communitarian life. The sexual liberation in France had been under way already some years before 1968, and the protest movements of ‘68 only accelerated this process. Following the 68ers’ assault on already weakened traditions and bonds nothing was left of the old ideas about the meaning of personal and collective life. In *Les particules élémentaires* Houellebecq tells the story of two brothers abandoned by their hippie mother, making their way through the world of the 1980s wandering around the esoteric “new age” experiments of instant far-eastish religions, meditation, “free sexuality” and so on, at the same time all assembled in a new commodified industry of personal self-fulfilment.

In Houellebecq’s view the 68ers – at least in their revolutionary afterlives in the 1970s and 80s – were not a radical opposition against capitalism but merely its agents, capitalizing and commodifying more and more sectors of social life. Their culture – rock and pop music, sexual libertinage, drugs – opened new sectors for commodification and commerce. The basic liberal capitalist principles of naked self-interest and universal competition were transferred from the economic sphere into the sphere of the personal, in particular sexual relations. In *Les particules élémentaires* as well as in his first novel *Extension du domaine de la lutte* Houellebecq shows how a second marketplace, a market besides the economic one, has been established: the sexual market where attractiveness – not money – is the means of payment. On this combat field, in this fight of everyone against everyone, of course there are winners and losers as in the economic sphere. Permanent

competition, the incessant need to perform better, to appear smarter and to come up as more interesting, extravagant and seductive requires permanent self-perfection – and leads, inevitably, into despair. The “liberation” of ‘68 was addressed against the traditional social order and rigid hierarchies. It became, as a widespread slogan, the guideline of new modes in personal life and generated, in Houellebecq’s view as well as in Pasolini’s, a society of radical individualistic hedonism. “Liberation” came at a price, and the cost of it were not only misery and resentment, the despair of the losers on the liberal sexual markets, but more generally a life as unbound, solitary and selfish monad eventually for everybody, a life devoid of any values other than the economic, consumerist ones, devoid of any deeper, for instance religious meaning. The heroes of Houellebecq’s novels are on a search for the good life, for a life that includes love and some kind of metaphysical consolation – but they cannot reach their goal. “The West”, Houellebecq tells us in an interview on his novel *Platform* (2001) – and by “the West” he means the modern, post-68 liberal world expanding into every angle of the globe – “the West is unsuited for humane life. There is only one thing you can do in the West, that is: earning money.”³

c) The Californian Ideology

But is there really a causal connection between the thoughts and actions of the 68ers and the late-modern, postmodern, radical liberal capitalist societies of at least today’s Europe and North America? What kind of evidence is there for the claims of Pasolini, Houellebecq and the like? A comprehensive investigation of that issue would be too broad a subject for this short essay. A quick look into one remarkable interface between hippie culture and new capitalism must do: “Californian Ideology”, as it was first depicted by English media theorists Richard Barbrook and Andy Cameron in 1995, brings together both these cultures.⁴ Barbrook and Cameron reported an observation they made in watching cultural, economic and political developments on the American west coast, most notably in San Francisco and its surroundings. In their view some of the 1960s bohemians and counter-cultural

3 Michel Houellebecq, Interview with Christian Authier, in: Michel Houellebecq, „Ich habe einen Traum“. Neue Interventionen, Köln 2010, p. 29-43, 36 (my translation).

4 Richard Barbrook/Andy Cameron, *The Californian Ideology* [1995] <http://www.imaginaryfutures.net/2007/04/17/the-californian-ideology-2/> (May 04, 2023).

hippies, student protesters and civil rights activists with their “libertarian principles” and their ideals of “democracy, tolerance, self-fulfillment and social justice” first turned towards technological progress as the main means for achieving their social aims. An “electronic agora” would emerge, those “community media activists” thought, following the theories of Marshall McLuhan, where “the power of big business and big government would be imminently overthrown by the intrinsically empowering effects of new technology on individuals.”

Although on May 15th, 1969 the hippie protest in San Francisco’s People’s Park was violently crushed by Californian armed police, in subsequent years a fusion of the New Left and the New – neoliberal and neo-conservative – Right of Californian governor Ronald Reagan emerged in the spirit of American libertarianism. Hippie anarchism and left-wing political liberalism joined radical economic anti-state liberalism, the democratic “electronic agora” merged with the capitalist “electronic marketplace” and formed, as Barbrook and Cameron name it, a “bizarre hybrid”. The digital artisans accepted “that individual freedom can only be achieved within the constraints of technological progress and the free market”. The result, more than twenty years after the first depiction of Californian Ideology, is the realm of the Silicon Valley cyberlords⁵ of Apple, Google, Facebook and the like, managing new internet-based capitalism in the name of universal values like freedom, equality (of the users) and democracy. In his novel *The Circle* (2013) Dave Eggers provides a fascinating literary depiction of this brave new world. Empirical knowledge in the view of critics of these technological developments seems to suggest that this new matrix is far off the original ideas of Californian bohemians on social emancipation and ‘ecotopia’ and with its sophisticated tools of behavioural control it resembles more a new private (USA and the West) – public (China) totalitarianism. Certainly, it is not a rejection of capitalism, but merely the late modern or postmodern gestalt of the “iron cage” of modernity whose emergence Max Weber announced already a hundred years ago. The “automatic subject” of capital, as Marx called it, rules modern mankind who in fact is not the conscious subject of its own history and social reproduction – only now, 150 years after Marx’s diagnosis, the automatic subject is symbolized by and incarnated in the digital mega-machine.⁶

5 Cf. Ian F. Svenonius, *Censorship Now!!*, 2015, p. 95-107.

6 Tomasz Konicz, *Inteligência artificial e capital*. http://www.obeco-online.org/tomasz_konicz9.htm (June 25, 2020).

3. May 1968 in France: Revolutionary Practice

The narratives mentioned above, be it the affirmative ones of the former protagonists of 1968, meanwhile gone liberal, and the historical textbooks which adopted their view, or the critical ones, for example Pasolini's or Houellebecq's, are generalizations and simplifications that do not take into account how different the movements were, on a global scale as well as in their respective national and regional contexts. As a historian one would have to do meticulous research on individual political programmes, forms of action, on the whole range of ideas that were uttered, on different motivations of the various groups of protesters, their social and mental situations, the trajectories of the activists after the great event and so forth. A host of historians did work of such kind but here is not enough space to expand on the piles of historical research that was done up to now.

In order to tentatively answer the question, though, what could be some sort of hidden but lasting legacy of 1968, a book published by the French historian Ludivine Bantigny should be taken into consideration. Its title reads: "1968: De grands soirs en petits matins"⁷. Bantigny did extensive research not only in Paris but in a lot of archives around France. In her study, she shows the variety of actors in nearly all sectors and layers of French society, from university and high school students to factory workers, from artisans, peasants, neighbourhood committees, to intellectuals, visual and performing artists. These actors had most diverse reasons for their respective protests, therefore there was a lively debate about every aspect of social life. In a way May '68 in France (as well as '68 in general) could be characterized as a broad societal conversation, a celebration of debate and discourse embracing society as a whole. Documents show that there was much talk about all sorts of issues, be it in the sphere of labour and of culture, of the way of living (and living together), of politics of course, and the slogan "L'immagination au pouvoir" points to an explosion of imagination, creativity and the desire to change everything. Another important slogan was: "Let us change life" (changer la vie). Speaking of slogans on posters and of graffiti on the walls: There were plenty of them, in the French May of '68. And many of them endured the passing of time: "Have ideas!" was one of them, or "Sous les pavés: la plage" ("Beneath the pavement: the beach"), or "Ne travaillez

7 Ludivine Bantigny, 1968: De grands soirs en petits matins, Paris 2018.

jamais!” (“Never work!”) and later on “faire mai” (“doing May”), which symbolized the longing for a total rupture with the structures and modes of the “administered world”, as German critical theorist Theodor Adorno had put it. An eruption of feelings and emotions took place: the feeling of discontent with the constraints of modern industrial “productivist” and consumerist life. In a romantic manner, the “68ers” revolted against modern capitalistic partitions of labour and of personal time, against the rule of labour over the lives of humans and against the separation or “alienation” – to put it in the Marxist language of the time – of human beings from one another and from their own inner selves. This longing for an entirely different way of being in the world might have been – for a short historic moment – the most significant and most fundamental idea (or, rather, the most significant and fundamental emotion) of the movements of 1968, even if not of each and every one of its participants, but – to speak in terms of German philosophy –, as the very essence of these movements, as the *zeitgeist*. And sure, that longing was a collective feeling, a collective idea and emotion, as Ludivine Bantigny shows, describing the iconic contemporary photographs that have become part and parcel of the trajectories of ‘68, displaying the smile and laughter, the pure joy and cheer of the protesters discovering themselves as actors of history taking their lives into their own hands and trying to overthrow the world. 1968 was not the birth of a new and radical form of individualism and egotism, Bantigny concludes – turning herself against the 68ers-bashing by Houellebecq and others –, but an experience of the collective, of community, of communion. Asked if ‘68 triggered an individualisation of lifestyles Bantigny replied: “I cannot imagine a higher amount of collective action, of solidarity than that what goes on in May 68 in France.”⁸ At the risk of appearing apolitical and romantic it might be claimed that this could be a trace leading us to the hidden legacy of ‘68 – a ‘sign of history’ (*Geschichtszeichen*) in the Kantian sense, a sign that points into the future of 68, straight to our present.

The problem, though, is that this May 1968 was only a moment in time, an ecstatic experience of departure from daily grind. The abolition of alienation and of the many partitions and separations of modern life seems to us, “reasonable” modern adherents of the reality principle (as Freud named it in opposition to the pleasure principle), nothing but a daydream.

8 Interview in the German newspaper *Die Tageszeitung (taz)*, May 10, 2018 (my translation).

The ideas of the 68ers, now speaking in the “cool” terms of structural functionalist sociology or of Luhmann’s systems theory, aimed at dedifferentiation (“Entdifferenzierung”) – something that seems impossible in complex modern societies with all their independent and interdependent spheres and institutions of social action.

Therefore, instead of dwelling on how realistic or unrealistic the dreams of ‘68 of “changing life” were, maybe the spirit of ‘68 and the 68ers might also be approached by examining their critique(s) of modern capitalist society and its multiple burdens on humans.

4. Radical Theory

a) The Situationists

In France and Italy and even more in West Germany ‘68 constituted a rediscovery of Marxism. In Germany many of the radical activists of ‘68 found themselves to be members of tiny so-called Communist Parties in the early 1970s where they read and discussed extensively the classics of Marxism-Leninism, to find a way to proletarian revolution. By doing so, they more and more re-enacted the debates of the class struggle of the 1920s, only now without any involvement of the real proletariat. In France, however, there emerged something new in the field of theory: the Situationist International.

The artists and intellectuals assembled in this tiny avant-gardist group, founded in 1958 around Guy Debord, during the late fifties and the sixties published a journal and some brochures, complaining the total alienation of everyday life in advanced capitalist society – a society which they named the “society of the spectacle” (this was also the title of Guy Debord’s most famous book, published in 1967) – the “spectacle” being the totality of the universe of commodities and its reflection and reproduction in the products of cultural industry – advertising, television, the mass media, the art market.⁹ Life in advanced capitalist, “affluent” society, as it was perceived in the 1960s, “is reduced to an imminent accumulation of spectacles, a triumph of appearance where ‘all that once was directly lived has become mere representation’”¹⁰, condemning humans to an existence in passivity,

9 Guy Debord, *La société du spectacle*, Paris 1967.

10 Wikipedia, Situationist International (May 04, 2023).

boring entertainment and the substitute satisfaction of pseudo-needs. All one can see in this world of spectacle is spectacle and commodity. At this point of, what Debord called, the second industrial revolution, alienated production is complemented by an “additional duty of the masses”: “alienated consumption”. This diagnosis is a result of observation of daily life in Western societies as well as an advancement of the originally Marxian theory of the commodity fetishism: the rule of the things and their mechanisms of exchange over the human beings and the society that produce them. Thus Debord and his few companions of the Situationist International developed, on grounds laid by Marx, an advanced political theory that was very innovative and surely, compared to everything else that was virulent in the politicized 1960s, the most radical show in town. During the time of its existence the Situationist International tried to get influence on public debates by “constructing” “situations” – that meant: breaking with the order of everyday conduct and the ordinary perception of the commodified world by means of, for example, psychogeographical *dérive* (drifting around towns in a free, non-directional manner)¹¹ or setting quite playful artistic events in public.¹²

In 1966 some situationist students at the University of Strasbourg published a pamphlet that became quite widespread during the times of the revolt: “On the poverty of student life”¹³, where they not only lamented that education had become the mere means of producing white-collar middle-range employees and managers (*les cadres*), while missing any deeper meaning of self-formation and insight into the richness of life, but tried a depiction of the political and social status quo of the modern world. This status quo was characterized by the dictate of economy and the state, not

11 “In a *dérive* one or more persons during a certain period drop their usual motives for movement and action, their relations, their work and leisure activities, and let themselves be drawn by the attractions of the terrain and the encounters they find there... But the *dérive* includes both this letting go and its necessary contradiction: the domination of psychogeographical variations by the knowledge and calculation of their possibilities.” (Ken Knabb, *Situationist International Anthology*, Berkeley, Bureau of Public Secrets, 1995, p. 50).

12 Wikipedia, see above. Another tool of this fight against the totally commodified world was the *détournement*, the turning of expressions of the capitalist system against itself, for example the slogans and logos against the advertisers.

13 *On the Poverty of Student Life: A Consideration of Its Economic, Political, Sexual, Psychological and Notably Intellectual Aspects and of a Few Ways to Cure it* (French original: *De la misère en milieu étudiant considérée sous ses aspects économique, politique, psychologique, sexuel et notamment intellectuel et de quelques moyens pour y remédier*). The author was, according to Wikipedia, Situationist International: Mustapha Khayati.

only in the advanced capitalist society of the industrial West, but also in the “bureaucratic”, so-called socialist countries of Eastern Europe, China and Cuba. The generalized colonization and suppression of human life, in the Situationists’ view, was not met by any opposition in the established political forces: The left-wing parties in the West, social democrats or the strong communist movements in France or Italy, as well as the ruling communists in the East, formed themselves a part of the global dictatorship of economy and state. Therefore, the Situationists’ revolutionary programme consisted in the abolition of the general context of the rule of commodities and spectacles. Unlike the protesters of 1968 the Situationists would not march under the portraits of Ho Chi-Minh, Mao Zedong or Che Guevara. For them those “revolutionaries” represented the “concentrated spectacle” of bureaucratic state capitalism (or of advanced capitalism in times of crisis), being merely the flipside of Western “diffuse spectacle” of advanced, affluent capitalism with its abundance of commodities. Consequently, the pamphlet “On the Poverty of Student Life” made the radical case against labour. Contrary to the ideology of the established labour movements – the socialist parties and trades unions – the text claimed the goal of the abolition of labour in favour of a new kind of free activity. The real “proletarian revolution” should lead to a general reign of or administration by workers’ councils and to the self-abolition of the proletariat instead of a dictatorship of the working class which classical Marxism had always proclaimed. The rupture with the modern bourgeois world of spectacular capitalism had to be a total one.

The impact of the brochure on the “poverty of student life” and of the Situationists and their analyses is hard to measure. Without any doubt only a small minority of students and workers were attracted by those radical protagonists. On the other hand, there were about 100.000 copies circulating in France before May 1968 and some of the Situationists played a major role in the occupation committee of the Sorbonne University in the days of the “events”. And a lot of the emerging slogans and graffiti, later on iconic features of ‘68, were inspired by them. Thus, they seem to have been a true avant-garde, with all its shortcomings, but also its glory, as they themselves claimed a year later. In 1969 their journal published a résumé under the title: “The Beginning of an Epoch”, where the Situationists tried to show to what degree they played the role of a driving force in what they perceived to have been the most significant and most radical revolutionary event since the Paris Commune of 1871. The great achievement of the

movement of '68 was the mobilisation of the working class, visible in the huge strikes in May and June 1968, encompassing millions of workers and leading to a near shutdown of the French economy and almost to the overthrow of President Charles de Gaulle's government. For a short historical moment of joy, play and celebration there seemed to be a tiny possibility of proletarian revolution and new forms of self-determination by workers' councils.¹⁴ "Whatever might have happened later, in our eyes, the movement alone was a great historical victory", the Situationists declared in September 1969.¹⁵ Whatever the chances of May 68 might have been, the theory of the spectacle is a major intellectual achievement of the Situationists who were at the forefront of political and societal thinking.

b) Rudi Dutschke and the SDS (Socialist German Students' Association)

In West Germany, the conditions, motifs and political goals differed from those in France, but – concerning the hidden legacy of the 68ers – one can also witness an analogy: a marginal radical current of the movement, the so-called "Subversive Action" in Munich and Berlin that was very much influenced by the situationists. Some later members of "Subversive Action" signed the "Manifesto of the Situationist International" in 1960, where the following claim was made: "The alienation and oppression in society cannot be put right – not even in detail – but can only be rejected in its entirety with this society itself. Any real progress is obviously linked to the revolutionary solution to the complex crisis of the present."¹⁶ Some of the members became leading activists of the student revolt of the late sixties. The most iconic figure of the Socialist German Students Association – the most important organization of the students' movement –, Rudi Dutschke, at first belonged to the Subversive Action. Dutschke is very interesting because he not only was the best-known speaker and agitator of the students' movement and the head of its anti-authoritarian wing, but he also incarnated the most specific feature of the German movement, its commitment with 'theory' and the obsessive reading of the revolutionary classics – not only Marx (his early

14 Situationistische Internationale, *Der Beginn einer Epoche. Texte der Situationistischen Internationale*, Hamburg 2008, p. 260 (my translation).

15 *Ibid.*, 276.

16 Helmut Reinicke, Rudi Dutschke. *Aufrecht gehen, 1968 und der libertäre Kommunismus*, Hamburg 2012 (my translation).

writings in the first place) and Engels, Lenin and Rosa Luxemburg, but also Marx's early socialist predecessors, and his successors in the 2nd International, then the anarchists Bakunin and Kropotkin, the classics of Western Marxism György Lukács and Karl Korsch, the theorists of the colonial world and of guerrilla warfare, Frantz Fanon and Mao Zedong, neo-Marxists and so on, in order to understand how modern capitalist society works and under which conditions and with which strategies it could be overthrown.¹⁷ The radical German students also read, as is well-known, the works of the Critical Theory of the Frankfurt School, like Horkheimer's and Adorno's "Dialectics of Enlightenment" and Herbert Marcuse's "One-dimensional Man". With the Frankfurt School they learnt that modern society is a totality, a universal delusional context of reification, that human life in advanced capitalism is dominated by culture industry and that even the Marxist ideas of alienation and reification might in the meantime have become non-applicable concepts: "The people recognize themselves in their commodities; they find their soul in their automobile, hi-fi set, split-level home, kitchen equipment. The very mechanism which ties the individual to his society has changed, and social control is anchored in the new needs which it has produced."¹⁸ Rudi Dutschke in particular, at the same time talking about the revolutionary fights of Che Guevara and Ho Chi-Minh, for a short moment seemed to have understood that a 'revolutionary solution' should not consist in the replacement of capitalism by a state-socialist administration and redistribution of wealth. Instead, he called into question the fetishistic character of commodities-producing society as a whole.

Dutschke wrote on the „existential disgust“ of the existing society “that talks about freedom and subtly and brutally suppresses the immediate interests and needs of individuals and peoples.” “New and radical needs develop in battle, such as the desire to finally liberate the totality of the productive forces from the fetters of capital and democracy, to finally by all means subject them to the conscious control of the producers.”¹⁹

17 Rudi Dutschke, *Ausgewählte und kommentierte Bibliographie des revolutionären Sozialismus von K. Marx bis in die Gegenwart*, in: Reinicke, op. cit., p. 225-253.

18 Herbert Marcuse, *One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Boston, Mass. 1964. <https://www.marcuse.org/herbert/pubs/64onedim/odmcontents.html> (May 04, 2023).

19 Uwe Bergmann, Rudi Dutschke, Wolfgang Lefèvre, Bernd Rabehl, *Rebellion der Studenten oder Die Neue Opposition*, Reinbek 1968, p. 75 and 91.

As mentioned above, such statements only appeared in a short moment of history. Later on the radical German 68ers returned to class politics and a traditional ‘proletarian’ understanding of socialism and began agitating the working class – without any success, as is well known.

The final example for a theoretical development that might count as legacy of 1968 for our times will be the theory of value-criticism developed mainly by the non-academic German philosopher and historian Robert Kurz.

c) Robert Kurz and the Critique of Value

Robert Kurz, born in 1943, belonged to the generation of ‘68. He studied at the provincial University of Erlangen, without taking a final exam, and in the 1970s he became a member of one of the many tiny communist parties that arose from the experience of ‘68.²⁰ In the eighties he and some of his political activist comrades made a turn to theory, by rereading the works of Marx and applying his concepts to late capitalist world. In 1986 they founded the journal “Marxist Critique” that was renamed “Krisis” in 1989, marking their renunciation of Marxism and their claim to think with Marx beyond Marx. Today the journal bears the title “Exit”. Kurz published plenty of articles, also in newspapers (one of them being the “Folha de Sao Paulo”), and more than a dozen books, among them one rather best-selling one, the “Schwarzbuch Kapitalismus” (“Black Book Capitalism”).

Kurz and his collaborators were influenced by the Critical Theory of the Frankfurt School and its notion of the totality of modern capitalist world, and also by the German school of the “New Reading of Marx” (with Helmut Reichelt and Hans-Georg Backhaus as main protagonists), which is rather unknown in other parts of the world. In the eighties they developed their own theoretical paradigm of the “critique of value”, which means: They did not interpret Marx as a philosopher of history and thus rejected Historical Materialism as a trans-historical concept in the tradition of idealistic philosophy. Instead they concentrated on what they perceived to be the core of Marx’s work: the critique of capitalist political economy and its basic categories treated in the first chapters of *Capital*: commodity, value, money, abstract labour, capital, and the fetishist character of

20 Cf. Klaus Kempter, A importância da crítica do valor e da crítica da dissociação-valor para a ciência da história. Sobre a relevância persistente de Karl Marx [2016]. http://www.obeco-online.org/klaus_kempter.htm (June 25, 2020).

those categories: the pursuit of economic processes under the rule not of conscious producers and consumers, but of the “objective appearance” of an autonomous self-motion of commodities and money, the “automatic subject” of capital. To Robert Kurz this basis of modern life, this general context of modern society is erroneous and wrong. There is no chance that the working class as such, being an integral part of this proceeding of the automatic subject of capital, could overthrow this erroneous world in the name of labour, one of its basic categories. So the problem is not the domination by capitalists but the rule of capital in the sense of an abstract system that is characterized by commodity-production in order to pile up money, making each and every human being into a part of this irrational domination by things and transforming everything and everyone into a commodity with a price tag.

In an article, published in 1986, “The Crisis of Exchange-Value”, Kurz not only laid the groundwork for his theory but also diagnosed that by taking Marx’s theory of labour value seriously, one could now perceive the final crisis of the modern world. He referred to the “Grundrisse”, where Marx claimed that “Capital itself is the proceeding contradiction in that it strives to reduce working time to a minimum, while at the same time it sets working time as the only measure and source of wealth.” With the microelectronic and digital industrial revolution this “historical limit” is reached: Capitalism now produces millions of superfluous people because the effects of the rise in productivity in the present and the future will be greater than the effects of the expansion of production. The proceeding of capital in our times, at the end of the capitalist history of modernization, Kurz holds, is highly destructive. It not only undermines its own source of value, human labour, but it also destroys the foundation of human life in devastating the natural resources of the planet and, in a scramble for the stakes of a shrinking mass of value, it brings about wars on every level of the globalized world, from street gang fights of the superfluous poor in deindustrialized cities to imperial wars on an international scale to secure the resources for the weakened capital machinery and maintain the security of the shrinking isles of wealth as long as it is possible.

Today there is no social theory that can compete – in terms of its potential to diagnose what is happening to all of us, on a worldwide scale – than Robert Kurz’s critical theory. Therefore, it also could be, by means of providing a powerful instrument to diagnose the ongoing crises of modernity,

a crisis that now is on its way to destroy humankind, a decisive means of transformation.²¹

5. Conclusion

To conclude this rather impressionist tour, a few aspects have to be summed up: First of all, the mainstream narrative on the modernizing effects of 1968 is correct, although it is also true that those effects were more or less in tune with the evolution of capitalist modernity more generally, and that the revolt did not much more than to accelerate processes that were already on their way. The criticism rendered by Pasolini and Houellebecq is just the flipside of the prevailing liberal success story. Whether one tends towards the positive or the negative valuation is a matter of temper, of political preferences or of the self-perception of being on the winners' or the losers' side of history. And surely it is a question of how deeply one feels identical with late-modern or postmodern subjectivity as it has evolved over the course of the last decades. There has to be some romantic or nostalgic sense of loss and a feeling of misplacement in the world as it is to agree with, say, Houellebecq.

But beneath this layer there is a legacy to be found, actively forgotten by being buried under a pile of extensive "narrative labor", primarily by several of the then leading figures.²² Ludivine Bantigny's studies show that the idea that there was something radically new in the events of May '68 is not just nostalgic illusion. In her sources she discovered a sense of communality and a wish to make history by building a new world beyond the coercive systems of modernity. For a short moment in time 1968 gave a glimpse of the demand of many people to break with the old order and try something new. The theoretical approaches presented in this article, the critical theory of the Situationists, who gave some cues to the activists of '68, as well as Robert Kurz's critique of value which is, in a way, an offspring of the discussions of '68, are legacies of the radical thinking of that time which can help us to understand how modernity works to make all life wrong.

21 By the way, while there may be only a few translations of Kurz's articles into English, there are but quite a number of them into Portuguese: <http://obeco.planetaclix.pt/> Cf. also *Marxism and the Critique of Value*, ed. by Neil Larsen, Mathias Nilges, Josh Robinson, and Nicholas Brown, Chicago/Alberta 2014.

22 Kristin Ross, *May '68 and its afterlives*, London 2002, p. 3.

Right now, in our days of school shootings and terror attacks, of devastation of the natural world and military destruction of vast parts of the planet, a time of continual financial and economic crises, of worldwide migration on unprecedented scale, with millions of refugees without perspectives of finding a proper place in the world and with disgruntled right wing populists arising in the most wealthy countries of the earth, it should be time to be realistic and try the impossible, because the “possible” we are doing day by day will end in catastrophe. A different society and a different life are deeply necessary in our days of an unfettered and at the same time declining world system. Much more than in 1968 it is time for revolution, a revolution very much in the sense of the radicals of ‘68: not an immanent one of social progress within the frame of commodity production but one that transcends the modern world. In other words, a revolution like Walter Benjamin announced it in a famous critique of Marx: “Marx said that revolutions are the locomotives of world history. But perhaps things are very different. It may be that revolutions are the act by which the human race travelling in the train applies the emergency brake.”²³

Referências

- ALY, Götz. *Unser Kampf: 1968 – ein irritierter Blick zurück*. Frankfurt am Main, 2008.
- BANTIGNY, Ludivine. *1968: De grands soirs en petits matins*. Paris: Le Seuil, 2018.
- BENJAMIN, Walter. *Gesammelten Schriften I, 3*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1974.
- BERGMANN, Uwe; DUTSCHKE, Rudi; LEFÈVRE, Wolfgang; RABEHL, Bernd. *Rebellion der Studenten oder die Neue Opposition*. Hamburg: Rowohlt Verlag, 1968.
- DEBORD, Guy. *La Société du Spectacle*. Paris: Folio, 1967.
- DUTSCHKE, Rudi. *Aufrecht gehen: 1968 und der libertäre Kommunismus*. Hamburg: Laika Verlag, 2012.

23 Walter Benjamin, *Gesammelte Schriften I, 3*, ed. by Rolf Tiedemann and Hermann Schwepenhäuser, Frankfurt a. M. 1974, S. 1232; English version cited in: Anselm Jappe, Preface to Credit unto Death, in: https://libcom.org/library/preface-credit-unto-death-anselm-jappe#footnote4_fqbpnsf (May 04, 2023).

- DUTSCHKE, Rudi. *Ausgewählte und kommentierte Bibliographie des revolutionären Sozialismus von K. Marx bis in die Gegenwart*. Heidelberg: Druck und Verlagskooperative, 1969.
- HOUELLEBECQ, Michel. *Ich habe einen Traum: Neue Interventionen*. Köln: Dumont Buchverlag,
- KEMPTER, Klaus. *A importância da crítica do valor e da ruptura da dissociação-valor para a ciência da história.*,2020.
- KNABB, Ken. *Situationist International Anthology*. Berkeley: Bureau of Public Secrets, 1995.
- KONICZ, Tomasz. *Inteligência Artificial e Capital*. http://www.obeco-online.org/tomasz_konicz9.htm.
- LARSEN, Neil; NILGES, Mathias; ROBINSON, Josh; BROWN, Nicholas. *Marxism and the Critique of Value*. Chicago: MCM Publishing, 2014.
- MARCUSE, Herbert. *One Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*. Boston: Beacon Press, 2023.
- ROSS, Kristin. *May '68 and its afterlives*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.
- Situationistische Internationale, *Der Beginn einer Epoche*. Texte der Situationistischen Internationale. Hamburg: Edition Nautilus, 2008
- WOLFRUM, Edgar. *Die geglückte Demokratie: Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*. München: Klett-Cotta, 2007.

RESUMO: A sabedoria acadêmica convencional sustenta que os movimentos políticos da década de 1960, contra suas intenções conscientes de derrubar a sociedade 'burguesa', levaram à modernização liberal radical, democratização e individualização, e, portanto, à estabilização dessa sociedade. Contrapondo-se a esse tipo de complacência surgiram narrativas alternativas: Críticos como Pier Paolo Pasolini e Michel Houellebecq lamentaram a perda de profundidade cultural e moralidade comunitária, bem como a vitória do consumismo e de um modo de vida padronizado e conformista que veio com essa modernização aclamada. Sob essa camada de valoração pode estar enterrado um legado que vale a pena redescobrir: uma vontade romântica de reinventar a vida (e o viver em conjunto), bem como uma crítica fundamental à modernidade e suas formas insanas – trabalho, valor, dinheiro, estado, lei etc. – desenvolvidas pela Internacional Situacionista e pela *Wertkritik* alemã. Nos dias de hoje, no final cataclísmico da modernidade, esse legado revolucionário anti-moderno pode ser mais relevante do que nunca. **Palavras-chave:** Movimentos de 1968, Modernização Liberal, Individualidade, Pasolini, Houellebecq.

ABSTRACT: Conventional academic wisdom has it that the political movements of the 1960s, against their conscious intentions of overthrowing the 'bourgeois' society, led to radical liberal modernization, democratization, and individualization and therefore stabilization of that society. Counter to this sort of complacency ran alternative narratives: Critics like Pier Paolo Pasolini and Michel Houellebecq mourned the loss of cultural depth and communal morality as well as the victory of consumerism and a standardized, conformist way of living that came with this hailed modernization. Beneath this layer of valuation there might be buried a legacy worth to be rediscovered: a romantic will of reinventing life (and living together) as well as fundamental criticism of modernity and its crazy forms – labour, value, money, state, law etc. – developed by the Situationist International and German *Wertkritik*. In our days, at the cataclysmic end of modernity, this revolutionary anti-modern legacy may be more relevant than ever.

Keywords: 1968 movements, Liberal Modernization, Individuality, Pasolini, Houellebecq.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: KEMPTER, Klaus. The Hidden Legacy of 1968. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: 10.17808/des.2060.

Conflitos e disputas: demolições do patrimônio histórico e a atuação do Ministério Público em Criciúma/SC

Conflicts and disputes: demolitions of historical heritage and the action of the Public Prosecutor's office in Criciúma/SC

Antonio Rafael Amaro*
Universidade de Coimbra

Alcides Goularti Filho**
Universidade do Extremo Sul Catarinense

Rodrigo Fabre Feltrin**
Universidade do Extremo Sul Catarinense

1. Introdução

A experiência do caminhar é, para Michel de Certeau¹, responsável pelo processo em que é possível se apropriar dos espaços percorridos. Ao caminhar pela cidade, o passante ordinário percebe e “organiza um conjunto de possibilidades e proibições”². Mas também inventa e reinventa as percepções

* Doutorado e Mestrado em História Contemporânea pela Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (FEUC). Membro do Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra (CEIS20). ORCID: 0000-0002-3843-6577. E-mail: aamaro@fe.uc.pt.

** Doutorado em Ciência Econômica pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestrado em Geografia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutorado em Economia pela Universidade de Coimbra (FEUC). Professor do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGDS/UNESC). ORCID: 0000-0002-0808-4486. E-mail: agf@unesec.net.

** Doutorando do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGDS/UNESC) com mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra, bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PDSE/CAPES). Mestrado em Educação (PPGE/UNESC). Graduado em Arquitetura e Urbanismo pela mesma instituição. Professor da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). ORCID: 0000-0002-6284-9603. E-mail: feltrin@unesec.net.

1 1998.

2 CERTEAU, 1998, p. 178.

espaciais, ao variar de percurso ou improvisar um caminho mediante um obstáculo urbano temporário, como uma obra urbana ou uma mudança na orientação de fluxos nas ruas. “Perceber, seletivamente, aquilo que estamos habituados a ver, confere-nos sentido a certos aspectos e formas das paisagens porque partilhamos sua história”³.

Ao caminhar pela cidade, alguns passantes atravessam o espaço em que estão inseridos por meio da prática do lugar, e, com isso, podem levar consigo percepções singulares e pessoais. Tudo o que faz parte do espaço urbano pode permitir ao pedestre a sensação de pertencer ao lugar praticado. Esses lugares são significativos e apresentam um papel chave na reestruturação da paisagem urbanizada, bem como funcionam como símbolos de reafirmação de identidades culturais e da memória coletiva, seja para os passantes, moradores ou visitantes⁴.

O meio urbano já não fomenta mais os encontros e as relações sociais como em décadas passadas, e essa falta de encontros e trocas pode desencadear a dispersão de lembranças e memórias que se sustentavam por meio do grupo. Isso denota a importância da coletividade para o sustento da memória ao longo do tempo, pois as memórias também se apoiam nas pedras da cidade⁵.

A partir das reflexões anteriores e da compreensão da importância das memórias imbricadas nas “pedras das cidades”, apresento a seguir duas situações que envolveram o patrimônio cultural de Criciúma, em Santa Catarina (SC) e os processos judiciais que ocorreram por conta dessas experiências: a demolição da Casa do Agente Ferroviário e sua posterior reconstrução com finalidade didática; e a retirada da pavimentação em pedra portuguesa, o *petit pavet*, da Praça Nereu Ramos e seu entorno como um mecanismo de invisibilidade das histórias e das memórias.

2. Demolição e reconstrução da casa do agente ferroviário

A presença do conjunto da ferrovia formado pela estrada de ferro e as demais estruturas arquitetônicas no centro de Criciúma eram consideradas importantes para o crescimento da cidade até o momento em que os trilhos

3 FIGUEIREDO, 2014, p. 96.

4 BATISTA; MATOS, 2014.

5 BOSI, 2003.

foram deslocados para outro eixo e as edificações desse conjunto foram demolidas. A retirada dos trilhos serviu não somente para dar lugar a uma avenida, mas também para fortalecer a imagem de progresso. Como afirma Nascimento⁶, “as marcas da ferrovia, e do carvão que ela representava, foram apagadas do centro urbano de Criciúma”.

Segundo Vieira⁷, além da ferrovia, faziam parte do complexo a Casa do Agente Ferroviário, a Estação de Embarque, as casas dos trabalhadores ferroviários, que eram chamadas de Casas de Turma, e uma passarela metálica que possibilitava o deslocamento no sentido norte-sul sobre a ferrovia. Os trilhos foram retirados do centro da cidade em 1975 e deram lugar a uma larga avenida, denominada nesse tempo de Avenida Axial, que consolidou a divisão do centro urbano e atraiu o tráfego intenso⁸. Quando construíram a Avenida Axial, além da destruição da ferrovia, foi destruída, também, a Estação Ferroviária, e a passarela metálica foi deslocada para outro local. A Casa do Agente Ferroviário e as casas de turma permaneceram, mas a paisagem da cidade foi drasticamente alterada.

A paisagem formada pela ferrovia continha um patrimônio cultural, cujo significado estava associado à história do transporte das primeiras décadas do Século XX. Sua permanência, ou parte dela, poderia evidenciar a dinâmica espacial e temporal do local.

Ao substituir uma ferrovia por uma avenida, o resultado que se tem é uma paisagem urbana alterada que apresenta uma dinâmica e um reflexo cultural de uma determinada época no local na qual se instala. Apresenta uma outra forma de organização e configuração espacial, tanto urbana quanto arquitetônica, marcando o tempo e o espaço numa sobreposição de fatos em um mesmo território⁹. Entretanto, essa mudança na configuração muitas vezes é responsável pela destruição de edifícios e monumentos que possuem importância histórica para a paisagem de uma cidade, descaracterizando não apenas a configuração espacial, mas também apagando memórias e histórias que ali se estabeleceram.

6 2012, p. 90.

7 2008.

8 NASCIMENTO, 2012.

9 BATISTA; MATOS, 2014.

Aqui em Criciúma [...] a estação ferroviária que era o ponto de encontro das pessoas cedeu lugar ao novo terminal de ônibus. Local também de passagem de pessoas, que agora, ao invés do trem, têm o ônibus como meio de transporte. Não se pensou em unir o velho com o novo, pois no novo modelo de urbanização, não houve espaço para a preservação da antiga estação de trem, pela qual tantas pessoas circulavam durante vários anos¹⁰.

Mesmo depois da substituição, por entender que era necessária uma melhoria na Avenida, o Prefeito Altair Guidi (1977-1983) determinou que novas intervenções urbanas deveriam ser realizadas no Centro, dentre elas a construção do Terminal Urbano Ângelo Guidi e a Praça Maria Silva Rodrigues. Para dar lugar a esses equipamentos, foram demolidas todas as casas de turma, restando a Casa do Agente Ferroviário como o único remanescente de todo o complexo que ali existiu. Conforme aponta Vieira¹¹, “sobrou somente a Casa do Agente Ferroviário, que foi sobrevivendo, a duras apenas, aos ataques da dinâmica cidade em transformação, que não tinha tempo para se dedicar a refletir sobre as perdas de sua memória”.

A Casa do Agente Ferroviário é uma edificação presente nos principais complexos ferroviários da região sul do estado, sempre próxima do pátio de manobras. Ela servia de moradia para o agente responsável pelo complexo, cargo de maior importância dentre os trabalhadores do conjunto. Sua arquitetura, de linguagem simples, seguia sutilmente um modelo inglês, por se tratar de um apoio à estrutura ferroviária.

Segundo Cruz¹², a casa foi erguida em uma estrutura autoportante de tijolos, contendo três quartos, duas salas, uma despensa e uma cozinha, o que totalizava 102,97 m² de área construída. Os acabamentos, esquadrias, soalhos e a estrutura do telhado foram feitos em madeira de lei e toda a casa foi rebocada e pintada, o que denota um cuidado importante com a moradia do agente. Sendo o único remanescente do complexo ferroviário da Criciúma Carbonífera, a casa ganhou importância histórica, arquitetônica e cultural de especial relevância para a cidade.

10 CRUZ, 2001, p. 36.

11 2008, p. 163.

12 2001.

Figura 1 – Fachada da Casa do Agente Ferroviário, em 1988



Fonte: Arquivo Histórico Municipal Pedro Milanez.

Com a retirada da ferrovia e a demolição do restante do complexo, a edificação deixou de ser residência e passou a ser utilizada para fins comerciais. Tal modificação de uso foi embasada na Lei nº 1.774, de 24 de junho de 1982, que autorizava a Prefeitura a firmar contrato de concessão de uso da casa por um período de dez anos, sob a condição de restaurar o imóvel sem alterar a arquitetura original.

Mesmo ainda em uso e sob as condições de ser restaurada na sua originalidade, a Casa do Agente Ferroviário ainda estava à mercê da especulação urbana e imobiliária, pois não existia nenhum instrumento de proteção legal que garantisse a preservação do edifício, assim como os outros equipamentos do complexo ferroviário. No dia 6 de maio de 1995, a Casa do Agente Ferroviário foi demolida.

A demolição da casa decorreu das obras do Terminal Central de Transporte Coletivo, no mandato do Prefeito Eduardo Pinho Moreira (1992-1996), exatamente no mesmo ponto onde se localizava o pátio de manobras e a

antiga estação ferroviária. Além do Terminal, a estrutura construída conta também com galerias subterrâneas, com o intuito de facilitar o deslocamento entre um lado e outro e também para dar acesso ao Terminal. Um dos acessos a essa galeria é exatamente ao lado da casa.

Figura 2 – Construção do Terminal Central, ao fundo no lado direito, a Casa do Agente Ferroviário antes de ser demolida, em 1995.



Fonte: Arquivo Histórico Municipal Pedro Milanez.

A notícia foi amplamente divulgada na imprensa local, considerando a destruição um ato criminoso, visto que não havia alvará de demolição e tal fato ocorreu durante a madrugada. O Jornal da Manhã, um dos principais jornais da cidade à época, notificou o acontecido, informando que “A mais antiga edificação do município de Criciúma amanheceu completamente destruída na manhã de sábado”¹³. Na mesma reportagem, o jornal ainda informa que a casa estava localizada próxima das obras da segunda galeria do Terminal que iria compor o Sistema Integrado de Transporte Coletivo de Criciúma e, sem rodeios, diz: “As obras da galeria estão sendo executadas pela Construtora Cavaler”¹⁴.

13 AÇÃO [...], 1995.

14 AÇÃO [...], 1995.

No entanto, a Arquiteta e Urbanista Izes Regina de Oliveira, que na época era presidente do Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB) – Núcleo Criciúma, já havia sinalizado o descaso com a edificação em uma carta direcionada ao Jornal da Manhã, publicada no dia 2 de maio de 1995¹⁵.

A acusada pela destruição da Casa do Agente Ferroviário foi a Construtora Cavalier, responsável pela execução da construção do Terminal Central, conforme citado. Tal fato causou grande impacto na cidade e acabou sendo encaminhado para a Justiça. Conforme consta nos autos dos processos nº 2381/95 e nº 2409/95, que estão disponíveis no arquivo físico do IAB – Núcleo Criciúma, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou uma Ação Cautelar contra o Município de Criciúma, referente à situação da casa, e uma Ação Civil Pública também contra o Município e contra a Construtora Cavalier¹⁶.

Para o advogado representante do Ministério Público, o promotor Jacson Correa, a demolição foi responsabilidade tanto do Município, pela negligência no dever da guarda, quanto da construtora, pelas ações diretas e indiretas à demolição. Por isso, as duas aparecem como réis no resumo do processo, bem como o Prefeito Municipal Eduardo Pinho Moreira e o proprietário da construtora, Lúcio de Cezaro Cavalier.

Assim que soube da demolição, o promotor, que estava vinculado ao Centro de Promotorias da Coletividade, solicitou à Fundação Catarinense de Cultura um levantamento sobre a importância da Casa do Agente Ferroviário para a história da cidade. O Ministério Público solicitou também ao município toda a documentação da casa¹⁷.

No decorrer do processo, porém, somente a construtora foi considerada culpada, visto que o Município apresentou documentos que comprovavam o reconhecimento da construção demolida como patrimônio histórico e cultural da cidade (ainda que não estivesse tombada) e também apresentou o projeto do Terminal em que constava a edificação na sua forma original, fazendo parte do complexo e com uso destinado à cultura.

15 NASCIMENTO, 2004.

16 SANTA CATARINA, 1996.

17 LESSA, 1996.

Figura 3 – Apresentação do projeto do Terminal Central, em 1995



Fonte: Arquivo Histórico Municipal Pedro Milanez.

Ficou demonstrado nos autos que “a casa veio abaixo paulatinamente, em decorrência de uma explosão de laje de pedra muito próxima pela construtora ré, bem como de escavações, que foram minando as bases da mesma”¹⁸. Os autos ainda apresentam que uma equipe de peritos constatou que a casa foi demolida por ação de terceiros, mesmo que as obras do terminal tenham chegado próximo do edifício, o que foi contestado pelo proprietário da construtora, que afirmava não ter havido demolição, e sim um “desabamento por circunstâncias alheias àquelas do projeto que por nós está sendo executado”¹⁹.

Por fim, o Juiz retirou as acusações contra o Município de Criciúma e condenou a Construtora Cavaler a reconstruir obrigatoriamente a Casa do Agente Ferroviário, mediante projeto que apresentasse todas as características da Casa e que fosse aprovado pela Fundação Catarinense de Cultura, pela Fundação Cultural de Criciúma e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, que deveriam também acompanhar de perto a reconstrução da Casa.

18 SANTA CATARINA, 1996, p. 137.

19 SANTA CATARINA, 1996, p. 138.

Reconstruir ou não a Casa foi uma decisão que dividiu opiniões dos cidadãos criciუმenses. Pouco depois de um ano da demolição, em julho de 1996, a Fundação Cultural de Criciúma lançou um concurso de projetos arquitetônicos para o denominado Memorial Casa do Agente Ferroviário. A organização se deu por meio da Fundação Cultural de Criciúma e da Comissão Técnica de Relatórios e Sugestões para o Tombamento de Bens Municipais, com apoio da Fundação Catarinense de Cultura e da agência de turismo Ferrotur. No total, houve 11 projetos inscritos, dos quais três foram selecionados pela organização. Entretanto, o concurso ficou somente no papel, visto que a decisão judicial foi a de reconstruir a casa²⁰.

No dia 3 de fevereiro de 2001, o Engenheiro Jean de Cesaro Cavaler enviou um documento ao IAB – Núcleo Criciúma, solicitando o projeto arquitetônico para a construção e o nome de uma pessoa que ficasse responsável pelo acompanhamento. O IAB – Núcleo Criciúma aprovou o projeto e respondeu à solicitação da Construtora no dia 5 de abril de 2001. No texto, o documento proferido pelo presidente do IAB na época, o Arquiteto e Urbanista Mauricio da Cunha Carneiro, aponta que a reconstrução da casa era uma questão controversa, que havia sido muito discutida dentro e fora do Instituto, mas que era necessária sob o ponto de vista pedagógico.

Se por um lado a reconstrução é condenável pelos aspectos arquitetônicos e artísticos, por outro ela é importante como resgate de um espaço urbano e de um espaço de utilidade pública. A reurbanização do local, como praça, como memorial ou monumento, certamente não proporcionará o mesmo impacto educativo para a preservação de monumentos históricos, do que a reconstrução da “Casa”²¹.

Ações como essa reforçam a necessidade de preservar as memórias e as histórias das cidades por meio de seu patrimônio cultural, que contribui para a formação cultural dos sujeitos e para o sentimento de pertencer às cidades.

20 CRUZ, 2001.

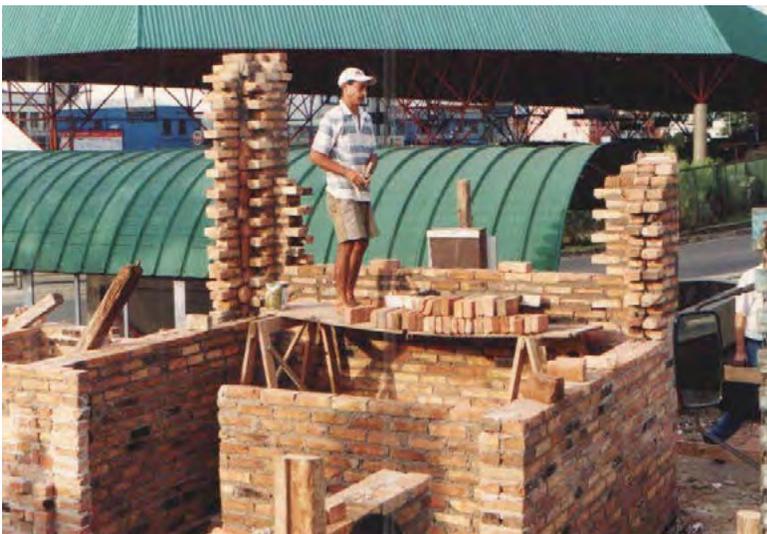
21 IAB, 2001, pp. 2-3.

Figura 4 – Ruínas da Casa do Agente Ferroviário, em abril de 2001



Fonte: Arquivo Histórico Municipal.

Figura 5 – Reconstrução da Casa do Agente Ferroviário em 2002



Fonte: Arquivo Histórico Municipal.

Por meio dos relatos apresentados na carta do IAB, nota-se que a Casa do Agente Ferroviário estava presente no cotidiano dos moradores de Criciúma mesmo que inconscientemente, e contribuía como ferramenta educativa para a compreensão da cidade e seu processo de formação e mudanças.

Entretanto, mesmo após a sua reconstrução, a Casa do Agente Ferroviário encontra-se engolida por um emaranhado de prédios e ruas que a deixam desconexa do centro urbano e da paisagem da cidade. Não basta o patrimônio ser reconhecido pelo Ministério Público, por algumas gestões de governo e pelos passantes da cidade, a preservação do patrimônio cultural e histórico precisa ser uma política de governo para que ela faça sentido.

Antes da reconstrução integral da Casa e do funcionamento do Memorial Casa do Ferroviário Mario Ghisi, como foi denominada pela Câmara de vereadores, surgiu a ideia de se construir uma nova estrutura arquitetônica que funcionasse como memorial por iniciativa da Fundação Cultural de Criciúma (FCC) e da Comissão Técnica de Relatórios e Sugestões para Tombamento. Para dar continuidade a essa proposta, foi lançado o edital para a realização de um concurso de ideias objetivando a construção do Memorial Casa do Agente Ferroviário²².

Conforme relata Nascimento²³, o edital do curso previa que a construção do memorial representasse o período da ferrovia em Criciúma, sendo que, na época (logo após a demolição), não se cogitava a reconstrução da casa. As ideias passariam por avaliações da FCC e o vencedor teria sua proposta como base para a elaboração de um projeto arquitetônico que seria desenvolvido pelos arquitetos da Prefeitura Municipal de Criciúma (PMC), com acompanhamento da FCC. Foram 11 propostas inscritas, sendo três delas selecionadas como ganhadoras. Mas as ideias não saíram do papel e o caso da demolição se desenrolou na Justiça, como explicado anteriormente.

A sentença então exigiu a reconstrução da Casa e, posteriormente, ela se tornou memorial, ou melhor, recebeu a denominação de Memorial Casa do Ferroviário Mario Ghisi. Conforme aponta Nascimento²⁴, a inauguração aconteceu no dia 1º de outubro de 2002, como um ato de “devolução” da Casa que teria sido “tirada” da cidade. O Memorial foi inaugurado com a exposição “Paralelas” do artista Edi Balod, composta por objetos de madeira e de ferro (dormentes e pregos que remetiam à Ferrovia).

22 NASCIMENTO, 2004.

23 2004.

24 2004.

Desde sua inauguração, o Memorial encontra-se em funcionamento. O espaço é utilizado para exposições do acervo e também para mostras rotativas que recebem a visita de estudantes da cidade e região e demais pessoas que se interessam pelo local. A Casa também serve como espaço de ação de estagiários do curso de História que propõem atividades educativas específicas para grupos de alunos da rede pública de ensino. Ações como essas e as exposições configuram a casa como um *locus* educativo não-formal. Pode-se inferir que sua reconstrução como uma ação pedagógica e o uso da casa como espaço de exposições de artefatos que remetem às diferentes memórias se apresentam como dispositivos de educação para o patrimônio.

A Casa do Agente Ferroviário era um dos remanescentes, um “resto” da presença da Ferrovia no coração da cidade, que conseguiu resistir às mudanças das comemorações do centenário e que, mesmo com a alteração da paisagem da cidade, ainda se fazia presente. A casa por si só representava parte fundamental da história do Município, e sua reconstrução foi fundamental para que as novas gerações pudessem ter conhecimento da história da cidade a partir dela, o que oferece valor patrimonial educativo ao edifício.

Ao investigar sobre o ocorrido, fica evidente a contribuição da Casa na educação para o patrimônio. Mesmo que a reconstrução total da Casa como era em sua originalidade possa ser considerada um pastiche²⁵ ou uma arquitetura desprovida de valores técnicos, estéticos e plásticos no campo da Arquitetura e Urbanismo, para o campo da Educação e da História, a reconstrução simboliza possíveis estranhamentos e questionamentos que podem levar ao conhecimento de parte da história da cidade tanto às gerações futuras como para as atuais. Sua permanência é a marca física e espacial do período carbonífero na cidade de Criciúma.

3. A retirada do *petit pavet* no núcleo central da cidade

O núcleo central da cidade de Criciúma foi um ponto importante para a cidade e para a região desde a criação do Núcleo São José de Criciúma, no final do Século XIX. O espaço em questão foi local de parada para quem se deslocava no eixo Araranguá–Urussanga e, em decorrência disso, se instalaram as primeiras edificações, formando o tal núcleo, o que posteriormente viria a se tornar a cidade que conhecemos hoje.

25 A expressão *pastiche* no campo da Arquitetura e Urbanismo é uma adaptação da expressão literária que designa a reprodução fiel de uma linguagem estética fora do contexto local e da temporalidade.

O caráter de centralidade e a importância para a cidade, desde então, se mantiveram enraizadas nesse espaço, mesmo com a expansão da mancha urbana e o seu crescimento. Inicialmente, a arquitetura predominante era decorrente da colonização, com forte influência italiana. Essa configuração se modificou ao decorrer dos anos com a demolição das edificações coloniais, passando a ser construídos outros edifícios com mais pavimentos, seguindo os princípios plásticos do *art déco*, estilo arquitetônico em evidência na década de 1950.

Assim como a retirada dos trilhos para a construção da Avenida Centenário, que ocasionou as demolições comentadas anteriormente (das estruturas arquitetônicas), o núcleo central da cidade, ou como conhecemos atualmente, a Praça Nereu Ramos, também sofreu intervenções urbanas sobre a premissa de “retirar o carvão da paisagem urbana e da alma da cidade”²⁶ e resultar em uma cidade moderna que transmitiria uma imagem “positiva”.

Uma das primeiras medidas de intervenção do governo Guidi foi a implementação de uma área exclusiva para pedestre no centro da cidade, abrangendo a Praça Nereu Ramos e as ruas de seu entorno. O calçadão comparecia na proposta de cidade do governo Guidi como capaz de humanizá-la, estabelecendo uma nova escala que não fosse a do automóvel²⁷.

As obras do calçadão retiraram a circulação de carros do Centro, o que tornou o ambiente mais convidativo para os passantes. O calçadão se estendeu também na Rua Seis de Janeiro, na Rua Conselheiro João Zanette, em uma pequena parte da Rua João Pessoa e outra pequena parte da Rua Padre Pedro Baldoncini.

Inicialmente, a ideia de transformar o Centro em um calçadão não foi bem aceita, principalmente pelos proprietários de estabelecimentos comerciais do local, visto que o fluxo de automóveis seria nulo. Entretanto a proposta do calçadão colocou Criciúma em comparação a outras cidades como Curitiba e São Paulo, que representavam o auge do progresso e da modernidade na época²⁸.

26 NASCIMENTO, 2012, p. 92.

27 NASCIMENTO, 2012, p. 93.

28 NASCIMENTO, 2012.

Segundo Nascimento²⁹, o Prefeito Altair Guidi, em sua primeira gestão (1977-1983), se preocupou em garantir ícones que representassem a identidade da cidade que estava emergindo por meio da comunicação do poder público com a população. Guidi então solicitou que o Arquiteto e Urbanista Manoel Coelho – que já era responsável pelo projeto arquitetônico das grandes obras que Guidi idealizou – desenvolvesse uma logomarca que se tornaria o símbolo da cidade. Essa logomarca foi aplicada em local de destaque em todas as obras do mandato de Guidi, a fim de reforçar a identidade visual da cidade e apresentar a Criciúma Centenária com outra imagem, tentando retirar ao máximo os sinais da Criciúma Carbonífera.

Figura 6 – Colocação do *petit pavet* em frente à Catedral São José, em 1977-78



Fonte: Arquivo Histórico Municipal Pedro Milanez.

Essa logomarca também foi aplicada na paginação do piso utilizado no entorno das obras projetadas por Coelho, como a restauração do Museu Histórico e Geográfico Augusto Casagrande, o Parque Municipal e também o calçadão do Centro. Esse calçamento foi feito em pedra portuguesa, ou também conhecida popularmente como “*petit pavet*”, que, tecnicamente, é uma pedra calcária nobre e dura, ideal para espaços de grande fluxo de

29 2012.

pessoas devido a sua resistência ao tempo. Por ser antiderrapante quando molhada, além de ser permeável, de fácil colocação e manutenção, associando praticidade e estética, é muito utilizada em Portugal.

A intervenção urbana idealizada por Guidi e projetada por Coelho causou grande impacto, tanto em termos estéticos como funcionais, oferecendo outra dinâmica para o centro urbano que passou a ser mais frequentado pelos habitantes e também passou a ser ponto de referência e rota de deslocamento dos pedestres em percursos onde o carro é protagonista. É evidente que essa intervenção possui forte significado histórico e cultural para a memória da cidade e para os usuários do centro, pois a Praça Nereu Ramos se fundiu às ruas que alteraram a dinâmica do lugar, possibilitando um melhor aproveitamento de espaço para dar conforto e segurança aos passantes e aos que utilizam o lugar como ponto de encontro, de descanso ou de contemplação.

Figura 7 – Vista do calçadão em *petit pavet* com mobiliário projetado pelo arquiteto Manoel Coelho, em 1979



Fonte: Arquivo Histórico Municipal.

Figura 8 – Vista do calçadão em *petit pavet* com a Praça Nereu Ramos de fundo, em 1980



Fonte: Arquivo Histórico municipal.

O espaço se tornou o epicentro do centro urbano, e seu traçado original se mesclava com as características contemporâneas da época. Tornou-se ponto importante para as relações comerciais, mas também foi um espaço de disputas de poder nas representações políticas, sociais, culturais e religiosas.

Desse modo, pode-se inferir que o *petit pavet* possui significado além da sua função de pavimentar a calçada, pois ele é marca de um momento histórico e de transformações nos modos de uso do núcleo central, isto é, de elementos culturais dos habitantes. É o marco de conexão da Praça com o seu entorno de forma imediata, onde os pedestres podem se deslocar livremente, o que possibilita toda a gama de atividades que fazem parte da Praça até os dias atuais.

Porém, em 2011, ano em que foram realizadas uma série de obras de infraestrutura urbana, os arquitetos e urbanistas que atuam no setor de obras da PMC elaboraram um projeto de requalificação da Praça Nereu Ramos, no qual o calçadão no entorno da Praça e nas ruas adjacentes em que o *petit pavet* estava instalado teriam a pedra substituída pelo *paver*, um bloco de concreto para assentamento intertravado e sem a necessidade de argamassa para fixação.

Figura 9 – Pavimentação em paver substituindo o *petit pavet*, em 2012



Fonte: Autoria desconhecida/divulgação PMC.

Tecnicamente, as duas pavimentações são semelhantes em alguns aspectos. Ambas são de fácil por serem permeáveis e possuem aderência ao impacto mesmo nos dias de chuva. O projeto dividiu opiniões e abriu o campo de disputa acerca dos usos da Praça e de suas representações na história e na memória da cidade, que resultou em um processo judicial.

A retirada do *petit pavet* do calçadão central dividiu as opiniões dos moradores, dos comerciantes e dos passantes e usuários do espaço veiculadas na imprensa local e alcançaram também a Universidade. Na mídia local, o disparador do embate deu-se no dia 22 de dezembro de 2008, quando foi divulgado pelo jornalista Nei Manique, por meio do Portal Engeplus³⁰, que “Todo o piso da Praça Nereu Ramos será substituído em 2009”.

Antes de iniciarem as obras, o assunto das pedrinhas do calçadão voltou à tona em uma reportagem da jornalista Daniela Niero para o Portal Engeplus no dia 28 de maio de 2009³¹. Na chamada, Niero apontava que o *petit pavet* colocava os pedestres em situação de risco. Ela evidencia que as maiores vítimas seriam os idosos, mães com crianças e mulheres utilizando

30 MANIQUE, 2008.

31 NIERO, 2009.

sapatos de salto alto. Na reportagem, a jornalista recolheu depoimentos de funcionários que trabalhavam no local e um deles apontou: “A manutenção é feita numa semana e na outra lá estão os buracos abertos novamente. Isso é uma vergonha”³².

Cabe destacar que os calçadões, as praças e os passeios públicos requerem manutenção constante por parte do poder público municipal, independentemente do material que é adotado. A pedra portuguesa (ou *petit pavet*) é um material adequado para tal finalidade, mas pode se deslocar se não for assentada da maneira correta. O texto da jornalista dá a entender que o problema em questão é o material em si, e não a forma como ele era manuseado ou cuidado pela administração pública.

Em agosto do mesmo ano, 2009, uma nota do mesmo portal de notícias, assinada pelo jornalista Nei Manique, informava que as obras de revitalização do centro seriam iniciadas somente em 2010, e não mais em 2009, como havia sido inicialmente divulgado, e que naquele ano ainda haveria a manutenção das pedras, restaurando-se também os desenhos que a paginação formava³³. Em outubro de 2010, foi noticiado o início das obras de revitalização do Centro. A primeira etapa, então, consistia na retirada do *petit pavet* em alguns pontos para que fosse feita uma escavação para instalar a rede elétrica subterrânea. Essa etapa teve a duração de seis meses, que avançou pelo ano de 2011.

Nesse momento, o assunto despertou a atenção de algumas pessoas da comunidade acadêmica, que identificaram na retirada do *petit pavet* uma descaracterização do espaço público, bem como uma representação da história e memória da cidade. A discussão surgiu em uma disciplina oferecida no Programa de Pós-Graduação em Educação – PPGE/UNESC e também atingiu a esfera da graduação nos cursos de Licenciatura e Bacharelado em História. No campo da Arquitetura e Urbanismo, a representante foi a Arquiteta Izes Regina de Oliveira, na época à frente do IAB – Núcleo Criciúma.

De acordo com a sentença, na Ação Cautelar, o promotor solicitou

a) suspender toda e qualquer retirada e substituição da pedra *petit pavê* da Praça Nereu Ramos, bem como nos calçadões das Ruas Seis de Janeiro, João Pessoa, Conselheiro João Zanette, Travessa Padre Pedro Baldoncini e Avenida

32 NIERO, 2009.

33 MANIQUE, 2009.

Getúlio Vargas, localizadas no entorno da Praça Nereu Ramos, por conta da revitalização da área central da cidade de Criciúma; b) obrigação de fazer consistente em apresentar ao Departamento de Cultura e à Secretaria de Administração e Recursos Humanos do Município de Criciúma, bem como a este Juízo, em 30 (trinta) dias do deferimento da medida, projeto de restauração, o qual deve ser elaborado por profissionais habilitados, devendo, para tanto, serem observadas todas as características originais da referida Praça e do seu entorno; c) pugnou, no mais, pela execução do projeto acima mencionado, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da respectiva aprovação, com fixação de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de descumprimento de qualquer medida³⁴.

O promotor também reforçava que “a pavimentação em petit pavê da Praça Nereu Ramos e dos calçadões das ruas localizadas em seu entorno possuem incontestável valor histórico, cultural, arquitetônico, ambiental e também de valor afetivo para a população”³⁵. Tal ação foi recebida pela Juíza Tatiana Cunha Espezim, que pediu explicações para a Prefeitura Municipal de Criciúma sem, no entanto, solicitar a paralisação das obras de revitalização, como eram chamadas. Ponto este que havia sido mencionado na sentença.

[...] Igualmente, clamou pela urgência no deferimento da medida, tendo consignado que já se iniciou o procedimento de retirada e substituição das pedras petit pavê da Praça Nereu Ramos, bem como dos calçadões das ruas já referidas, localizadas todas em seu entorno. No mais, relatou que, em data de 11 de outubro de 2011, enviou ofício ao Senhor Clésio Salvaro, então Prefeito Municipal, recomendando que a Administração Municipal se abstinhasse de realizar qualquer ato que implicasse na alteração ou substituição da pedra petit pavê nas áreas citadas na exordial. No entanto, em resposta, o Alcaide Municipal afirmou que iria ser mantido o petit pavê apenas no perímetro original da Praça Nereu Ramos e também da Praça da Bandeira. Finalmente, aduziu o Representante do Ministério Público que houve omissão por parte do Município de Criciúma no tocante preservação da integridade da citada Praça e de seu entorno, mesmo tendo conhecimento sobre a notável importância para a história e para a cultura local³⁶.

34 SANTA CATARINA, 2011, pp. 5-6.

35 SANTA CATARINA, 2013.

36 SANTA CATARINA, 2013.

O assunto continuava a dividir opiniões ao longo do andamento do processo: parte da cidade sentia a história e as memórias da Praça Nereu Ramos sendo arrancadas pelas escavadeiras, outros vislumbravam uma nova cidade com um tipo de pavimentação que era associado ao progresso. A história se repetia de forma semelhante quando os carros foram retirados do Centro e tudo se tornou calçada na década de 1980.

A discussão sobre o episódio do *petit pavet* despertou interesse da população e das mídias locais no reconhecimento dos patrimônios históricos de Criciúma. Assunto que para muitos era desconhecido, o patrimônio cultural e histórico de Criciúma passou a ser noticiado. Sobre o *petit pavet*, em uma entrevista para o jornalista Nicola Martins, o então presidente da Fundação Cultural de Criciúma, Sérgio Zapelinni, declarou que era

[...] necessário que haja esse equilíbrio. O *petit pavet* será lembrado na Praça Nereu Ramos no miolo central, mas tem que haver progresso no município”, conta ele. “Eu acho o *petit-pavé* um material fantástico, mas temos de analisar a funcionalidade dele. A sociedade precisa de mobilidade e foi ela que definiu pelo *paver*³⁷.

O Município de Criciúma respondeu à ação, apresentando como defesa a legalidade das obras de revitalização do entorno da Praça, alegando que era uma obra de interesse público que foi debatida em audiências públicas antes de ser iniciada. Informou também que o projeto em questão iria manter o *petit pavet* em todo o perímetro da Praça Nereu Ramos e da “Praça da Bandeira”³⁸ (antes chamada de Praça Etelvina Luz) e iria ser substituído por *paver* somente no seu entorno, com a finalidade de privilegiar o comércio e a mobilidade dos munícipes, visto que a área não estava protegida por tombamento³⁹.

O promotor Ulysséia defendeu que a importância histórica do *petit pavet* não se limitava somente à Praça, mas também dizia respeito ao seu entorno, por entender que o espaço em sua totalidade havia sido demarcado pela pavimentação, e argumentou que seria necessária a restauração integral desses espaços, sua conservação e preservação mediante a multa diária, e que o perímetro fosse demarcado oficialmente como área de interesse histórico e cultural.

37 MARTINS, 2011.

38 O local denominado Praça Etelvina Luz foi chamado de Praça da Bandeira no Governo Vargas. Essa denominação ainda reside em algumas memórias.

39 SANTA CATARINA, 2011.

A Constituição Federal diz, no parágrafo 1º do Art. 216, que o poder público protegerá o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, vigilâncias, desapropriação, dentre outras formas de preservação, não se restringindo somente ao tombamento⁴⁰. Entretanto, conforme relatório da Apelação Cível feito pelo Desembargador Edemar Gruber, o inventário realizado pela Fundação Cultural de Criciúma (FCC) e o Departamento de História da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc) em 2002-2003, base da argumentação do Promotor, contemplava somente a Praça Nereu Ramos e a Praça da Bandeira, deixando de fora o seu entorno.

A sentença apresenta também um trecho de uma fala realizada pela historiadora Lisiane Potrikus Borges Martinello, que era favorável à substituição da pedra portuguesa pelo *paver*. No texto, ela defende que a pavimentação em pedra portuguesa era inadequada à mobilidade urbana, à implantação de novas infraestruturas subterrâneas e manutenções eventuais em caso de deslocamento por conta do trânsito de veículos em geral. Para a historiadora, os eventos realizados na Praça também danificariam o pavimento. Entretanto, cabe salientar que já aconteceram diversos eventos com grande quantidade de pessoas em circulação e estruturas pesadas, como a Festa de São José, as Quermesses de Tradição e Cultura e a Feira do Livro de Criciúma.

Segundo o parecer histórico elaborado pelos professores representantes do curso de História, do Centro de Memória e Documentação da Unesc (CEDOC), e do Grupo de Pesquisa História da Educação (GRUPEHME), vinculados à Unesc, no ano de 2011, “a Praça Nereu Ramos e seu entorno é um espaço que traz um universo simbólico próprio dos seres humanos agrega uma série de significados que fazem com que as pessoas se sintam por ela atraídas”⁴¹, ou seja, não é cabível considerar a Praça Nereu Ramos sem o seu entorno imediato, de modo que o espaço configurado ali não teria sido possível sem tal intervenção.

No parecer, os autores lembram:

No final da década de 1970 houve novas remodelações naquele espaço. Iniciou-se o fechamento da praça para o trânsito de veículos, construindo-se o calçadão para pedestres. As ruas Padre Pedro Baldoncini, João Pessoa, Conselheiro João Zanette e Seis de Janeiro foram fechadas ao acesso de veículos para

40 BRASIL, [2016].

41 GRUPEHME, 2011, p. 5.

permitir que as pessoas pudessem circular mais livremente pela área central da cidade, permitindo assim as trocas sociais tão características na praça em outras décadas⁴².

A região central da cidade – composta pela Praça Nereu Ramos e os arredores – é um lugar de memória. Os lugares de memória possuem fundamental papel para estimular a vivência urbana. Mas, se as memórias não se transformassem, não seria necessária a consagração de lugares de memória e, por consequência, não existiriam os lugares de história que transportam as memórias consigo.

A Arquiteta e Urbanista Paula da Cruz Landim⁴³ ressalta que as cidades possuem poucos lugares de memórias e que os espaços significativos existentes são, na maioria das vezes, desprezados ou descaracterizados (no caso do *petit pavet*, destruído) pelos planejadores das cidades. Muitas vezes, a descaracterização acontece sem intenção, mas por se desconhecer que a importância da preservação desses espaços e elementos que o constituem são fundamentais para as memórias e histórias da cidade.

Por fim, ficou decidido judicialmente que o projeto seria executado da maneira que havia sido elaborado pelo Setor de Obras da Prefeitura Municipal de Criciúma. O projeto da intervenção considerava a recolocação do *petit pavet* somente no perímetro que concerne às Praças Nereu Ramos e da Bandeira e todo o entorno, bem como as ruas adjacentes foram pavimentadas com o *paver* intertravado de cor cinza.

Ao retirar o *petit pavet* do núcleo central do centro de Criciúma, apagou-se parte da memória e da história da cidade que estava cristalizada nas pedras do calçamento e que dava unidade a esse núcleo. Ao se apagar parte da história, a cidade perde memórias e tem seu passado e suas conexões com o presente colocados em xeque.

Ao descaracterizar um espaço público, as relações que se concretizam ali se modificam e alteram as dinâmicas das cidades. A Praça Nereu Ramos é um local dotado de valores históricos e culturais e é também um lugar de memória para seus usuários. Essas atribuições mostram a potência educativa que o espaço possui e, mesmo com os palimpsestos no entorno e alterações da própria Praça, o lugar evoca memórias e histórias da cidade de Criciúma.

42 GRUPEHME, 2011, p. 5.

43 2001.

A Praça Nereu Ramos é um espaço estruturador de narrativas históricas por meio dos edifícios do seu entorno, nas intervenções urbanas que reestruturaram a área central, e também pelos eventos que ali ocorreram nas esferas econômico-sociais, como a retirada do Monumento aos Homens do Carvão, as festividades religiosas de São José, os manifestos políticos e sindicalistas, até mesmo as relações entre os vendedores de artesanato e os engraxates. Toda a conexão da Praça com seu entorno, por meio do *petit pavet*, possibilitou a apropriação do espaço urbano e a sua retirada foi um mecanismo que promoveu a invisibilidade das memórias e das histórias que ali foram construídas.

Durante o processo de retirada do *petit pavet*, houve polêmicas na mídia local que envolveram alguns professores da UNESCO, principalmente do curso de História. O debate evidenciava a importância da preservação das pedras portuguesas como componente do patrimônio cultural da Praça. O debate provocou reações diferentes que podem ter levado os ouvintes, população em geral, a pensarem sobre o direito à memória histórica. O tema foi debatido em rede televisiva local, rádio e jornais. A disputa se deu entre aqueles que defendiam a continuidade do *petit pavet* e os que se investiam no discurso da modernidade.

4. Conclusão

A preocupação com o patrimônio cultural da cidade de Criciúma foi o principal motivador para a realização deste estudo. Pôde-se perceber o legado histórico, arquitetônico, urbano e cultural da cidade, nos bens localizados no Centro da cidade. Além disso, a área de estudo compreende um espaço que, além de ser um lugar de memória, é também um *locus* educativo que nos permite integrar o ensino formal com ações de educação não formal.

A educação não-formal não é organizada por disciplinas, nem por séries, nem por conteúdos pré-estabelecidos. Ela acontece a partir de questões subjetivas, desenvolve laços afetivos de pertencimento, participa da construção de uma identidade coletiva e colabora para o empoderamento da sociedade⁴⁴.

A função da educação não é apenas fazer com que alunos e alunas dominem os conhecimentos de gramática ou de matemática, mas também para a formação dos indivíduos como sujeitos na sociedade. De acordo com o psicólogo e antropólogo Carlos Rodrigues Brandão⁴⁵,

44 GOHN, 2006.

45 2007, p. 7.

[...] ninguém escapa da educação. Em casa, na rua, na igreja, ou na escola, de um modo ou de muitos, todos nós envolvemos pedaços da vida com ela: para aprender, para ensinar, para aprender – e – ensinar. Para saber, para fazer, para ser ou para conviver.

Percebem-se na cidade palimpsestos⁴⁶ que trazem pistas das memórias e histórias tecidas ao longo dos anos. São narrativas históricas tanto na cidade quanto dos edifícios que a compõem, como ocorreu a partir da demolição da Casa do Agente Ferroviário, onde parte da sua história passa por ressignificação por meio da sua reconstrução com finalidade didática. O contexto da época em que a Casa foi construída mostra um período em que a cidade era reconhecida como a Capital Nacional do Carvão e se conectava com o estado por meio da malha ferroviária, que marcava a paisagem da cidade junto das outras edificações do complexo ferroviário.

Entretanto, a demolição da Casa do Agente Ferroviário, em 1996, e sua reconstrução, em 2002, se encontram em um outro período de tempo que produz outra narrativa histórica em cima de um bem arquitetônico que existira ali. A casa que foi moradia passou a ter uma finalidade educacional. Sua reconstrução foi justificada com a intenção de manter a memória do carvão na narrativa histórica da cidade, mas pensando o espaço não como uma edificação autêntica do período e sim como um espaço educativo não formal para ações de educação patrimonial.

A substituição do *petit pavet* por outra pavimentação no entorno da Praça Nereu Ramos resulta em outra percepção do espaço. Tal substituição apagou parte das memórias coletivas e individuais dos sujeitos que vivenciaram o processo dessa pavimentação em um momento marcante da história de Criciúma, momento da legitimação da identidade da cidade firmada no processo de ocupação colonial.

Na ocasião, adotou-se o *petit pavet* no traçado interno da Praça Nereu Ramos, porém a pedra foi totalmente retirada e reassentada, transformação essa que acresce outras intencionalidades e novos contextos à paisagem urbana. Por isso, é necessário que o espaço seja percebido como educativo, a fim de estabelecer uma relação entre a educação e o processo de ressignificação do espaço. Pode-se inferir que o debate estabelecido entre 2011 e 2012 pode ter sensibilizado pessoas que ouviam rádios sobre os conceitos

46 PESAVENTO, 2011.

de memória e patrimônio educativo. Pode-se inferir, também, que algumas pessoas estranhem e se perguntem “o que é?” ao encontrar as pedras portuguesas rodeadas de *paver*, um estranhamento estético, talvez, ou quem sabe se façam interrogações sobre a história local. De alguma forma, essas interferências ocasionam processos que levam ao desconhecimento da história e fazem o processo inverso da educação para o patrimônio, para a valorização das memórias das cidades.

Além desses dois pontos, é necessário reforçar a importância de caminhar como prática do espaço urbano, objetivando a educação não formal. É através do percurso enquanto deslocamento e enquanto tempo histórico que esses acontecimentos se entrelaçam e consolidam a história do Município, tendo ainda como cenário o contexto arquitetônico das edificações privadas que seguem os mesmos princípios estilísticos do período que reforça o caráter histórico e cultural na percepção dos pedestres.

Referências

- AÇÃO civil denuncia a prefeitura e Cavaler. *Jornal da Manhã*. Criciúma, maio 1995.
- BATISTA, Desidério Sares; MATOS, Rute Souza. A dimensão patrimonial e identitária da paisagem: a história do lugar como fundamento da intervenção urbana e territorial contemporânea. In: PIMENTA, Margareth; FIGUEIREDO, Lauro César (orgs.). *Lugares: patrimônio, memória e paisagens*. Florianópolis: UFSC, 2014. p. 15-46.
- BOSI, Eclea. *O tempo vivo da memória: ensaios de psicologia social*. São Paulo: Ateliê, 2003.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://bit.ly/32gcZmz>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- CERTEAU, Michel de. *A invenção do cotidiano: artes de fazer*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CRUZ, Valéria Cristina. *Ruínas de uma casa: Lembranças dos moradores da casa do agente ferroviário – Criciúma – SC 1920-2001*. 57 f. 2011. Monografia (Pós-Graduação *Latu Sensu* – Especialização em História Local e Regional) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2001.

- FIGUEIREDO, Lauro César. Memória, cidade e documentação: transformação da paisagem, cultural da cidade de Santa Maria a partir da fotografia. In: PIMENTA, Margareth; FIGUEIREDO, Lauro César (orgs.). *Lugares: patrimônio, memória e paisagens*. Florianópolis: UFSC, 2014. p. 95-130.
- GOHN, Maria da Glória Marcondes. Educação não-formal, participação da sociedade civil e estruturas colegiadas nas escolas. *Revista Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 50, p. 27-38, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://bit.ly/2JyL1d3>. Acesso em: 8 jul. 2019.
- GRUPEHME. Centro de Memória. Parecer sobre retirada do Petit Pavê do centro e da Praça Nereu Ramos em Criciúma pelo poder municipal. Criciúma, SC: Unesc, 2011.
- IAB. Núcleo Criciúma. *Ofício 006/2001*. Criciúma, SC: Instituto dos Arquitetos do Brasil, 5 abr. 2001. Assunto: Manifestar o posicionamento do Instituto de Arquitetos do Brasil – IAB – Núcleo Criciúma, no que diz respeito às obras de reconstrução da “Casa do Agente Ferroviário”, Criciúma, 2001.
- LANDIM, Paula da Cruz. Percepção e Preservação do Patrimônio Arquitetônico. In: V SEMINÁRIO NACIONAL. I Encontro Latino Americano de Preservação e Revitalização Ferroviária. *Anais [...] Piracicaba, SP: USP, 2001*.
- LESSA, Adelor. Justiça condena Cavaler. *Jornal da Manhã*, Criciúma, 29 ago. 1996.
- MANIQUE, Nei. *De volta ao petit-pavê*. Portal Engeplus [Online]. Criciúma: Engeplus Empresas, ago. 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2NHlcwQ>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- MANIQUE, Nei. *Petit pavê da Nereu com os dias contados*. Portal Engeplus [Online]. Criciúma: Engeplus Empresas, dez. 2008. Disponível em: <http://bit.ly/2XBw2nN>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- MARTINS, Nicola. *Os patrimônios históricos de Criciúma*. Portal Engeplus [Online]. Criciúma: Engeplus Empresas, out. 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2S45rP7>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- NASCIMENTO, Dorval do. *As curvas do trem: a presença da estrada de ferro no sul de Santa Catarina (1880-1975) cidade, modernidade e vida urbana*. Criciúma: Líder, 2004.
- NASCIMENTO, Dorval do. *Faces da Urbe: processo identitário e transformações urbanas em Criciúma/SC (1945-1980)*. São Luís: Café & Lapis; Criciúma: EdiUnesc, 2012.

- NIERO, Daniela. *Petit-pavê põe pedestres em risco na Nereu*. Portal Engeplus [Online]. Criciúma: Engeplus Empresas, maio 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2xCwoQr>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- PESAVENTO, Sandra Jatahy. História, Literatura e Cidades. In: Diferentes narrativas para o campo do patrimônio. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 34, 2011. Brasília: IPHAN, 2011. p. 397-409.
- SANTA CATARINA. Poder Judiciário. *Autos dos Processos nº 2381/95 e 2409/95. Ação Cautelar e Civil Pública*. Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou contra Município de Criciúma inicialmente Ação Cautelar e posteriormente contra este e Construtora Cavaller também Ação Civil Pública. Comarca de Criciúma: Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública. SIPG, 1438, ago. 1996.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0022844-55.2011.8.24.0020*. Apelação Cível e reexame necessário. Ação Cautelar Preparatória e Ação Civil Pública. Defesa do patrimônio histórico do Município de Criciúma. Calçamento com pedras 'petit pavé' na praça da região central e ruas adjacentes. Revitalização que preservou o calçamento originário inventariado pela Fundação Cultural do ente municipal. Ato Administrativo suficiente à proteção e preservação (cf. Art. 216, § 1º). Substituição do calçamento nos entornos frente à inexistência de valor [...]. Florianópolis: TJE, 2011.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Sentença nº 0020922-76.2011.8.24.0020*. Vistos e examinados estes autos de Ação Cautelar, registrados e autuados nesta unidade jurisdicional sob o n. 020.11.020922-2, e de Ação Civil Pública, registrados e autuados nesta unidade jurisdicional sob o n. 020.11.022844-8, passo a sentenciar. Florianópolis: TJE, jul. 2013.
- VIEIRA, Jorge Luiz. Planejamento: política e memória urbana nas cidades de Criciúma e Içara. In: NASCIMENTO, Dorval do; BITENCOURT, João Batista (orgs.). *Dimensões do urbano: múltiplas facetas da cidade*. Chapecó, SC: Argos, 2008.

RESUMO: O presente trabalho trata de duas situações em que o patrimônio histórico da cidade de Criciúma/SC foi destruído. A primeira é a demolição da Casa do Agente Ferroviário, uma estrutura construída em 1920 pertencente ao complexo ferroviário que marcou a paisagem da cidade ao longo dos anos e resistia ao tempo como o último remanescente edificado deste período. A segunda é a retirada da pavimentação em pedras portuguesas instaladas em 1980 que configurava a identidade do espaço urbano central da cidade desde as comemorações do centenário de fundação. Ambos os casos tiveram impacto na paisagem da cidade e modificaram a identidade dos espaços. Por conta disso, as duas situações foram judicializadas e medidas precisaram ser tomadas em decorrência das decisões de justiça. O estudo desenvolveu-se a partir de revisão bibliográfica, principalmente em produções acadêmicas desenvolvidas na região. Também se utilizou de pesquisa documental, tanto na consulta ao arquivo histórico municipal para investigação nas fotografias como consulta aos autos dos processos e sentenças dos dois casos. O artigo está organizado com a introdução, uma seção destinada a Casa do Agente Ferroviário, uma seção destinada a retirada dos pavimentos do centro e, por fim, as considerações finais.

Palavras-Chave: Demolições, Patrimônio Histórico, Criciúma-SC

ABSTRACT: This paper addresses two situations in which the historical heritage of the city of Criciúma/SC was destroyed. The first is the demolition of the Casa do Agente Ferroviário, a structure built in 1920 that was part of the railway complex that shaped the city's landscape over the years and stood as the last remaining building from that period. The second is the removal of the Portuguese stone pavement installed in 1980, which defined the identity of the city's central urban space since the centenary celebrations. Both cases impacted the city's landscape and altered the identity of the spaces. Consequently, both situations were taken to court, leading to necessary legal actions. The study was developed through a literature review, primarily of academic works from the region, and included documentary research, such as consulting the municipal historical archive for photographs and reviewing the legal documents and rulings of both cases. The article is structured with an introduction, a section on the Casa do Agente Ferroviário, a section on the removal of the central pavements, and finally, the concluding remarks.

Key-words: Demolitions, Historical Heritage, Criciúma-SC

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: GOULARTI FILHO, Alcides. AMARO, Antonio Rafael. FELTRIN, Rodrigo Fabre. Conflitos e disputas: demolições do patrimônio histórico e a atuação do Ministério Público em Criciúma-SC. Revista Direito, Estado e Sociedade. Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.2098>.

35 anos de Constituição Cidadã: das origens aos desafios atuais ¹

*35 years of the Citizens' Constitution:
from its origins to current challenges*

Adriano Pilatti*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - RJ, Brasil

1. Introdução

Estamos prestes comemorar os 35 anos de promulgação da Constituição de 5 de outubro 1988. Uma Constituição que nasceu da “decisão política fundamental” de instaurar um Estado Democrático de Direito no Brasil, sepultando a ditadura que infelicitou o País a partir do Golpe de 1964. Atendendo ao generoso convite da Direção do Departamento de Direito, quero compartilhar com vocês, nesta Aula Inaugural do segundo período

1 Este ensaio foi o texto-base da Aula Inaugural do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ministrada pelo autor em 31 de agosto de 2023.

* Graduado em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Pós-Doutorado em Direito Público Romano pela Universidade de Roma I - La Sapienza. Foi assessor parlamentar junto à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, assessor legislativo concursado da Câmara dos Deputados e chefe da Assessoria Jurídica da Reitoria da PUC-Rio. É professor adjunto do Depto de Direito da PUC-Rio, do qual foi diretor (2004-2010), e onde leciona Teoria do Estado, Direito Constitucional e Formação Constitucional do Brasil nos cursos de graduação e pós-graduação. Coordenador-geral do Instituto de Direito da PUC-Rio. Representante docente no Conselho Universitário da PUC-Rio desde 2003. Traduziu o livro Poder Constituinte - Ensaio sobre as Alternativas da Modernidade, de Antonio Negri (Rio de Janeiro: DPA, 2002 - Lamparina, 2015). Autor do livro A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 2016, 2019 e 2020). E-mail: adrianop@puc-rio.br.

letivo de 2023², um olhar sobre as origens e o significado da Constituição Cidadã – tal como a denominou o saudoso presidente da Constituinte que a elaborou, Ulysses Guimarães. E também algumas reflexões sobre os desafios hoje enfrentados pelo programa democrático, pluralista, socialmente inclusivo e ambientalmente responsável que é a essência mesma de nossa Lei Maior.

Mas, antes de fazê-lo, quero lembrar aqui os colegas do Corpo Docente deste Departamento que também participaram, na condição de assessores para assuntos constitucionais, do processo constituinte de 1987-1988: Ana Lucia de Lyra Tavares, mestra de todas e todos nós, que antes já atuara na chamada Comissão Arinos, e na Constituinte continuou a assessorar o saudoso senador Afonso Arinos de Mello Franco na Presidência da Comissão de Sistematização; Carlos Roberto Siqueira Castro, que também atuara na Comissão Arinos e prestou serviços à Constituinte em diversas posições; Augusto Werneck e os saudosos Francisco Mauro Dias e Raul Cid Loureiro, que assessoraram a bancada fluminense. Honra adicional à de atuar nos trabalhos constituintes³ foi, para mim, a de fazê-lo compartilhando esforços, reflexões e vivências com essa e esses brilhantes colegas de magistério. Prestado esse singelo, porém comovido tributo, vamos ao tema que hoje nos reúne.

As origens da Constituição de 1988 não se encontram, por óbvio, apenas no processo constituinte formal, isto é, no processo de elaboração constitucional, que se estendeu por 20 meses de mobilizações e debates, de 1º de fevereiro de 1987 a 5 de outubro de 1988. Vinte meses em que nossas e nossos representantes na Assembleia Nacional Constituinte se reencontraram com o Brasil, e o Brasil se reencontrou consigo mesmo: com as marcas do seu passado, os desafios de seu presente e os seus sonhos de futuro. As origens da Constituição remontam a um período anterior ao da convocação da Constituinte, remontam à segunda metade dos anos 1970: ao processo de retomada das lutas pelas liberdades democráticas; de retomada das lutas contra a carestia, das lutas por terra, salário e condições trabalho; de retomada das lutas dos discriminados e excluídos por seus direitos; de retomada das lutas pela devolução dos direitos políticos à cidadania brasileira, e sua extensão à grande maioria do povo pobre do Brasil, enfim.

2 Vídeo disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=lrBPnhaVDuA>. Última visualização em 8/6/2024.

3 Na condição como assessor de um dos vice-líderes de Mário Covas, saudoso deputado e amigo Giovanni Masini (PMDB-PR).

Um parêntese elucidativo: há poucos meses, na celebração da Libera-zione⁴, o presidente da República italiana, ex-juiz da Corte Constitucional Sergio Mattarella, recordou as palavras do grande jurista (e um dos artífices da Constituição de 1947), Piero Calamandrei. Falando a estudantes dez anos depois da derrota do fascismo, Calamandrei disse:

Se quiserem ir em peregrinação ao lugar onde nasceu nossa Constituição, vão às montanhas onde caíram os partigiani [resistentes], aos cárceres onde foram aprisionados, aos campos onde foram enforcados, a qualquer lugar onde um italiano tenha morrido para resgatar a liberdade e a dignidade: vão até lá em pensamento, jovens, porque foi lá que nasceu a nossa Constituição⁵.

Essa é a marca de nascença das constituições democráticas pós-fascistas da segunda metade do século passado. É o caso de algumas leis fundamentais europeias que influenciaram a elaboração da Constituição de 1988: a italiana, de 1947; a portuguesa, de 1976; a espanhola, de 1978 – como bem ensinou Ana Lucia de Lyra Tavares em pioneiro e incontornável estudo comparativo⁶. Essa é a marca de todas as constituições democráticas pós-ditatoriais, como a nossa, de 1988.

2. Das catacumbas ditatoriais à arena constituinte

Algo semelhante ao que disse Calamandrei podemos dizer sobre as origens da Constituição de 5 de outubro. Se quisermos ir em pensamento aos lugares onde nasceu a nossa Constituição, devemos ir aos porões do terror de Estado, onde foram supliciados e mortos resistentes como o empresário e ex-deputado Rubens Paiva; o ex-aluno da PUC-Rio que hoje dá nome ao Diretório Central de Estudantes, Raul Amaro Filho; e os jovens combatentes Sonia de Moraes Angel e Stuart Angel Jones. Devemos ir à estrada aqui ao lado⁷, do outro lado do túnel que hoje leva seu nome, onde foi assassinada a mãe de Stuart, a estilista Zuzu Angel, pelo crime de exigir a devolução do corpo do filho. Devemos ir à antiga sede do Conselho Federal da Ordem

4 A libertação da Itália das garras abjetas do fascismo, em 25 de abril de 1945.

5 Tradução livre. Texto e vídeo originais disponíveis em <https://www.quirinale.it/elementi/84284>. Última visualização em 7 de junho de 2024.

6 TAVARES, 1991.

7 A autoestrada Lagoa-Gávea, que passa ao lado do Campus da PUC-Rio.

dos Advogados do Brasil (OAB) no Rio, onde explodiu a bomba enviada por terroristas de Estado, a bomba que matou dona Lyda Monteiro. Devemos ir ao quartel onde foram torturados até a morte o operário Manoel Fiel Filho e, antes, o diretor de jornalismo da TV Cultura de São Paulo, Vladimir Herzog. Devemos ir à Catedral da Sé, onde o cardeal Paulo Evaristo Arns, no culto ecumênico em memória de Herzog, pronunciou a palavra essencial para aquele momento: “Basta!”⁸.

Foi certamente na recordação desse ciclo de infâmias e tormentos que o presidente Ulysses Guimarães, ao promulgar a Constituição, encontrou as palavras duras, porém justas, para dizer:

Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (...) Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto (...) da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina⁹.

Mas se passarmos do calvário ao renascimento, nessa busca das origens da Constituição de 1988, devemos ir aos campi universitários de onde partiram as primeiras manifestações estudantis com o slogan “pelas liberdades democráticas” em 1977, sob forte repressão policial. Devemos ir às arcadas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde foi lida, a 11 de agosto do mesmo 1977, a primeira Carta aos Brasileiros¹⁰, redigida pelo mestre dos mestres Goffredo Telles Jr, em ato que marcou a retomada da luta pública da comunidade jurídica pelo Estado de Direito. Devemos ir às portas das fábricas, dos canteiros de obra, dos estádios onde milhões de trabalhadores se reuniram em 1978, 1979 e 1980, em luta pelos seus legítimos direitos, enfrentando repressão não menos dura que a sofrida pelos estudantes. Devemos ir às redações, editoras, salas de aula, palcos,

8 Para uma ampla revisão dos acontecimentos que marcaram a repressão política durante o regime militar, ver a monumental obra em série *As Ilusões Armadas*, de Elio Gaspari, em especial GASPARI, 2002. Para uma análise em profundidade, de base marxiana, do regime pós-1964, por meio da elaboração e do desenvolvimento do conceito de “autocracia burguesa” para defini-lo, ver FERNANDES, 2020, cap. 7.

9 GUIMARÃES, 1988 (3).

10 TELLES JR, 1977.

estúdios e passarelas do samba onde jornalistas, professores, estudantes, escritores e artistas desenvolveram impactantes e criativas formas de resistência cultural contra o obscurantismo e a censura. Devemos ir às seções eleitorais onde a cidadania brasileira exercitou o restrito direito que lhe restava, de eleger apenas representantes legislativos e prefeitos de pequenas cidades, para impor sucessivas e crescentes derrotas aos partidos políticos de sustentação da ditadura, entre 1974 e 1982. Devemos ir às ruas e praças por onde passaram as manifestações da Campanha pela Anistia, em 1979, e da Campanha das Diretas-já, em 1984. Lá encontraremos as mais fundas origens da Constituição de 1988¹¹.

Cito uma última vez o presidente da Itália: “as constituições nascem em momentos extraordinários da vida de uma sociedade, tendo por base os valores que esses momentos exprimem, e que inspiram os princípios constitucionais fundamentais”¹². Foi desse processo de crescente resistência e mobilização de amplos setores da sociedade brasileira contra a ditadura, pela democracia e pelos direitos, que brevemente acabei de resumir, foi dessa constelação de manifestações e lutas que brotaram os luminosos valores depois consagrados como princípios fundamentais da nossa nova Constituição.

Se essa transposição aconteceu, foi porque o processo de elaboração constitucional revelou-se suficientemente aberto e plural a ponto de acolher amplamente as aspirações que se expressaram por meio das lutas pela democratização do país. E assim configurou-se o maravilhoso paradoxo: uma Assembleia Constituinte composta majoritariamente por deputados e senadores conservadores produziu a mais progressista das Constituições de nossa história.

3. Antecedentes do processo constituinte

Como se sabe, derrotada a proposta de restabelecimento das eleições diretas para a Presidência da República, o caminho da transição da ditadura para a democracia foi a formação de uma coalizão para disputar a eleição indireta no chamado colégio eleitoral, contra a chapa da ditadura. Um dos compromissos dessa coalizão, chamada Aliança Democrática, era a convocação

11 Sobre a dinâmica repressão x resistência naquele período, ver ALVES, 2005.

12 Tradução livre. Texto e vídeo originais disponíveis em <https://www.quirinale.it/elementi/84284>. Última visualização em 7 de junho de 2024.

de uma constituinte. E foi confirmado pelos integrantes da chapa formada: Tancredo Neves, o mais moderado dos líderes oposicionistas, candidato a presidente; e seu candidato a vice-presidente, José Sarney, ex-presidente do partido de apoio à ditadura, recém-convertido à democracia. Sabia-se também que Tancredo criaria uma comissão para realizar estudos e eventualmente apresentar sugestões e propostas constitucionais à futura constituinte que deveria coroar o advento da chamada Nova República¹³.

Com a morte de Tancredo, Sarney realizou, a seu modo, o que Tancredo anunciara. Enviou ao Congresso uma proposta de emenda à Carta ditatorial vigente para convocação de uma constituinte congressual. E criou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, cuja Presidência coube ao venerando jurista e político liberal Afonso Arinos de Mello Franco¹⁴.

O que se passou com a Comissão Arinos, como ficou conhecida, foi um prenúncio do que aconteceria na Constituinte. De saída, diversos setores da sociedade civil e da imprensa questionaram a composição inicial da Comissão, considerada muito elitista e ideologicamente limitada. Instalou-se a desconfiança de que Sarney buscava, com ela, apenas um atalho para influenciar as deliberações constitucionais. As críticas foram tantas que a composição da Comissão foi ampliada, para incluir juristas progressistas e representantes dos setores populares.

Além disso, a Comissão Arinos realizava reuniões públicas, o que permitiu à imprensa noticiar os trabalhos, informando, e muitas vezes criticando, o teor das sugestões e propostas ali discutidas. A sociedade organizada também passou a acompanhar os debates e oferecer sugestões e propostas. O espírito pró-democrático e progressista do tempo fez-se sentir já naquele foro, contagiando o processo. Quando a Comissão Arinos entregou suas propostas na forma de um Anteprojeto, o seu conteúdo era de tal modo progressista e avesso aos interesses do presidente Sarney que ele jamais o encaminhou oficialmente à Constituinte. Não obstante, o texto era público, e o Anteprojeto da Comissão Arinos tornou-se um dos mais importantes subsídios para os trabalhos constituintes.

Quanto à convocação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), vale recordar que, ao se iniciar o governo de transição em 1985, havia amplo

13 Para uma visão geral do processo constituinte, ver PILATTI, 2020.

14 Para uma síntese da criação, da composição e dos resultados da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, ver PEREIRA, 1987.

consenso sobre a necessidade de uma constituinte, mas havia duas propostas diferentes sobre a sua composição. De um lado, os setores pró-democráticos da sociedade civil (então representados por entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, as centrais sindicais e as organizações estudantis) e os partidos de esquerda propunham uma “constituinte exclusiva”, ou seja, a eleição de representantes exclusivamente para a tarefa de elaborar a nova constituição, cujos mandatos findariam com o ato de promulgação. De outro lado, a proposta de Sarney, apoiada pelos setores conservadores, era de convocar uma “constituinte congressual”, ou seja, uma assembleia formada pelos deputados e senadores que seriam eleitos no ano seguinte, elaborariam a nova constituição e seguiriam no exercício de seus mandatos de congressistas¹⁵.

Caso se decidisse por uma constituinte exclusiva, haveria necessidade de aprovar novas regras para a eleição do novo tipo de representante, e isso abriria a possibilidade de realizar uma eleição mais pluralista para uma representação mais proporcional ao eleitorado. Além disso, caso não fossem também deputados e senadores, os constituintes não teriam interesse pessoal ou corporativo em preservar privilégios dos então congressistas. Ao contrário, se a constituinte viesse a ser congressual, a eleição dos deputados e senadores constituintes dar-se-ia sob a legislação eleitoral da ditadura, com suas distorções na proporcionalidade da relação eleitores/eleitos, privilegiando os chamados grotões: os currais eleitorais conservadores e reacionários de então. E, ressalvadas as exceções de praxe, deputados e senadores constituintes dificilmente teriam interesse em corrigir distorções que os beneficiassem.

No confronto parlamentar que marcou a deliberação sobre a matéria, prevaleceu a proposta de Sarney, da qual resultou a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte. Para tal resultado terá concorrido não apenas a preferência conservadora, mas também o fato de que, até ali, o Congresso Nacional fora o cenário central do processo de transição da ditadura para a democracia. E não deixaria de sê-lo justamente no momento em que tal processo atingiria seu ápice, com a elaboração da nova Constituição¹⁶

15 Para um testemunho consistente desse conflito, escrito pelo deputado-relator da matéria e autor do Substitutivo que concluiu pela convocação de uma constituinte exclusiva, ver BIERENBACH, 1986.

16 O desenvolvimento desse argumento se encontra em LESSA, 2020.

4. A Constituinte de 1987-1988

Das eleições de 1986, resultou um Congresso Nacional cujos deputados e senadores constituintes eram majoritariamente conservadores radicais ou moderados, correspondendo essa facção a cerca de quatro quintos da composição total. E a coalizão PMDB-PFL, que sustentava o governo de transição, obtivera 438 das 559 cadeiras da Constituinte: o PMDB, Partido do Movimento Democrático Brasileiro, que fora o partido de oposição à ditadura e naquele momento era uma frente federativa que ia da esquerda à direita, passando por um grupo moderado, reunia sozinho 306 constituintes, dos quais pouco mais de cem eram progressistas; o PFL, Partido da Frente Liberal, formado pelos dissidentes da base ditatorial que se uniram à oposição para formar o governo de transição, contava com 132 constituintes. Os partidos de esquerda não chegavam a reunir 50 representantes¹⁷.

Naquele cenário de sobreposição entre a política ordinária, de governo, e a política extraordinária, de caráter constituinte, se a aliança governista se estendesse aos trabalhos constituintes, aprovaria a constituição que quisesse. Mas não foi isso que se deu. E também por isso as coisas tomaram outro rumo.

Instalada a Constituinte, no dia seguinte Ulysses Guimarães foi eleito seu presidente com 76% dos votos, uma verdadeira consagração. Ele seria, até o último minuto de funcionamento da Assembleia, seu intérprete e representante maior – razão pela qual já o citei e continuarei citando aqui. Naquela altura, Ulysses, que fora líder e símbolo da Campanha das Diretas, continuava a presidir o PMDB, tornara-se também presidente da Câmara dos Deputados, e por isso eventualmente assumia a Presidência da República, nas ausências de Sarney. O “Senhor Diretas” passava a ser o “Senhor Constituinte”.

Logo após assumir a Presidência, Ulysses abriu o processo de elaboração do Regimento Interno, a lei interna que regeria os trabalhos constituintes.

17 PILATTI, 2020. Naquele contexto, são aqui considerados como partidos de esquerda o Partido Comunista Brasileiro (PCB) e o Partido Comunista do Brasil (PC do B), com 3 constituintes cada; o Partido Democrático Trabalhista (PDT), com 26 constituintes; o Partido Socialista Brasileiro (PSB), com dois constituintes; e o Partido dos Trabalhadores (PT), com 16 constituintes. Além do PFL, são também considerados como partidos de direita o Partido Democrático Social (PDS), com 38 constituintes; o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), com 18 constituintes; o Partido Liberal (PL), com 7 constituintes; o Partido Democrata Cristão, com 6 constituintes; e o Partido Social Cristão, com 1 constituinte.

Para isso, apresentou um projeto, que declarou oriundo de diálogos com os líderes partidários, e designou o então senador Fernando Henrique Cardoso (PMDB-SP) como relator. O projeto previa um processo relativamente centralizado de elaboração constitucional, que ficaria a cargo de quatro comissões temáticas¹⁸, cujos anteprojetos seriam unificados num único projeto de constituição por uma Comissão de Sistematização. Esse projeto depois seria discutido e votado por todos os constituintes no plenário da Assembleia.

Contra esse modelo de elaboração, levantaram-se imediatamente forças internas e externas à Constituinte. Por um lado, os constituintes de menor notoriedade e influência exigiam uma participação mais efetiva, que desse maior visibilidade ao exercício de seus mandatos. Por outro lado, constituintes progressistas e movimentos sociais exigiam que o processo de elaboração constitucional fosse aberto à participação popular. Essas demandas também contribuíram para definir o repertório temático da futura constituição.

De fato, para atender aos reclamos de participação de todos os constituintes no processo, foi ampliado o número de comissões: não haveria mais quatro, e sim oito comissões temáticas¹⁹, além da Comissão de Sistematização. E cada uma das oito comissões temáticas seria dividida em três subcomissões. Haveria assim 24 subcomissões temáticas, pelas quais seriam distribuídos todos os constituintes, excetuados os membros da mesa diretora da ANC e os membros natos da Comissão de Sistematização. Cada constituinte poderia integrar uma subcomissão como titular e outra como suplente, garantida assim a participação efetiva de cada uma e cada um dos constituintes no processo.

Isso exigiu que fossem desde logo definidos 24 conjuntos de matérias ou temas que necessariamente integrariam a futura Constituição. Essa predefinição beneficiou os setores progressistas, que propunham uma constituição que não se restringisse apenas aos temas privilegiados pelos setores politicamente conservadores e economicamente liberais. Estes desejavam uma constituição mínima para um Estado mínimo — uma “constituição

18 Declaração de Direitos e Garantias; Organização Federal; Organização dos Poderes; Ordem Econômica e Social, Família, Educação e Cultura.

19 Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; Comissão da Organização do Estado; Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; Comissão da Ordem Econômica; Comissão da Ordem Social; Comissão das Famílias, da Educação, Cultura e Esportes, Da Ciência e Tecnologia e da Comunicação.

“sintética”, como diziam. Os setores progressistas defendiam um modelo de constituição plena (“analítica”, segundo os conservadores), que, tal como as nossas Constituições democráticas de 1934 e 1946, não apenas tratasse dos temas clássicos do constitucionalismo burguês (organização dos poderes, direitos políticos e individuais), mas tratasse também dos direitos econômicos, sociais, ambientais e culturais, dos direitos das minorias e dos setores sociais vulneráveis²⁰. Uma Constituição que redefinisse as diretrizes das ações de governo necessárias para garantir esses direitos em diversas áreas: saúde, previdência e assistência sociais; educação, cultura, ciência e tecnologia, comunicação social; em matéria ambiental, urbana, agrária; na proteção da infância, da adolescência, dos idosos, dos indígenas, dos quilombolas, dos consumidores. Começava assim a se delinear o perfil do programa civilizatório de reconfiguração das relações Estado-Sociedade, de que a nova Constituição seria portadora.

De outra parte, para atender os reclamos de participação popular direta no processo de elaboração constitucional, foi acolhida proposta apresentada por aquele que, junto com Ulysses, seria um dos protagonistas de todo o processo: o saudoso senador paulista Mário Covas. Com a maior votação pessoal até então registrada da história do Brasil, o progressista Covas retornava ao mesmo Congresso onde, em 1968, liderara a oposição na última votação contra o governo ditatorial antes do fechamento do Congresso, da edição do AI-5 e da cassação de seu mandato²¹. Acolhida e aprovada a proposta de Covas, ficou estabelecido que a participação popular dar-se-ia: pela destinação de cinco a oito reuniões de cada uma das 24 subcomissões temáticas a audiências públicas com representantes da sociedade civil; pela apresentação de emendas populares ao Projeto de Constituição, que seria elaborado pela Comissão de Sistematização a partir dos anteprojetos das comissões temáticas. Para ser admitida, cada emenda popular deveria reunir 30 mil assinaturas, com a chancela de pelo menos três associações legalmente constituídas. uma vez admitida, caberia ao primeiro signatário, ou a quem por ele indicado, defender a proposta na tribuna da Comissão de Sistematização.

20 Para uma breve síntese das cartas outorgadas e constituições legítimas anteriores do Brasil, bem como dos contextos em que foram engendradas, ver PILATTI, 2013.

21 Para uma síntese da atuação de Covas na Constituinte, ver SILVA, 2011.

Desse modo, a sociedade civil obteve as condições necessárias para se fazer presente nos debates constituintes, por meio da iniciativa propositiva e da tomada da palavra. Em mais de uma centena de audiências públicas, especialistas e entidades representativas dos diversos, e mais das vezes conflitantes, setores interessados puderam se manifestar sobre cada matéria que integraria a futura Constituição. Além disso, tornou-se constante a presença de militantes de movimentos sociais e lobistas, cerca de 10 mil visitantes ao dia, que percorriam os gabinetes dos constituintes e das lideranças partidárias para apresentar reivindicações, e ocupavam as galerias para acompanhar os debates e votações. Tudo isso concorreu para que a cultura política pró-democrática e progressista daqueles tempos se fizesse presente no cenário constituinte. O processo de elaboração, divulgação e coleta de assinaturas das emendas populares desencadeou mobilizações moleculares que permitiram reunir 12 milhões de assinaturas para 122 emendas populares, 83 das quais foram admitidas e defendidas na tribuna da Constituinte, por cidadãs e cidadãos signatários, em oito inesquecíveis sessões para isto destinadas, quebrando assim o monopólio parlamentar da palavra.

Outro acontecimento fundamental para a definição do perfil progressista da futura Constituição deu-se dentro do partido majoritário: a surpreendente eleição, logo após a aprovação do Regimento Interno, do progressista Mário Covas como líder do PMDB na Constituinte. Com isso, a coalizão PMDB-PFL, que até ali apoiava o governo, não se repetiria na elaboração da Constituição. Ao contrário, Covas, de um lado, e o líder do PFL, José Lourenço, de outro, liderariam os dois grandes e efetivos blocos contrapostos que se enfrentaram durante toda a Constituinte: progressistas e conservadores.

Uma vez eleito líder da maioria, Covas conduziu as negociações para a distribuição das 13 presidências, 26 vice-presidências e 33 relatorias das subcomissões e comissões. Os presidentes de comissões e subcomissões teriam o poder de dirigir os trabalhos de elaboração de anteprojetos e do projeto de Constituição. Já os 32 relatores das comissões e subcomissões não apenas teriam o poder de definir a pauta deliberativa e os textos-base a serem discutidos e votados: eles integrariam também a Comissão de Sistematização, junto com os membros natos desta, o que também acontecia com os 8 presidentes das comissões temáticas, mas não com os 24 presidentes das subcomissões.

Como tais acordos observavam a proporcionalidade partidária, em tese o PMDB poderia ficar com todas as presidências e relatórios, mas isso não

era politicamente viável. Covas reivindicou e obteve para sua bancada a maior parte das relatorias das comissões e subcomissões e das presidências destas, abrindo mão, em favor do PFL e dos demais partidos, das vice-presidências das subcomissões e comissões e das presidências destas. Líder recém-consagrado, Covas reuniu legitimidade para designar como relatores elevado número de constituintes progressistas do PMDB. Com isso assegurou não apenas que as primeiras versões dos anteprojetos temáticos tivessem orientação progressista, em sintonia com os clamores de diversos setores da sociedade, mas também que houvesse maior equilíbrio na correlação de forças entre progressistas e conservadores na Comissão de Sistematização, que definiria o Projeto de Constituição a ser discutido e votado por todos os constituintes conjuntamente no Plenário da Assembleia.

Iniciada a elaboração constitucional, verificou-se uma ampla adoção de propostas progressistas pelos anteprojetos das subcomissões e comissões temáticas, e especialmente pelo Projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização, que seria discutido e votado pelo Plenário da ANC. A primeira grande etapa da Constituinte terminava, assim, com importantes vitórias do bloco progressista, muito mais do que os setores conservadores estavam dispostos naquele momento a aceitar.

As reações começaram a ser sentidas antes mesmo de concluída a elaboração do Projeto de Constituição pela Comissão de Sistematização. Para impedir que ele fosse votado pelo Plenário da ANC, iniciou-se a mobilização dos setores conservadores, dentro e fora da Constituinte e do governo. Dessa reação conservadora nasceu na Constituinte o primeiro “Centrão”, reunindo os conservadores do PMDB e as bancadas dos partidos de direita, com o propósito de sepultar o Projeto progressista aprovado. O caminho foi a alteração do próprio Regimento Interno. Desse modo, a maioria conservadora conseguiu, no final de 1987, reformar o Regimento Interno para permitir que propostas “ad hoc”, apresentadas pela maioria absoluta dos constituintes pudessem ser votadas pelo plenário, em lugar do Projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização, e resultante do admirável processo de mobilizações e debates que marcara também os trabalhos das comissões e subcomissões temáticas. Com o agravante de que tais propostas de última hora somente seriam consideradas rejeitadas caso não alcançassem maioria absoluta em duas votações consecutivas. Tudo parecia perdido, mas na verdade não estava.

Em primeiro lugar, porque talvez os líderes conservadores desconfiassem, tal como muitos líderes progressistas, que ter reunido maioria absoluta para alterar o Regimento e assinar as emendas do Centrão não significava que essa mesma maioria fosse se repetir no momento das votações nominais de cada uma das propostas constitucionais. No ano seguinte haveria eleições municipais (importantes para a futura reeleição dos próprios congressistas, sendo que muitos deles eram pré-candidatos a prefeito), e as organizações sindicais estavam divulgando intensamente as listas de constituintes que votavam contra os direitos dos trabalhadores e outras matérias de interesse popular. O fato é que o próprio Centrão foi seletivo e cirúrgico na elaboração de suas propostas, mantendo em grande parte o texto do Projeto da Comissão de Sistematização. Propôs alterações apenas nos pontos cruciais para os interesses privilegiados que representava.

Em segundo lugar, a alteração regimental criou a possibilidade de nenhum texto ser aprovado sobre determinado tema, produzindo vazios constitucionais, que foram então chamados de “buracos negros”. E a ocorrência de um buraco negro certamente criaria a necessidade de soluções de consenso. Para que tais soluções fossem adotadas, o presidente Ulysses Guimarães exigiu que fossem aceitas pela unanimidade dos líderes.

Já na primeira votação em plenário, que teve por objeto o Preâmbulo da futura Constituição, o Centrão foi derrotado. Depois da primeira derrota, em mais uma negociação conduzida pelo enxadrista Mário Covas, o Centrão só conseguiu aprovar sua proposta na segunda votação depois de aceitar, como contrapartida, votar a favor da inclusão do princípio da participação popular como princípio fundamental. Daí nasceu o parágrafo único do artigo 1º da nossa Constituição, conferindo conteúdo participativo ao princípio da soberania popular expressamente consagrado desde a Constituição de 1934. Na semana seguinte, a reiterada intransigência do Centrão produziu o primeiro buraco negro, e numa matéria surpreendente: o direito de propriedade.

Como a proposta do Centrão não previa o cumprimento da função social da propriedade, seu texto não alcançou a maioria absoluta necessária para aprovação em nenhuma das duas votações a que tinha direito. Em seguida, as propostas progressistas foram votadas e igualmente rejeitadas. Configurou-se assim o buraco negro. Ulysses então delegou ao relator do Projeto de Constituição, o ex-presidente da OAB e senador Bernardo Cabral (PMDB-AM), a elaboração, em acordo com os líderes, de um texto

consensual. Por essa via, tanto o direito de propriedade como a exigência do cumprimento da sua função social retornaram ao texto constitucional, tendo os líderes do Centrão assumido ainda o compromisso de apoiar algumas propostas progressistas a serem votadas nos capítulos da política urbana e da reforma agrária.

A partir daí, ficou claro que o Centrão não poderia aprovar o que quisesse. Isso determinou o início de um processo permanente de negociações, conduzido pelo “colégio de líderes”, que estava então se consolidando, de modo a evitar votações polarizadoras. Elas só ocorreram em alguns pontos cruciais sobre os quais não se conseguiu construir consenso. São exemplos a reforma agrária (em que houve quebra parcial do acordo supramencionado), alguns direitos trabalhistas, a duração dos mandatos do então e dos futuros presidentes da República, e a definição do sistema de governo.

Por meio dessa dinâmica confronto-negociação-acordo, a construção do texto constitucional acabou por refletir, em grande medida, aquilo que uma Constituição legítima deve ser: um mínimo denominador comum, democrático e pluralista, a partir do qual as mobilizações, as divergências, os enfrentamentos e as composições políticas possam se desenvolver livre e pacificamente. No caso, um mínimo denominador comum com forte inclinação progressista – podemos, com satisfação, acrescentar.

Assim findaram as votações em primeiro turno do Projeto de Constituição. Mas não findaram as apreensões. Na antevéspera do início das votações em segundo turno, o presidente Sarney, cercado de generais, tentou mais uma virada de mesa, ao afirmar publicamente que a nova Constituição deixaria o país “ingovernável”.

A tentativa de emparedar a Constituinte foi imediatamente repelida por Ulysses Guimarães. O presidente da Constituinte requisitou rede nacional de rádio e televisão e, na tarde de 27 de julho de 1988, ao abrir a sessão histórica em que começariam as votações do segundo turno, afirmou ao povo brasileiro, e aos aventureiros de plantão:

a Constituição (...) será a guardiã da governabilidade. A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistidas são ingovernáveis. A injustiça social é a negação do Governo e a condenação do Governo. (...) Repito: esta será a Constituição Cidadã. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros. Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos

guetos da perseguição social. Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la. Não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada. O povo brasileiro nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo²².

Ovacionado pela imensa maioria dos constituintes, Ulysses fez o tiro de Sarney sair pela culatra: o texto-base foi aprovado por maioria esmagadora, e o segundo turno transcorreu sem surpresas, confirmando as decisões e avanços consumados no turno anterior.

Ao término das votações, na madrugada de 2 para 3 de setembro de 1988, o clima já era de exaustão, conagração e despedida. Em estilo escolar: com direito a aviõezinhos de papel sobrevoando o Plenário, chuva de papel picado, risos e lágrimas. Cessada a “bagunça”, mais uma vez a Constituinte fez silêncio para ouvir seu presidente dizer, para a Constituição que estava nascendo:

Seja o amparo dos fracos e injustiçados e o castigo dos fortes e prepotentes. Expulse a ditadura do Brasil (...). Seja escola para crianças e analfabetos, igualdade para as mulheres e minorias discriminadas (...). Seja Moisés guiando milhões para a Canaã da cidadania. (...) Nós vamos. A Constituição fica. Fica para ficar, pois com ela ficará a democracia, a liberdade, a Pátria como uma casa de todos, com todos e para todos²³.

Findava assim um intenso, eletrizante e jamais repetido processo de mobilizações e debates, muitos deles de altíssimo nível. Um processo marcado pela constante presença de grupos de interesse e movimentos populares, como o movimento negro, o movimento indígena, os movimentos dos sem-terra, dos trabalhadores da cidade e do campo, dos artistas, dos professores, dos profissionais de saúde e tantas outras categorias. Findavam as sessões que atravessaram dias, noites e até madrugadas. E que foram marcadas por alguns momentos inesquecíveis: a fala firme e serena do jovem líder indígena Ailton Krenak, enquanto pintava ritualmente o rosto com urucum, ao defender na tribuna a emenda popular dos direitos dos povos indígenas; a altivez da deputada Benedita da Silva, ao presidir a sessão solene dos 100 anos da abolição da escravidão em 13 de maio de 1988; a palavra emocionada do

22 GUIMARÃES, 1988 (1).

23 GUIMARÃES, 1988 (2).

constituente mais idoso, o senador Afonso Arinos, ao ocupar a tribuna para defender a proposta de extensão do direito de sufrágio aos menores de 18 e maiores de 16 anos; os discursos magistrais de Ulysses; a impressionante capacidade de argumentação de Covas, sua fina ironia. Difícil conter a emoção ao recordar o privilégio de ter testemunhado e vivido aqueles dias, noites e madrugadas frenéticos, que coincidiram com os melhores anos de minha juventude.

Esta evocação não ficaria completa se não aludisse à pequena porém valorosa e vibrante bancada das mulheres constituintes. Apesar de todo o ambiente pró-democracia, pró-pluralismo e pró-direitos, a presença parlamentar das mulheres, assim como dos negros, ainda engatinhava há 35 anos, e não havia nenhum constituinte indígena. Também a representação política padecia das limitações impostas pelos níveis de patriarcalismo, sexismo e racismo seculares de então e de ainda agora. Dos 559 constituintes, apenas 26 eram mulheres. Não havia nenhuma entre os líderes partidários, nem entre os 33 presidentes de comissões e subcomissões. Apenas uma constituinte foi eleita vice-presidente de comissão (Ana Maria Rattes, PMDB-RJ) e outra foi eleita vice-presidente de subcomissão (Lucia Braga, PDT-PB). Apenas uma constituinte foi designada relatora (Cristina Tavares, PMDB-PE).

Cristina Tavares revelou-se uma das mais brilhantes e corajosas lideranças da Constituinte. Dr. Ulysses só se referia a ela como *La Pasionaria*²⁴. Como relatora da Subcomissão de Ciência, Tecnologia e Comunicações da Comissão da Ordem Social, Cristina Tavares, escreveu algumas das mais vibrantes páginas do processo constituinte ao enfrentar, ao mesmo tempo, o poderoso lobby dos proprietários de emissoras de rádio e televisão, e o clã do não menos poderoso ministro das Comunicações de então, Antonio Carlos Magalhães²⁵. Vale também recordar as participações aguerridas de constituintes progressistas como Irma Passoni (PT-SP), Lídice da Matta (PC do B-BA), Moema São Thiago (PDT-CE) e Raquel Capiberibe (PMDB-AP). E o incrível movimento realizado por algumas constituintes oriundas do campo conservador que, a partir da convivência e do diálogo com as constituintes progressistas, passaram a apoiar diversas propostas do campo progressista, como se deu com Myriam Portella (PDS-PI), Rachel Cândido (PFL-RO) e a jovem Rita Camata (PMDB-ES).

24 Dolores Ibarruri

25 Seus filhos Luis Eduardo e seu irmão Angelo eram titulares da Subcomissão.

De tudo isso foi preciso para que nossa Constituição viesse à luz. Ao promulgá-la, em 5 de outubro de 1988, o presidente Ulysses pronunciou a síntese que me parece “a mais completa tradução” da suas origens:

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e a autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio²⁶.

Ecoando as lições de Goffredo Telles Jr. na Carta aos Brasileiros de 1977, podemos dizer que legítima é a Constituição de 1988 porque legítima é a sua origem: a soberania popular. E devemos acrescentar: é também legítima porque legítimo é o projeto de país que ela delinea, o projeto de futuro que há 35 anos move tantas e tantos de nós. O projeto civilizatório que está sintetizado no art. 3º da Constituição Cidadã, que consagra os “objetivos fundamentais da República”, a saber: construir uma sociedade, livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Há cinco anos, quando estive mais uma vez conosco neste auditório para proferir a aula inaugural comemorativa dos 30 anos da nossa Constituição, nosso mestre²⁷ José Afonso da Silva (sem dúvidas o constitucionalista que mais influenciou o processo constituinte, na condição de assessor constitucional do líder Mário Covas) sinteticamente recordou a razão pela qual o saudoso dr. Ulysses deu-lhe o nome de Constituição Cidadã: “porque feita com muita participação popular e preocupada com o destino do povo sofredor”, disse mestre Zé Afonso²⁸. Ai temos o significado maior, o verdadeiro sentido da Constituição de 1988.

26 GUIMARÃES, 1988 (3).

27 E grande amigo que a Constituinte me deu.

28 Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=bcZ3nu5qeXU>. Última visualização em 7 de junho de 2024.

5. A Constituição Cidadã

A Constituição que em breve irá completar 35 anos inovou nossa cultura constitucional ao abrir seu texto com a enunciação de seus princípios fundamentais, onde têm destaque a cidadania, o pluralismo, a soberania e a participação populares, a limitação territorial e funcional do exercício do poder político, a justiça social e o projeto civilizatório antes referido. Inovou também por consagrar em seguida os direitos e garantias fundamentais, e só depois tratar da organização do Estado e de seus poderes, para assim afirmar simbolicamente a primazia das pessoas e seus direitos sobre o Estado e seu poder.

Mas a Constituição inovou sobretudo substantivamente, ao positivar o mais amplo e completo repertório de direitos fundamentais de nossa história constitucional. Ao ampliar os direitos e garantias individuais, coletivos, sociais e políticos. Ao constitucionalizar as defensorias públicas, a autonomia universitária, os direitos e as diretrizes para ações públicas em matéria de meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia, infância, adolescência e velhice, comunidades indígenas e quilombolas, relações do consumidor. Ao avançar na construção da autonomia do Ministério Público. Ao abolir a censura.

Cito, a título de mero exemplo, alguns avanços em matéria de direitos trabalhistas, que só alcançamos com o advento da nova Constituição: indenização compensatória em caso de demissão sem justa causa; hora extra remunerada em no mínimo 50% a mais que a da jornada normal; férias remuneradas com adicional de 1/3; licença-maternidade de 120 dias; licença-paternidade; primeira constitucionalização dos direitos dos trabalhadores domésticos; autonomia sindical; direito irrestrito de greve.

Destaco também algumas inovações em matéria de garantias processuais constitucionais: a criação do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data, da ação de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais; a ampliação pluralista do rol dos legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade; a ampliação do objeto da ação popular; a constitucionalização das ações civis públicas; a legitimação do Ministério Público para a tutela de direitos coletivos e difusos, a defesa dos direitos dos povos indígenas e o exercício do controle externo da atividade policial.

Mas permito-me realçar aqui a decisão política fundamental de criar um Sistema Único de Saúde, de acesso universal e gratuito, o SUS sem o qual não teríamos sobrevivido à pandemia e à criminosa irresponsabilidade

presidencial que a marcou. Inspirada nos trabalhos da VIII Conferência Nacional de Saúde, a criação do SUS é, para espanto dos céticos, o maior exemplo de uma decisão constituinte abstrata que altera profundamente, e para melhor, a realidade concreta. Costumo dizer que bastaria o SUS para justificar a defesa da Constituição de 1988.

Tem também a Constituição de 1988 uma dimensão restauradora. De fato, restaurou, ampliando suas garantias: as liberdades de pensamento, expressão, reunião e associação; o direito à ampla defesa, ao juiz natural e ao devido processo legal, inclusive com a proibição de provas ilícitas; a autonomia dos estados e municípios; a independência do Judiciário; as prerrogativas dos parlamentos e dos parlamentares; os direitos dos contribuintes de tributos; a reserva de percentuais mínimos dos orçamentos federal, estaduais e municipais para financiar a educação²⁹. Além disso, confirmou mudanças constitucionais já antecipadas no processo de transição, como a restauração dos procedimentos eleitorais democráticos e pluralistas, e o direito de sufrágio aos analfabetos.

Democrática, pluralista, socialmente inclusiva e ambientalmente responsável, em tantos campos inovadora, Cidadã: eis aí, em seus traços gerais, a Constituição que completará em 5 de outubro seus 35 anos ininterruptos de vigência. E que assim se caracteriza pela singularidade histórica de reger o mais longo – e tão breve até aqui – período de vida democrática que o povo brasileiro teve a oportunidade de experimentar em sua história.

De 1988 para cá, porém, não temos sido poupados de instabilidades e tentativas cavernícolas de retrocesso. Em todos esses momentos nebulosos, a Constituição tem servido de bússola para a cidadania, as organizações democráticas e os agentes públicos compromissados com a ordem democrática e pluralista, para enfrentar, minorar e superar os infortúnios que temos experimentado. E desse modo, ajudando-nos a sobreviver aos influxos autoritários, excludentes e violentos, tem ela própria sobrevivido como Constituição – não sem sequelas.

Neste momento, o sentido democrático, pluralista e inclusivo da Constituição de 1988 vem sendo desafiado por novos e renovados fenômenos obscurantistas. De um lado, pelas mazelas e perversões nunca superadas pelos nossos sistemas de justiça e de segurança pública, mormente em sua

29 Posteriormente, o Congresso Nacional adotaria também o piso orçamentário para gastos em Saúde por meio da Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000.

seletividade de classe e raça nos âmbitos policial, penal e carcerário; por distorções nunca corrigidas no modelo de organização das corporações armadas e no modelo econômico, para ficar em dois exemplos sensíveis; por tentativas de retrocesso autoritário. De outro lado, o sentido democrático, pluralista e inclusivo da Constituição vem enfrentando novos desafios, que são expressões do espírito odioso dos tempos que correm, como a corrosão da democracia e a degradação da representação, de que são exemplos o golpe parlamentar de 2016, a promoção deliberada da desarmonia entre os poderes que caracterizou o quadriênio presidencial anterior, e o exercício abusivo do poder de disposição orçamentária atualmente praticado pelo Congresso Nacional.

A isso se somam a incitação ao ódio, à intolerância, ao racismo e outras modalidades, igualmente repulsivas, de discriminação; a difusão de uma concepção perversa de liberdade que acaba por confundi-la com os privilégios e a impunidade dos que se consideram mais fortes; o déficit de civilidade nos ambientes e debates políticos, parlamentares e eleitorais; a disseminação de tudo isso, mas sobretudo da mentira, do preconceito e do ódio por meio das redes sociais e de muitas tribunas religiosas.

6. Conclusão

Projeto de futuro, a Constituição de 1988 obviamente se contrapõe à realidade em muitos aspectos, e nisto está não um problema, mas sua relevância e sua grandeza. Sua plena efetivação nos convoca permanentemente à ação, exige a implementação das transformações que ela propõe. Exige que a tomemos em nossas mãos e façamos dela uma de nossas ferramentas de uso cotidiano para a construção da sociedade livre, justa e solidária que desejamos.

Trinta e cinco anos depois de sua promulgação, e cinco anos depois de mestre José Afonso da Silva ter aqui identificado a permanência do que não devemos tolerar, lastimavelmente temos de repetir com ele que a grande promessa não cumprida pela Constituição de 1988 é a persistência da miséria. A terrível miséria que continua a assolar milhões de famílias, milhões de crianças, ceifando vidas, torcendo destinos. Cito pela derradeira vez as palavras de Ulysses Guimarães no ato de promulgação da Constituição: “O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, consectário da igualdade, não pode conviver com o estado de miséria. Mais miserável que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.”

Nascida a Constituição de 1988 das lutas por liberdade, igualdade, respeito e inclusão, sua preservação, e do regime democrático-pluralista que instaurou, exige o permanente retorno aos seus princípios³⁰. Vale dizer: exige a continuidade e o aprofundamento das lutas por liberdade, igualdade, respeito e inclusão. Nestes tempos de infâmia desinibida, de novos e renovados desafios à democracia e ao pluralismo, temos de perseverar no caminho do Direito e dos direitos. Felizmente, continuamos a contar com a estrela-guia que nos indica o rumo desde 5 de outubro de 1988, esta supernova de 35 anos. Oxalá ela continue a nos iluminar o caminho, ajudando-nos a abrir novos caminhos para o futuro.

Referências

- ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Bauru: Edusc, 2005.
- BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha. *Quem Tem Medo da Constituinte*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de abertura do segundo turno de votações. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte*, vol. 21, pp. 12049-50.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de encerramento das votações em segundo turno. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, ano II, n. 306, 2/9/1988, p. 14255.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de promulgação da Constituição de 1988. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, ano II, n. 308, 5/10/1988, pp. 14375-82.
- LESSA, Renato. Apresentação. In: PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, Ordem Econômica e regras do jogo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. XI-XIII.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

30 Para a noção clássica de retorno aos princípios, ver MAQUIAVEL, 2007, Livro Terceiro, 1.

- PEREIRA, Osny Duarte. Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1987.
- PILATTI, Adriano. Constituintes, Golpes e Constituições. In: GOMES, Marcos Emilio (org.) A Constituição de 1988, 25 anos: a construção da democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da Constituinte. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.
- PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, Ordem Econômica e regras do jogo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SILVA, José Afonso da. Mário Covas na Constituinte. In: MARTINS, Osvaldo. Mário Covas: democracia: defender, conquistar, praticar. São Paulo: Editora Imprensa Oficial, 2011, cap. 6.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A Constituição de 1988: subsídios para os comparatistas. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, vol. 29, n. 109, jan./mar. 1991pp. 71-108.
- TELLES JR, Goffredo da Silva. Carta aos Brasileiros. São Paulo: 1977. Disponível em <https://goffredotellesjr.com.br/>. Última visualização em 7 de junho de 2024.

Recebido em 11 de julho de 2024.

Aprovado em 11 de julho de 2024.

RESUMO: Trata-se de ensaio sobre as origens e o significado da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Por meio de um breve retrospecto histórico, são enfocados os principais acontecimentos do período transcorrido entre, de um lado, a retomada, nos anos de 1975-1979, da resistência pública ao regime autoritário instaurado com o Golpe de 1964 e, de outro, já na fase de redemocratização, o processo de elaboração do texto constitucional pela Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1º de fevereiro de 1987. A partir dessa contextualização, são abordados o sentido político-jurídico da Constituição de 1988, seus principais avanços relativos aos direitos fundamentais, à constitucionalização de políticas públicas socioeconômicas, e à limitação dos poderes públicos e privados. O objetivo é realçar o significado do “projeto civilizatório” traduzido no texto constitucional, e chamar a atenção para os desafios que a ordem constitucional democrática enfrenta no período contemporâneo. Este ensaio foi o texto-base da Aula Inaugural do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, ministrada pelo autor em 31 de agosto de 2023.

Palavras-chave: história constitucional do Brasil; ditadura militar; Nova República; Assembleia Nacional Constituinte; processo constituinte; progressistas e conservadores; Constituição de 1988.

ABSTRACT: This is an essay on the origins and significance of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, promulgated on October 5th, 1988. Through a brief historical retrospective, this essay focuses on the main events of the period between, on the one hand, the resumption, in the years 1975-1979, of public resistance to the authoritarian regime established with the 1964 coup and, on the other hand, the process of drafting the constitutional text by the Constitutional Convention installed on February 1st, 1987, already in the redemocratization phase. Based on this contextualization, the political and legal meaning of the 1988 Constitution is discussed, as well as its main advances in terms of fundamental rights, the constitutionalisation of socio-economic public policies and the limitation of public and private powers. The aim is to highlight the significance of the “civilizing project” translated into the constitutional text, and to draw attention to the challenges facing the democratic constitutional order in the contemporary period. This essay was the basis for the Inaugural Lecture of the Law Department of the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro given by the author on August 31, 2023.

Keywords: Constitutional history of Brazil; military dictatorship; New Republic; Constitutional convention; constituent process; progressives and conservatives; 1988 Constitution.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: PILATTI, Adriano. 35 anos de Constituição Cidadã: das origens aos desafios atuais. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 64, jan/jun, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.2073>.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de janeiro a junho de 2024 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluna: Malu Stanchi Carregosa (Mestrado)

Título do Trabalho: O Poder Constituinte em Pretuguês: dispositivo de racialidade e autoinscrições negras rumo a um novo projeto de nação.

Data da defesa: 30/01/2024

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (orientadora); Francisco de Guimaraens; Marcos Vinícius Lustosa Queiroz.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar as relações entre o poder constituinte e a escravidão no Brasil. Na tentativa de compreensão substantiva do poder constituinte no Brasil, bem como da operacionalização do direito enquanto elemento central à hierarquização e violência raciais neste solo, mobilizou-se as ferramentas metodológicas ofertadas pelo direito em pretuguês e as chaves analíticas derivadas do conceito de dispositivo de racialidade, também intencionando a promoção de reflexões sobre alternativas de práticas jurídicas e programas de ensino antirracistas. Objetivando-se a realização de uma leitura do fenômeno a partir de chaves epistêmicas que fissuram o colonialismo jurídico, adota-se como premissa a insuficiência do Direito diante do racismo incrustado nas instituições e estruturas brasileiras. Assume-se que a resposta às cisões promovidas pelo Direito, sobremaneira as raciais, não residem na atuação do sistema de justiça, o qual aponta para avanços pontuais e intencionalmente insólitos e frágeis diante dos grandes tensionamentos, constrangimentos e interpelações intra institucionais promovidos. Para a realização da pesquisa, foram investigados os periódicos da imprensa negra e abolicionista oitocentista, compreendendo-se as etapas de levantamento, catalogação, sistematização e estudo qualitativo das informações alcançadas. Empreendeu-se, ainda, a revisão bibliográfica de temas atinentes ao problema, com vistas à proposição de novos paradigmas à análise do poder constituinte no Brasil, desde as autoinscrições negras rumo a um novo projeto de nação brasileira e as propostas de ampliação das dimensões de liberdade, cidadania, igualdade e povo.

Palavras-chave: Poder constituinte; Direito em Pretuguês; Amefricanidade; Dispositivo de racialidade; Epistemicídio jurídico.

Aluna: Rafaela Gonçalves de Souza (Mestrado)

Título do Trabalho: A Teoria da Legislação de Jeremy Bentham.

Data da Defesa: 15/03/2024

Banca: Adrian Sgarbi (orientador); Noel Struchiner; Pedro Henrique Veiga Christmann.

Resumo: Esta dissertação tem como objetivo a análise e exposição da teoria da legislação de Jeremy Bentham, configurando-se como um recorte metodológico e uma análise eminentemente autoral. Na primeira parte, examina-se a origem dos elementos materiais de sua teoria, destacando seu debate com William Blackstone à luz do princípio da utilidade. A segunda parte aborda a sua proposta relacionada aos aspectos formais e estruturais das leis. A terceira parte apresenta a Nomografia de Bentham, consolidando regras para prevenir defeitos nos textos legislativos. O quarto capítulo abrange críticas feitas por alguns autores à teoria de Bentham. A conclusão tentará demonstrar os pontos positivos e negativos da teoria benthamiana, dando encerramento do trabalho.

Palavras-chave: Teoria da Legislação; Jeremy Bentham; Princípio da Utilidade; Nomografia; Críticos da Teoria de Bentham.

Aluno: Diego Fabião Gomes Moreira Leitão (Mestrado)

Título do Trabalho: As patologias do direito e o problema da desinstitucionalização da autonomia na obra: O Direito da Liberdade de Axel Honneth. Caminhos para uma teoria geral da crise constitucional.

Data da Defesa: 25/03/2024

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino (Orientadora); Renato de Andrade Lessa; Vera Karam de Chueiri.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo problematizar o tema das patologias sociais e suas consequências mais gerais para o direito e, de

forma mais especial, à Constituição; destacando como a corrosão de certas qualidades institucionais típicas ao jurídico concorrem para um ambiente de descrença constitucional e maior litigiosidade. A delimitação deste objeto tem como baliza a teoria crítica da sociedade, tal como trabalhada por Axel Honneth. O que pressupõe, em uma outra chave de leitura, um diálogo com a teoria discursiva do direito e da ação comunicativa trabalhada por Jürgen Habermas. Assim, por limites de ordem metodológica, o recorte abrange a obra - O Direito da Liberdade, o que não significa o abandono de toda a fortuna crítica do autor, justamente pela presença de caminhos e possíveis pouco explorados, que auxiliam, por meio de uma leitura de sua recente produção de forma retrospectiva, para a definição de um diagnóstico de tempo mais instigante. Com efeito, o argumento central sustentado no presente trabalho aquilata como a degradação institucional, do direito e da Constituição, repercutem nas esferas de reprodução simbólica e imaginativa, elementos fundamentais ao reconhecimento e para a configuração de uma vontade autêntica em um contexto indissociavelmente intersubjetivo.

Palavras-chave: Patologia social; autonomia; Constituição; reflexividade.

Aluna: Ana Carolina Gonçalves Soares (Mestrado)

Título do trabalho: Uma Cultura Constituinte Atlântica: Mulheres negras no Brasil e na África do Sul na luta por redemocratização e afirmação plena da liberdade.

Data da Defesa: 03/04/202

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (Orientadora); Bethânia de Albuquerque Assy; Gabriela Barretto de Sá.

Resumo: A dissertação propõe uma investigação sobre projetos de liberdade e descolonização conduzidos por mulheres negras entre os anos de 1989 e 1997 na África do Sul e 1983 e 1989 no Brasil. O estudo aborda esses projetos como expressões de aspirações, estratégias de luta e resistência, voltadas para a conquista de direitos e compromissos constitucionais. Ademais, entende-se que a partir da investigação, escuta e compreensão das lutas contra as relações de poder, pode-se alcançar políticas de emancipação, na medida

em que o saber localizado e sensível do sujeito marginalizado fornece uma perspectiva epistêmica privilegiada. Na primeira parte, o trabalho abordará o marco teórico e os fundamentos da pesquisa, enquanto em uma segunda parte se concentrará na identificação dos movimentos, das mulheres ativistas e das ações realizadas tanto no contexto brasileiro quanto no sul-africano. Na terceira parte, serão analisadas as conquistas constitucionais obtidas a partir da ação e estratégias empreendidas por mulheres negras em seus respectivos contextos. O objetivo final é verificar a possibilidade de estabelecer um diálogo entre as experiências das mulheres negras brasileiras e sul-africanas nesse período específico. É possível identificar uma cultura constituinte atlântica a partir da atuação de mulheres negras brasileiras e sul-africanas, em seus respectivos processos históricos em busca de uma estrutura constitucional democrática? No âmbito desse questionamento, espera-se não apenas reafirmar o protagonismo de suas narrativas e trajetórias, mas construir uma ponte sul-sul. O pensamento afrodiaspórico, sobretudo o amefricano, oferece as bases epistêmico-metodológicas desta investigação. **Palavras-chave:** Constitucionalismo; Cultura Constituinte Atlântica; Mulheres Negras; Brasil; África do Sul.

Aluna: Mariana Saavedra Cale da Costa (Mestrado)

Título do trabalho: Algoritimização da Opinião: a desfiguração democrática da Era Digital

Data da Defesa: 05/04/2024

Banca: Renato de Andrade Lessa (Orientador); Adriano Pilatti; Mayra Goulart da Silva.

Resumo: Com a inserção das novas tecnologias de informação e comunicação, as sociedades democráticas se veem em um processo de transformação complexo, acelerado e ainda nebuloso. Partindo da concepção de democracia como forma de vida, baseada em valores, procedimentos e supostos compartilhados, bem como entendendo a representação política como necessária para as sociedades contemporâneas, a democracia representativa que será premissa para o presente estudo é aquela sistematizada pela filósofa política

italiana Nadia Urbinati: diárquica, contemplando as dimensões da vontade (voto) e da opinião. Com foco na dimensão da opinião, serão primeiro analisados vícios endógenos trazidos por Urbinati e capazes de desfigurar o regime democrático. Baseada nessa categorização, a dissertação pretende analisar as especificidades da democracia atravessada pela difusão da tecnologia digital, contribuindo para o debate a partir da proposição de uma nova desfiguração democrática: a algoritimização da opinião. A referida desfiguração será analisada a partir da compreensão de que o atual fórum da opinião se desenvolve em mundo, majoritariamente, digital e de redes sociais, submetido, portanto, a uma lógica dos algoritmos. Enquanto boa parte dos trabalhos sobre o tema foca nas incompatibilidades da lógica algorítmica com os valores democráticos para concluir que acabaram as democracias, esta pesquisa tem como premissa o fato de uma democracia desfigurada ser ainda uma democracia, apostando, portanto, na sua concepção como processo aberto, sujeito a erros, mas também a correções.

Palavras-chave: Democracia, opinião, tecnologia, algoritmos, desfiguração.

Aluna: Isabel Nolding Maia (Mestrado)

Título do trabalho: O Meio Ambiente e o Bem Viver: os direitos da Natureza pela perspectiva decolonial na América Latina

Data da Defesa: 05/04/2024

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora); Solange Teles da Silva; Virgínia Totti Guimarães.

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar como a Modernidade colonizadora imposta pelos anos de opressão europeia na América Latina deturpou a visão dos povos originários da natureza e como sua transformação em um Outro levou a falta de proteção ambiental e reflete até hoje no tratamento que a sociedade atual tem com a natureza. Ao fazer isso, propõe-se que se parta de uma nova forma de encarar a natureza, não como um meio para um fim econômico, mas como um sujeito detentor de direitos. E essa nova lente é a decolonialidade da natureza através do Bem Viver, apoiada pelas teorias de Quijano, Wolkmer e Ferdinand, de como a colonização

transformou a natureza em um Outro a partir da modernidade imposta pelos colonizadores e como isso está intrinsecamente ligado à degradação ambiental. Com o Sumak Kwasay — Bem Viver —, pretende-se investigar uma alternativa ao antropocentrismo individualista da Modernidade e encontrar uma forma de garantir a proteção ambiental efetiva através de novas formas de filosofia como base legislativa. Ainda, se averiguará a integração do princípio do Bem Viver em algumas Constituições latino-americanas selecionadas por sua relevância para o tema.

Palavras-chave: pluralismo jurídico, decolonialidade, Bem Viver, plurinacionalismos, direitos da natureza.

Aluna: Andreza Nunes Silva Carvalho (Mestrado)

Título do trabalho: Ventres negros, humanização branca: uma análise interseccional da resposta jurídica à violência obstétrica

Data da Defesa: 08/04/2024

Banca: Adriana Vidal de Oliveira (Orientadora); Ana Paula de Oliveira Sciammarella; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: A assistência obstétrica é um aparato da biopolítica sobre corpos que gestam, e o direito interage com esse exercício de biopoder, legitimando-o e eventualmente limitando-o. O termo “violência obstétrica” foi criado nos anos 2000 por movimentos de mulheres na América Latina para identificar sofrimentos experimentados pelas mulheres no período gravídico-puerperal e está vinculado ao conceito de humanização do parto. Trata-se de conceito estratégico, que foi introduzido ao debate jurídico recentemente, tornando o momento apropriado para compreender as categorias de “violência obstétrica” e “humanização” propostas. Por isso, essa pesquisa busca entender esses conceitos e sua relação histórica com a apropriação do corpo da mulher como máquina reprodutiva, que provoca uma assistência obstétrica violenta e intervencionista, e questioná-los a partir da noção do dispositivo de racialidade, o qual faz com que mulheres negras sofram violências de outra ordem, decorrentes do racismo obstétrico. O trabalho propõe tais discussões à luz do Caso Alyne Pimentel, partindo da análise do julgamento

do caso no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e no Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Em seguida, desenvolve as categorias conceituais com base em pesquisa bibliográfica interdisciplinar em diálogo com marcos normativos internacionais sobre o tema, orientando-se pela noção de justiça reprodutiva. Por fim, utiliza-se do método de reescrita feminista de decisão judicial aplicado a acórdão do Caso Alyne, a fim de inserir uma perspectiva de gênero e raça à decisão, como meio de demonstrar que o direito deve responder ao problema da violência obstétrica tendo em conta que o racismo exerce papel central e estruturante nesse tema, do contrário não promoverá humanização, mas reforçará a desumanização de mulheres negras.

Palavras-chave: Violência obstétrica; justiça reprodutiva; feminismo interseccional; dispositivo de racialidade; racismo obstétrico; reescrita feminista de decisão judicial; caso Alyne Pimentel.

Aluno: David Fernandez Elgarten Rocha (Mestrado)

Título do trabalho: Em busca de uma Teoria da Assessoria Judiciária: Pesquisas empíricas sobre o Papel Institucional dos Assessores.

Data da Defesa: 08/04/2024

Banca: Noel Struchiner (Orientador); Fernando Galvão de Andréa Ferreira; Diego Werneck Arguelhes.

Resumo: Este trabalho representa uma singela contribuição para um melhor entendimento sobre a assessoria judicial, com enfoque especial no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ). O assessor “judicial” está atrelado, com o perdão do óbvio, ao chamado “Poder” Judiciário. O Judiciário exerce, principalmente, a função jurisdicional. Há diversos motivos para se estudar assessoria que parece sofrer de um “senso comum teórico” sobre seu papel. Conhecer melhor esta figura, tratada como um “tabu” escondido da legislação e ignorado pela doutrina desmitificando um suposto ideal de “indelegabilidade” da decisão é o norte central deste trabalho. Analisa-se criticamente afirmações que defendem ser o processo decisório “governado por estagiários” e truismos segundo os quais assessores são escolhidos

“sem critério” conforme amizade e relações políticas. Discute-se a hipótese do assessor como auxiliar no processo decisório por meio de análises dos enunciados normativos federais, estaduais, resolutivos e regimentais sobre a assessoria e realizaram-se várias pesquisas de acesso a informação perante 25 tribunais brasileiros e uma pesquisa de campo entrevistando-se 74 assessores do TJ-RJ. Com isso formou-se um panorama geral da assessoria com o intuito de criar um cauteloso início para uma teoria partilhada da decisão jurídica apta a levar a sério o efetivo papel dos assessores judiciais. **Palavras-chave:** Assessor, Pesquisa Empírica, TJ-RJ, Direito Administrativo, Teoria da Decisão.

Aluna: Lorena Behrens Matos (Mestrado)

Título do trabalho: O que não é espelho: branquitude e o rapto das memórias afro-brasileiras.

Data da Defesa: 15/04/2024

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (Orientadora); Thula Rafaela de Oliveira Pires; Wallace de Almeida Corbo.

Resumo: A presente pesquisa busca compreender os mecanismos de apagamento das memórias afro-brasileiras pela branquitude, a partir da experiência do Museu da Maré. Grande parte dos estudos de raça até então ocupam o importante papel de denunciar as desigualdades e os atravessamentos da raça, sobretudo na vida das pessoas negras. Porém, só recentemente começa-se a discutir o branco na relação racial e todo seu capital simbólico de privilégios. Por essa razão, a importância de colocar a branquitude brasileira em pauta para pensar no direito à memória afro-brasileira. A hipótese a ser desenvolvida consiste em compreender a disputa pelo direito à memória como um caminho de emancipação para populações subalternizadas. Para tanto, são mobilizados conceitos tanto de memória e museologia social, quanto de estudos críticos da raça. A partir disso, o escrito pretende discutir os apagamentos e suas consequências na plena cidadania de pessoas negras no Brasil e a possibilidade de disputa do direito à memória como estratégia política de alcance de outros direitos historicamente negados aos negros do país.

Palavras-chave: branquitude, memória afro-brasileira, direito à memória.

Aluno: Bruno Farage da Costa Felipe (Doutorado)

Título do trabalho: Inteligência Artificial e decisões judiciais complexas: (im)possibilidades.

Data da Defesa: 15/04/2024

Banca: Noel Struchiner (Orientador); Caitlin Sampaio Mulholland; Adrian Sgarbi; Isabella Zalberg Frajhof; Patricia Pinheiro Bado; Rodrigo de Souza Tavares; Sergio Nojiri.

Resumo: A presente tese possui uma proposta interdisciplinar: unir o campo da teoria do direito - mais especificamente com as teorias da argumentação e decisão judicial- e as pesquisas mais recentes no campo da Inteligência Artificial, em especial na área de Inteligência Artificial Explicável (Explainable AI), além de adentrar em discussões no âmbito da ciência comportamental. O objetivo é investigar se os modelos mais recentes de IA estão aptos para a atuação em casos difíceis, os quais eu classifico como decisões judiciais complexas. A hipótese geral é de que embora sistemas de IA sejam ótimos em realizar decisões, o seu uso isolado e independente para proferir decisões judiciais em casos difíceis não seria pertinente, por fatores diversos como: existência de confabulações, reprodução de vieses e falta de justificabilidade das decisões em sistemas complexos.

Palavras-chave: Decisão judicial; Casos difíceis do direito; Decisões judiciais complexas; Inteligência Artificial; Inteligência Artificial Explicável; Confabulações; Vieses.

Aluna: Leticia da Silveira Lobo (Mestrado)

Título do trabalho: A Escola de Formação Crítica Majorie Marchi e a TRANSformação no acesso a direitos.

Data da Defesa: 18/04/2024

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (Orientadora); Fernando da Silva Cardoso; Aureliano Lopes da Silva Junior; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: Essa dissertação versa sobre a atuação no Estado do Rio de Janeiro da Escola de Formação Crítica Majorie Machi (EFCMM), projeto criado pelo Grupo Conexão G de Cidadania LGBT para Moradores de Favelas e a construção de uma nova gramática de acesso a direitos a partir dessa Escola. A EFCMM foi pensada para capacitar mulheres trans e travestis periféricas, sobretudo negras, acerca de pautas como o enfrentamento ao racismo e a promoção da cidadania LBTTQIAP+. O objetivo deste trabalho foi refletir sobre como a metodologia desenvolvida pela Escola rompe com o epistemicídio jurídico e cria uma nova gramática de acesso a direitos, enquanto disputa narrativas hegemônicas. Com base na ética pajubariana e na inspiração cartográfica, foi utilizado o método de Investigação Ação Participante, com a realização de entrevistas, e a análise de narrativa para interpretação dos dados levantados. Essa pesquisa desafiou a formalidade acadêmica e jurídica ao propor uma escrita que misturasse bases teóricas junto a relatos pessoais do diário de campo, utilizando canais pouco convencionais de enunciação da fala, como o corpo, a música e a fotografia. Por meio da experiência com duas turmas da Escola de Formação Crítica Majorie Machi, no Complexo do Alemão e em Duque de Caxias, e do conhecimento e aproximação com as sujeitas de pesquisa, as onze alunas da turma de Duque de Caxias e as educadoras populares, é que essa pesquisa foi traçada. A lente teórica eleita foi decolonial, tendo privilegiado autoras trans e travestis brasileiras, ao lado das sujeitas de pesquisa situadas como protagonistas epistêmicas. Já no campo jurídico, o direito se situa como ferramenta do Contrato Racial, ressaltando a exclusão das sujeitas de pesquisa do seu âmbito de proteção. Ao final, foi demonstrado o potencial transformador e emancipatório que representa a atuação política da EFCMM por meio das experiências concretas das sujeitas que atravessam esse trabalho.

Palavras-chave: Escola de Formação Crítica Majorie Marchi; Conexão G; mulheres trans periféricas; travesti periférica; cidadania LBTTQIAP+; acesso a direitos.

Aluna: Luatom Bezerra Adelino de Lima (Doutorado)

Título do trabalho: Mutação constitucional judicial: uma proposta de sistematiza o para o Pleno do STF

Data da Defesa: 23/05/2024

Banca: Adrian Sgarbi (Orientador); Carolina Nobre Castello Branco; Fabio Carvalho Leite; Leonardo Duncan Moreira Lima; Sergio Nojiri.

Resumo: Esta pesquisa analisou a extensão e o significado de expressões adotadas por ministros do Supremo Tribunal Federal, como notórias mudanças ou altera es fáticas ou jurídicas, utilizadas para fundamentarem muta es constitucionais informais de dispositivos da reda o original da Constitui o de 88, e se com isso haveria uma fundamenta o adequada e específica, observando os princípios da segurança jurídica, da prote o da confiança e da isonomia, exigidos pelo Código de Processo Civil. A metodologia aplicada foi a pesquisa empírica por meio do estudo de quatro casos julgados pelo Pleno do Tribunal, no período de 05.10.1988 a 24.11.2022, quando foram analisadas dez muta es constitucionais judiciais neles detectadas. E ao final, confirmou-se a hipótese do exercício jurisdicional não fundamentado, adequado e específico, sem a observância dos princípios processuais referidos. E como contribui es para a forma o de uma teoria brasileira da muta o constitucional judicial, foi apresentado não são um novo conceito do fen meno, como uma proposta para sua sistematiza o para uso pelo Pleno do STF, e um rol de certas circunstâncias que se mostraram irrelevantes   sua ocorrência.

Palavras-chave: Muta o constitucional judicial; novo conceito; proposta de sistematiza o.

Aluno: Felipe Lins Maranhão (Mestrado)

Título do trabalho: Proteção de dados pessoais no processo penal: caminhos para a efetivação de um direito fundamental.

Data da Defesa: 19/06/2024

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (Orientadora); Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki; Diogo Rudge Malan; Ingo Wolfgang Sarlet.

Resumo: Tendo em vista o exposto reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais no texto constitucional, a partir da EC 115/2022, e a ausência de lei geral sobre proteção de dados no âmbito do processo penal, aponta-se haver inconstitucionalidade por omissão na persecução penal brasileira em razão da proteção deficiente dos dados pessoais, sendo necessária e cabível a aplicação, ao processo penal, dos princípios gerais de proteção de dados e direitos do titular de dados extraídos da LGPD, que compõem a dimensão subjetiva desse direito fundamental. Para tanto, no primeiro capítulo (introdução), contextualiza-se o cenário atual da sociedade da informação e do processo penal brasileiro. No segundo capítulo do trabalho, indica-se que os direitos fundamentais consagrados no art. 5º, incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal já tinham por objeto a proteção de determinados dados em certas hipóteses. No terceiro capítulo, apresenta-se um histórico do direito à proteção de dados no contexto internacional, mencionam-se relevantes julgados do STF sobre o tema, e definem-se o âmbito de proteção, funções, dimensões objetiva e subjetiva desse direito fundamental. No quarto capítulo são definidos os princípios gerais de proteção de dados da LGPD e os direitos do titular, aplicando-os ao processo penal e apontando-se aspectos do processo penal em que são vulnerados esses princípios e direitos. Na conclusão do trabalho, aponta-se ser necessária profunda reforma do sistema processual penal brasileiro para efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: proteção de dados; processo penal; direito fundamental à proteção de dados; dados pessoais; LGPD Penal.

Aluna: Yuri Anderson Pereira Jurubeba (Doutorado)

Título do trabalho: Diagnóstico da ordem acusatória constitucional frente à resistência inquisitória da Suprema Corte: a ruptura histórico-processual da Lei n. 13.964/2019.

Data da Defesa: 25/06/2024

Banca: Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador); Hamilton Gonçalves Ferraz; Junya Rodrigues Barletta; Tarsis Barreto Oliveira; Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki.

Resumo: Esta tese de doutorado em Direito examina a interação entre as reformas legislativas introduzidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) e a subsequente interpretação dessas reformas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) números 6298, 6299, 6300 e 6305. O estudo analisa como o STF, ao interpretar o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, manteve aspectos do sistema inquisitório, permitindo uma iniciativa probatória judicial ativa. Além disso, aborda o controle judicial sobre o arquivamento de inquéritos policiais, contrariando a intenção legislativa de simplificar o processo. A tese também explora as limitações impostas ao juiz das garantias em contextos específicos, como casos de violência doméstica e no Tribunal do Júri, ressaltando a tensão entre reformas legislativas e práticas judiciais estabelecidas. Destaca-se também a problemática da interpretação conforme feita pelo STF, que muitas vezes contradiz a intenção do legislador e limita a implementação efetiva das reformas. Conclui-se com uma reflexão sobre a necessidade de um diálogo contínuo entre Legislativo e Judiciário para assegurar um sistema de justiça penal mais justo e eficiente, além de sugerir direções para futuras pesquisas que possam aprofundar e expandir o entendimento dessa dinâmica.

Palavras-chave: Pacote Anticrime; Interpretação conforme; Sistema Acusatório; Supremo Tribunal Federal (STF); Reforma Legislativa; Direito Processual Penal.

Normas de Publicação

1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo autoplágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação. A prática de plágio caracteriza crime previsto na legislação penal brasileira e a Revista se reserva o direito de tomar quaisquer medidas necessárias no caso de sua constatação. Mais informações sobre a política da instituição com relação a práticas de plágio e direito do autor estão disponíveis em: <http://vrac.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=726&rsid=23>.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, italiano e francês.

2. Encaminhamento:

Os trabalhos a serem submetidos ao Comitê Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>;

2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição, id do ORCID e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Na biografia, solicita-se a inclusão do link para o currículo lattes. Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. Além disso, requeremos que sejam indicados, no campo “Comentários para o Editor”, o nome de quatro pesquisadores como sugestão de pareceristas que o(s) 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 formação e às diretrizes expostas nesta política; (iv) Titulação dos autores; (v) Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria; e (vi) adequação do conteúdo aos padrões de qualidade do periódico.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de dois a seis meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas: (i) Pertinência do título e resumo/abstract; (ii) Clareza na tese central do artigo; (iii) Clareza e pertinência na argumentação; (iv) Pertinência e adequação metodológica; (v) Pertinência e adequação do embasamento teórico; (vi) Relevância temática do artigo; (vii) Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo

de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Comitê Editorial e pela avaliação por

pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista Direito, Estado e Sociedade, no seguinte endereço: <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.

Artigos / Papers

Autoria, personalidade e propriedade: as contribuições de Kant e Fichte para o direito de autor
Authorship, personality and property: Kant and Fichte's contributions to the authors' rights
Marco Antônio Sousa Alves

A efetividade do Mandado de Injunção: investigação empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na legislação
The effectiveness of the Writ of Injunction: empirical investigation on the decisions of the Federal Supreme Court and its impacts on legislation
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio e Alexandre Araújo Costa

Kafka e a nostalgia da plenitude: a busca da “Lei”, o sofrimento inevitável e uma ação possível
Kafka and the nostalgia of fullness: the search for “Law”, inevitable suffering and a possible action
Thiago de Mello Azevedo Guilherme

Constituição Júlia: uma carta-mulher de trinta
Julia Constitution: a woman-letter of thirty
Ana Elisa Spaolozzi Queiroz Assis e Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”
Abuse of fundamental rights in the structuring theory of law: starting off from the “case of the painter at the crossroads”
Fabio Carvalho de Alvarenga Peixoto

O conceito emergente de “*democratic backsliding*”: lições para a América Latina a partir de uma nova categoria de investigação democrática
The emerging concept of “democratic backsliding”: lessons to Latin America from a new category of democratic investigation
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, Augusto Guimarães Carrijo, Igor Costa Vieira e Pedro Henrique Azevedo

As cortes e os desafios da era digital: a vigilância na jurisprudência comparada
The courts and the challenges of the digital age: the surveillance in comparative jurisprudence
José Adércio Leite Sampaio

A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça
The performance of virtual hearings at the Court of Justice in Ceará during the COVID-19 pandemic and the principle of access to justice
Gabriela Vasconcelos Lima e Hannah Soares Sales de Oliveira

Ainda o individualismo possessivo: notas político-metafísicas a partir de Étienne Balibar
Possessive individualism once again: political-metaphysical notes drawing on Étienne Balibar
Glenda Vicenzi

National policy of care versus the informal caregiver statute: a case study on public care policies in Portugal and Brazil
Política nacional de cuidados versus estatuto do cuidador informal: um estudo de caso sobre as políticas públicas do cuidado em Portugal e no Brasil
Marcela Uchôa e Jonas Van Vossolo

The Hidden Legacy of 1968
O Legado Oculto de 1968
Klaus Kempter

Conflitos e disputas: demolições do patrimônio histórico e a atuação do Ministério Público em Criciúma/SC
Conflicts and disputes: demolitions of historical heritage and the action of the Public Prosecutor's office in Criciúma/SC
Antonio Rafael Amaro, Alcides Goularti Filho e Rodrigo Fabre Feltrin

35 anos de Constituição Cidadã: das origens aos desafios atuais
35 years of the Citizens' Constitution: from its origins to current challenges
Adriano Pilatti

Notícias e Informações/News and information

Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2023 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.