

José Rodrigo Rodriguez
Maria Cândida Simon Azevedo
(Orgs.)



LABORATÓRIO DE Metamorfoses

VOLUME 1

Diálogos Jurídicos Críticos



A disciplina “Metamorfoses do Direito: A Atualidade da Crítica” do Doutorado da UNISINOS foi criada com o objetivo de provocar seus alunos e alunas a refletir sobre os fundamentos e a função dos estados democráticos de direito em face das transformações ocorridas no direito, principalmente, a partir da década de 90 do século XX. Transformações que colocam em xeque a centralidade do Estado nacional em sua capacidade e em sua legitimidade para criar e efetivar normas jurídicas homogêneas em seu território. Fenômenos conhecidos como a *lex mercatória* e a *lex digitalis* desafiam as normas jurídicas criadas pelos estados nacionais. Normas e tribunais especializados estão sendo criados ao redor do mundo sem passar pelos Estados nacionais e têm recebido a adesão dos agentes afetados por tal normatividade, seja por julgá-los legítimos, seja por motivos meramente pragmáticos, por exemplo, porque fazer diferente excluiria a pessoa de um determinado mercado. Desta maneira, centros de poder variados têm sabido impor suas normas para além do poder dos Estados, evitando passar pelos procedimentos deliberativos das democracias constitucionais em funcionamento. Tal fenômeno pode vir a resultar em uma verdadeira privatização do direito, que deixaria assim de atender aos desejos e interesses de todas as pessoas afetadas por suas normas e passaria a ser programado autarquicamente por interesses privados, configurando assim verdadeiras ordens normativas autárquicas. Basta ver a dificuldade que os estados nacionais, mesmo estados poderosos como os EUA e a Alemanha, têm encontrado em regular o problema das *fake news* nas diversas plataformas de comunicação que funcionam na internet.

Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez



editora *fi*.org



LABORATÓRIO DE METAMORFOSES

LABORATÓRIO DE METAMORFOSES

VOLUME 1

DIÁLOGOS JURÍDICOS CRÍTICOS

Organizadores

José Rodrigo Rodriguez
Maria Cândida Simon Azevedo



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

Imagem de Capa: Nicolaas Struyk | A Caterpillar and Two Moths on a Branch and Two Butterflies | The Metropolitan Museum of Art (metmuseum.org)?



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhamento 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

RODRIGUEZ, José Rodrigo; AZEVEDO, Maria Cândida Simon (Orgs.)

Laboratório de Metamorfoses, Vol. 1: Diálogos Jurídicos Críticos [recurso eletrônico] / José Rodrigo Rodriguez; Maria Cândida Simon Azevedo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

532 p.

ISBN: 978-65-5917-563-5

DOI: 10.22350/9786559175635

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia do direito; 2. Sociologia; 3. Teoria; 4. Política; 5. Estado; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

SUMÁRIO

PREFÁCIO

José Rodrigo Rodriguez

9

PARTE 1 IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL

1

15

DEFICIÊNCIA, DIREITO E EMANCIPAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA FEMINISTA SOBRE O CUIDADO

Larissa de Oliveira Elsner

2

49

ENTRE ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO, NÃO ANTROPOCENTRISMO E ANTICAPITALISMO: COMPREENDENDO A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO PÓS-HUMANO

Maria Cândida Simon Azevedo

3

88

CONTROLE SOCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA NEGATIVA DAS ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Miguel Ângelo Maciel

4

137

DEMOCRACIA MULTINORMATIVA E OS LIMITES DE UMA GRAMÁTICA DE REGRAS: AS ESTRUTURAS DE SUBORDINAÇÃO COMO IMPEDIMENTO À REGULAÇÃO SOCIAL SOB UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL

Rodrigo da Silva Vernes-Pinto

5

168

A DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A POTENCIAL EMANCIPAÇÃO E AUTONOMIA DOS SUJEITOS – UM CAMINHO PARA A “OUTRIDADE”

Rodrigo Rodrigues Dias

6

244

O PROJETO VOLTA GRANDE E A CONSULTA PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS DO XINGU: POTENCIALIDADES MULTINORMATIVAS E DESCOLONIAIS

Lara Santos Zangerolame Taroco

PARTE 2

CRÍTICA DA REGULAÇÃO

7 **291**

O DIREITO À CIDADE NA LÓGICA DO MERCADO

Tibério Bassi de Melo

8 **333**

O DIREITO DE GREVE COMO LIBERDADE DE INSURREIÇÃO

Rafael Selicani Teixeira

9 **366**

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E ANTIJURIDICIDADE

Eduardo Luiz Busatta

10 **409**

A PROPOSTA DE UMA TEORIA REALISTA DO DIREITO EM BRIAN TAMANAHA: REVISITANDO AS BASES DO PRAGMATISMO

Diogo Lopes Cavalcante

Fabiane Grandó

11 **447**

A FALTA DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DEU CAUSA A TEORIAS COMO A DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: O QUE MAIS PODE VIR ELA FRENTE SE NÃO HOVER RAZOABILIDADE NAS LEIS?

Leonardo Ribas Tavares

12 **479**

DUAS TIPOLOGIAS DE PERVERSÃO DO DIREITO: A AUTORREGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS E A DESRREGULAMENTAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Eduardo Hoffmann

Lucas Paulo Orlando de Oliveira

13 **509**

O CONCEITO DE POLÍTICO EM SCHMITT COMO UMA FORMA DE DOIS LADOS: A LÓGICA DA IDENTIDADE E A EXCLUSÃO DO OUTRO POR MEIO DA COMUNICAÇÃO SUBVERSIVA

David Denner de Lima Braga

Selmar José Maia

PREFÁCIO

José Rodrigo Rodriguez

A disciplina “Metamorfoses do Direito: A Atualidade da Crítica” do Doutorado da UNISINOS foi criada com o objetivo de provocar seus alunos e alunas a refletir sobre os fundamentos e a função dos estados democráticos de direito em face das transformações ocorridas no direito, principalmente, a partir da década de 90 do século XX. Transformações que colocam em xeque a centralidade do Estado nacional em sua capacidade e em sua legitimidade para criar e efetivar normas jurídicas homogêneas em seu território.

Fenômenos conhecidos como a *lex mercatória* e a *lex digitalis* desafiam as normas jurídicas criadas pelos estados nacionais. Normas e tribunais especializados estão sendo criados ao redor do mundo sem passar pelos Estados nacionais e têm recebido a adesão dos agentes afetados por tal normatividade, seja por julgá-los legítimos, seja por motivos meramente pragmáticos, por exemplo, porque fazer diferente excluiria a pessoa de um determinado mercado. Desta maneira, centros de poder variados têm sabido impor suas normas para além do poder dos Estados, evitando passar pelos procedimentos deliberativos das democracias constitucionais em funcionamento.

Tal fenômeno pode vir a resultar em uma verdadeira privatização do direito, que deixaria assim de atender aos desejos e interesses de todas as pessoas afetadas por suas normas e passaria a ser programado autarquicamente por interesses privados, configurando assim

verdadeiras ordens normativas autárquicas. Basta ver a dificuldade que os estados nacionais, mesmo estados poderosos como os EUA e a Alemanha, têm encontrado em regular o problema das *fake news* nas diversas plataformas de comunicação que funcionam na internet.

Ademais, fenômenos como a presença de povos originários em diversos países e questões relacionadas à Ecologia, nos fazem questionar a legitimidade de normas estatais e homogêneas, válidas para todas as pessoas que habitam um mesmo território. Afinal, de sua parte, os problemas ecológicos, por definição, transcendem as fronteiras nacionais e desafiam o poder dos Estados de regular isoladamente estes assuntos. Com efeito, todas as estratégias de solução isoladas ou individualistas estão se revelando insuficientes em face da natureza sistêmica destes problemas, que são de interesse universal. Afinal, a existência da humanidade sobre a Terra está, mais do que nunca, claramente ameaçada.

Os povos originários, de outra parte, cada vez mais organizados e conscientes de seu lugar de vítimas continuadas da violência colonial, demandam do Estado o reconhecimento de normas produzidas por centros de poder diferentes do Parlamento, não apenas como “costume” ou “normas especiais”, mas como ordens normativas dotadas de um fundamento de validade próprio no contexto de estados multiétnicos ou multinacionais. Para este fim, o estabelecimento de um direito nacional homogêneo parece ter pouca serventia: é preciso pensar em novos desenhos institucionais.

Como se vê, este começo de século nos obriga a repensar radicalmente o sentido e as estruturas do direito ocidental, problema que só poderá ser enfrentado com a colaboração estreita entre teoria e

prática, entre a academia, as instituições que compõe o sistema de justiça e os profissionais de direito.

Pois a pesquisa em direito tem essa característica que a diferencia de muitos ramos das Ciências Humanas: trata-se de um campo diretamente ligado com a prática, um campo que forma as pessoas que serão responsáveis, em grande parte, por tomar as decisões que irão conformar o desenho das instituições jurisdicionais dentro e fora dos estados nacionais. Foi pensando nisso que resolvi montar esta disciplina como uma interpelação aos alunos e alunas, que são chamados a se posicionar diante destes fenômenos a partir de seus problemas de pesquisas.

Eu, como professor da disciplina, tenho desenvolvido minha abordagem destes problemas e este ponto de vista informa seu programa. No entanto, meu objetivo não é reafirmar ou desenvolver minha visão, mas sim provocar alunos e alunas a reagirem a ela para concordar ou discordar, levando em conta o material teórico e empírico que selecionei. O objetivo final da disciplina, portanto, é provocar um debate intelectual em alto nível com pesquisadores e pesquisadoras que se dedicam a problemas de pesquisa variados, alguns mais próximos da dogmática e outros mais próximos da teoria.

Este livro apresenta alguns resultados deste diálogo, reunindo uma parte dos trabalhos finais da disciplina apresentados nos últimos anos. Espero que a comunidade jurídica brasileira aprenda tanto quanto eu aprendi lendo estes textos em primeira mão. Com toda a certeza, meu trabalho de pesquisa tem se beneficiado muito deste diálogo, que espero esteja sendo útil também para meus alunos e alunas.

PARTE 1
IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL

1

DEFICIÊNCIA, DIREITO E EMANCIPAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA FEMINISTA SOBRE O CUIDADO

*Larissa de Oliveira Elsner*¹

1 INTRODUÇÃO

O cuidado é uma experiência que todos os seres humanos desfrutam durante sua vida. Cuidar e ser cuidado é uma prerrogativa para a sobrevivência e, portanto, trata-se de uma atividade da natureza humana. Diante dessa afirmação, objetiva-se realizar um estudo sobre o cuidado enquanto um direito às pessoas com deficiência, com o intuito de responder o seguinte problema de pesquisa: de que maneira o direito ao cuidado exercem um potencial emancipador às pessoas com deficiência?

A hipótese pela qual se pretende responder à problemática citada é a de que o direito ao cuidado, que respeita e garante a autonomia individual e o direito de escolha às pessoas com deficiência, é uma prática emancipadora com o potencial de promover à justiça social. Guiado por essa hipótese, o presente estudo se servirá dos referenciais teóricos vinculados aos Estudos da Deficiência e à Teoria Feminista, que terão grande importância para a compreensão da forma como o direito

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista PROEX/CAPES. Mestra em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Membro dos Grupos de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS, Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH) e Grupo Jurisgêneses da UNISINOS. Advogada e pesquisadora. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9215715351032855>. E-mail: larissaelsner@hotmail.com.

absorve os conceitos relativos à deficiência nas legislações vigentes, e a Teoria Crítica do Direito que será base ao entendimento sobre a emancipação e relevância à busca por justiça social.

Essa pesquisa será dividida em duas partes: a primeira, dedicar-se-á ao estudo do modelo social da deficiência, com destaque as contribuições da teoria feminista para a concepção do cuidado enquanto indispensável à vida humana no sentido da interdependência; e, na segunda parte, será estudado o potencial emancipador do direito ao cuidado pela perspectiva da teoria crítica do direito como prognóstico ao ideal de justiça social.

A metodologia adotada nessa pesquisa é do tipo qualitativa, pelo uso dos métodos de revisão bibliográfica, visto que se intenta discorrer sobre a realidade prática a partir do estudo dos conceitos teóricos vinculados, e de análise documental das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro relativas à proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

2 O CUIDADO E A INTERDEPENDÊNCIA ENQUANTO CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA FEMINISTA AOS ESTUDOS DA DEFICIÊNCIA

Os estudos da deficiência que hoje são desenvolvidos por áreas diversas do conhecimento, tais como a sociologia, o direito, a educação entre outras, já foram exclusividade das áreas biomédicas do saber, caracterizando uma hegemonia do controle sobre o que seria melhor a esses corpos que eram definidos apenas pela perspectiva da doença. O modelo biomédico imperou até meados de 1960, quando foram apresentadas novas significações ditadas pelas próprias pessoas com deficiência, dando início ao modelo social da deficiência.

As mudanças ocorridas com essa nova definição do que significa ser uma pessoa com deficiência influenciou a produção teórica social do conhecimento e impactou de forma significativa o âmbito do direito. Sendo assim, busca-se analisar nessa primeira etapa do trabalho as principais alterações advindas do modelo social da deficiência e os seus impactos em relação a questão do cuidado e dos direitos das pessoas com deficiência.

2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA

O modelo social da deficiência é originário da soma de esforços de pessoas com deficiência que se organizaram com o objetivo de afastar a hegemonia do modelo biomédico da deficiência² – que classificava a deficiência puramente enquanto uma patologia, uma tragédia pessoal (OLIVER, 1998. p. 44) – e propor uma redefinição da “[...] deficiência em termos de exclusão social. A deficiência passou a ser entendida como uma forma particular de opressão social, como a sofrida por outros grupos minoritários, como as mulheres ou os negros” (DINIZ, 2012, p.17).

Na década de 1960, dois movimentos sociais produziram impacto significativo ao modelo social da deficiência: o primeiro deles ocorreu na Inglaterra, tendo como nome central Paul Hunt, sociólogo, com deficiência física (DINIZ, 2012, p.13), que organizou a publicação de uma obra coletiva escrita por pessoas com deficiência (HUNT, 2007) e impulsionou a criação da Union of the Physically Impaired Against Segregation – (UPIAS), a primeira organização política sobre a

² Em breves notas sobre o modelo biomédico da deficiência, esclarece-se que constituiu um discurso regido pela área da medicina, a qual traduzia a deficiência somente enquanto uma patologia (doença), que deveria ser tratada e curada. Outras características inerentes a esse modelo são as práticas de institucionalização de pessoas com deficiência em hospitais psiquiátricos, por exemplo, e por consequência, o afastamento e exclusão do convívio social. (ELSNER, 2021).

deficiência formada e gerenciada por pessoas com deficiência (DINIZ, 2012, p15); e o outro, nos Estados Unidos da América, que mediante iniciativa da comunidade universitária promoveram o “[...] Independent Living Movement um movimento pela defesa dos direitos das pessoas com deficiência, cujas repercussões atingiram, inclusive, o contexto britânico” (MARTINS, 2016, p.174).

A participação de sociólogos com deficiência na estruturação de conceitos essenciais a suas pautas reivindicatórias, principalmente daqueles pertencentes à UPIAS, conferiram um novo significado à deficiência cunhado pela sociologia, afastando o domínio exclusivo da medicina. Entre os conceitos que foram ressignificados pela UPIAS, destacam-se a lesão (impairment)³, que representa a restrição que pode ser física, sensorial ou cognitiva (BARNES, 2012, p.474), um dado corporal isento de valor (DINIZ, 2012, p.18) e “[...] definida como uma condição biológica” (MARTINS, 2016. p.176); e a deficiência (disability)⁴, que é a própria opressão social (BARNES, 2012, p.474; MARTINS, 2016. p.176), resultante da interação de um corpo com lesão em uma sociedade discriminatória (DINIZ, 2012, p.18) que condiciona às pessoas com deficiência ao isolamento e a exclusão (UPIAS, 1975, p.14). As definições de lesão e deficiência proposta pela UPIAS são de uma perspectiva política de exclusão social (DINIZ, 2012, p.18.), de natureza sociológica, como se pode observar no próprio título empregado a esse modelo teórico:

³ A lesão é a tradução indicada para o termo em inglês ‘impairment’, por Debora Diniz e Tiago Henrique França, nas obras utilizadas nesta pesquisa. (DINIZ, 2012; FRANÇA, 2013).

⁴ Deficiência é a tradução indicada para o termo em inglês ‘disability’ por Debora Diniz e Tiago Henrique França, nas obras utilizadas nesta pesquisa. (DINIZ, 2012; FRANÇA, 2013).

O conceito de ‘modelo social da deficiência’ foi cunhado pela primeira vez em 1983 por Michael Oliver, um sociólogo e ativista político, que a partir dos empreendedores conceitos do UPIAS, procurou constituir um corpo teórico capaz de conferir uma perspectiva holista dos problemas enfrentados pelas pessoas com diversos tipos de deficiência. (MARTINS, 2016, p.177-178).

A percepção social da deficiência, defendida pelos membros da UPIAS, considera a deficiência produto das condições, estruturas e atividade relacionais e interpessoais inseridas em um meio ambiente que é produzido pelo ser humano e, por esse motivo, afasta a ideia de que a deficiência é somente a derivação de uma doença (PADILLA-MUÑOZ, 2010, p.404). Portanto, o modelo social não nega a existência da lesão, mas não a relaciona como a causa da desvantagem econômica e social das pessoas com deficiência, isso porque a análise é direcionada à forma como a sociedade restringe as oportunidades das pessoas com deficiência de participar de atividades econômicas e sociais comuns, tornando-as mais ou menos dependentes (BARNES, 1999).

Os conceitos apresentados pela UPIAS representam a primeira geração de estudiosos do modelo social da deficiência (DINIZ, 2012, p. 56), que foram responsáveis pela transformação do campo de abrangência da deficiência, pois se no modelo biomédico a deficiência era significada por termos médicos atribuídos por pessoas sem deficiência e, por isso, estava limitada aos espaços de tratamento, reabilitação e normalização do corpo fora dos padrões de normalidade, nesta nova concepção, as próprias pessoas com deficiência distinguem as lesões presentes em seu corpo da opressão e discriminação a qual sofrem pela forma como a sociedade está organizada. Logo, o modelo social da deficiência proporcionou uma linguagem suficiente a

descrever as experiências de discriminação e preconceito e foi libertadora às pessoas deficientes assim como o feminismo foi para as mulheres (MORRIS, 2001, p.3).

As teóricas feministas junto com as pesquisadoras e pesquisadores que integraram os estudos pós-modernos, nos anos de 1990 e 2000, representam a segunda geração do modelo social da deficiência (DINIZ, 2012, p. 56). Neste trabalho, dar-se-á ênfase a contribuição das teorias feministas aos estudos da deficiência no que se refere ao cuidado e ao direito.

2.2 DEFINIÇÕES FEMINISTAS SOBRE O CUIDADO E A INTERDEPENDÊNCIA

A primeira geração do modelo social da deficiência foi constituída, em sua maioria, por homens com deficiência física (DINIZ, 2012, p.57), que se dedicaram a significar conceitos como a diferença da lesão (impairment) e da deficiência (disability) de maneira a comprovar a capacidade de pessoas com deficiência aos “[...] padrões exigidos pelo capitalismo, no que diz respeito ao corpo com as características ideais capazes de oferecer aos sistemas sociais a potencialidade produtiva” (SANTOS, 2008. p. 508). Nessa linha, a discussão sobre o cuidado e benefícios compensatórios não eram elencados, porque a proposta era demonstrar como a pessoa com deficiência é produtiva assim como a pessoa sem deficiência, o que dependeria exclusivamente de elidir as barreiras para o seu desenvolvimento (DINIZ, 2012, p.57-58). Um dos marcos que identificaram uma nova geração do modelo social foram as contribuições advindas da Teoria Feminista, a qual incorporou outras pautas vinculadas à realidade de pessoas com deficiência. Entre elas, o cuidado, como se observa na citação abaixo:

As teóricas feministas trouxeram à tona temas esquecidos na agenda de discussões do modelo social. Falaram do cuidado, da dor, da lesão, da dependência e da interdependência como temas centrais à vida do deficiente. [...]. Assim como os homens da primeira geração do modelo social, as teóricas feministas também tinham a autoridade da experiência do corpo com lesões – eram deficientes. Mas, diferentemente deles, havia algumas teóricas não deficientes que reclamavam uma nova autoridade de cuidadores de deficientes. [...]. Por fim, foram as feministas que mostraram que, para além da experiência da opressão pelo corpo deficiente, havia uma convergência de outras variáveis de desigualdade, como raça, gênero, orientação sexual ou idade. [...]. Para as teóricas feministas da segunda geração, aqueles primeiros teóricos eram membros da elite dos deficientes, e suas análises reproduziam sua inserção de gênero e classe na sociedade. (DINIZ, 2012, p.58-59).

Entre as teóricas feministas vinculadas aos Estudos da Deficiência, enfatiza-se a contribuição de Jenny Morris, que foi uma das poucas mulheres que participou desde a criação da UPIAS e que abordou proposições críticas em relação a necessidade de os estudos sobre a deficiência abrangerem a diversidade inerente ao grupo de pessoas com deficiência, ou seja, não deveria se tratar de um estudo direcionado apenas aos homens com deficiência, mas sim, a todas as pessoas com deficiência, inclusive as mulheres com deficiência (MORRIS, 1992, p.157). Morris se identificava enquanto uma mulher com deficiência feminista, o que representava sua busca em mudar o feminismo para que incorporasse a realidade das mulheres com deficiência, mas também alterar as pesquisas sobre a deficiência para que incorporem os métodos de pesquisa feminista (MORRIS, 1992, p.161-162).

Sobre o intuito de mudar o feminismo, Morris criticou a Teoria Feminista porque por muito tempo não foram abrangidas às reivindicações das mulheres com deficiência (MORRIS, 1992, p. 160) e a

questão do cuidado (MORRIS, 1997). As mulheres com deficiência e mulheres idosas não foram incluídas no grupo que compunha as experiências de vida consideradas enquanto norma ao feminismo – no qual, estavam inseridas as mulheres brancas e de classe média – mas sim, eram tidas enquanto diferença, inseridas como objeto de estudo ou simplesmente esquecidas pelas teóricas feministas (MORRIS, 1992, p.160-161).

E em relação ao cuidado, Morris propôs uma alteração sobre a percepção da dependência, afirmando que a necessidade de auxílio nas atividades diárias não torna uma pessoa dependente (MORRIS, 1997. p. 54-55). A justificativa seria de que o cuidado quando analisado enquanto direito das pessoas com deficiência não confere obrigatoriamente a condição de dependência a uma pessoa, visto que a independência não significa fazer todas as suas atividades sem ajuda, mas sim, ter o controle sobre como a ajuda é provida (MORRIS, 1997, p.56). Portanto, a proposta de Morris vincularia o cuidado à dimensão do direito e, também, da justiça, como verifica-se no trecho:

À medida que promove a visibilidade à dimensão do cuidado como uma questão de justiça, a perspectiva feminista da deficiência permite politizar esse contexto da vida privada, bem como resgata a condição da mulher cuidadora, muitas vezes esquecida no bojo das políticas públicas para mulheres e pessoas com deficiência. Ademais, como nos alerta Jenny Morris, é preciso evitar reproduzir as análises que dividem, ainda que pautadas por argumentos feministas, a relação de cuidado entre as “mulheres cuidadoras” e seus “dependentes”, sendo esses excluídos de sua condição de gênero. A transversalidade de gênero e deficiência nessa questão exige tais cuidados analíticos e conceituais (MELLO; NUERNBERG, 2012. p. 642).

Outro destaque sobre as estudiosas que analisaram a questão do cuidado é conferido à filósofa estadunidense Eva Fender Kittay, cuidadora de uma filha com paralisia cerebral grave, que se dedicou a provocar os marcos liberais das teorias da justiça e da igualdade (DINIZ, 2012, p. 66), mediante uma “[...] proposta crítica da igualdade pela dependência, ou seja, a ideia de que as relações de dependência são inevitáveis à vida social” (DINIZ, 2012, p. 66). Assim, demonstrando que a própria condição humana é traduzida pelos vínculos de dependência, Kittay defende o cuidado enquanto um princípio ético fundamental às organizações sociais – o qual não teria sido abordado pelo modelo social da deficiência em sua primeira geração – e define a interdependência enquanto um valor que melhor expressa a condição humana de pessoas com deficiência e sem deficiência (DINIZ, 2012, p.66). Nesse sentido, a filósofa enfatiza que a “[...] necessidade de cuidados, ou como muitos preferem ‘assistência’ é vista não como um sinal de dependência, mas como uma espécie de prótese que permite ao indivíduo ser independente”⁵ (KITTAY, 2011, p. 50, tradução nossa).

Os conceitos analisados por Kittay tem importância reconhecida aos estudos da ética do cuidado que se apresenta enquanto uma “[...] alternativa feminista às teorias de justiça em resposta ao enfoque no sujeito e aos ideais de independência dessas teorias” (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.116). Entre as teorias de justiça que foram revisadas a partir da ética do cuidado, aponta-se para a de John Rawls, analisada por Kittay. A partir da estrutura da teoria de Rawls, demonstra-se que o cuidado é um bem primário, necessário a toda e qualquer sociedade decente, por se tratar da sobrevivência dos seres humanos. Dessa forma, Kittay

⁵ “The need for care, or as many would rather say ‘assistance’ is viewed not as a sign of dependence, but as a sort of prosthesis that permits one to be independent”. (KITTAY, 2011, p.50).

intitula o cuidado enquanto um princípio de justiça, ou melhor, o princípio da responsabilidade social pelo cuidado, o qual se aplicaria as instituições básicas sociais e serviria a orientar as políticas públicas em relação à equidade (ZIRBEL, 2016, p.83-84). O cuidado enquanto responsabilidade social é uma forma de garantir a todos igualdade e justiça, visto que a interdependência é uma característica humana. Logo, todos estamos sujeitos a cuidar e necessitar de cuidados, o que nos leva ao seguinte desfecho:

O objetivo de uma ética pública do cuidado é distribuir os custos e os encargos da dependência de maneira mais uniforme pela população. Isso oferece um "seguro" (por assim dizer) a todos os que são potencialmente dependentes (e isso não exclui ninguém) de que, caso se tornem dependentes ou tenham que assumir responsabilidades de cuidar, não terão que arcar indevidamente com os custos e encargos de dependência própria ou de sua responsabilidade⁶. (KITTAY, 2001, p.537, tradução nossa).

Assim, uma ética do cuidado feminista tem como escopo também compreender o cuidado e a deficiência “[...] desde a crítica que busca dismantlar os discursos dualistas entre cuidador/cuidado; deficiente/não deficiente, dependente (fardo)/independente (autônomo), desenraizado/responsabilidade, normal/anormal”⁷ (RODRÍGUEZ, 2019, p.212, tradução nossa). O conceito da interdependência é chave para a compreensão do cuidado e da

⁶ “The point of a public ethic of care is to spread the costs and burdens of dependency more evenly through the population. This offers ‘insurance’(so to speak) to all who are potentially dependent (and that excludes no one) that if they either become dependent or have to take on responsibilities for caring, they will not have to bear unduly the costs and burdens of their own or their charge’s dependency”. (KITTAY, 2001, p.537).

⁷ “[...] desde la crítica que busca dismantlar los discursos dualistas entre cuidador/cuidado; discapacitado/no discapacitado, dependiente (carga)/independiente (autónomo), desarraigo/responsabilidad, normal/anormal” (RODRÍGUEZ, 2019, p.212).

deficiência, uma vez que é reconhecido pela ética do cuidado como uma característica humana, no sentido de que todo ser humano necessita de cuidado, mas ao mesmo tempo, considera que esse cuidado deve se estabelecer mediante escolha da pessoa cuidada. “Ou seja, no caso de pessoas com deficiência, precisamos ser protagonistas das ações que envolvem o cuidado não só do nosso corpo, mas de toda gestão da nossa vida”. (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.117-118). Nessa linha de pensamento, o cuidado humano não é reservado ao grupo familiar, mas sim é um compromisso social e político, visto que compreender o cuidado enquanto um

[...] valor ético significa dizer que a nossa sobrevivência e desenvolvimento só é possível em redes de interdependência com outras pessoas, redes estas que se configuram como vínculos morais capazes de unir adultos moralmente formados (GUIMARÃES, 2010, p.207).

A influência da teoria feminista nos estudos da deficiência, aqui com especial ênfase aos pontos interligados com a ética do cuidado, promoveu uma reavaliação de assuntos centrais também ao direito das pessoas com deficiência. Frente a isso, avança-se ao último subtítulo da primeira parte desse trabalho, em que serão destacados alguns conceitos importantes do modelo social da deficiência que foram absorvidos pelo direito e introduzidos nas normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 O MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA E O DIREITO

Abordar as influências que o modelo social da deficiência exerceu sobre o direito é um exercício que pode ser realizado por diferentes caminhos. Entre as possíveis escolhas estão o estudo das normas

internacionais de direitos humanos, a pesquisa acerca das legislações nacionais ou a análise das decisões de tribunais com intuito de observar como são aplicadas essas normas sobre os direitos das pessoas com deficiência, ou seja: são variados os percursos que podem ser escolhidos.

Nesse estudo, opta-se por examinar o impacto que o modelo social da deficiência exerceu para o reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto um sujeito de direitos, o que será feito com base no conteúdo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Lei Brasileira da Inclusão das Pessoas com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) de número 13.146/2015.

A CDPD foi o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI (MEEKOSHA; SOLDATIC, 2011. p. 1384), adotado pela Assembleia Geral n. 61/106 da ONU em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigor no dia 3 de maio de 2008 (PALACIOS, 2017. p.15). O Brasil ratificou a CDPD em 1º de agosto de 2008, conferindo-lhe força de emenda constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que prevê a natureza de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional⁸ (BRASIL, 1988).

O processo de estruturação do texto da CDPD contou com a participação de Organizações Não Governamentais (ONG's) representativas das pessoas com deficiência (GARCÍA; PALACIO, 2016,

⁸ "Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)" (BRASIL, 1988).

p.14-18), o que condizia com o princípio básico da luta do movimento: ‘nothing about us, without us’, cuja tradução literal é ‘nada sobre nós, sem nós’, que possui um profundo significado de afastamento das “[...] políticas de cunho tutelar e assistencialistas, que impunham às pessoas com deficiência a condição de coadjuvantes em todas as questões que lhe diziam respeito diretamente” (FONSECA, 2012, p. 22-23). Portanto, a CDPD representa a ruptura paradigmática com o modelo biomédico da deficiência, pois desde a sua elaboração foi garantido às pessoas com deficiência seu direito à voz e à escolha, atuando enquanto sujeitos de direitos, como reconhecido pelo modelo social da deficiência.

Os problemas enfrentados pelas pessoas com deficiência passaram a ser entendidos como questões de direitos humanos e, portanto, as respostas oferecidas a esses problemas devem ser pensadas e elaboradas pela perspectiva desses direitos (PALACIOS, 2017. p.15), em síntese: “O direito internacional dos direitos humanos incorpora esta abordagem a partir da aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)”⁹ (PALACIOS, 2019. p.2, tradução nossa). A relevância da CDPD consiste no fato dela ter adotado os entendimentos do modelo social – entre eles, a definição de pessoa com deficiência – o que garantiu sua indicação como “[...] um marco na história do movimento dos direitos das pessoas com deficiência”¹⁰ (MEEKOSHA; SOLDATIC, 2011. p. 1384, tradução nossa). Então, a conceituação de pessoas com deficiência presente na CDPD é composta dos seguintes termos:

⁹ “El derecho internacional de los derechos humanos incorpora este abordaje a partir de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)”. (PALACIOS, 2019. p. 2, tradução nossa).

¹⁰ “[...] as a landmark in the history of the disability rights movement”. (MEEKOSHA; SOLDATIC, 2011. p. 1384, tradução nossa).

Artigo 1. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

A definição de pessoa com deficiência da CDPD é amparada no disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), que garante em seu artigo VI que “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (ONU, 1948), o qual foi inserido expressamente no artigo 12.1 da CDPD¹¹, visando também desconstruir a profunda discriminação de que esses sujeitos seriam desqualificados à tomarem suas próprias decisões, o que era reconhecido nas legislações que negavam a capacidade jurídica das pessoas com deficiência (DHANDA, 2008, p.47).

Conforme já referido, a CDPD integra o ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional, logo, a sua terminologia também é incorporada a esse sistema de forma integral, abrangendo o plano constitucional e infraconstitucional. Sendo assim, ainda que a CF/88 mantenha em seu texto o termo ‘pessoa portadora de deficiência’, entende-se que essa nomenclatura já foi superada no momento da promulgação da CDPD. Nesse sentido, Araújo traz outros fundamentos para a confirmação da nomenclatura ‘pessoa com deficiência’ enquanto regular denominação jurídica na legislação brasileira:

A Convenção adota uma terminologia mais adequada para o tema: pessoa com deficiência. Nossas Constituições já lhe deram o tratamento de

¹¹ “Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei. 1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei”. (BRASIL, 2009).

“deficiente” e, no documento de 1988, “pessoa portadora de deficiência”, como já visto. Inegável que a Constituição atual já avançou e trouxe a expressão mais adequada e apropriada para seu tempo. No entanto, a palavra “portadora” se referia a alguém que carregava consigo alguma coisa, como se a deficiência não fosse algo da pessoa, mas algo que está com a pessoa. A Convenção decidiu chamar este grupo vulnerável de “pessoa com deficiência. Assim, como a norma tem valor equivalente ao de emenda, podemos dizer que o sistema brasileiro adotou uma nova expressão: “pessoa com deficiência”. há uma simbologia importante no novo tratamento. A deficiência passa a ser parte da pessoa, integrando-se a ela, e não algo que estava perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carrega: ela é. Mas, antes de tudo, é uma pessoa. Logo, houve um ajuste de contemporaneidade à expressão empregada no Texto Constitucional. (ARAÚJO, 2012, p.55).

O texto da CDPD também foi de extrema relevância na elaboração da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), estando expressamente previsto que a CDPD é a base do texto presente no EPD. Verifica-se, então, a transcrição da mesma definição jurídica de pessoa com deficiência escolhida para a CDPD no artigo 2º do EPD¹² (BRASIL, 2015), bem como entende-se que a legislação nacional absorveu os preceitos do modelo social como norteadores de seu ordenamento.

A definição jurídica apresentada inaugura essa nova fase de garantia de direitos humanos às pessoas com deficiência, mediante o compromisso assumido pelos Estados na ratificação da CDPD. Logo, a família deixa de ser a única responsável pela pessoa com deficiência, o

¹²Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 2015).

que fazia parte do discurso do modelo biomédico, e a sociedade e o Estado assumem a responsabilidade de proteger os direitos humanos dessas pessoas e garantir que sejam eliminadas quaisquer barreiras que possam impedir o exercício desses direitos pelas próprias pessoas com deficiência.

Frente a essas considerações, avança-se para a segunda parte deste trabalho, em que será abordado o papel do direito na emancipação de pessoas com deficiência e a relevância do cuidado enquanto um direito para a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

3 O PAPEL EMANCIPADOR DO DIREITO NA LUTA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DO DIREITO AO CUIDADO COMO JUSTIÇA SOCIAL

Analisar algo por uma perspectiva crítica pressupõem o conhecimento sobre a realidade a qual se pretende tecer a crítica e a apresentação de uma opção àquela situação, ou melhor, “[...] o ponto de vista crítico é aquele que vê o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu, mas que se encontra em germe no próprio existente” (NOBRE, 2004, p.9).

Nesse sentido, uma teoria crítica não se limita apenas à descrição do fato, ela é também propositiva acerca de alternativas para a mudança ou melhor funcionamento do estado daquilo que se avalia. Nas palavras de Nobre (2004, p.11), com a teoria crítica é possível se obter um diagnóstico do tempo presente e, a partir dele, emitir um prognóstico sobre como se dará o desenvolvimento histórico. Outra característica importante da teoria crítica é a relação estabelecida entre teoria e prática, visto que:

[...] a teoria crítica não pode se confirmar senão na prática transformadora das relações sociais vigentes. As ações a serem empreendidas para a superação dos obstáculos à emancipação constituem-se em um momento da própria teoria. [...] Note-se, entretanto, que a prática não significa aqui uma mera aplicação da teoria, mas envolve embates e conflitos que se costuma caracterizar como ‘políticos’ ou ‘sociais’. A prática é um momento da teoria, e os resultados das ações empreendidas a partir de prognósticos teóricos tornam-se, por sua vez, um novo material a ser elaborado pela teoria, que é, assim, também um momento necessário da prática. (NOBRE, 2004, p.15-16).

Partindo desse conceito de teoria crítica, pretende-se avaliar o potencial emancipador do direito às pessoas com deficiência – diagnosticado teoricamente – com o intuito de identificar se é válido o prognóstico de que o cuidado enquanto direito é uma prática impulsionadora à justiça social.

3.1 EMANCIPAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

O reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto um sujeito de direitos, a partir da CDPD, analisado pela perspectiva crítica do direito, representa considerar essa “[...] pessoa como centro de produção das normas e das instituições que organizam a vida em sociedade” (SILVA; RODRIGUEZ, 2019, p. 2970). Em outras palavras, a pessoa é compreendida “[...] como centro do direito em razão das características da gramática jurídica ocidental” (SILVA; RODRIGUEZ, 2019, p. 2970). Sendo assim, a pessoa com deficiência está abrangida pelas normas da gramática jurídica, como também, é um sujeito que pode se blindar e se proteger pelo uso dessas normas. Esta relação da pessoa com o direito é traduzida enquanto “O poder do sujeito de direito

é de defender, reivindicar e construir sua forma de vida e de defendê-la tanto do próprio direito quanto dos demais sujeitos de direito” (SILVA; RODRIGUEZ, 2019, p. 2979).

Ser reconhecido enquanto sujeito de direito é um fato necessário quando se aborda a questão da participação social¹³ e da emancipação. Tanto na CDPD como no EPD, a plena e efetiva participação e inclusão social são apontadas enquanto princípio¹⁴ e direito¹⁵ a todas as pessoas com deficiência, sendo responsabilidade do Estado elidir as barreiras que impeçam o exercício desses direitos (BRASIL, 2009; 2015). Participar da vida pública é um pressuposto para o indivíduo exercer seu poder de sujeito de direito de se ‘defender, reivindicar e construir’, e da mesma forma, a pessoa somente participará do âmbito público a partir do reconhecimento enquanto sujeito de direito. Frente a essa afirmação, resta a dúvida: mas e a emancipação, se daria apenas com a plena participação pública?

A emancipação é um conceito oriundo da teoria crítica, mais precisamente, “A emancipação sempre foi central para o projeto da teoria social crítica da Escola de Frankfurt” (ALLEN, 2015, p.115). A posição de teóricos dessa tradição, como Horkheimer, era a de que a teoria crítica não se limita apenas ao objetivo de compreender o que

¹³ Cabe esclarecer que tanto a CDPD como o EPD definem a plena participação social em todos os âmbitos da vida pública, ou seja, aqui se considera o exercício dos direitos humanos como a educação, trabalho, lazer, saúde e, também, os direitos políticos relativos ao direito de votar e ser votado.

¹⁴ “Art. 3º. Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade” (BRASIL, 2009, grifo nosso).

¹⁵ “Capítulo IV. Do direito à participação na vida pública e política. Art. 76. O poder público deve garantir à pessoa com deficiência todos os direitos políticos e a oportunidade de exercê-los em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

constitui a emancipação ou as condições sob as quais ela é possível, mas também tem o ambicioso objetivo de emancipar o ser humano (ALLEN, 2015, p. 115). Dessa forma, a faceta propositiva da teoria crítica em relação à emancipação se estabeleceu diante do conhecimento acerca da realidade social, retomando a definição de Nobre (2004) – o diagnóstico – para com isso, apresentar o prognóstico ou, em outras palavras:

A tarefa central do diagnóstico explicativo da teoria crítica é a análise das relações de poder em toda a sua profundidade e complexidade, pois são as relações de dominação e opressão que escravizam os seres humanos e bloqueiam a emancipação, gerando crises sociais e patologias. (ALLEN, 2015, p.116).

A emancipação é entendida, quando analisadas pela perspectiva de Allen que estrutura seus argumentos para uma teoria crítica feminista, como negativa e não utópica, porque reconhece a existência de relações de poder na sociedade, e a partir delas acredita existir a possibilidade de emancipação de sujeitos. As relações de poder são definidas como relações móveis, passíveis de mudança, e por isso há a possibilidade de os sujeitos lutarem pela alteração dessas relações. Ao contrário, as relações de dominação são fixas, impedem a emancipação dos sujeitos e são sobre essas que Allen elabora a sua concepção de luta emancipatória. Em síntese, o conceito de emancipação defendido por Allen é:

[...] uma concepção de emancipação que seja negativista em dois sentidos interconectados — isto é, que defina a emancipação negativamente como a transformação do estado de dominação em um terreno móvel e reversível de relações de poder e que, desse modo, não se faça prisioneira de uma visão utópica positiva isenta de relações de poder — oferece o melhor modelo para uma teoria crítica feminista à luz das complexidades e ambivalências do discurso emancipatório. (ALLEN, 2015, p. 177).

A emancipação também é pensada pelo direito, ou melhor, a partir de uma Teoria Crítica do Direito que reconhece o seu potencial emancipador. Rodriguez defende que uma Teoria Crítica do Direito é a “[...] reconstrução dos pressupostos institucionais e suas alternativas em disputa (desenhos institucionais e interpretações do direito), tendo em vista os interesses em conflito com a finalidade de construir uma sociedade emancipada” (RODRIGUEZ, 2013, p. 168). Assim, a emancipação pelo direito é vivenciada dentro das instituições democráticas, onde existe a possibilidade de disputa, espaço esse em que os sujeitos de direito defendem-se, reivindicam e constroem. Essa emancipação, portanto, tem como requisito central a democracia, ou melhor:

[...] o critério da emancipação, no registro da teoria crítica atual, é a democratização radical da sociedade e tal objetivo exige a desnaturalização de toda e qualquer solução institucional existente em nome da crescente inclusão de novas demandas e interesses dos vários indivíduos e coletividades, ou seja, da democratização radical que libera os conteúdos comunicativos presentes na sociedade (RODRIGUEZ, 2013, p.168).

O potencial emancipador do direito foi defendido por Neumann (2013) enquanto algo a ser desenvolvido em um Estado de Direito que legitime suas instituições democráticas, ou seja, não haverá direito fora de uma democracia, visto que “O direito não é apenas a vontade do líder” (NEUMANN, 2013, p.477). Portanto, a emancipação se realiza como uma prática inerente ao direito, que acontece por meio das instituições democráticas. E a luta pela emancipação se configura enquanto uma disputa “[...] política-jurídica pela diversidade radical e pela gestão democrática dos conflitos inerentes a esta condição de fluxo

permanente, que mantém a indeterminação em seu ponto de fuga” (RODRIGUEZ, 2019, p. 14).

Outro elemento necessário à emancipação é a autonomia. Neumann (2013) entende que a forma do direito permite autonomia aos sujeitos para gerir suas vidas, e é devido a essa autonomia que as pessoas podem defender-se das próprias normas que por ventura lhe desagradem. A autonomia garante ao sujeito de direito lutar pela promessa de igualdade perante a lei que compõem a forma do direito democrático, “[...] mas que vai além de si mesma e permite disputas por inclusão em sua gramática, em especial, reivindicações por diferentes formas de subjetivação. (SILVA; RODRIGUEZ, 2019, p. 2983-2984).

As pessoas com deficiência têm sua autonomia individual assegurada enquanto um princípio no artigo 3º da CDPD (BRASIL, 2009) e, também, como direito previsto no EPD, devendo ser protegida e garantida pelo Estado. A concretização da autonomia enquanto direito é realizada a partir da interação com outros direitos e, por esse motivo, ela é prevista em diversos artigos do EPD. Cita-se como exemplo de exercício do direito à autonomia individual da pessoa com deficiência a livre escolha de um trabalho¹⁶, o desenvolvimento de seu direito à educação mediante um planejamento pedagógico adequado ao seu desenvolvimento¹⁷ e o exercício do direito à saúde¹⁸. Incluído também

¹⁶ “Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas” (BRASIL, 2015).

¹⁷ “Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar: [...] III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia; [...]” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

¹⁸ “Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário. § 1º É assegurada a participação da pessoa com deficiência na elaboração das políticas de saúde a ela destinadas. § 2º É assegurado atendimento segundo normas éticas e técnicas, que regulamentarão a atuação dos

como uma questão relacionada ao direito à saúde, o cuidado, passa a ser analisado com maior destaque a fim de se entender como a legislação protetiva às pessoas com deficiência dispõe sobre a autonomia e o cuidado a fim de promover a emancipação.

3.2 O CUIDADO ENQUANTO DIREITO

O cuidado é mencionado expressamente na CDPD em dois momentos: no artigo 23, que trata do respeito pelo lar e pela família, e considera os Estados Partes responsáveis pelos cuidados de uma criança com deficiência que não tenha uma família em condições de lhe cuidar (BRASIL, 2009); e, no artigo 28, que dispõe sobre o padrão de vida e proteção social adequados, sendo obrigação dos Estados Partes garantir “[...] o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso” (BRASIL, 2009).

No EPD, são encontradas cinco referências expressas da palavra cuidado e a composição de conceitos relacionados a sua prática. No artigo 3º do EPD é indicado um rol de significados importantes à proteção dos direitos das pessoas com deficiência, inclusive relacionados ao direito ao cuidado (BRASIL, 2015). As pessoas que exercem trabalho de cuidado às pessoas com deficiências são classificadas como: atendente pessoal, que pode ser membro ou não da família que com ou sem remuneração assiste e presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência, sendo excluídas as técnicas

profissionais de saúde e contemplarão aspectos relacionados aos direitos e às especificidades da pessoa com deficiência, incluindo temas como sua dignidade e autonomia” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

identificadas com profissões legalmente estabelecidas (BRASIL, 2015); e, acompanhante, que restringe-se a fazer companhia à pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal (BRASIL, 2015).

No EPD também são previstas as residências inclusivas. Elas são unidades de oferta do Serviço de Acolhimento do Sistema Único de Assistência (SUAS), as quais devem estar localizadas em áreas residenciais da comunidade e disponibilizar estrutura adequada, bem como apoio psicossocial a jovens e adultos com deficiência, em situação de dependência, que não dispõem de condições de autossustentabilidade e com vínculos familiares fragilizados ou rompidos, conforme previsão dos artigos 3º, X e 31, §2º do EPD (BRASIL, 2015). Essas residências são reguladas pela Resolução n. 109/2009 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), Norma Operacional Básica de Recursos Humanos (NOB-RH), cartilha de ‘Orientações sobre o acolhimento de jovens e adultos com deficiência em residência inclusiva: perguntas e respostas’, editada em 2014 pelo Ministério do Desenvolvimento Social do Governo Federal, e Resolução n. 17/2011 do CNAS, as quais dispõem sobre aspectos da estrutura física, como sobre a elaboração de Planos Individuais de Atendimento e Projetos Políticos Pedagógicos¹⁹ (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.120).

Duas críticas importantes a se pontuar acerca da política assistencial das residências inclusivas às pessoas com deficiência que

¹⁹ “O Plano Individual de Atendimento é um instrumento técnico norteador da relação entre os residentes e os profissionais, nele deve constar a história de vida de cada morador, a situação e dinâmica de sua família, esta última quando os vínculos familiares não estiverem rompidos. O Projeto Político Pedagógico, por sua vez, é um documento que visa o planejamento das rotinas da residência, tem foco nos cuidados relacionados aos moradores e também na orientação dos profissionais quanto às suas condutas, especialmente no sentido de não adotarem atitudes de superproteção e/ou subestimação das habilidades dos residentes”. (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.120).

não são autossuficientes e não têm vínculos fortalecidos com familiares. A primeira é a natureza dessa política, que é de cunho assistencialista e institucionalista sendo a responsabilidade estatal do tipo subsidiária, ou seja, parte da ideia que o cuidado provido pelo Estado se limita a esse local reservado à determinadas pessoas com deficiência e somente quando as famílias não se responsabilizarem pelo seu familiar com deficiência (LUIZ; SILVEIRA, 2020). Ademais, mesmo que as regulações das residências inclusivas prevejam à “[...] construção progressiva da autonomia e do protagonismo no desenvolvimento das atividades de vida diária da pessoa com deficiência, sua participação social e comunitária” (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.121), a institucionalizações é uma característica típica ao modelo biomédico da deficiência, no qual se mantém a noção de caridade ao invés da de direito, posicionando às pessoas com deficiência à margem social (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.121).

E a segunda crítica, levantada também pelas estudiosas Luiz e Silveira (2020, P. 121-122) é a de que a política de residências inclusivas estaria em desacordo com a previsão do artigo 19 da CDPD²⁰ acerca do direito à vida independente e a inclusão na comunidade (BRASIL, 2009). No texto desse artigo, o direito de viver em comunidade com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas é exaltado, dando

²⁰ “Artigo 19. Vida Independente e inclusão na comunidade. Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que: a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia; b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade; c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades” (BRASIL, 2009).

preferência a tipos de atendimento e apoio que preservem a convivência social para evitar a segregação e exclusão social de pessoas com deficiência. Dessa forma, reduzir à política do cuidado às residências inclusivas

“[...] viola o texto constitucional brasileiro na medida em que não oportuniza que nós, pessoas com deficiência, dependentes de cuidados diários decidamos sobre o lugar e as pessoas com quem queremos morar, obrigando-nos ao acolhimento institucional” (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.121-122).

Luiz e Silveira (2020, p.112) esclarecem que suas críticas não se relacionam à existência das residências inclusivas, mas sim ao fato da ausência de previsão legal que garanta o direito à escolha das pessoas com deficiência limitando sua autonomia ao ‘olhar médico e caritativo’ (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.122), bem como ao fato de que a responsabilidade Estatal somente se concretizará nos casos em que a família não tiver laços com a pessoa com deficiência a ponto de não se responsabilizar pelos seus cuidados. Nesse sentido, as estudiosas reforçam a importância do cuidado pela perspectiva do direito, da emancipação e da justiça social:

O cuidado, do modo como entendemos, precisa ser compreendido como instrumento de emancipação e de justiça social, oportunizando que façamos nossas escolhas com liberdade e que o Estado esteja incumbido de viabilizar o exercício de nossos direitos em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, que não deixemos, por exemplo, de frequentar o ensino superior porque nossa família está trabalhando e não pode nos levar até a universidade e nos ajudar a ir ao banheiro e a intermediar outras tarefas que se façam necessárias, mas sim que possamos fazer essas atividades com

dignidade e com o auxílio de atendentes pessoais custeados pelo Estado, se assim desejarmos. (LUIZ; SILVEIRA, 2020, p.122).

E como referiram as estudiosas Luiz e Silveira (2020, p.122), o cuidado é um instrumento de emancipação, em que a pessoa com deficiência exerce seu direito a autonomia individual mediante a tomada de decisão sobre seu corpo e sua vida, e também de justiça social, sendo esse o último conceito a ser estudado nessa pesquisa.

3.3 UM PROGNÓSTICO PARA A JUSTIÇA SOCIAL

Retomando os conceitos de diagnóstico e prognóstico da teoria crítica, afirma-se aqui: o direito ao cuidado que respeita a autonomia individual enquanto uma prática emancipadora às pessoas com deficiência é um caminho à justiça social. E o que significa justiça social? Qual sua importância para o direito? Nesta última etapa do trabalho, serão apresentados alguns conceitos de justiça social com o objetivo de se entender qual a relação com o direito e porque é apontada como o prognóstico do cuidado com prática emancipadora.

A ligação entre justiça e direito foi observada por Culleton e Bragato (2015) a partir de uma perspectiva filosófica, indicando como resultado que a “[...] justiça é sempre sociopolítica, pois se relaciona diretamente com a maneira de as pessoas se tratarem mutuamente e de se organizarem” (CULLETON; BRAGATO, 2015, p.78), e os conflitos originários dessa organização social devem ser equacionados pela união da razão e dos costumes que forma o Direito (CULLETON; BRAGATO, 2015, p.78). A justiça e o direito são, portanto, produtos sociais.

Nessa linha, o estudo das escalas da justiça realizado por Rodriguez (2020) – com base nas produções de estudiosos como Rainer Forst,

Nancy Fraser, Martha Nussbaum e Seyla Benhabib – analisa as proposições de teorias de justiça que ainda que tracem caminhos diferentes, convergem em relação a autonomia do sujeito. Partindo disso, Rodriguez afirma que mesmo nos casos envolvendo pessoas com deficiência mental severas, não teria sentido “[...] imaginar que seria aceitável, de um ponto de vista construtivista, tratar quem quer que seja como mero objeto de solidariedade e não como um ser humano capaz de expressão autônoma, ainda que tal expressão necessite de um processo de tradução por pessoas competentes para esta finalidade” (RODRIGUEZ, 2020, p. 164).

Essas maneiras de compreender a justiça servem a reflexão proposta nesse estudo que busca demonstrar que o reconhecimento do direito ao cuidado às pessoas com deficiência é um caminho possível à justiça social. Dessa forma, não se exclui do debate público a diferença e se reafirma a igualdade entre pessoas com e sem deficiência a partir da superação de barreiras sociais decorrentes da opressão frente a negação de autonomia individual e possibilidade de emancipação das pessoas com deficiência.

Referente à diferença, Minnow (1990) analisa o direito imbricado ao dilema da diferença e afirma que esse não é um problema acidental na sociedade, mas sim resultado da forma como a própria sociedade identifica indivíduos e categorias e, com base nisso, determina quem deve estar incluído e quem deve ser excluído das atividades políticas, sociais e econômicas (MINOW, 1990, p. 20). As atividades sociais são então pensadas apenas nos sujeitos incluídos, tornando os excluídos inadequados devido a alguma característica inerente a sua natureza (MINOW, 1990, p. 20).

A exclusão organizada a partir da diferença é um dos pontos aos quais intenta-se apresentar uma alternativa com o prognóstico da justiça social, em que não há espaço para se admitir qualquer tipo de exclusão de seres humanos. Portanto, toma-se a definição de Minow (1990) do dilema da diferença para se apresentar o direito como ferramenta útil a essa problemática, e, como exemplo prático, escolhe-se o direito ao cuidado das pessoas com deficiência, que a partir da concepção das teóricas feministas, demonstra-se que garantir o direito a autonomia e livre escolha a esses indivíduos é reconhecer a humanidade deles e promover a sua emancipação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já afirmado no último tópico desse estudo, a hipótese inicial é confirmada, pois foi possível demonstrar que o direito ao cuidado que respeita e garante a autonomia individual e o direito de escolha às pessoas com deficiência é uma prática emancipadora com o potencial de promover à justiça social. É importante destacar que o amparo dessa confirmação se sedimentou tanto nos conceitos teóricos como na leitura crítica das normas de direito vigentes no Brasil, considerando o fato inquestionável que existe espaço para aperfeiçoamentos delas. Sendo assim, a hipótese se confirma no plano do prognóstico, em que se observa a necessidade de se defender e promover o direito à autonomia individual das pessoas com deficiência no exercício de seu direito ao cuidado como elemento essencial à emancipação.

A escolha por dar ênfase ao modelo social da deficiência a partir das contribuições da Teoria Feminista foi realizada por se entender que a emancipação das pessoas com deficiência é desenvolvida a partir do

reconhecimento do direito ao cuidado pela perspectiva da interdependência, em que todos os seres humanos precisam e exercem o cuidado entre si. Assumir a natureza humana do cuidado é possibilitar sua estruturação enquanto um bem primordial a toda e qualquer pessoa, inclusive às pessoas com deficiência.

O papel emancipador do direito foi demonstrado tanto pela adesão das pessoas com deficiência ao status de sujeitos de direito, como na possibilidade conferida pela forma do direito aos indivíduos exercerem sua autonomia para questionar inclusive as normas jurídicas. Portanto, diante dessa estrutura – que só é desenvolvida em um Estado Democrático de Direito – as pessoas com deficiência têm o poder de defender-se, reivindicar e construir normativas coerentes com o ideal de justiça social.

Por fim, o que se observa do conteúdo normativo vigente no Brasil acerca das políticas para o direito ao cuidado das pessoas com deficiência é que elas carecem de uma reavaliação a fim de se proteger e garantir o direito de escolha das pessoas com deficiência no tocante à forma como receberão o cuidado. Pode-se afirmar que o cuidado é um direito reconhecido pelo Estado brasileiro em relação às pessoas com deficiência, mas também é possível admitir que o direito ao cuidado pode ser confundido e limitado à ideia de tratamento médico institucionalizado e, até mesmo à caridade, se não for resguardada e promovida a autonomia individual da pessoa com deficiência, de modo a caber a ela as decisões sobre quem serão as pessoas que deverão realizar e como deverá ser feito o trabalho do cuidado.

Conclui-se, então, que a autonomia individual – conferida aos reconhecidos sujeitos de direitos – é um elemento indispensável à emancipação das pessoas com deficiência, assim como o direito ao

cuidado que resguarda tal autonomia têm o potencial de promover uma condição de igualdade de oportunidade entre sujeitos de direitos com e sem deficiência, condizentes com os propósitos da justiça social.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, p. 115 a 132, nov. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-33002015000300115&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 17 fev. 2021.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). **Manual dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARNES, Colin. Re-thinking Disability, Work and Welfare. **Sociology Compass**, [s. l.], v. 6, n. 6, p. 472–484, 2012. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edselc&AN=edselc.2-52.0-84861897077&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 8 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo. **A justiça e o direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n.8, Junho, 2008. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur8-port-amita-dhanda.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência?** São Paulo: Brasiliense, 2012.

ELSNER, Larissa de Oliveira. Deficiência, Discriminação e Lei de Cotas: as barreiras ao exercício do direito ao trabalho. In: BEM, Gustavo Vinícius; ELSNER, Larissa de Oliveira; COSTA, Vitória Volcato da. **Pesquisa Científica e Concretização de Direitos**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. Disponível em: <https://www.editorafi.com/187direitos>. Acesso em: 29 jun. 2021.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). **Manual dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Tiago Henrique. Modelo social da deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social. **Lutas Sociais**, São Paulo, v.17, n.31, p. 59-73, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/l/article/view/25723>. Acesso em: 8 nov. 2019.

GARCÍA, Rafael de Lorenzo; PALACIOS, Agustina. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia. In: BUENO, Luis Cayos Pérez; LORENZO, Rafael de. **La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad- 2006-2016**: una década de vigencia. Madrid: CERMI, 2016. Disponível em: <https://www.cermi.es/es/colecciones/la-convenci%C3%B3n-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2006>. Acesso em: 23 nov. 2019.

GUIMARÃES, Raquel. Gênero e deficiência: um estudo sobre as relações de cuidado. In: DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson (org.). **Deficiência e Discriminação**. Brasília-DF: Letras Livres; EdUnB, 2010.

HUNT, Judy. Classic Review. **Disability & Society**, [s. l.], v. 22, n. 7, p. 795-799, 2007. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=27528958&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 nov. 2019.

KITTAY, Eva Fender. A feminism public ethic of care meets the new communitarian family policy. **Ethics, Chicago**, v. 111, n. 3 (April 2001), pp. 523-547. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=4436803&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 14 fev. 2021.

KITTAY, Eva Fender. The Ethics of Care, Dependence, and Disability. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 24, n. 1, p. 49-58, 2011. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=58535447&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 19 nov. 2019.

LUIZ, Karla Garcia; SILVEIRA, Thaís Becker Henriques. Pessoas com deficiência e (inter)dependência: uma perspectiva da ética do cuidado para a promoção de justiça social. In: GESSER, Marivete et.al. (org.). **Estudos da deficiência: anticapacitismo e emancipação social**. Curitiba: CRV, 2020.

MARTINS, Bruno Sena. Deficiência, política e direitos sociais. **JURIS – Revista da faculdade de direito FURG**, v. 26, Rio Grande, p.167-187, 2016. p.174. Disponível em: https://siposg.furg.br/selecao/download/775/Martins2016_Deficiencia.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

MEEKOSHA, Helen; SOLDATIC, Karen. Human rights and the global south: the case of disability. **Third World Quartely Journal**, [s.l.], v. 32, n. 8, p. 1383-1398, 2011. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2011.614800>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MEEKOSHA, Helen; SOLDATIC, Karen. Human rights and the global south: the case of disability. **Third World Quartely Journal**, [s.l.], v. 32, n. 8, p. 1383-1398, 2011. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01436597.2011.614800>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MELLO, Anahi Guedes de; NUERNBERG, Adriano Henrique. Gênero e deficiência: interseções e perspectivas. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis-SC, v. 20, n. 3, p. 635-655, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n3/03.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MINOW, Martha. **Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law**. London: Cornell University Press, 1990.

MORRIS, Jenny. Care of Empowerment? A Disability Rights Perspective. **Social Policy & Administration**, [s. l.], v. 31, n. 1, p. 54-60, 1997. Disponível em:

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=18791671&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 18 nov. 2019.

MORRIS, Jenny. **Impairment and disability**: constructing an ethics of care that promotes human rights. *Hypatia*, [s. l.], v. 16, n. 4, p.1-16, 2001. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1527-2001.2001.tb00750.x>. Acesso em:14 nov. 2019.

MORRIS, Jenny. Personal and political: a feminist perspective on researching physical disability. **Disability, Handicap & Society**, [s. l.], v.7, n., p.157-166, 1992, p.157. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgh&AN=14148400&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 18 nov. 2019.

NEUMANN, Franz. **O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NOBRE, Marco. **A Teoria Crítica**. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004

OLIVER, Mike. Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? In: BARTON, L. (Coord.). **Discapacidad y sociedad**. Madri: Morata, 1998.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: ONU, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

PADILLA-MUÑOZ, Andrea. Discapacidad: contexto, concepto y modelos. Bogotá: **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n.16, janeiro-junho, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n16/n16a12.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

PALACIOS, Agustina. El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos. **Revista Colombiana de Ciencias Sociales**, Medellín, v. 6, n.1, p. 14-18, jan.- jun., 2017. Disponível em: <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/2190>. Acesso em: 10 fev. 2020.

PALACIOS, Agustina. Perspectiva de discapacidad y derechos humanos en el contexto de una educación superior inclusiva. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 24, n. 4, p. 1-13, out.-dez., 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10225>. Acesso em: 8 fev. 2020.

RODRÍGUEZ, Beatriz Revuelta. La complejidad de abordar los cuidados y la discapacidad.

Algunos guiños reflexivos para el caso chileno. In: RÍOS, Alexander Yarza de los et al. (coord.). **Estudios críticos em discapacidad: una polifonia desde América Latina.**

1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019. Disponível em:

<https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2020/06/GT-Estudios-criticos-discapacidad.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas:** democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Escalas de construção da Justiça: Nancy Fraser à luz de Rainer Forst. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.57, p. 149 a 165, jun/set, 2020. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/767/597>. Acesso em: 21 fev. 2021.

SANTOS, Wederson Rufino dos. Pessoas com deficiência: nossa maior minoria. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.18, n. 3, p. 501-519, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312008000300008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 28 dez. 2019.

SILVA, Simone Schuck da; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Para que serve ser uma pessoa no Direito? Diálogos no campo crítico. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v.10, n.4, p. 2968-3023, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/45693>. Acesso em: 17 fev. 2021.

UPIAS, Union of the Physically Impaired Against Segregation. **Fundamental principles of disability.** London: UPIAS, 1975. Disponível em: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

ZIRBEL, Ilze. **Uma teoria político-feminista do cuidado.** Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/167820/339912.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 nov. 2019.

2

ENTRE ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO, NÃO ANTROPOCENTRISMO E ANTICAPITALISMO: COMPREENDENDO A EMERGÊNCIA DE UM DIREITO PÓS-HUMANO

*Maria Cândida Simon Azevedo*¹

1 INTRODUÇÃO

Estudos recentes no âmbito do direito ambiental estão voltando as energias para a necessidade de repensarmos alguns paradigmas até então existentes, lançando mão de argumentos que promovem o não antropocentrismo e, por vezes, também uma espécie de anticapitalismo. No direito, surge uma crescente insatisfação com as propostas do direito ambiental que giram em torno de argumentos de sustentabilidade, ocasionando um despertar para as questões ecológicas e a emergência de um direito ecológico, com o intuito de confirmar as mudanças de paradigmas exigidas. De forma paralela, o movimento pelos direitos animais vem manifestando essas reivindicações também em favor de uma visão não antropocêntrica, que retira a superioridade do ser humano.

Essas reivindicações normalmente se manifestam através de algumas abordagens nascidas no campo da ética, como o biocentrismo, o ecocentrismo e o sensocentrismo (também chamado de animalismo

¹ Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista pelo Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Pesquisadora do Jurisgenesis - Grupo de Pesquisa em Direito, Crítica e Multinormatividade. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5707331017730262>. E-mail: mcsimonazevedo@hotmail.com.

ou patocentrismo). Embora sejam compreensões diferentes acerca dos limites morais, todas são oposições à visão antropocêntrica de mundo. De forma mais recente, um debate sobre as consequências das nossas ações sobre o planeta começa a emergir também no campo da economia, assumindo uma preocupação com o que alguns vem chamando de os limites físicos do planeta. Essas preocupações giram em torno da ideia de crescimento econômico e de se ou como poderemos manter esse crescimento de forma ilimitada.

As mudanças de paradigmas propostas normalmente estão alicerçadas em movimentos sociais como o movimento ecológico ou o movimento pelos direitos animais, muito embora acabem ocorrendo algumas intersecções com outras pautas, como a feminista. De fato, muitas dessas reivindicações vem sendo postas em análise pelo direito e vem refletindo, nos últimos anos, em um repensar de institutos do direito ambiental, do direito de propriedade e da própria centralidade humana na Ciência do Direito.

Nesse contexto, é necessário analisar de forma mais concreta como esse movimento em favor de um não antropocentrismo está se desenvolvendo na sociedade. Para tanto, o texto terá como pano de fundo a maneira de fazer pesquisa da teoria crítica de origem frankfurtiana, na medida em que vai procurar compreender a problemática sob análise a partir de uma visão geral que não busca defender uma posição específica, mas compreender o problema e as questões que giram em torno dele e, a partir daí, pensar potenciais de solução inscritos nessa análise. O foco de estudo pretende explorar reivindicações que estão para além do ser humano, que visam reformular as interações deste com o restante do planeta. Com isso, este artigo tem como pretensão reunir algumas questões em torno dos

problemas ambientais e da pluralidade de concepções de vida emergentes nas sociedades contemporâneas. A problemática busca compreender os debates atuais em torno do sentido de um direito pós-humano, um direito capaz de absorver essas demandas.

Tomando como ponto de partida a questão da ecologização do direito e o debate contemporâneo das éticas não antropocêntricas, assim como do anticapitalismo, o texto será dividido em dois capítulos. No primeiro, objetiva-se compreender a conjectura atual do debate ecológico. Importa ressaltar que esse debate tem como pano de fundo as mudanças paradigmáticas acima introduzidas, lançando ao direito um repensar dos seus próprios institutos. Dessa forma, analisaremos ainda nesse primeiro capítulo os paradigmas éticos que vem sendo postos em debate e que são o pano de fundo do objetivo maior.

No segundo capítulo, pretende-se analisar duas questões. Partindo das considerações do capítulo anterior sobre um repensar ético acerca da natureza e dos animais, propõe-se compreender se esse paradigma não antropocêntrico pressupõe um direito natural, de forma especial, um direito natural que compreenda um contrato com a natureza. Após, será analisada de forma mais específica a perspectiva anticapitalista, com fundamento na ideia de redefinição de progresso e de um despertar das questões ecológicas para o futuro.

Com isso, a pretensão é estabelecer alguns aportes teóricos acerca dos debates atuais sobre antropocentrismo, capitalismo e direito, buscando compreender as possibilidades acerca dessas reformulações em torno das bases da sociedade e para que seja possível começar a estabelecer os fundamentos de um direito capaz de incorporar as problemáticas emergentes, sem que deixe de exercer suas funções primordiais.

2 ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO E NÃO ANTROPOCENTRISMO

Ao introduzirmos o estudo de um tema, é preciso esclarecer alguns pontos de partida que embasam a pesquisa e desenharam o caminho a ser aberto. Este texto não parte de um início, mas de um fecho, que tomou forma a partir do estudo do movimento pelos direitos animais, mais especificamente em sua expressão de fundamentação ética, política e jurídica. Partimos do pressuposto de que uma conclusão deve concluir, mas a verdade é que ela é capaz de despertar questionamentos, dos mais diversos, e inquietações, das mais incertas. Este artigo é, por assim dizer, o estudo desses questionamentos e dessas inquietações.

Para que possamos compreender o ponto de partida em que estamos inseridos neste texto, vamos voltar um pouco no tempo e revisitar rapidamente alguns diagnósticos. A modernidade, embebida pelo espírito iluminista, trouxe para a humanidade a libertação de muitos dogmas e a implosão da ideia de unicidade moral. Esta, por sua vez, não detinha mais a capacidade de integrar a sociedade e relegou sua função ao direito. Desincumbido de uma racionalidade própria da moral, o direito se mostrou capaz de manter a sociedade estabilizada e impedir que ela se desintegre. (HABERMAS, 2012). Isso apenas se mostra possível a partir de um Estado de direito fundado democraticamente. O direito exige racionalidade e fundamentação, sob pena de esvair-se nos anseios ideológicos e antidemocráticos. Ainda assim, o direito, enquanto poder, mantém a estabilidade social na medida em que destrói significados jurídicos nascidos no âmago da sociedade. (COVER, 1983).

Pensando em termos holísticos – não-reducionistas –, compreender o fenômeno jurídico não envolve apenas as partes envolvidas. Existe um arcabouço de concepções por trás de uma

reivindicação. Existem sistemas como o capitalismo e burocracias como o aparato estatal que estão a todo momento penetrando nas camadas sociais e exigindo a renovação de esforços dos grupos e movimentos no combate à racionalidade instrumental. (HABERMAS, 2012).

Contemporaneamente, os esforços de grupos e movimentos têm se encaminhado para um debate ético. Buscam, com isso, a inclusão de suas demandas no interior da sociedade. Mas essa busca por fundamentação tem um preço, a emergência de proposições extremistas que, alicerçadas em argumentos racionais, compreendem suas motivações como um objetivo a ser alcançado pelo Estado de direito, omitindo da equação a concepção democrática. Isso não significa que o Estado democrático de direito não está em funcionamento. Atitudes extremistas sempre estarão presentes nas sombras da democracia, aguardando a oportunidade para se materializar no seio da sociedade.

No âmbito das lutas por ressignificação dos pressupostos fundantes da modernidade, da ideia do *homem* como o centro do universo e como medida para todas as coisas, se mostra importante questionar se ainda faz sentido apostarmos em uma abordagem antropocêntrica e humanista. Da ideia de que o progresso técnico é capaz de resolver todos os problemas da humanidade, apesar de perpetuar a exploração infinita dos recursos naturais, à concepção ecocentrista de que todos os ecossistemas têm valor moral e, portanto, seriam invioláveis, se mostra intrigante a busca de uma solução democrática por um direito não antropocêntrico ou, melhor dizendo, pós-humano.

Isso não significa, necessariamente, sair do paradigma racionalista no qual está fundado o direito, mas ampliar os horizontes para além da

concepção de *homem* como o centro de tudo. Significa buscar um meio termo entre o ecologismo conciliador e o ecologismo radical (BRANCO, 2014), entre a utilização indiscriminada de animais e a sua absoluta exclusão da sociedade humana ou entre a exploração da terra como se bem infinito fosse e a não utilização de nenhum recurso natural. Em meio a esse contexto, o movimento que vem tomando a vanguarda na proposição de concepções não antropocêntricas é o movimento ecológico (ou ambiental), cujos objetivos são necessidades intrínsecas a qualquer ser vivo do planeta, isto é, a proteção do meio ambiente e dos ecossistemas a fim de possibilitar a continuidade da vida como um todo.

2.1 DA ECOLOGIA AO DIREITO AMBIENTAL E DE VOLTA À ECOLOGIA²

Em termos práticos, o debate sobre ecologia nunca conseguiu se desvencilhar das amarras do desenvolvimento econômico, girando em torno de argumentos de sustentabilidade. Em verdade, Bocayuva (2012) explica que o debate gira em torno de duas posições: de um lado a concepção de capitalismo verde, que nasce da apropriação pelo capitalismo da razão ambiental, de outro, a ideia de justiça ambiental, “[...] quadro de vida futuro no qual essa dimensão ambiental da injustiça social venha a ser superada. Essa noção tem sido utilizada, sobretudo, para constituir uma nova perspectiva a integrar as lutas ambientais e sociais” (ACSELRAD, MELLO, BEZERRA, 2009, p. 9). No Brasil, é possível observarmos uma “[...] atuação do bloco de forças oligárquicas da

² Uma versão modificada desse capítulo foi apresentada no III Encontro Virtual do Conpedi, no Grupo de Trabalho Direito e Sustentabilidade II e encontra-se publicado nos Anais do Evento. Ver: AZEVEDO, Maria Cândida Simon. Direito senso-bio-ecocêntrico: uma construção não antropocêntrica. In: REZENDE, Elcio Nacur; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau (Coord.). **Direito e sustentabilidade II**. Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/5ey7a3w4/w6u1tUDvDXGvcfLR.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

agropecuária que se une a grandes empresas nacionais de energia, engenharia e mineração, avançando na fronteira interna e se associando com as redes transnacionais globais” (BOCAYUVA, 2012), o que impossibilita o avanço da pauta ambiental.

Em verdade, o sistema econômico parece ter sempre ditado as regras e o ritmo dado à preocupação ambiental. E esta foi, quase sempre, relegada à pautas políticas da esquerda, ainda que indiretamente, uma vez que estão atreladas à reivindicações de minorias políticas, como as indígenas, e impulsionada pelo movimento social ecológico. Contudo, Marques (2018) argumenta que nem mesmo partidos de esquerda conseguiram avançar em relação às questões ambientais, pois permanecem centrados em um protagonismo que gira em torno das forças produtivas e do desenvolvimento como progresso infinito. Distinguiram-se da direita apenas por suas reivindicações estarem vinculadas às áreas sociais e de distribuição de renda. “No mais, as esquerdas subscrevem a premissa que legitima como universal o ponto de vista do capital e de sua civilização termofóssil, a saber, a da bondade e mesmo da necessidade de acumulação contínua de excedente e de energia” (MARQUES, 2018, p. 39). Desde o início, o debate parece girar em torno de duas energias opostas: (1) o crescimento econômico e (2) a proteção do meio ambiente.

O crescimento econômico é o objetivo da política econômica, sendo associado ao aumento de renda e bem-estar social (RESENDE, 2013), muito embora existam diversos indícios de que essa associação não é bem-sucedida, como o sempre crescente aumento da desigualdade social e da extrema pobreza. (CEPAL, 2019). Esse crescimento pressupõe a utilização de recursos naturais com a finalidade de obtenção de lucro, o que vem ocasionando uma crescente, mas não recente, preocupação

com os limites físicos do planeta. A principal questão gira em torno da seguinte premissa, se o sistema econômico trabalha a partir da lógica do crescimento chegará o momento em que ele encontrará o limite dos recursos naturais e, portanto, o crescimento não será mais possível. (RESENDE, 2013).

Narra Berman (1994) que entre os séculos IX e XIX registros indicam que julgamentos de animais ocorreram em diversos lugares do mundo, especialmente por causar algum problema aos seres humanos, como ocorreu com os ratos de Autun, na França, que foram notificados a comparecer à corte de julgamento pela destruição causada em plantações. Não obstante o quão estranho isso possa parecer, Berman quer chamar a atenção para a importância dos julgamentos como instrumento de compreensão social. Mas, para além disso, é possível compreendermos a importância da criação de narrativas sociais, especialmente sobre questões e problemas de difícil compreensão. Nos casos citados por Berman, era notória a necessidade que a sociedade tinha de encontrar respostas e soluções para problemas e desastres naturais que ainda não tinham sido respondidos pela ciência.

Isso, entretanto, não é o que acontece hoje. Muito embora a ciência não possa responder a todas as questões da humanidade, ela pode fornecer dados e explicações racionais sobre fenômenos naturais, desastres e, até mesmo, as consequências da ação humana na face da Terra. Hoje temos a certeza de que dizimar uma espécie animal predadora irá acarretar consequências drásticas no ecossistema, que poderá resultar na superpopulação de outras espécies, que, como consequência, dizimarão plantações humanas e outros recursos naturais. Sabemos que introduzir espécies de plantas e animais exóticos de outros ecossistemas poderá acarretar desequilíbrio e expansão

descontrolada da espécie introduzida. Já fizemos tudo isso e continuamos a fazer.

Uma narrativa que parece estar tomando espaço nos últimos anos é o anúncio da catástrofe, do colapso do sistema capitalista e do meio ambiente, normalmente anunciado por alguns cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, ecologistas ou até mesmo economistas. (RESENDE, 2013; MARQUES, 2018; MORIN, 2013, DANOWSKI, CASTRO, 2014; LÖWY, 2014). Não se pretende aqui aderir à uma abordagem catastrofista do problema ecológico, mas compreender de que forma ele vem sendo abordado, uma vez que, independentemente da iminência de uma catástrofe ambiental, a problemática ecológica tem que ser enfrentada como condição de possibilidade para a continuidade da vida.

Nesse contexto, a emergência de um movimento ecológico embarcou na necessidade de a humanidade reconhecer as consequências de suas próprias escolhas e da ciência prestar a atenção nos problemas causados pelo seu avanço. Essas preocupações começam a emergir de forma mais contundente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a humanidade percebeu, de uma vez por todas, a sua capacidade autodestrutiva, em especial a partir da criação da bomba atômica e do que alguns vêm chamando de uma nova Época geológica, o Antropoceno, que representa a transformação física do planeta pela ação humana. (CRUTZEN, 2002; CRUTZEN, STOERMER, 2000).

Em seu livro, *Primavera Silenciosa*, publicado pela primeira vez em 1962, considerado um marco na preocupação com a preservação ambiental, a bióloga e cientista Carson (2013), chama a atenção para a utilização de agrotóxicos e produtos utilizados na agricultura que causam problemas graves no meio ambiente e na própria saúde de humanos e animais. Nos anos subsequentes, a preocupação com o meio

ambiente recebeu diversos impulsos, com a Declaração de Estocolmo em 1972; o Protocolo de San Salvador adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988; a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992; a Declaração de Joanesburgo de 2002 (Rio+10) e do Rio de 2012 (Rio+20); o Acordo de Paris sobre Mudança Climática de 2015 (COP 21), de Marrakech de 2016 (COP 22) e de Bonn de 2017 (COP 23), dentre outros.

No Brasil, o percurso do Direito Ambiental é descrito por Benjamin (2004) como possuindo três fases, embora não estanques, que podem ser denominadas, respectivamente, de (a) fase da exploração desregrada, (b) fase fragmentária e (c) fase holística. Na fase (a), que se encerra por volta da década de 60 do século XX, inexistiu regramento jurídico acerca da questão ambiental, com raras exceções por parte do Poder Público. A fase (b) é marcada por um incipiente despertar da legislação para a imposição de alguns limites pontuais da exploração ambiental, emergindo o Código Florestal em 1965, o Código da Pesca e da Mineração em 1967, a Lei dos Danos Nucleares também em 1967, a Lei do Zoneamento Industrial em 1980 e a Lei dos Agrotóxicos de 1989. Nessa fase, a preocupação e, portanto, a regulamentação jurídica do tema é bastante focada em fundamentos utilitaristas e reducionistas.

A terceira fase (c) tem seu marco em 1981, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em que pese considerarem a Lei dos Agrotóxicos de 1989 ainda um reflexo da fase anterior. Neste período holístico, passa a ser reconhecida a proteção integral do meio ambiente, como um organismo único e não fragmentado em diversas partes a serem protegidas uma a uma conforme a necessidade. Nesse contexto, em 1988 é inaugurada a Constituição Federal, protegendo o meio

ambiente em seu artigo 225, e em 1998 é aprovada a Lei dos Crimes Ambientais, reconhecendo a proteção administrativa, cível e penal do meio ambiente.

A partir das citadas fases, emergiu com o passar dos anos o ramo do Direito Ambiental, que é descrito por Wedy e Moreira (2019, local. 814) como “[...] o conjunto de princípios, regras e valores que disciplinam o meio ambiente como bem de uso comum do povo”. Há, além disso, um certo consenso dogmático de que a Constituição Federal de 1988 teria inaugurado uma nova concepção compreendida não mais como antropocêntrica, mas como um antropocentrismo alargado (SARLET, FENSTERSEIFER, 2019; BENJAMIN, 2015; WEDY, MOREIRA, 2019), que representa uma preocupação incipiente com o fato de que o ser humano precisa da proteção do meio ambiente para continuar prosperando.

Seja em âmbito regional, nacional ou internacional, as inquietações com o meio ambiente parecem se intensificar a cada ano. Em 2015, tivemos uma adesão da Igreja Católica à problemática ambiental com a Carta Encíclica *Laudato Si'*, do Papa Francisco (IGREJA CATÓLICA, 2015), propondo uma espécie de redefinição de progresso ao criticar o consumo excessivo de países ricos. Não obstante, as preocupações aumentam pelo fato de que nada de efetivo está sendo feito para mitigar e evitar impactos ambientais, chamando a atenção que alguns consideram o Acordo de Paris de 2015 uma grande fraude, como denuncia o climatologista norte-americano James Hansen em entrevista para o *The Guardian* (MILMAN, 2015): “É realmente uma fraude, uma farsa. [...] É apenas besteira para eles dizerem: Teremos uma meta de aquecimento 2°C e depois tentaremos fazer um pouco

melhor a cada cinco anos. São apenas palavras inúteis. Não há ação, apenas promessas”.

Resta questionar se o direito ambiental (ou ecológico) está exercendo, de fato, algum papel capaz de proteger efetivamente o meio ambiente. De acordo com o último relatório do *Climate Change Performance Index* - índice de pontuação projetado pela organização ambiental alemã Germanwatch, que vem acompanhando os esforços dos países no combate às mudanças climáticas desde 2005 - “Nenhum dos países alcançou as três primeiras posições. Nenhum país está fazendo o suficiente para prevenir mudanças climáticas perigosas” (BURK *et al.*, 2020).

Com isso, é possível questionar a efetiva ecologização do direito, citando como exemplo os casos de Mariana/MG e Brumadinho/MG, em que as Mineradoras Samarco e Vale foram as protagonistas de duas tragédias ambientais que entraram para a história dos desastres no Brasil. Embora estejam sendo tomadas diversas medidas pelo Ministério Público Federal ([2020?]), a empresa Vale, por exemplo, continua em pleno desenvolvimento de suas atividades, tendo tido, inclusive, crescente valorização de suas ações na bolsa de valores brasileira.

Tendo em vista o quadro atual sobre a problemática ambiental, o debate começa a se encaminhar para um outro patamar, que visa romper com alguns paradigmas que reinavam até então. Mais uma vez, vislumbram-se impulsos que procuram apontar para a necessidade de ecologizar o direito, como uma das medidas a serem tomadas no sentido de frear o progresso indiscriminado da utilização de recursos naturais. Os debates giram em torno de concepções éticas como o biocentrismo, o ecocentrismo e, também, o sensocentrismo, que, de uma forma ou de

outra, refletem diretamente nas práticas sociais e no sistema econômico dominante.

2.2 OS PARADIGMAS ÉTICOS NÃO ANTROPOCÊNTRICOS

Para começar a introduzir esse tema, importa iniciar falando do paradigma sempre presente do antropocentrismo. Para além da questão ambiental, o antropocentrismo permeia todas as esferas da nossa sociedade, estabelecendo-se como uma tradicional visão moral que concede valor intrínseco à toda a espécie humana em face de qualquer outra, assim como em favor de todo o planeta. Em um contexto ocidental, o antropocentrismo gira em torno da ideia de progresso como um bem a ser alcançado, já que promove práticas e interesses em favor do ser humano.

Embora a visão antropocêntrica tenha a perspectiva do ser humano, nem sempre todos os indivíduos humanos foram incluídos nessa concepção, já que, historicamente, pessoas negras já foram consideradas meros objetos, assim como mulheres eram relegadas à uma propriedade do *homem*. É possível dizer, com isso, que essa perspectiva moral também está por trás de questões como o racismo, o sexismo e o especismo, muito embora venha sendo desconstruída com o passar dos anos para a inclusão de indivíduos que não estavam incorporados nessa concepção. Talvez por esse motivo tenham surgido nos últimos tempos pautas interseccionais entre os diversos movimentos, como o ecofeminismo e a intersecção entre o feminismo e o movimento pelos direitos animais, além da união entre a pauta ecológica e o socialismo (ecossocialismo). Ainda, Plumwood (1993, p. 16, tradução nossa) refere que “A crítica do antropocentrismo ou da

dominação humana da natureza é uma contribuição nova e, em minha visão, inestimavelmente importante para nosso entendimento da sociedade ocidental, sua história, seus problemas atuais e suas estruturas de dominação”.

O movimento que efetivamente questiona o antropocentrismo é o movimento ecológico ou ambientalista, que toma a frente no debate e propõe a emergência de outros paradigmas para a compreensão do ser humano em face das demais espécies e do planeta. Conforme descrito acima, esse movimento tem origens por volta da década de 1960 e culminou com a emergência do direito ambiental e, ao menos no Brasil, das fases históricas citadas. Mas, embora desde o início ele tenha questionado o paradigma antropocêntrico, os avanços em torno de uma restrição à ação humana em face do meio ambiente e dos ecossistemas continuou girando em torno do ser humano, como preconiza o ambientalismo tradicional, ou, no máximo, em torno de um antropocentrismo que se convencionou chamar de alargado.

O antropocentrismo em sentido tradicional “[...] sustenta que somente o homem possui valor próprio (antropocentrismo em sentido normativo, não havendo qualquer limite direto na utilização da natureza, colocada à sua disposição para satisfazer suas necessidades e preferências (antropocentrismo teleológico)” (LOURENÇO, 2019, p. 53). Em sua versão alargada, o antropocentrismo tem suas concepções fundamentais mitigadas pela necessidade de se estabelecer alguns limites ao agir humano em face da natureza. “Assim é que essa posição admitiria uma crítica ao uso desmedido ou excessivo da natureza, por violar uma crença racional compartilhada (senso comum) no sentido de que devemos viver em equilíbrio com o meio ambiente” (LOURENÇO, 2019, p. 54).

Podemos dizer, entretanto, conforme explica Lourenço (2019), que essa divisão – antropocentrismo tradicional e alargado – é meramente formal, pois a instrumentalização da natureza continua ocorrendo. O antropocentrismo alargado (ou moderado) continua girando em torno da qualidade de vida humana, compreendendo a proteção da natureza apenas em face desse objetivo. Podemos dizer que os ideais de desenvolvimento sustentável têm aqui seu fundamento. Essa compreensão moderada, continua Lourenço, pode ser perigosa na medida em que dá a falsa impressão de que estaríamos criando uma zona de segurança no que toca às questões de proteção ambiental, quando a verdade é que as diferenças são teoricamente tão sutis que não fazem sentido quando postas em prática. Um pensamento parecido é apresentado por Francione (1996) no movimento pelos direitos animais, quando o mesmo refere que o bem-estarismo (ou normas de bem-estar aos animais) apenas dão a falsa impressão de que algo está sendo feito e que podemos continuar utilizando os animais, quando a realidade mostra que não existe como assegurarmos exigências mínimas se continuamos a realizar as mesmas práticas.

Em oposição a esse pensamento homocentrado, podemos citar três paradigmas diferentes: (a) sensocentrismo; (b) biocentrismo; e (c) ecocentrismo. Todos os três tomam como ponto de partida a expansão do que pode ou não ter valor equiparado ao concedido aos seres humanos pela visão tradicional, refutando a tese da centralidade humana. Com esse objetivo, refutam as justificativas lançadas pelo antropocentrismo para a superioridade do ser humano e propõem maneiras de repensarmos as ciências fundadas nessa supremacia.

(a) O sensocentrismo (ou patocentrismo) – por vezes também compreendida como uma corrente do biocentrismo e denominada de

animalismo (LOURENÇO, 2019) –, é a ética aplicada aos animais, que promove o reconhecimento de um valor moral à alguns animais, os semcientes, isto é, aqueles animais capazes de experienciar sentimentos, como dor e prazer. Esse pensamento ético é expressado contemporaneamente pelo movimento dos direitos animais e pode ser dividido em duas correntes, uma que propõe o bem-estar (utilitarista) e outra que estabelece a necessidade de direitos universais básicos (deontológica). Para além da ética, esse movimento também começa a estabelecer algumas bases político-jurídicas para a possibilidade de existirem sociedades interespécies.

(b) O biocentrismo é uma corrente ética que propõe valor intrínseco a todos os organismos vivos, sendo que “Não somente seres humanos, mas todos os seres vivos, animais, vegetais e até mesmo micro-organismos, pelo mero fato de serem vivos (o critério fundamental é a essência biológica), possuiriam um interesse fundamental em realizar suas potencialidades biológicas” (LOURENÇO, 2019, p. 77). Esse pensamento vem influenciando reflexões recentes sobre o reestabelecimento das bases para a passagem do direito ambiental para um direito ecológico. Como ensina Sarlet e Fensterseifer (2019, local. 1474, grifos dos autores), “A concepção referida, a nosso ver, é a corrente da ética ecológica que melhor atende ao *princípio da integridade ecológica*, como *Grundnorm* do Direito Constitucional Ecológico”.

(c) O ecocentrismo, ao contrário das perspectivas anteriores, enfoca em uma defesa holística e refuta a visão individualista moral. Portanto, ele se opõe tanto ao antropocentrismo quanto ao senso e ao biocentrismo. Aqui, “[...] torna alvo da atenção moral não os indivíduos, mas os entes naturais coletivos, tais como ecossistemas, processos,

espécies, sistemas naturais e a própria Terra ou o Universo como um todo” (LOURENÇO, 2019, p. 165). Nessa concepção, podemos compreender uma reestruturação das bases antropocêntricas do direito e inaugurar uma visão que amplia para muito além a concepção do instituto do sujeito de direitos. Aqui, a natureza como um todo é tornada sujeito de direitos.

A partir desses pensamentos não antropocêntricos, pudemos compreender melhor as propostas para repensar o paradigma que fundamenta o direito. No capítulo seguinte é possível começar a compreender qual sentido poderemos dar à ideia de um direito pós-humano e de que forma essa compreensão se estabelece como um paradigma nas sociedades contemporâneas.

3 COMPREENDENDO O SENTIDO DE UM DIREITO PÓS-HUMANO

Em se tratando de um texto introdutório, o objetivo aqui não é trazer uma resposta definitiva ao objetivo proposto, mas, de fato, compreender que sentido é possível dar à ideia de um direito pós-humano, que possa dar conta de manter os diferentes grupos que coexistem nas sociedades contemporâneas e, ao mesmo tempo, que seja capaz de incorporar os problemas provenientes das questões ecológicas e da resignificação das bases sociais.

É necessário transcender as concepções capitalistas e neoliberalistas e se voltar para formas de ver o mundo como um todo, não um todo unitário, mas plural. “O direito é o instrumento pelo qual a sociedade pode ouvir as demandas por justiça: é preciso pensar constantemente sua capacidade de captar a voz dos diversos grupos sociais”. (RODRIGUEZ, 2009). Em sociedades altamente plurais a ética e

a moral não dão conta de solucionar conflitos no momento em que duas ou mais formas de viver entram em choque entre si. O problema surge quando a prosperidade de uma significa a subsunção das outras. Contudo, não há mais como compreender esse tipo de concepção, já que a busca por uma abordagem correta exclui outras e empurra indivíduos para a margem da sociedade. (RODRIGUEZ, 2019).

Nesse sentido, inúmeras reivindicações sociais são postas em foco e os movimentos sociais tomam grandes proporções. Indivíduos e grupos tentam a todo instante manifestar insatisfação perante o Estado de direito. Em meio a esse contexto, forças opostas disputam incessantemente o seu reconhecimento e imposição de seus preceitos. Na democracia, o debate gira em torno de duas forças opostas, conforme explica Rodriguez (2019), de um lado, a democracia como a lógica da identidade, alicerçado na ideia de homogeneidade e igualdade formal, de outro, a democracia como a expressão da diferença, fundada na ideia de complexidade e heterogeneidade.

Nesse contexto, é necessário prestarmos a atenção para uma espécie de retomada de pensamentos como o de Schmitt (2008), que advogam ideais homogeneizantes em face da diversidade, e os ataques à democracia, como denuncia Berman (2018), salientando a dissolução de valores fundamentais que teriam se instaurado principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, o que pode demonstrar uma fragilidade das instituições criadas para proteger esses valores. Seria possível observar então a retomada de concepções insulares e tribalistas em face do universalismo, ao passo que estaríamos em um momento que requer cada vez mais soluções coordenadas no âmbito mundial, como por exemplo: “[...] como manteremos efetivamente a vida neste

planeta? Como os seres humanos se sustentarão sobre ele?” (BERMAN, 2018, p. 150, tradução nossa).

A problemática ambiental emerge nesse contexto, normalmente compreendida como mais um dos problemas a serem enfrentados pelo ser humano. Compreender a ampliação ou a reformulação de um conjunto de valores no âmbito social significa pensar em novas formas de estruturação da sociedade, ocasionando reflexos em outras áreas, como a Política e o Direito. Nesse caminho, refletir o Estado de direito hoje, deve significar pensar diferentes formas de viver e se relacionar socialmente. O multiculturalismo e o pluralismo de formas de vida se tornam, assim, o objetivo de uma reestruturação da concepção de Estado, ao mesmo tempo em que é preciso mantermos uma visão universal minimamente coordenada. (RODRIGUEZ, 2019).

A partir desses apontamentos e levando em conta as preocupações que surgiram com o passar dos anos sobre um questionamento das bases da sociedade, importa compreender algumas questões que vêm sendo postas em debate sobre o futuro do Direito. Com isso, uma questão que deve ser colocada é a seguinte: a emergência de correntes éticas que incorporem valor à natureza e visões anticapitalistas de mundo pressupõe pensarmos a partir de um Direito Natural? Alguns autores, como Serres (1994), acreditam na necessidade de repensarmos o Contrato Social não mais destacado de seu cenário natural, fazendo emergir uma proposta que pretende compreender a ressignificação do direito e da sociedade como um todo a partir da ideia de um Contrato Natural, em substituição ao Contrato Social. Importa analisar melhor esse ponto de vista tomando como pano de fundo a busca por uma compreensão acerca do que é o não antropocentrismo e de que forma o direito pode ser compreendido enquanto não antropocêntrico.

3.1 CONTRATO SOCIAL VERSUS CONTRATO NATURAL: O NÃO ANTROPOCENTRISMO PRESSUPÕE UM DIREITO NATURAL?

A pergunta inscrita no título deste subtópico tem como intuito esclarecer as bases para uma ideia de direito não antropocêntrico ou direito pós-humano, como já referido. E, por isso, ela pode ser também colocada da seguinte forma: o Contrato Social e, portanto, o Direito Positivo pode ser não antropocêntrico? E o que significaria, nesse caso, ser não antropocêntrico?

O debate entre Contrato Social e Contrato Natural ou entre Direito Positivo e Direito Natural não é recente. Ao passo que no primeiro existe uma desvinculação do Direito da Moral, o segundo está imbricado em um emaranhado de compreensões preexistentes a um contrato social e, portanto, vinculado à concepção de um direito natural e inerente ao ser humano. Contudo, nem sempre a ideia de direito natural está atrelada à natureza como detentora de direitos ou a alguma compreensão que inclua a natureza e os animais na equação. Para esses, o Jusnaturalismo é a natureza do *homem* e não abarca animais e coisas, além do que, “O Direito Natural deverá cuidar para não se transformar numa instituição que sirva a determinados propósitos de cada momento histórico, ficando limitado ao estudo dos aspectos da justiça em relação aos homens [...]” (ENGELMANN, 2007, p. 138).

Por outro lado, autores como Serres (1994) apostam em um Direito Natural, propondo a reformulação do Contrato Social a partir da necessidade de emergir um Contrato Natural. Para ele, ao estabelecermos o Pacto Social, desvinculamos a nossa história da natureza à qual pertencemos. Mas, ao contrário da teoria contratualista clássica, que define o estado de natureza como um estado de guerra,

Serres (1994, p. 28) entende que “Devemos definir a guerra como uma das relações de direito entre os grupos ou as nações: estado de facto, claro, mas sobretudo de direito”, esclarecendo que onde antes existia violência, estabeleceu-se guerra através de um contrato de direito.

Para além desse estado de violência subjetiva, continua Serres (1994, p. 31), existe um estado de violência objetiva contra a natureza e, portanto, propõe pensarmos “Um novo pacto, um novo acordo prévio, que devemos estabelecer com o inimigo objetivo do mundo humano: o mundo tal e qual. Uma guerra de todos contra tudo”. Com isso, Serres (1994) faz uma crítica também aos filósofos do Direito Natural Moderno, pois estes teriam reduzido a natureza em natureza humana e à razão. Por outro lado, seria necessária uma revisão radical dessa concepção que compreende apenas o ser humano como sujeito de direitos. Ele acredita na necessidade de estabelecermos um novo pacto, um pacto contra a violência objetiva, que interrompa a guerra da humanidade contra a natureza, o que chamou de Contrato Natural.

Traçando uma crítica a essa posição, Branco (2014) refere que a concepção desenvolvida por Serres estaria vinculada ao Direito das Coisas que concede à natureza uma racionalidade inexistente, já que “[...] na verdade, a natureza é avessa à lógica, regendo-se por tentativas ao acaso, as quais são objeto de posterior seleção” (BRANCO, 2014, p. 167). Para ele, portanto, não faz sentido falarmos em uma ética para com a natureza e o estabelecimento de um contrato, pois um contrato exige duas partes contratantes e conscientes das obrigações contratuais. Acredita na inclusão da proteção à natureza pelo próprio Contrato Social, já que esse pressupõe a sobrevivência da sociedade e, portanto, da natureza enquanto parte dessa sociedade.

Muito embora existam diversas restrições para que possamos compreender um contrato com a natureza, é possível pensarmos em outras possibilidades para uma ética que incorpore a natureza e os animais. Branco (2014) traça duras críticas às abordagens biocêntrica e ecocêntrica da ética, pois ressalta um caráter antropocêntrico nas mesmas, na medida em que existe uma espécie de discriminação ecológica que propõe a proteção de certos animais ou ecossistemas e a desconsideração de outros. Em determinado momento, Branco (2014) ressalta que não faz sentido estabelecermos uma ética para com os animais que condena a morte deles, já que, para ele, usá-los “[...] como alimento faz parte do direito natural do Homem e não pode ser contestado pelo direito civil, sob pena desse direito ser arbitrário ou antiético”. Embora seja possível concordar com alguns apontamentos de Branco, ele não faz uma análise específica das perspectivas éticas que incorporem valor à natureza ou aos animais, pois entende que a única perspectiva cabível é a ecologia humanista, além do que, ele não problematiza as inúmeras questões que envolvem o consumo de animais nas sociedades de massa e a criação destes em fazendas industriais, como se fossem objetos desprovidos de qualquer subjetividade, à maneira cartesiana.

Por outro lado, Lourenço (2019) faz uma análise das três principais abordagens éticas que vêm sendo postas em foco e compreendem algum valor à natureza, conforme já analisadas no capítulo anterior. Para ele, contudo, “[...] entre as propostas apresentadas, aquela mais consistente e plausível é a centrada no valor dos animais. Embora o critério da senciência possa merecer ressalvas em alguns aspectos, ele oferece uma base segura para fundar uma teoria moral não antropocêntrica” (LOURENÇO, 2019, p. 413). Isso porque, ao analisar a ética biocêntrica,

que incorpora valor à vida de qualquer ser vivo, compreende que muitos seres vivos são incapazes de ter uma perspectiva subjetiva, conferindo uma grande falta de coerência nessa corrente. No mesmo sentido, Lourenço defende que a ética ecocêntrica também possui problemas, tanto no tocante à falta de uma fundamentação teórica, pela ausência de subjetividade dos sistemas naturais, quanto pelo fato de que essa visão atribui um valor instrumental aos indivíduos, já que estes seriam meros instrumentos para a manutenção do todo. Nesse contexto, se atribuirmos valor à sistemas naturais e ecossistemas e em sendo os indivíduos apenas um instrumento do todo, seria necessário reconhecermos a possibilidade de sacrificar indivíduos - inclusive seres humanos -, o que nenhuma corrente ética parece se arriscar a fazer, forçando um retorno à visão antropocêntrica.

Contudo, modificações no sentido de incorporar valor à natureza e aos animais vêm sendo postas em debate no âmbito do Direito e, em certa medida, incorporadas pelo Direito Positivo. Para além da dicotomia Positivismo/Jusnaturalismo, existe um fenômeno de incorporação de direitos naturais ou de uma espécie de ética *para com* a natureza nos ordenamentos jurídicos, seja de forma explícita ou implícita, a exemplo do que ocorreu na Constituição do Equador de 2008, que reconhece direitos à natureza – *Pachamama*, e o Código do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul de 2020, que reconheceu os animais domésticos de estimação como sujeitos de direitos despersonificados.

Com isso, vamos analisar no tópico seguinte a correlação entre anticapitalismo e não antropocentrismo, com o objetivo de estabelecer uma melhor visão sobre o progresso e a redefinição dos paradigmas da sociedade moderna e, portanto, também do direito. Isso porque, a

relação deste tópico com o próximo vai ditar alguns parâmetros que o direito deve se pautar para conseguir avançar na pauta ambiental e, para além dela, para avançar em um novo patamar em que as relações sociais deverão se estabelecer, minando as energias instrumentalizastes tanto dos indivíduos, humanos e não humanos, quanto da natureza em que vivemos. Portanto, é possível dizer aqui, ao menos de forma provisória, que a ecologização do direito vem se organizando independentemente de uma reestruturação do Positivismo em favor de uma espécie de Direito Natural que fundamente a questão ambiental em um plano anterior ao contrato social.

3.2 O ANTICAPITALISMO E O NÃO ANTROPOCENTRISMO: UMA REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE PROGRESSO?

O debate sobre a extinção ou substituição do sistema capitalista não é recente. Nos últimos anos vem aumentando a controvérsia sobre a necessidade de pensarmos alternativas ao capitalismo, como uma solução aos problemas das sociedades contemporâneas. Um questionamento que podemos fazer é: precisamos reformular as bases antropocêntricas e capitalistas em que está assentada a nossa sociedade para buscarmos respostas minimamente satisfatórias aos problemas emergentes?

Conforme já lançado no início do capítulo anterior, a ideia de desenvolvimento sustentável gira em torno da concepção de capitalismo verde, que, em verdade, é uma apropriação da pauta ambiental pelo capitalismo através da suposta adesão empresarial a compromissos com a sustentabilidade. “O capitalismo verde encaixou-se perfeitamente no interior das grandes empresas, porque deu a elas

uma legitimação social necessária em termos mercadológicos” (FLORES, ARAUJO, TYBUSCH, 2013, p. 791).

Em razão dessa apropriação instrumentalizante pelo capital dos ideais do movimento ambientalista, existe uma espécie de apaziguamento das preocupações ambientais pela sociedade. Em sua pesquisa, Marques (2018) compreende que as pautas ecológicas ainda exercem um papel secundário especialmente na política, atribuindo a isso a falta de senso crítico acerca da necessidade de acumulação e de uso excessivo de energia, que legitima universalmente a lógica do capital. Aliado esse fato, ele elenca três mecanismos psicológicos que dificultam uma tomada de consciência acerca da crise ambiental: (a) aversão à perda; (b) a habituação; e (c) a dissociação.

No caso (a), ocorre uma preferência psicológica em evitar perdas, em especial porque a renúncia a determinadas práticas coletivas e individuais aponta para resultados futuros e abstratos. Isso fortalece o sucesso do negacionismo, já que reforça uma retórica prontamente aceita pela sociedade. Além disso, “[...] as informações que contrariam convicções preexistentes, mesmo (ou sobretudo) as mais infundadas, são em sua grande maioria evitadas pela tribalização crescente das redes sociais” (MARQUES, 2018, p. 41). Em (b), existe uma espécie de assimilação do agravamento da crise ambiental como algo corriqueiro, já que é compreendido como um perigo não iminente e, portanto, acaba recebendo estímulos repetidos que não resultam mais em respostas imediatas. Finalmente, (c) reforça a concepção de que existe uma dissociação entre o que fazemos agora e os resultados ambientais causados por nossas ações. (MARQUES, 2018).

Em um artigo que lança diversos apontamentos e questionamentos à teoria crítica, Latour (2020) chama a atenção para a problemática do

negacionismo no tocante às questões ambientais e, em especial, ao aquecimento global, questionando o fato de que a teoria crítica trabalha apontando a ausência de certezas científicas sobre determinados fatos, o que ele próprio teria feito no passado. Com isso, ele assinala o seguinte: “Por que me queima a língua afirmar que o aquecimento global é um fato, quer você queira ou não? Por que não posso simplesmente dizer que o debate está encerrado de vez?” (LATOURE, 2020, p. 177).

Explica que ele mesmo teria questionado inúmeras vezes a falta de certeza científica de fatos colocados para a sociedade, contudo, sua intenção não era obscurecer a certeza de um debate, apenas “[...] *emancipar* o público de fatos prematuramente naturalizados e objetivados” (LATOURE, 2020, p. 177). Mas esse questionar de fatos estaria sofrendo uma apropriação ideológica, em uma espécie de disseminação da crítica. E acrescenta: “Passamos anos tentando detectar os verdadeiros preconceitos ocultos por trás da aparência de declarações objetivas, e agora precisamos revelar os fatos reais, objetivos e incontestáveis escondidos por trás da ilusão de preconceitos?” (LATOURE, 2020, p. 177).

Resta evidente o caráter negativo dado à teoria crítica por Latour e, como ressalta Butler (2021), tornou-se cada vez mais difícil falar a partir da teoria crítica quando a mesma é continuamente denunciada como, além de negativa, também cética e antropocêntrica. As preocupações de Latour (2020) são relevantes, de forma especial para pensarmos os rumos que o negacionismo e o que chamou de revisionismo instantâneo vem tomando em sociedades altamente informadas, mas que negam fatos científicos. Contudo, culpar a crítica pela emergência desses problemas é contraditório, já que a teoria crítica

não é pura negação. Existe um momento reflexivo de questionamento da realidade dada, mas existe também um momento emancipatório, de buscar a superação de obstáculos. Butler (2021, p. 2) explica que “[...] a negação – entendida como a suspensão do caráter dado da realidade – abre uma perspectiva crítica e condiciona precisamente a possibilidade das formas de intervenção e de aspiração que Latour nega ao projeto crítico”.

Para além dessas críticas específicas lançadas por Latour, Butler (2021, p. 3) se empenha em refletir sobre a acusação de antropocentrismo lançada à teoria crítica. Para tanto, faz a seguinte pergunta: “o jovem Marx é, como é comumente assumido e da forma que Latour sugeriu mais recentemente, *antropocêntrico*?”. O ponto de partida de sua análise inicia com um trecho dos manuscritos de Marx de 1844, onde ele retrata a natureza como o corpo inorgânico do *homem* e, com isso, pretende compreender se essa é uma afirmação ecológica e se existe algum sentido coextensivo à natureza. Ressalta Butler (2021) que para Marx o *homem* possui dois corpos, o orgânico, aquele limitado e separado do restante da natureza, que também se refere aos órgãos e à estrutura dos seres vivos, e o inorgânico, a natureza em si, completa, e a ausência de órgãos.

Essa distinção é trabalhada por Marx a partir da filosofia da natureza de Hegel. Isso significa que o *homem* vive da natureza e está em processo contínuo e inseparável com ela. Esse relacionar da natureza constitui o corpo inorgânico dos humanos. “De fato, a troca com a natureza que caracteriza essa forma de trabalho transforma a natureza orgânica em uma realidade inorgânica” (BUTLER, 2021, p. 14). Isso não pressupõe uma dominação da natureza, mas uma efetiva relação de dependência com ela, já que sem natureza, não existe

humano. Mas o humano trabalha com a natureza para que possa retirar seu meio de vida, ou seja, “[...] a natureza se transforma de orgânica em inorgânica à medida que entra no processo pelo qual o humano vivo e orgânico *Leib* busca os meios de viver” (BUTLER, 2021, p. 15). Butler (2021) acredita que esse argumento é antropocêntrico, mas que Marx vai além disso, já que ele compreende o humano enquanto parte de uma natureza orgânica mais ampla. Em verdade, a distinção entre orgânico e inorgânico é “[...] uma oscilação perpétua de perspectivas (orgânica/inorgânica) a depender de se a natureza é abordada teórica ou praticamente, facilitada por esse modo prático de trabalho que prepara a natureza como um meio de viver para o humano” (BUTLER, 2021, p. 15).

Os ecossocialistas lançaram mão de um pensamento parecido para compreender uma forma de proteção da natureza a partir do marxismo, questionando se o pensamento de Marx e Engels seria compatível com a ecologia. Para Löwy (2014), a crítica marxista ao capitalismo é um fundamento indispensável para uma ecologia radical, apesar das críticas dos ecologistas ao marxismo. A ação humana está limitada ao mundo vivo e, portanto, Butler (2021) conclui que qualquer crítica deste mundo ou qualquer projeto de justiça deve intervir nas questões ecológicas, na manutenção das espécies e nas mudanças climáticas, lançando mão da valorização de toda e qualquer vida, já que “[...] somos ligados ao mundo dos vivos no nível da necessidade, do desejo e da obrigação. Portanto, esse corpo, embora separado do corpo da natureza, está vinculado a ele, e esse vínculo, essa relação, é o que agora queremos afirmar como ‘corpo’” (BUTLER, 2021, p. 17).

O ecossocialismo refuta as críticas que colocam o marxismo como um humanismo conquistador e produtivista, salientando que Marx e

Engels foram os que mais denunciaram a lógica capitalista de produção e acumulação de capital, sendo que o progresso técnico não deve ser entendido como o crescimento infinito de bens, mas como crescimento do tempo livre. Além disso, importa ressaltar a ideia de que o progresso pode ser destrutivo em face do meio ambiente, havendo uma associação entre a exploração do proletariado e a exploração da natureza, que abre a possibilidade de articulação entre as lutas. (LÖWY, 2014).

Embora os autores tenham encontrado restrições na obra de Marx acerca de um pensamento ecologista, ou seja, não existe uma ideia expressa que possa caracterizar o pensamento marxista como ecológico, é preciso compreendermos o momento em que a obra foi escrita. Isso porque, as preocupações ambientais tomaram maiores proporções apenas no final do século XX, embora já existissem pensadores preocupados com a proporção que a espécie humana tomaria sobre a face da terra.

Não obstante essas questões, o que chama a atenção para esse texto é uma ideia de redefinição de progresso a partir de uma inclusão ecológica na perspectiva futura. Allen (2015), embora esteja tratando da crítica feminista, faz uma crítica à ideia de progresso linear vinculado à forma de vida europeia, o que reivindica uma “[...] superioridade cognitiva e normativa dos valores do Esclarecimento europeu sobre formas de vida ‘tradicionais’ ou ‘pré-modernas’” (ALLEN, 2015, p. 125). Podemos dizer que esse progresso linear coloca a natureza e os animais como o passado e, portanto, a espécie humana como o futuro, descolada de suas origens naturais. “Os humanos pertencem ao futuro como os animais ao passado – ao nosso passado, pois no que lhes concerne, eles estão, pensamos, encerrados em um presente imóvel e em um mundo exíguo” (DANOWSKI, CASTRO, 2017, p. 94).

Portanto, talvez um dos pontos centrais de uma concepção pós-humana, e, por consequência, de um direito pós-humano, é a incorporação de pensamentos considerados tradicionais ou pré-modernos, de forma especial dos povos originários de países colonizados, onde, para muitas culturas, a superioridade humana nunca esteve presente. Precisamos compreender o pensamento de *outros humanos*, como referem Danowski e Castro (2017), com o intuito de redefinir os limites do progresso. Interessante se faz compreendermos uma forma de repensar as bases antropocêntricas em que ainda estão assentadas as sociedades contemporâneas a partir de uma incorporação de outros pensamentos e da consequente quebra do progresso linear. Importa compreender outras formas de pensar através de um pluralismo de ideias e compreensões de formas de viver, lançando mão de um direito capaz de incorporar essas propostas, a exemplo do que vem defendendo Rodriguez (2019). Isso significa renunciar a uma única forma de pensar dominante, organizando um bloco de concepções que possam dar conta de solucionar questões universais, como a pauta ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PARA UM DIREITO PÓS-HUMANO

A conclusão deste texto não irá concluir, mas retomará alguns pontos, principalmente, com o questionamento de diversas problemáticas e apresentação de novas. Ao longo do texto buscou-se enfocar uma concepção pós-humana do tema, em substituição à uma ideia não antropocêntrica. O intuito é buscar estabelecer as bases para uma mudança, uma vez que denominar algo pelo que ele não é não define o que ele pode ser. Temos vivido em um período embebido pelo

espírito iluminista e, portanto, também humanista, que historicamente nos trouxe ao aqui e agora. Devemos buscar um andar para frente e, para isso, não podemos estabelecer novas bases apenas tomando como ponto de partida a negação daquilo que já somos ou o período em que estamos. É preciso transcender o que somos e onde estamos.

Ao estudarmos um tema tão relevante como a questão ecológica, é preciso ter em mente o fato de que estamos trabalhando não apenas para um grupo de indivíduos ou um determinado setor da sociedade, mas abordando uma questão que tem reflexos no mundo como um todo. A Terra é dividida pela ciência geológica em Eras, Períodos e Épocas, a partir de uma análise dos marcadores fósseis, que tem como função interpretar a história do planeta. Estamos, há aproximadamente 12 milênios, na Época do Holoceno, do Período Quaternário (1,6 milhões de anos), da Era Cenozoica (65 milhões de anos), que se caracteriza pela estabilização climática da Terra. (VEIGA, 2017). Mas, conforme observamos logo no início do presente texto, embora de maneira controversa, cientistas vêm afirmando que as ações humanas sobre a face da Terra, desde o início das práticas agrícolas, vêm “[...] marcando uma ruptura suficientemente distinta de qualquer das anteriores para que seja razoável admitir - ao menos no âmbito das ciências humanas - que já foi inaugurado um novo período que pode muito bem ser chamado de Antropoceno” (VEIGA, 2017, p. 242).

Embora esse debate venha ocorrendo, muitas vezes ele acaba adquirindo um tom de catastrofismo, em que duas possibilidades são colocadas, ou fazemos algo para mudar o rumo que estamos tomando, ou o planeta que conhecemos deixará de existir. Dentre as possibilidades do que pode ser feito, existe uma linha que mergulha de cabeça no Antropoceno e, portanto, no antropocentrismo,

compreendendo a tecnologia como a solução para os problemas ambientais causados pelo ser humano. Esse pensamento gira em torno da geoengenharia, ciência que estuda a possibilidade de intervenção tecnológica sobre a problemática ambiental, “[...] descrita como a manipulação intencional e em larga escala do clima, com a finalidade de combater e reduzir as alterações climáticas antropogênicas indesejadas, mais especificamente o aquecimento global causado pelas emissões de gases com efeito de estufa” (MARQUES, REIS, 2018, p. 346). Existem grandes divergências sobre essa possibilidade no âmbito da ciência, uma vez que os resultados são extremamente insertos, além da existência de possíveis efeitos colaterais decorrentes da manipulação da natureza. É possível dizer que essa seria uma solução equiparável à um fármaco, que busca solucionar o problema, sem resolver a causa.

Sob um outro ponto de vista, a ética busca reconstruir as bases da sociedade a partir do questionamento do antropocentrismo, ou seja, de tudo aquilo que fundamenta a liberdade do ser humano em utilizar o que é natural, moldando a natureza à uma forma de viver desconectada dela. Questiona-se o modo de viver ocidental europeu, o modo de viver colonizador e, também, mas não apenas, capitalista. É como se existissem duas diferentes formas de compreender o mundo, por exemplo, (1) para uma líder indígena, “o território é a alma, o território é a vida” (REDE GLOBO, 2020, 34s à 38s), e (2) para um senador ruralista, “terra é um bem que nós temos aqui hoje, para poder gerar riquezas” (REDE GLOBO, 2020, 26s à 30s). De certa forma, é possível dizer que as teorias éticas não antropocêntricas procuram tentar aproximar o segundo pensamento do primeiro, embora pareçam permanecer embebidas pelos ideais iluministas.

Apesar disso, foi possível compreender que existem questões controversas entre cada abordagem ética. Embora elas cumpram seu papel de questionar a superioridade humana, existem algumas lacunas. Muito embora seja possível concordar com os fundamentos éticos que elevam os animais não humanos a um patamar de sujeitos morais (ou pacientes morais), essa abordagem não parece ser suficiente para proteger a natureza em que esses indivíduos, assim como nós, vivem. Isso porque, ao compreendermos os indivíduos como detentores de valor moral, a natureza se transforma apenas em um instrumento para que eles possam viver. A intenção aqui não é questionar a ética animal ou biocêntrica (que reconhecem valor moral aos seres individualmente), mas sim questionar essa proposta como um fundamento para repensarmos a efetiva proteção da natureza, como se estivéssemos estendendo o antropocentrismo também aos indivíduos não humanos. Por outro lado, as éticas ecocêntricas parecem propor o inverso, isto é, buscam apostar na natureza como possuidora de valor moral. Mas, como já observado, isso pode significar a instrumentalização de indivíduos em face do todo.

A partir dessas percepções, é necessário chamar a atenção para o *giro biocêntrico* – que não é, necessariamente, a ética biocêntrica citada ao longo do texto, mas que, por falta de melhor designação vem sendo assim chamado – proporcionado por um movimento Latino-americano de incorporação de demandas, em especial dos povos originários, nas constituições dos países. No caso do Equador, que reconheceu em 2008 os direitos da Natureza em sua Constituição, Gudynas (2019, p. 117), que faz uma análise da Assembleia Constituinte daquele país, ressalta que não houve, de fato, uma incorporação de correntes éticas, mas “[...] uma elaboração em boa medida autônoma, que chega a concepções dos valores

intrínsecos a partir de uma mescla heterogênea de atores e opiniões, com uma forte marca de sensibilidades originadas no movimento indígena”.

De qualquer forma, parece existir um grande abismo entre o pensamento – ou pensamentos – filosófico que fundamenta a emergência de uma preocupação ecológica, como as éticas ambientais, e a efetiva proteção da natureza. O âmbito prático aponta para a necessidade de estabelecermos planejamento, não um planejamento subordinado, mas sim capaz de “[...] questionar o *modelo econômico* ou o *modelo de desenvolvimento* adotado” (BRANCO, 2014, p. 236). Precisamos, com isso, aproximar o progresso e a economia a uma linha de raciocínio ecológica, buscando uma construção conjunta.

Assim, ao contrário do que expôs Branco (2014), talvez seja possível estabelecermos uma ética *para com* a natureza, que é fruto de reivindicações nascidas no âmago das sociedades e, de forma especial, que possa incorporar pensamentos provenientes dos povos originários das Américas. De fato, é possível pensarmos que a concepção antropocêntrica de mundo acaba refletindo de forma especial à uma ideia etnocêntrica, uma vez que, a exemplo dos povos originários da América Latina, existem outras maneiras de compreendermos o mundo e o papel do ser humano nele, que acabam não aparecendo no debate. Interessante pensarmos em alguma forma de entender concepções não etnocêntricas, especialmente não eurocêntricas, a fim de que seja possível estabelecer novas percepções sobre o que é uma visão antropocêntrica e como esses povos abordam a centralidade ou não centralidade do ser humano em suas formas de vida.

É possível compreendermos o sentido de um direito pós-humano não na forma do Direito Positivo tradicional, vinculado aos poderes de estado, mas na emergência de um Direito Social, capaz de modificar as

estruturas da sociedade, para incorporar a problemática ecológica. Precisamos pensar em uma redemocratização das questões ecológicas, que leve em conta não apenas uma fundamentação ética, mas uma rediscussão dos limites do capitalismo e do progresso, uma vez que esse antropocentrismo gira em torno de um sistema econômico que também aprisiona o ser humano, onde os Estados, antes detentores de uma certa autonomia, estão agora dependentes do mercado, sendo forçados a agir de conformidade com as necessidades desse e de forma contrária à sociedade.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri, MELLO, Cecília Campello do A., BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia: sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 103, p. 115-132, nov. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002015000300115&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 dez. 2020.
- AZEVEDO, Maria Cândida Simon. Direito senso-bio-ecocêntrico: uma construção não antropocêntrica. In: REZENDE, Elcio Nacur; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau (Coord.). **Direito e sustentabilidade II**. Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/5ey7a3w4/w6u1tUDvDXGvcfLR.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 94-105, 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49540>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 83-156.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism as a Normative Project. **UC Irvine L**, n. 8, n. 149, GWU Law School Public Law Research Paper n. 2018-76, p. 149-182, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3288690#. Acesso em: 20 jan. 2021.

BERMAN, Paul Schiff. Rats, Pigs, and Statues on Trial: The Creation of Cultural Narratives in the Prosecution of Animals and Inanimate Objects. **New York University Law Review**, v. 69, p. 288-326, 1994. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1430586. Acesso em: 28 jan. 2021.

BOCAYUVA, Pedro Cláudio. Os desafios da razão ambiental. **Le Monde Diplomatique Brasil**. São Paulo, ano 5, n. 60, p. 34-35, jul. 2012. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/os-desafios-da-razao-ambiental/>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BORGES, Gustavo Silveira. CARVALHO, Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias. O novo constitucionalismo latino-americano e as inovações sobre os direitos da natureza na constituição equatoriana. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 43, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/48710/33663>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BRANCO, Samuel Murgel. **Ecossistêmica**. 3. ed. São Paulo: Blucher, 2014.

BURCK, Jan *et al.* **Results:** climate mitigation efforts of 57 countries plus the EU. Covering 90% of the global greenhouse gas emissions (Climate Change Performance Index – CCPI, 2021), Berlin, dec. 2020. Disponível em: <https://ccpi.org/download/the-climate-change-performance-index-2021/>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BUTLER, Judith. O corpo inorgânico do jovem Marx: um conceito-limite de antropocentrismo. **Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 16, e2117270, p. 1-18, 2021. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/17270/209209213872>. Acesso em: 02 fev. 2021.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Editora Gaia, 2013. *E-book*.

CEPAL: pobreza extrema na América Latina atinge o nível mais alto desde 2008. In: **ONU News**, [S.l.], 15 jan. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/01/1655462>. Acesso em: 26 dez. 2020.

COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 97, n. 1, 1983. p. 4-68.

- CRUTZEN, Paul J. Geology of mankind. **Nature**, London, vol. 415, n. 23, january 2002. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/415023a#citeas>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- CRUTZEN, Paul J.; STOERMER, Eugene F. The “anthropocene”. **Global Change Newsletter**, Stockholm, n. 41, p. 17-18, mai. 2000. Disponível em: <http://www.igbp.net/download/18.316f18321323470177580001401/1376383088452/NL41.pdf>. Acesso em: 28 dez.2020.
- DANOWSKI, Déborah; CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Há mundo por vir?** Ensaio sobre os medos e os fins. 2. ed. Florianópolis: Cultura e Barbárie; Instituto Socioambiental, 2017.
- ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FLORES, Maurício Pedroso, ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de, TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. sustentabilidade, globalização econômica e a ascensão do capitalismo verde. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**, v. 8, p. 786-798, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8411>. Acesso em: 01 jan. 2021.
- GUDYNAS, Eduardo. **Direitos da natureza**: ética biocêntrica e políticas ambientais. São Paulo: Elefante, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. rev. ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2012.
- IGREJA CATÓLICA. Papa (Francisco). **Carta encíclica Laudato Si’ do Santo Padre Francisco**: sobre o cuidado da casa comum. Roma, 24 maio 2015. Disponível em: http://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco__20150524__enciclica-laudato-si_po.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.
- LATOUR, Bruno. Por que a crítica perdeu a força? De questões de fato a questões de interesse. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 29, n. 46, p. 173-204, jul. 2020. Disponível em: <http://www.oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnfp/article/view/748>. Acesso em: 02 fev. 2021.
- LOURENÇO, Daniel Braga. **Qual o valor da natureza?** Uma introdução à ética ambiental. São Paulo: Elefante, 2019.

LÖWY, Michael. **O que é o ecossocialismo?** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

MARQUES, Ana Rita, REIS, Pedro. Geoengenharia do clima: uma controvérsia sociocientífica sobre a responsabilidade na manipulação do clima. In: CONRADO, D. M., NUNES-NETO, N. **Questões sociocientíficas:** fundamentos, propostas de ensino e perspectivas para ações sociopolíticas [online]. Salvador: EDUFBA, 2018, p. 345-362. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/n7g56/pdf/conrado-9788523220174-17.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

MARQUES FILHO, Luiz César. **Capitalismo e colapso ambiental**. 3. ed. revista. Campinas: Editora Unicamp, 2018.

MILMAN, Oliver. James Hansen, father of climate change awareness, calls Paris talks ‘a fraud’. **The Guardian**, London, 12 dec. 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2015/dec/12/james-hansen-climate-change-paris-talks-fraud>. Acesso em: 29 dez. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Caso Samarco**, Brasília, DF, [2020?]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>. Acesso em: 29 dez. 2020.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

PLUMWOOD, Val. **Feminism and the mastery of nature**. New York: Routledge, 1993.

REDE GLOBO. **Fantástico** [STF define em julgamento critérios de demarcação de novas terras indígenas]. Rio de Janeiro: Rede Globo, 24 maio 2020. vídeo. Programa de TV. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/24/stf-define-em-julgamento-criterios-de-demarcacao-de-novas-terras-indigenas.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2021.

RESENDE, André Lara. **Os limites do possível:** a economia além da conjuntura. São Paulo: Portfolio, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas:** democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito:** um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político: teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

UNITED NATIONS. **Report of the United Nations conference on the human environment**. Stockholm, 5-16 jun. 1972. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1. Acesso em: 29 dez. 2020.

VEIGA, José Eli da. A primeira utopia do antropoceno. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 227-246, Jun. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2017000200227&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 fev. 2021.

WEDY, Gabriel; MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Manual de direito ambiental: de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

3

CONTROLE SOCIAL SOBRE A ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA NEGATIVA DAS ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS

*Miguel Ângelo Maciel*¹

1 INTRODUÇÃO

O trabalho está inserido no âmbito de avaliação dos institutos existentes e configura uma crítica e uma opção incremental ao aparelho estatal tributário instituído sem, contudo, ter a força de agregar ou propor inovações no sentido de alterar de forma direta a estrutura analisada. Porém, de forma reflexa, busca potencializar a emancipação da sociedade creditando ao caráter distributivo do sistema tributário, instituído pelas lutas democráticas, energia transformadora que se torna ato por intermédio do autodesenvolvimento do cidadão a partir da interferência do Estado via políticas públicas acerca do devido tratamento a ser conferido às injustiças estruturais derivadas dos processos sociais e econômicos para os quais a visão libertária vulgar e

¹ Pós Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/ESP. Doutorando em Estado de Derecho y Gobernanza Global pela Universidad de Salamanca/ESP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - Buenos Aires. Aluno especial dos Cursos de Doutorado em Direito e em Filosofia na UNISINOS. Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Especialização em Direito Tributário pelo ICAT/UNIDF (2002). Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica - ABDConst (cursando). Graduado em direito pelo UNICEUB (1999 - conclusão)/ UFPEL - RS (1992 - ingresso) - Ex-Executivo de Tributos do Conglomerado Banco do Brasil e Subsidiárias. Advogado. Ex-Professor de Direito da Universidade Regional da Campanha - URCAMP/RS. Ex-Professor substituto de direito da Universidade Católica de Brasília - UCB/DF. Grupos de Pesquisa: Terceiro Setor e Tributação da UCB (coord. José Eduardo Sabo Paes). Autor. Membro associado da FESDT - Fundação Escola Superior de Direito Tributário. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4017414060253098>. E-mail: splendore1969@gmail.com.

das grandes organizações ignora a dependência das relações comunicativas e associativas sociais, para além da distribuição de bens materiais.

O presente trabalho está fortemente influenciado pelas ideias contidas nas obras *Direito das Lutas* (RODRIGUEZ, 2019) e *Fuga do Direito* (RODRIGUEZ, 2009), que contêm o laborioso trabalho de pesquisa e exibem o vigor e a consistência teórica do pensamento do Professor José Rodrigo Rodriguez.

2 O PROBLEMA DA PESQUISA EMPÍRICA, A MUDANÇA DOS OBJETOS DOS MOVIMENTOS E O MERO DENUNCISMO

Preambularmente cumpre reconhecer que este esforço acadêmico incorre, ainda que não em sua totalidade, naquilo que Lavallo e Vera, identificaram pela busca da legitimação dos temas políticos, e tributação não se estuda sem considerar também este aspecto, nos “mecanismos de *accountability* e procedimentos formais de participação” (GURZA LAVALLE, ISUNZA VERA, 2011). Este procedimento suspendeu, segundo Rodriguez, “o interesse pela dinâmica da sociedade civil para além da sua relação com o estado” conforme os instrumentos já existentes. Ou seja, fixou o foco nas “transformações das práticas políticas tradicionais” por intermédio dos mecanismos formais de participação.

Assim, o objetivo de verificação das possibilidades e eventuais vantagens na instituição de um controle social para os procedimentos fiscais das administrações tributárias situa-se no campo da construção de legitimidade para procedimentos já existentes pela prestação de contas socialmente aferida diante da discricionariedade que lhe é peculiar.

Contudo, o estudo pivota a emancipação social e estuda criticamente as relações sociais mantidas em torno do tema tributação pretendendo situar-se num patamar mais sociológico e menos de dogmática analítica. (FERRAZ JÚNIOR, 2015). Essa vocação está alinhada, em Rodriguez (2019), à dinâmica que reconhece a sociedade civil como um espaço jurisgênico hábil a reformatar as instituições, os direitos positivados e o desenho do Estado com pulsão desestabilizadora das posições de poder vigentes. Talvez insista nesse aspecto como herança da escola de direito dos anos 80 e início dos anos 90 cuja centralidade do debate mirava a redemocratização pelo Estado e pela conquista de direitos, paralela e respeitosamente, aos contemporâneos debates identitários ou punitivistas.

É um claro empenho em renunciar ao nomos de que a batalha esteja perdida evitando o mero denunciismo de arbitrariedades, sem deixar de fazê-lo, para reposicionar a importância da observação das movimentações das forças sociais, cujo tópico sobre os a-contribuintes pretende colaborar.

Ao ler a metáfora do boxe ocorreu que esta forma alternativa de configurar a dinâmica da relação entre sujeitos transpondo do binômio “direito e dever” ao apresentar a tipologia “privilégio e não dever” (CARRIÓ, 2001, p. 15) poderia, em partes, dialogar com o comportamento social diante do fenômeno tributação e da administração fazendária. Explico.

Para o autor da metáfora não se pode dizer que consideradas as regras esportivas da modalidade² qualquer boxeador tenha o direito de

² Curiosidade útil. Disse-me um professor de francês que na França o boxe sequer ocupa na cultura posição de esporte. Informação que não pode ser confirmada.

golpear o outro dado que este outro não tem o dever/obrigação de ser golpeado. Estariam, sim, legitimados a evitar os golpes sem poder esperar (ter direito) que seu oponente não os desfira, portanto, direito e dever não são suficientes para descrever a relação entre os sujeitos esportistas, assim também ocorreria nos conflitos sociais. Direito e dever são aqui tomados, pelo que se apreende da leitura, de algo muito próximo de que a um direito subjetivo corresponde um dever legal. Sugere o uso do termo “privilégio”, que melhor compreendo por faculdade-liberdade, de golpear ou não o adversário frente a titularidade negativa de direito, ou seja, titularidade de um “não-direito” de se opor juridicamente à liberdade (uso da faculdade ou do privilégio de desferir golpes) do oponente.

A reserva do diálogo parcial com a dinâmica entre contribuinte e Estado tributante reside na compreensão que esta relação é muito mais complexa (imaginem um jogo de boxe com múltiplos atletas concomitantemente) e o direito posto autorizaria, ao menos dogmaticamente, que o Estado desfira os golpes e que o contribuinte os receba. Claro, esta visão não é a qual compartilho, pois partiria de uma leitura libertária ou da premissa a agressão às liberdades contida na ação tributária. Antecipo que visualizo a tributação como um comportamento social solidário em sua essencialidade.

Mas a metáfora é interessante pois de alguma forma traduz o comportamento corrente que será visto com mais cuidado adiante. Por ora importa ressaltar que é tido por legal que os contribuintes se comportem elisivamente e arrisco a dizer que socialmente, para uma parcela de cidadãos, que é legítimo o comportamento evasivo.

Estariam, então, patentes a insuficiência do binômio direito/dever para descrever a praxis com a relação fisco/contribuinte sendo útil

agregar, combinadamente, o binômio privilégio/não-direito. Assim, ao visualizar o que se passa na arena fiscal aparenta deter o fisco o privilégio tributário e ao contribuinte o não-direito de esperar que o fisco não o alcance ao mesmo tempo em que teria a legitimidade em evitar o seu alcance, ao menos em algum grau. Também pode-se analisar sob o prisma do binômio poder/sujeição ou ainda de imunidade/incompetência³. Estes mais compatíveis com a gramática dogmática do direito tributário.

Aqui se estaria diante de uma análise não kantiana⁴ de dever fundamental de forma que caberia conceber como passível de análise crítica e democrática do descumprimento de uma lei cuja exegese não seja suficiente para tratar do conflito social subjacente. Sendo a interpretação jurídica uma construção do intérprete e diante da indeterminação de uma norma legal seria ao menos controverso concluir *ab initio* pelo seu descumprimento (RODRIGUEZ, 2019). Esta pontuação deve ser tomada parcimoniosamente pois é mais complexa que este parágrafo possa transparecer.

Enfim, resta evidenciado o dilema entre o direito positivo tributário (dogmático) e o comportamento social a-contribuinte (melhor contemplado sob a tenda da Teoria Geral do Direito). Em que

³ Con otros términos: Si A tiene *derecho* a que B haga el acto X, B tiene el *deber* frente a A de hacer el acto X. Si A tiene frente a B el *privilegio* de hacer el acto X, B no tiene el derecho (tiene el *no-derecho*) de exigir que A se abstenga de hacer X. Si A tiene la *potestad* de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B, mediante el acto X, B está sujeto (está en un estado de *sujeción*) frente a A, en el sentido de que la situación jurídica de B se verá alterada por los efectos del acto X. Si A tiene frente a B una situación de *inmunidad* respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, B es incompetente (tiene *incompetencia*) para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de A. (CARRIÓ, 2001, p.15).

⁴ O cidadão não pode se recusar a efetuar o pagamento dos impostos que sobre ele recaem; até mesmo a desaprovação impertinente dessas obrigações, se devem ser pagas por ele, pode ser castigada como um escândalo (que poderia causar uma desobediência geral). Exatamente, apesar disso, não age contrariamente ao dever de um cidadão se, como homem instruído, expõe publicamente suas ideias contra a inconveniência ou a injustiça dessas imposições. (KANT, 1985).

pese reconhecer que uma parcela significativa dos contribuintes se comporta conforme a lei, por adesão interior cívica ou por temor/respeito à cogência legal, o recorte aparta para uma análise crítica o comportamento a-contribuinte quer libertário vulgar, quer eficientista.

A sequência conduzirá a pesquisa pelos conceitos de perversão do direito, em especial em sua classificação de zonas autárquicas com o objetivo de reconstituir uma compreensão democrática da ordem tributária tida como cooriginária das construções legais modernas iluministas e liberais que acolheram as reivindicações populares como legítimas pelo ingresso dos trabalhadores no Parlamento. Assim, as promessas não cumpridas da modernidade seguiriam latentes articulando as forças sociais em torno do debate sobre os direitos sociais, econômicos e culturais, que de primariamente ideológicos adquirem caráter político jurídico legítimo e contemporaneamente estão sob ataque pelas políticas de austeridade seletiva (RIBEIRO, 2019) orçamentária para os gastos nestas searas, para alguns tidos como despesas, para outros como investimento social.

Posto o problema desse modo e considerando que a arrecadação tributária é pilar do Estado de Direito liberal democraticamente concebido e, portanto, reclama imposição de limites ao soberano e ao poder privado onde ninguém detém legitimidade para atuar sem fundamentação em uma norma jurídica ou social que o autorize. Relevante a explicitar a concepção própria de que o Estado deva ser constantemente mais e mais inclusivo, no sentido de movimento, sendo assim, atua em tensão constante com todo limite conservador das instituições formais na saudável distância entre soberania e liberdade. (RODRIGUEZ, 2019).

Decotando ainda mais o recorte atingimos a discricionariedade negativa da administração tributária onde a decisão de não tributar, não investigar ou não apurar fatos geradores de tributos omitidos por contribuintes implica discriminação que perverte o direito pela concessão de privilégios odiosos por omissão (MACIEL, 2020; TORRES, 2005), que não se coaduna com a declarada visão democrática. A igualdade formal perante a lei deve se converter em igualdade na aplicação desta mesma lei, deslocando a centralidade do embate vertical entre contribuinte e fisco, para um desafio horizontal entre contribuintes (RIBEIRO, 2009; CASSONE, 2015) de tal forma que um cidadão isento de qualquer obrigação tributária só é concebível a margem da vida em comunidade (ECHEGARAY, 2013).

A perversão a que se refere é aquela da acepção desenvolvida por Rodriguez (2019, p. 361), para quem:

Utilizarei aqui o termo “perversão” para me referir a uma mudança radical no sentido estabelecido de determinada instituição, uma mudança tão radical que priva tal instituição de suas características conhecidas e faz com que ela funcione em um sentido completamente diverso de seu uso corrente. ... a perversão consiste em um uso arbitrário, abrupto de um determinado conceito, fora de seu horizonte de sentido, ou seja, um uso que desconsidera a normatividade contextual que lhe é específica. ... um suposto estado de direito que funcione sem a ideia de igualdade. Todas estas instituições, privadas de determinados procedimentos e formas de pensar, deixam ser tomadas como eram no contexto de uma determinada comunidade de sentido. E pouco importa se as palavras utilizadas para designar tais fenômenos continuassem a ser as mesmas. ... O fato é que ela terá sofrido uma perda de funcionalidade tão radical que o uso do termo ... para designá-la passa a soar arbitrário, sem sentido ou como uma piada. Usar a mesma palavra para designar tal objeto, sem nenhuma qualificação, significaria, para os fins deste texto, perverter o sentido da palavra... em

seu uso normal, tentar, provavelmente sem sucesso, fazer parecer que uma coisa ainda é o que ela deixou de ser. É importante apontar a gravidade destes fenômenos de perversão que atingem em sua essência, por assim dizer, instituições dotadas de autoridade para estabelecer o que é a verdade e instituições destinadas a promover o tratamento igualitário entre as pessoas. Verdade científica, no caso da ciência; verdade dos fatos contemporâneos, no caso do jornalismo, verdade de fatos passados, no caso da História e tratamento igualitário no caso das instituições destinadas a atribuir e a garantir direitos iguais para todas as pessoas. Mas quais seriam as consequências sociais destas perversões? Ora, na falta de informações confiáveis sobre o presente e sobre o passado e sem um método confiável para obtê-las; na falta de dados científicos confiáveis sobre a natureza e sem disciplinas reconhecidas e em funcionamento destinadas a construir tais dados, ainda, na falta de mecanismos reconhecidos, com poder para atribuir direitos de forma igualitária, boa parte do que se compreende como modernidade simplesmente deixará de existir. “O projeto moderno de justificação racional de todo e qualquer fato e de todo e qualquer direito perante esfera pública por meio de um diálogo racional do qual todas as pessoas possam participar e sejam levadas em conta, poderá ver solapadas as suas condições de possibilidade simbólicas e institucionais. Tal ameaça se deve, eu levanto a seguir a hipótese, à ação de agentes sociais interessados (1) na criação ou expansão de formas de vida hierárquicas legitimadas pela (2) na construção ou a expansão de narrativas que não dependam de fatos, que não precisem ser verificadas por métodos racionais.

Assim, em atitude denunciasta, válida para o âmbito internacional e doméstico, postula-se o reconhecimento de que as instituições que deveriam nortear-se por valores progressivos na tributação com vocação para a eliminação ou no mínimo a atenuação das desigualdades sociais materiais globais fazem uso de uma narrativa pseudo-naturalizante de discursos sobre as excessivas cargas fiscais para fazer frente aos denominados sufocantes gastos sociais que estariam

colocando entraves ao desenvolvimento econômico. Aqui não se ignora a necessidade de um equilíbrio. Contudo, os modelos internacionais de acordos para tratar da tributação transfronteiriça invariavelmente favorecem àqueles estados centrais. No âmbito doméstico invariavelmente favorecem o rentismo financeiro e as grandes corporações, em detrimento do desenvolvimento individual vocacionado para emancipação dos cidadãos.

Quando não explícitos na norma formal regente, tomada como elemento estático da relação tributária, o favorecimento se opera por intermédio do elemento dinâmico (COSTA, 2005; MACIEL, 2009) da relação consistente na práxis e políticas das administrações fazendárias, por exemplo. E para o que importa ao recorte proposto, especialmente no exercício da conceção de privilégios odiosos por omissão acima conceituado. Configura, a meu entender, o manuseio perverso da ordem jurídica neste particular, em procedimentos autárquicos negativos marcados pela ausência de transparência quanto aos critérios internos que determinam os procedimentos de omissão, ainda que dentro da margem legal de discricionariedade que lhes é constitucionalmente confiada. A utilização desta margem contra o espírito da lei e, portanto, contra os interesses sociais democraticamente elevados a leis esvazia pragmática e deliberadamente o simbolismo edificado a partir das revoluções liberais iluministas e modernizantes derrocando as conquistas sociais.

[...] é necessário pensar as figuras da perversão do direito de forma espelhada, por assim dizer, tanto no que se refere às justificativas oferecidas pelas instituições formais quanto no que se refere às narrativas jurídicas oferecidas pelos agentes sociais em interação. Pois os agentes sociais podem mobilizar o direito para tentar expropriar a autonomia e

calar indivíduos e grupos sociais rivais; ou para tentar fugir do controle da sociedade em geral com o objetivo de criar práticas privadas marcadas pela violência e pela injustiça supostamente jurídicas. Neste nível de atuação, o direito funciona como justificação da violência e da exploração, mediante a mobilização de regras estatais e espaços de regulação social supostamente livres do poder do estado e de acordo com o seu direito. Nestes casos, a perversão do direito se faz, portanto, sem a participação direta do Estado, mas com a invocação do que seria a sua vontade de forma dogmática e naturalizada sob a forma de violência simbólica a qual pode, até mesmo, justificar atos de violência física [...]. (RODRIGUEZ, 2019, p. 54).

É razoável conceder espaço para ouvir os sujeitos envolvidos e não tomar como absoluta a estruturação proposta, caso contrário incorreria exatamente naquilo que se quer evitar, o totalitarismo explícito ou implícito de um ponto de vista que posto desta maneira sempre parecerá interessado (no sentido individualista). Os a-contribuintes têm suas motivações, nem sempre razoáveis, para assumirem tal comportamento que vai do simples questionamento e discordância afetiva (desconforto) ou intelectual com as normas postas até o libertarismo vulgar.

Como configuram uma força social em movimento cujo discurso seduz a muitos é democrático que sejam consideradas na composição da dimensão do evento tributante, desde que não configurem a perversão pela utilização dos instrumentos democráticos contra a própria democracia.

Põe-se a questão sobre qual diálogo seria possível estabelecer entre a multinormatividade democrática e tributação. Sendo a tributação um dos alicerces do legalismo liberal da modernidade original em busca da

previsibilidade e segurança jurídica, pautada pela gramática de regras⁵ (em seu senso comum) e em padrões abstratos⁶, que porosidade dialética oferece à multinormatividade cuja essência acolhe um alívio ao “sujeito de exigências morais universais padronizantes para concentrar o debate de dever ser na disputa pelo desenho das instituições formais, ou seja, no seu caráter democrático ou autárquico”. A administração tributária estaria mais para um desenho democrático ou autárquico?

A reserva quanto à gramática de regras em senso comum se deve a evolução do conceito trabalhada por Günther deslocando para o caso ao invés da norma, de forma que as peculiaridades do caso devem orientar a justificação decisório combinada com a norma em detrimento de um padrão abstrato e rígido de aplicabilidade. Entretanto a criação de padrões abstratos quando construídos pela participação democrática legislativa para normas gerais ou abstratas ou pelo oferecimento de razões em procedimentos judiciais, para a formação de normas individuais e concretas, não seriam tomados como arbitrários (GÜNTHER, 2004) por ser aberta a participação da sociedade e não ter origem isolada em algum órgão de estado. Quando instituídas em

⁵ “O direito é costuma ser estudado principalmente a partir da *gramática de regras*, ou seja, das proposições que regulam comportamentos descritos em abstrato e ligam a eles consequências jurídicas positivas ou negativas, respectivamente, prêmios e punições. É também a partir desta gramática que se costuma criticar o direito como uma gramática que padroniza e normaliza comportamentos com a finalidade promover a dominação de organismos de poder marcados por tendências burocratizantes sobre a espontaneidade das interações sociais. (RODRIGUEZ, 2019, p. 287-288).

⁶ Ao descrever um comportamento em abstrato, ou seja, ao criar um padrão para regular os conflitos sociais, o direito estaria utilizando uma gramática excludente de tudo o que há de irrepetível e de singular no mundo social. Neste registro, muito caro a representantes de posições críticas inspiradas em Nietzsche, o direito seria, por excelência, a linguagem de um poder burocrático. Puramente instrumental, o direito estaria interessado apenas em normalizar e excluir tudo que há de disfuncional, de inusitado, de novo e de revolucionário na vida social. De acordo com a mesma racionalidade, a função do juiz e do poder institucionalizado em geral seria subsumir casos concretos em normas abstratas de acordo com uma racionalidade tecnocrática mais preocupada com a padronização do que com a singularidade dos indivíduos e dos acontecimentos (FOUCAULT, 2004; DELLEUZE & GUATTARI, 2010). (RODRIGUEZ, 2019, p. 287-288).

observância da participação democrática a “gramática de regras” não seria, por definição, tecnocrática, normalizadora e exercida de cima para baixo” (RODRIGUEZ, 2019, p. 287-288).

Para encaminhar o fecho para esta introdução é salutar asseverar que tanto Rodriguez quanto suas referências teóricas reconhecem a importância da segurança jurídica propiciada pelo império do direito (NEUMANN, 2013) através do qual Neumann (2014) visualiza uma possibilidade de emancipação humana. E sem a qual pode-se ceder terreno para exercícios de poderes totalitários. Contudo é muito objetivo ao indicar que “a segurança jurídica não está na supressão da indeterminação das normas, mas no controle da atividade do aplicador” (RODRIGUEZ, 2009, p. 112).

Nesse particular ocorre uma diáspora entre o conceito de racionalidade weberiano⁷ tradicionalmente apropriado pela dogmática jurídica sob o binômio formal/racional, em contraponto ao binômio complementar material/irracional, e aquele formulado por Neumann⁸

⁷ “A racionalidade é por assim dizer uma comunicação, um processo pelo qual eu torno “evidentes” para uma pluralidade de indivíduos as conexões que eu estabeleci entre determinados objetivos e os meios de alcançá-los. A ação racional diz Weber ... é aquela em que os indivíduos procuram explicitar as conexões de sentido entre os seus desempenhos acionais e os seus objetivos assumidos como tal. Por este motivo, a ação orientada racionalmente por um fim distingue-se dos demais tipos de ações orientadas pela intuição (“emocional”, “receptivo-artística”). Toda racionalidade é, neste sentido, contextual, e não manifestação de essências. Daí a compreensão de Weber de que uma ação racional, por exemplo, um sistema político orientado por procedimentos racionais, possa servir a uma finalidade substancialmente irracional, p. ex., possa servir a princípios de um ideal de superioridade racial. Weber descreve a construção da razão como que um artesanato. Sua idéia, enfim, é de que a razão é extraída do fluxo irracional de todas as coisas, numa aproximação novamente com os princípios kantianos da razão, Weber afirma: Refiro-me, aqui, à doutrina dos “separados, porém iguais”, do sistema jurídico racista dos E.U.A. e, naturalmente, ao nazismo.” (RODRIGUEZ, 2004, p.78-79).

⁸ “Para Neumann, seria possível falar numa racionalidade e num processo de racionalização do direito mesmo diante do desenvolvimento do capitalismo monopolista (que traz consigo, ...necessariamente, a materialização do direito). Nesse sentido, faz uma reconstrução do pensamento weberiano sobre o Direito dando-lhe um sentido evidentemente diferente do original. Neumann ressalta o fato de que a previsibilidade, que é a razão básica para o desenvolvimento histórico da *Rule of Law*, na verdade passa a atrapalhar o pleno funcionamento da economia no momento em que as demandas sociais passam a

que entende que numa racionalidade orientada a valores a formalização é que traz características de irracionalidade, pois desprendem-se da observância da construção democrática das ordens jurídicas para uma aplicação do direito alheio aos conteúdos morais, éticos e subjetivos que no limite (em sentido ruim) podem atingir um juízo subjetivo arbitrário de uma pessoa juíza em afastamento ao extremo oposto do formalismo asséptico weberiano insensível às questões sociais que subjazem ao fenômeno jurídico. Fórmula então algo que indica para a pertinência de uma dualidade complementária material/racional.

Aqui se pretende uma comparação proporcional entre a atividade decisória no exercício discricionário de fiscalização da administração tributária com o processo de tomada de decisão judicial, em que ambas condenam ou absolvem; no fisco primeiro pela decisão quanto à instauração ou não da fiscalização, do conseqüente lançamento fiscal, quando pertinente, disparando o competente procedimento de cobrança administrativo ou judicial quando necessário. Todas as atividades dependentes de vontade de ação do agente público administrativo tão meritórias de controle social, em especial em referência a sua ação negativa, quanto a exigência da motivação pública das referências normativas das decisões judiciais.

Em todos os casos, estamos diante do objeto de estudo da ciência do direito. Faz parte do objeto desta ciência investigar empiricamente todos os comportamentos influenciados pelas normas de direito positivo de agentes públicos e privados, e descobrir quais ações humanas estão dentro e fora de

sua esfera de influência. Afinal, nem todos os aspectos da reprodução social passam pelo direito. (RODRIGUEZ, 2009, p. 118).

Veja-se o domínio variante no tempo acerca do conteúdo do instituto do sigilo fiscal, a que faz referência o Art. 198, do Código Tributário Nacional, mais especificamente às informações financeiras, em que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 2016, considerou constitucional a flexibilização ao fisco das informações desta natureza, permissão contida na Lei Complementar 105/2001, sem a necessidade de autorização judicial prévia. Após quinze anos de tramitação o Ministro relator apenas invocou alinhamento aos compromissos internacionais para justificar a decisão⁹. O exemplo explorado permite uma noção acerca da força de sobreposição das normas criadas não por centros de poder tradicionais baseados em soberania e participação democrática, e pode ser examinado sob a ótica da perversão do direito por zonas de autarquia. Zugman (2014), tratando do tema “Processo de Concretização Normativa e Direito Tributário: Transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal”, desenvolvida na Direito SP (Escola de Direito de São Paulo da FGV), em dissertação de mestrado, sem se referir às trocas automáticas de informações financeiras para fins fiscais,

⁹ “En su voto, el Ministro Dias Tófolli hace referencias a los acuerdos internacionales firmados por Brasil para enfrentar un alineamiento internacional por el intercambio automático de información financiera, de tal forma que la Ley Complementaria n° 105, de 2001, fue declarada constitucional, en respeto a la inserción brasileña a un contexto jurídico global donde es necesario un ajuste entre el derecho interno y el externo... Lo curioso es que después de todos estos años de indecisión e inseguridad jurídica en que se esperó que el STF se manifestara, la decisión se haya dado básicamente mencionando compromisos internacionales y alineamiento a las mejores prácticas administrativas tributarias internacionales sin que se haya hecho referencia a los principios y valores que motivaron a la Suprema Corte Brasileña a tomar una posición. Queda, al menos en relación al voto del Sr. Ministro Relator, un vacío teórico y doctrinario. Ni siquiera se puede inferir de su redacción algo que justifique la demora en la prestación jurisprudencial, como la referencia a que se trata de un tema controvertido y fundamental para el derecho patrio y que merecía una profundización y consolidación de criterios para brindar a la sociedad la mejor decisión posible, lo que no nos permite llegar a otra conclusión que no sea la de que la demora en actualizar el criterio en *terrae brasilis* era útil. (MACIEL, 2020. p. 327-328).

especialmente, privilegia a busca da legitimação dos atos “mostrando que algumas autoridades recorrem a valores morais ou políticos para pôr de lado o texto do art. 198, sem a apresentação de argumentos sistematizados que justifiquem a utilização desses elementos” por intermédio dos mecanismos de transparência para fins de controle público. “A existência do sigilo...já é sinal do potencial de transformação que a divulgação desses atos possui”. Nas palavras de Rodriguez (2019, p. 225-226):

A transparência do processo de concretização das normas tributárias implica maior compartilhamento de expectativas entre os atores, realizando a derradeira função do sistema do direito: filtrar e organizar expectativas, tornando inteligíveis as conexões intersubjetivas bem como os limites e objetivos da atuação estatal.

A tributação também pode estar a serviço de outros fins para além das regulagens extrafiscais tradicionais incorrendo nas modalidades de perversão do direito para impor relativização de direitos típicos da cidadania em favor do incremento da segurança em que agentes interessados afirmem projetos normativos, as vezes totalizantes, de formas de vida hierárquicas buscando enfraquecer o Estado como nos casos das grandes corporações capitalistas e de grupos religiosos. As corporações não mais se sentem constrangidas pelos Estados e suas leis nacionais, ao contrário, agora os constroem, em especial quanto ao pagamento de impostos e o respeito aos direitos fundamentais, incluso os sociais, caminhando para a assunção de formas contratuais em regimes privados de regulação imunes à influência das conquistas democráticas. (RODRIGUEZ, 2019, p. 364).

Portanto, temas como combate ao financiamento do terrorismo, à corrupção, à lavagem de dinheiro, ao narcotráfico, à criminalidade transnacional, ao tráfico de armas e aos efeitos de crises financeiras tem assumido postos estratégicos na determinação, além dos assuntos tributários, na hierarquização das relações sociais (MACIEL, 2020), em desalinho com a demanda por proteção de direitos sociais e da participação democrático-cidadã na formação das ordens normativas a que devem se sujeitar.

Assume-se, com Neumann (2014), a centralidade e a gangorra da importância das cláusulas gerais com o formalismo conforme o posicionamento das sociedades em apresentar seu projeto normativo como relevante. Um parlamento híbrido composto por ambas as classes sociais (onde a representação popular tenha influência) tende a produzir uma estrutura jurídica pautada por uma interpretação e aplicação do direito mais aberta, buscando nas cláusulas gerais (generalidade e universalidade) o espaço para a redescoberta do direito natural especialmente vinculado a posições de poder e defesa da propriedade¹⁰ de caráter contrarrevolucionário, tudo na década de 20 dos anos 1900 na Alemanha. O direito racional para ser aplicado passa a requerer filtros de cláusulas gerais. Também em Neumann, nas reflexões de Rodriguez (2004, p. 56), há um forte posicionamento de que “a política torna-se central na reprodução capitalista, neutralizando em parte o funcionamento cego das leis econômicas”, especialmente a partir da

¹⁰ “A *renaissance* do conceito de generalidade das leis na democracia de Weimar e sua aplicação indiscriminada para direitos de liberdade pessoal, política e econômica foi, portanto, um instrumento para restringir o poder do Parlamento, que agora não representava exclusivamente os interesses dos grandes proprietários, do capital, do exército e da burocracia. A lei geral na esfera econômica estava agora determinada para manter a ordem de propriedade existente e para protegê-la contra intervenções sociais”. (NEUMANN, 2014, p. 24).

participação da classe trabalhadora no Parlamento conforme uma compreensão da Teoria Crítica da Sociedade daquela época.

Presente essa visão crítica da sociedade de que a racionalidade reside na busca efetiva da concreção democrática de uma construção tributária parlamentar influenciada pela participação popular que confere valorativamente, ao menos em narrativa, a promoção da justiça social como basilar para que a coesão social não desintegre é que situamos a importância deste estudo ao lançar luzes críticas sobre a atuação negativa dos agentes públicos fazendários pela concessão odiosa de privilégios por omissão, desprovida, portanto, de compromisso racional material neumanniano com as normas legais e sociais liberais em seu sentido original, formatadas em um ambiente de capitalismo concorrencial entre iguais (pré-capitalismo monopolista) onde os direitos subjetivos servem à emancipação dos cidadãos frente a um poder soberano. Como estabelecer um controle social sobre a discricionariedade de agência da administração fazendária?

O interesse no tema decorre de trabalhos acadêmicos anteriores que mesmo muito embebidos na dogmática do direito tributário já apresentava sua verve crítica para as políticas fiscais, especialmente em âmbito internacional, procurando compreender o sentido das mudanças nas estratégias de combate a concorrência fiscal prejudicial internacional (MACIEL, 2009) e as perversões disfarçadas bem como a insuficiência democrática das práticas contidas nas novas modalidades de intercâmbio automático internacional de informações financeiras para fins fiscais (MACIEL, 2020), assim como faz uma ponte com um novo trabalho em desenvolvimento, especificamente sobre um controle social do espaço para a não-tributação na agência administrativa tributária sob as lentes da teoria crítica do direito.

3 DIREITO, DEMOCRACIA, MULTINORMATIVIDADE E TRIBUTOS

3.1 A TRANSFORMAÇÃO DA CIDADANIA

De modalidade de pertencimento a ordens políticas nacionais que lhes confere direitos, em especial aquele de participar desta construção normativa, que classicamente gravitam em torno de conceituações de visão liberal ou republicana afastando-se, desse modo, da importante análise da dimensão de pertencimento caracterizante da cidadania e dos conflitos políticos e sociais que lhe são atinentes, “seja em sentido liberal, seja em sentido republicano, a cidadania oferece uma justificação para a ordem política para além dos interesses individuais dos cidadãos e cidadãs” (RODRIGUEZ, 2019, p. 345-352).

Contudo a contemporaneidade globalizada impõe novos desafios dada transnacionalização das relações sociais e a financeirização do capital tensionando o conceito para além do pertencimento à comunidades políticas estatais mormente diante do trânsito de estrangeiros, temporário ou com pretensão de estabelecimento, cuja existência não está plenamente contemplada pelas ordens cidadãs referidas a territórios específicos, neutralizando a lógica democrática da sujeição à normas das quais é partícipe na elaboração, bem como da inescapável preocupação ambiental. (RODRIGUEZ, 2019, p. 345-352).

Noutros aspectos, mais caros à temática sob estudo, tem-se o escape à influência da vontade política dos cidadãos democraticamente formatada das transações financeiras internacionais e a regulação das empresas transnacionais, aqui em referência direta com o espectro tributário do comportamento a-contribuinte. Estas transações e empresas transnacionais funcionam em um ambiente regulatório privado significativamente à margem da cogência estatal irradiando

normas que interferem nas vidas cidadãos sem a legitimidade democrática que conforta o atingido, tolhendo sua expectativa emancipatória (lex mercatória, Fifa, OCDE, OTI...). (RODRIGUEZ, 2019, p. 345-352).

Afastada a tutela democrática estatal o impacto das ordens privadas tende a agravar as já existentes assimetrias de cidadania atreladas a posições de poder e de saber que funcionam hierarquizando as relações sociais podendo atingir a atuação própria do estado soberano. Dado que o grau de cidadania não atende a uma classificação binária, ter ou não ter, mas responde conforme a capacitação do indivíduo para construir e manter sua emancipação horizontal ou vertical, é necessária a intervenção mediada democraticamente nas liberdades liberais para que não se tornem liberdades libertárias opressoras. Nas palavras de Rodriguez (2019, p. 345-352):

Resumindo o que foi dito até aqui, pode-se dizer que a cidadania, compreendida como a possibilidade de que todos e todas tomem parte na formação da vontade do estado, resolve dois problemas políticos fundamentais. Ela fornece meios de controle vertical e horizontal do poder, impedindo que o soberano assuma um caráter arbitrário ao impor a ele a necessidade de justificar os seus atos; e por evitar que as assimetrias de poder privado resultem no domínio de indivíduos ou grupos sobre os demais cidadãos e cidadãs.

Os indivíduos em uma sociedade não são cegos para as desigualdades econômicas porém demandam um reconhecimento cidadão, ou seja, uma participação democrática nos constructos sociais e normativos aos quais serão submetidos, qual seja, “a igualdade humana básica de participação (com o risco de se tornar o arcabouço da desigualdade social legitimada)” contudo, entende “que a tendência

moderna em direção da igualdade social é, ..., a mais recente fase de uma evolução da cidadania que vem ocorrendo continuamente nestes últimos 250 anos” (MARSHALL, 1967, p. 62-63) repousando nos conflitos entre classes pela participação na formação da comunidade de sentidos historicamente gravadas constitucionalmente, em sua grande parte, pelas conquistas continuadas dos direitos civis, políticos e sociais. (RODRIGUEZ, 2019).

Direito liberal revela seu potencial revolucionário a partir do ingresso da classe operária no parlamento por meio da transformação das reivindicações de igualdade material (por justiça) em direito. Assim pensam Neumann e Rodriguez, eis que no momento em que isso ocorre, o direito adensado do valor justiça instala a contradição entre direito liberal e capitalismo. (RODRIGUEZ, 2009).

Para que a cidadania seja mantida é salutar a manutenção do espaço de liberdade entre Sociedade vs Soberano (Estado) pela sociabilização de ambos através da viabilização da racionalidade atuando como anteparo à violência física contemplando a incompletude perene do projeto de juridificação de poderes quer sejam políticos, econômicos ou sociais, nunca admitindo a juridificação total pois aniquilaria a mencionada dicotomia sociedade e soberano. (RODRIGUEZ, 2009).

A manutenção da esfera de liberdade entre sociedade e soberano na presença da forma direito contribui para a desintegralção das amarras de uma sociedade desigual. (RODRIGUEZ, 2009).

A forma direito, invenção liberal, transcende a si mesma pois seguindo aos originais burgueses as classes populares igualmente reivindicaram participar do formato desenvolvido para integrar suas demandas sociais ao direito, “tornando transparente o processo de

funcionamento das unidades econômicas, deixando o império do direito de figurar como ideologia burguesa para se democratizar” (RODRIGUEZ, 2009, p. 72-73). “A desigualdade fica estampada na letra da lei sob a forma de compensações materiais, os direitos sociais consagrados com a finalidade de redistribuir o excedente social com fundamento num juízo político, realizado no Parlamento” (RODRIGUEZ, 2009, p. 74-75).

A partir da conquista do direito de voto passa a participar da definição acerca do alcance de propriedade privada introduzindo limites à atividade econômica e regrando as relações trabalhistas contendo a livre utilização da propriedade privada. (RODRIGUEZ, 2009).

Mais um elemento essencial neste cenário constitutivo da cidadania são as instituições tidas por complexos de direitos e deveres organizados com o objetivo de regular determinadas relações sociais; a propriedade privada é, além de um direito fundamental, uma instituição.

Os direitos fundamentais são realizáveis por seu intermédio; de sua força decorre diretamente a observância desses direitos. Instituições frágeis ou porosas a interesses pessoais ou cuja racionalidade seja obscura agridem a essência do estado de direito democrático. O direito liberal democratizado serve como mediação para a emancipação humana. (RODRIGUEZ, 2009).

O poder de agência (discricionariedade) da burocracia institucionalizada pode conduzir à emancipação progressiva ou determinar a involução dos direitos sociais, desta constatação se depreende que o escrutínio das causas de agir da instituição tributária incidente, positiva ou negativamente, sobre a instituição capitalista da propriedade privada é determinante para que a racionalidade material neumanniana seja aferida e que também sirva para dela extrair a

atualização das demandas sociais em movimento, condição de possibilidade para sua adequação às condições contemporâneas, mantendo essa dialética ativa. (RODRIGUEZ, 2009).

Para além da racionalidade técnica finalisticamente apontada para a eficiência do instrumento regulatório a eficiência almeja o sucesso de projetos de juridificação contemplados ou não pelo Parlamento alcançando também os atos de aplicação institucionais dado que “o desenho das instituições pressupõe certa divisão de poderes entre os grupos sociais e entre a sociedade e o Estado” (RODRIGUEZ, 2009, p. 143).

Uma forte ameaça à submissão das instituições estatais à influência democrática reside no atual debate acerca da emancipação dos bancos centrais lógica que permite antever que igualmente colocará as finanças públicas, arrecadação e gasto, em breve, na mesma rota de independência institucional, recaindo no mero gerenciamento instrumental insensível às injustiças sociais, com foco exclusivo no equilíbrio orçamentário para fins exclusivamente econômicos¹¹.

A auto-regulação (em contraponto com a heterorregulação pelo Estado) dos fatos sociais nos planos nacional e internacional remete

¹¹ A proposta, basicamente, é a de criação do que organizações internacionais têm chamado de instituições fiscais independentes, ou seja, órgãos independentes dos poderes políticos tradicionais (Judiciário, Legislativo e Executivo), mas financiados publicamente, responsáveis pela fiscalização, análise e pela sugestão (em algumas propostas mais audaciosas, pela definição) da política fiscal. Como se percebe, essa agenda de reforma institucional das finanças públicas envolve aspectos centrais de instituições políticas de qualquer estado democrático. O orçamento sempre representou um espaço de disputa política, democrática e jurídica por excelência. As decisões fiscais sobre quantos e quais projetos públicos deveriam ser financiados foram tradicionalmente interpretadas como sendo de competência do Legislativo e/ou do Executivo, geralmente por meio do orçamento. O caso brasileiro mostra que a criação de regras fiscais para delimitar a discricionariedade dos responsáveis pelas decisões fiscais foi um primeiro momento relevante de reforma do regime jurídico da política fiscal e dessas instituições políticas. A criação de instituições fiscais independentes parece ser o segundo. A legitimidade democrática da gestão da política fiscal parece ser disputada justamente no contexto dessas reformas institucionais. A política fiscal é legítima porque decidida politicamente e de acordo com regras democráticas tradicionais ou ela é legítima quando protegida dos próprios políticos que supostamente deveriam defini-la – e definidas de acordo com critérios supostamente técnicos a respeito da sustentabilidade prevista da dívida pública? (RODRIGUEZ, 2004, p. 222-224).

cientistas sociais e economistas a se debruçarem sobre o tema da governança:

[...] a nova política interna global que já está em funcionamento aqui e agora, para além da distinção nacional-internacional, tornou-se um jogo de metapoder cujo resultado está completamente em aberto. Trata-se de um jogo em que as fronteiras, as regras básicas e as distinções básicas são renegociadas – não somente aquelas entre esferas “nacionais” e “internacionais”, mas também aquelas entre negócios globais e Estado, movimentos da sociedade civil transnacional, organizações supranacionais e governos e sociedades nacionais [...]”. (RODRIGUEZ, 2009, p. 187).

O incremento da heterorregulação pelo Estado restritiva de direitos fundamentais faz par com o aumento da liberalização dos mercados e das trocas econômicas internacionais (RODRIGUEZ, 2009, p. 186-187) (*libertas mercatoria*). Os sinais são visualizáveis. Austeridade seletiva. Congelamento de gastos sociais. Não inclusão do serviço da dívida no controle do superávit primário. Desmonte das conquistas trabalhistas. Reforma previdenciária. Futura reforma tributária. Todos os tópicos conversam diretamente com o orçamento público e com a reversão da vocação das instituições indicando uma tendência de expurgo das mencionadas conquistas sociais e econômicas da normatividade. Para Günther o “Estado de segurança é o outro lado da moeda do Estado-mercado, do direito de segurança transnacional, o outro lado da sociedade desregulada, global, de múltiplas opções” (GÜNTHER, 2009, p. 25).

As limitações econômicas, considerada a atual distribuição/acumulação de capitais, são reais e visualizáveis, o que coloca em rota de crise o equilíbrio social cujos atores populares aumentam a pressão por gastos que beneficiem estas camadas da

população em contraposição com a necessidade de tocar nos interesses dos demais grupos e indivíduos (RODRIGUEZ, 2019), cenário mais concretizado desde a crise financeira de 2008 e das manifestações sociais ocorridas no Brasil, em 2013, por incremento de gastos sociais dependentes de tocar nos interesses de outros indivíduos e grupos.

A utilização de mecanismos tributários para proteção dos mais ricos globalmente praticada foi exposta consistentemente pelo trabalho de Piketty, em seu livro intitulado *O Capital do Século XXI* (PIKETTY, 2014), em 2013, e ora complementada no Brasil pela obra *Capital e Ideologia* (PIKETTY, 2020), de 2020. Complementarmente Streek (2013) indica que a fase atual do capitalismo financeiro, pós-crises implica abandono explícito do pacto democrático pelas instituições do capital financeiro, impondo sua agenda e interesses aos governos dependentes das políticas de financiamento privado, que colocaram sua soberania sob a normatização privada ditada por estes interesses.

O contemporâneo debate em torno da possibilidade de um padrão para as instituições de todo o mundo hábil a promoção do desenvolvimento econômico contempla frentes que vislumbram, em suas análises, apenas “uma imposição ideológica por um modelo de desenvolvimento neoliberal aos países periféricos” e outras que visualizam como decorrência das “mudanças do capitalismo mundial, marcado por uma fase de predomínio da lógica financeira acompanhada da desregulação do mercado, entregue a sua própria lógica” (RODRIGUEZ, 2019, p. 307).¹²

¹² Ver também: TRUBEK; SANTOS, 2006 e LEYS, 1996.

Diferentemente da luta por direitos se vislumbra um “conflito entre direitos que reivindicam, ao mesmo tempo, o poder de regular os mesmos fatos sociais de maneira diferente” (RODRIGUEZ, 2019, p. 54).

A fragmentação temática da regulação distribuída entre organismos, tais quais agências reguladoras ou conselhos com a participação da sociedade civil, demonstra o afastamento paulatino dos centros de poder soberano tradicionais indicando um exaurimento da força da gramática de regras frente aos conflitos sociais. (RODRIGUEZ, 2019; TEUBNER, FISCHER-LESCANO, 2004; MATTOS, 2006; COELHO, NOBRE 2004).

Estariamos talvez a vislumbrar no horizonte, no curto prazo, e desde o presente, uma batalha para desacelerar o desmonte da narrativa e da gramática do Estado de Bem-Estar, assegurando, ao menos, uma democracia de mínimos, reorganizando as forças progressistas para retomar articuladamente as lutas pela desideologização do direito liberal na disputa por normatização de projetos de interpretação, confronto que caracteriza o estado de direito. Ideologia tomada como sinônimo de “uma ideia que funciona ideologicamente quando a crença nessa ideia ajuda a reproduzir relações de dominação ou de opressão, na medida em que justifica ou obscurece possíveis relações sociais mais emancipatórias” (YOUNG, 2012, p. 188).

3.2 A FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE

Neste tópico a formação da subjetividade cidadã será apresentada como dependente da concreção dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, políticos e econômicos. Como visto cidadania é corolário de titularidade de direitos em um determinado ordenamento

jurídico que lhe assegura meios, em maior ou menor grandeza, para sua emancipação social, formal ou material.

O despertar pela cidadania interna ao indivíduo pré-cidadão referência aspectos objetivos e subjetivos. Opressão e dominação são expressões utilizadas por Young (2012) para distinguir, respectivamente, as forças que atuam sobre a livre formação do sujeito na sociedade civil e a sujeição às instituições formais do estado; subjetiva e estrutural; autodesenvolvimento e autodeterminação.

Rodriguez (2019, p. 105) evoca uma crítica do coerção com fundamentos na gramática de regras, (em contraponto com a gramática da regulação social) para quem “em um sistema capitalista, a coerção funciona como mecanismo destinado a impulsionar a acumulação desenfreada de capital para que sejamos capazes de pensar, para além desse registro, na possibilidade de atribuir outras funções a este mecanismo institucional” ultrapassando a atualização habermasiana da teoria moral de Kant, acerca da necessidade de complementar a moral com coerção em sociedade complexas.

A coerção neste sentido prende o sujeito o mais possível às relações de produção e acumulação capitalista tolhendo o espaço, a energia vital e o tempo que seriam imprescindíveis ao indivíduo para a instauração do debate acerca das necessidades e de mudanças úteis a alterar o estado de coisas postas, visando incrementar a sua percepção como sujeito de direitos, membro de uma determinada comunidade de sentidos cidadã e democrática, para a partir dessa apropriação subjetiva, deliberar informadamente sobre a forma de vida a ser buscada. Cerceia o agir comunicativo. (RODRIGUEZ, 2019). A introjecção na subjetividade identitária da racionalidade da acumulação desenfreada como um valor tende a legitimar a sua hiperconcentração e acirrar a competição pela

riqueza social. Qual papel deveria desempenhar o direito nesta formação? Sugere Rodriguez que “é preciso evitar juridicamente a cristalização de identidades e desligá-las o mais possível de narrativas que justifiquem a acumulação de riquezas. É difícil imaginar um mundo em que tais identidades não se formem de fato”, contudo é possível visualizar a atuação do direito segregada deste instituto. (RODRIGUEZ, 2019, p. 300-304).

A gramática das relações sociais serve a esse propósito emancipador contudo passa por desvincular a vinculação da acumulação de riquezas como um bem para a família, empresa e estado. (RODRIGUEZ, 2019). Por onde começar:

Tal enfraquecimento tem uma dimensão jurídica já que o direito, por intermédio da gramática de regras, legitima seus elementos fundamentais. Estratégico neste ponto é desligar juridicamente trabalho e benefícios sociais, sobrevivência digna e subordinação do trabalho capitalista, cujo primeiro passo é a garantia de uma renda mínima universal paga incondicionalmente a todas as pessoas ao redor do globo ... , é importante compreender a relação entre acumulação de riquezas e autocompreensão dos indivíduos, ou seja, compreender como o dinheiro se relaciona com a dimensão afetiva... A monetarização da existência, confusão entre ter e ser, sobre a qual escreveu Erich Fromm (FROMM, 2005), pode ser caracterizada como uma patologia da razão (HONNETH, 2009) de importância fundamental porque central para as justificativas para a acumulação irracional de riquezas que contribui para diminuir o espaço de autonomia dos homens e mulheres sob o regime capitalista, fazendo com que eles se reduzam a meros apêndices do processo de trabalho. Nesse contexto, é importante compreender as razões pelas quais as pessoas trabalham (BAKKER & LEITER, 2010) para compreender as razões que justificam a acumulação irracional de riquezas que estão na base da justificação do sistema capitalista. (RODRIGUEZ, 2019, p. 304).

O direito pode ser usado para expropriar a autonomia e calar indivíduos rivais quando manipulado para a justificação da violência e da exploração supostamente em bases jurídicas pelo expediente de espaços livres de mediação estatal submetidos às regras privadas podendo performar sem a participação direta do estado invocando um entendimento próprio do que seria a vontade estatal incorrendo dogmática e naturalizantemente em violência simbólica, podendo extrapolar esse patamar. (RODRIGUEZ, 2019).

Quando conta com a participação do Estado pode se concretizar pela “utilização de leis gerais para produzir efeitos discriminatórios sobre determinados grupos e a utilização de linguagem do direito para criar ordens normativas cujas normas não passam por mecanismos democráticos de formação da vontade”, fenômeno intitulado direito autárquico. (RODRIGUEZ, 2019).

O silêncio silenciado do silêncio social configura também uma perversão do direito impetrada pela impossibilidade interposta pelas instituições formais àqueles que se julgam privados de seus direitos de, utilizando os canais adequados, fazer-se ouvir na esfera pública numa espécie de despersonalização jurídica operada pela privação sistemática. (RODRIGUEZ, 2019).

A autodeterminação humana passa pela liberdade jurídica imanente ao espaço mantido entre o cidadão e o soberano adicionada necessariamente de liberdade sociológica que se liga em essência com a “ampliação dos espaços de escolha dos indivíduos” (RODRIGUEZ, 2009, p. 87). Assim direitos formais e materiais concorrem para esta tarefa emancipatória, reforçando a importância do ingresso das classes populares no parlamento para interferir juridicamente nas relações de apropriação e acumulação privada.

A dupla ação dos mecanismos de poder ao agir sobre o sujeito e ao mesmo tempo o constituir guarda pertinência com a análise ora proposta de como as instituições podem interferir na construção da autopercepção cidadã detentora de direitos subjetivos democraticamente constituídos, adensando ou esvaziando tal percepção. Butler (1997) entende que “um sujeito é a ocasião linguística do indivíduo de obter e reproduzir inteligibilidade, a condição linguística de sua existência e ação”, existindo uma ligação afetiva entre sujeito e regra, de modo que em Ophir (2005), citado por Rodriguez (2009, p. 187):

“...a posição de cada sujeito delimita certo campo de discurso e ação . A instituição de determinadas posições subjetivas em diferentes campos de discurso e ação recorta certas possibilidades de identificação dos objetos. ... Cada discurso atribui ao sujeito uma estrutura coerente e um fundamento de legitimidade”.

A ligação afetiva entre sujeito e regra enfrenta a melancolia que marca os limites de sua subjetivação; os mecanismos de poder sujeitam e empoderam. Como “trazem o sujeito à condição de ser” uma crítica aos mecanismos pode colocar em risco a própria condição de sujeito ao desnudar sua constituição. Esse elo afetivo variável conforme o sujeito serve a esclarecer o diferente nível de apego conservador ou progressista em relação às diversas instituições que impedem ou impulsionam suas reformas:

A maneira pela qual são institucionalizadas determinadas posições subjetivas em órgãos variados desenha um determinado campo semântico capaz de captar certo tipo de objeto e não outros. A reflexão sobre estes

problemas pode contribuir para que as estruturas regulatórias se tornem aptas a lidar com as várias espécies de conflito. (RODRIGUEZ, 2009, p. 188).

Interferem contemporaneamente na formação da subjetividade, ainda, dentre tantos outros elementos, “o “fake News”, o revisionismo nazista, a história conjectural e o criacionismo, todos fenômenos protagonizados por grupos inimigos da ideia de um direito democrático” (RODRIGUEZ, 2019, p. 23) e diante desse força contra-informacional “atribuir todos os problemas à providência divina, aos signos do zodíaco, à intuição visionária de um líder ou a qualquer outra força irracional, pode ser um modo de pensar muito útil para manter as coisas como estão” (RODRIGUEZ, 2019, p. 363). Serve ao propósito conformista com um destino afastado da compreensão sobre os dirigentes destes destinos e dos meios para sua modificação, não alcançam o possibilidade protagonista.

Para encaminhar o próximo tópico depara-se com a figura do indivíduo auto-empresário de si mesmo, único responsável por suas condições de existência, resgatando da sociedade esta tarefa quebram-se os laços de co-responsabilidade solidária. (GÜNTHER, 2002).

4 OS A-CONTRIBUENTES

Para esclarecer as referências feitas anteriormente no texto sobre o comportamento a-contribuinte importa iniciar por contextualizar o tema. A matéria tributária é considerada norma de rejeição social, ou de pouca adesão social¹³, e isso opera em decorrência dos fatores dispostos

¹³ “No atual quadro, nota-se pouca adesão social ao pagamento de tributos não só em razão da alta carga assumida, da complexidade do sistema, dos gastos públicos em excesso e de má qualidade dos serviços essenciais, dos desvios, da sonegação e de serviços ineficientes, mas, em especial, pela sensação

nos tópicos sobre a formação da subjetividade e a mudança da cidadania, alcançando os dois pilares da relação tributária clássica baseada na soberania estatal: o contribuinte e o Estado tributante. O comportamento a-contribuinte decorre da descrença, do desconhecimento ou da desconsideração dos fundamentos democráticos instituintes do modelo do estado liberal que pauta seu orçamento na contribuição de todos os cidadãos, na medida de suas possibilidades, já em suas declarações liberais originárias. Para a implementação desses objetivos programáticos há previsão da contribuição segundo a capacidade contributiva, lógica estruturante das sociedades modernas e marco denotativo da cooriginariedade dos Direitos Humanos e do Estado Fiscal. Consta desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades. (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, [2019?]).

O esvaziamento da substância liberal democrática reflete fortemente no comportamento tributário que é invocado para legitimar (não legalizar) condutas desviantes o que gera desconforto quando não sentimentos depreciativos de tolice naqueles que se mantêm virtuosos quanto a participar da sustentação fiscal do Estado.

Os contribuintes virtuosos encontram desestímulos na falta de transparência ao escrutínio público do uso da discricionariedade das administrações fazendárias principalmente acerca da concessão de

de injustiça na tributação decorrente do conjunto de fatores que distorcem o sistema tributário.” (BUFFON; MATOS, 2015, p. 226).

privilégios odiosos comissivos ou omissivos perpetuadas pelos agentes públicos, quer nas práxis das instituições fazendárias, quer na definição das políticas e normas tributárias.

Contudo, divergem os casos de a-contribuintes. Alguns agrupamentos permitem classificar para fins de análise das consequências de suas posturas. Tem-se os a-contribuintes informados prudentiais e não-crentes e os a-contribuintes não-informados.

Por a-contribuintes informados enquadram-se aqueles que agem privada ou politicamente, conhecendo, portanto, o conteúdo emancipatório do estado de direito democrático, no sentido de esvaziar, pragmática e simbolicamente, a sua atuação desidratando o agir comunicativo, “conquista da Teoria Crítica, que acabou com a ilusão metafísica de uma emancipação protagonizada por um agente social unitário, sujeito-objeto idêntico” (RODRIGUEZ, 2019, p. 378). Assim agem os a-contribuintes informados, na versão da racionalidade prudencial (PETTIT, 2018), aqueles contribuintes que realmente calculam e apostam nas limitações das administrações tributárias, indiferentes ao conteúdo moral do tributo ou de eventuais prejuízos a sua reputação. Uma variante mais tênue deste comportamento é aquela incorrida pelos a-contribuintes informados não-crentes, ou descrentes. Mesmo conscientes da genealogia liberal democrática e emancipatória do instituto tributário, perderam a fé em sua concreção frente às forças emergentes da contemporaneidade privatizantes e fragmentárias do direito, acobertadora da dissimulação, esvaidoras das forças soberanas do Estado e assistem a uma disputa entre forças pro-fragmentação e forças cosmopolitas (BENHABIB, 2006) sem que tenham capacidade de vislumbrar alternativa consistente para se opor a tal movimento, ou

sequer encontrem motivação íntima para fazê-lo embebidos que estão pela racionalidade neoliberal (DARDOT; LAVAL, 2016) pós-democrática.

A linguagem, ou o discurso hegemônico, hoje é pautada pela racionalidade neoliberal que segundo Laval e Dardot (2016, p. 16) implica, para além destruir instituições e direitos, produzir um estilo de vida de competição individualista remodelando subjetividades para os quais essa norma “impõe a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada, intima os assalariados e as populações a entrar em luta econômica uns contra os outros, ordena as relações sociais segundo o modelo do mercado, obriga a justificar desigualdades cada vez mais profundas, mudar até o indivíduo, que instado a conceber a si mesmo e a comportar-se como uma empresa”.

Por intermédio de Sintomer (2017) se introduz ao presente estudo o conceito de pós-democracia (termo popularizado pelo cientista político inglês Colin Crouch (2004) como sendo o modelo predominante na atualidade cuja definição seria:

...um sistema no qual, em aparência, não há nada de diferente em relação à democracia ocidental clássica: eleições livres continuam sendo organizadas, a Justiça é independente, os direitos individuais são respeitados. A fachada é a mesma, mas o poder real está em outro lugar. As decisões são tomadas pelas direções de grandes empresas transnacionais, pelos mercados, pelas agências de classificação, pelas organizações internacionais e pelos órgãos tecnocráticos. Esta é a tendência dominante na atualidade. (CROUCH, 2004, p. 11-12).

Insistindo um pouco mais na exploração bibliográfica do termo pós-democracia, que tomo mais como leitura descritiva, dado ainda estar alinhado à teoria neumanniana de que a forma de emancipação ainda possível passa necessariamente pelo estado democrático de

direitos, tem-se que Casara (2017)¹⁴ se posiciona por vivenciarmos um período para além da crise, ou seja, um período de condições e elementos consolidados em que se ultrapassam os fundamentos do Estado Democrático de Direito os quais dependiam necessariamente da existência de um modelo de organização política vinculado ao princípio da legalidade estrita, subordinado a leis gerais e abstratas emanadas de órgãos político-representativos e vinculadas ao projeto constitucional (em especial, aos direitos e garantias fundamentais), para o autor “o que há de novo na atual quadra histórica, e que sinaliza a superação do Estado Democrático de Direito, não é a violação dos limites ao exercício do poder, mas o ‘desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites’”.

No dizer de Giovanni Sartori (2009) “todos sabemos, más o menos, como debería ser uma democracia ideal, mientras que se sabe demasiado poco sobre las condiciones necessárias para conseguir uma democracia posible, uma democracia real”.

Como a-contribuintes não-informados classifico aqueles trabalhadores precarizados envolvidos em atividades altamente instáveis e que precisam sobreviver sem o apoio de estados de bem-estar social, em que o agir comunicativo é bloqueado e que consomem sua existência entre ser indivíduo nu e sujeito de direitos de baixíssima densidade, sem atingir a amplitude de uma emancipação cidadã e democrática. Quanto à estes indivíduos nus de cidadania pode-se invocar o comentário de Evans sobre os escritos de Marx e Engel reservando reconhecimento a que “os homens não escolhem todas as circunstâncias em que vivem: parte de sua existência é determinada, o

¹⁴ Ver também: NASH, 1996; STAVRAKAKIS, [2021?]; BROW, 2007; BROW, 2006; MONEDERO, 2012.

que significa que nem todas as possibilidades estão abertas o tempo todo” (RODRIGUEZ, 2019, p. 371) absolvendo-lhes, ao menos moralmente, do encargo da mudança, o que é, mesmo assim, sofrível conceber. Quando estes desrespeitam à lei tributária, eximidos de culpabilidade, estão mais a atingir a ilusão ideológica do legalismo liberal interessado. (RODRIGUEZ, 2004, p. 307-308).

Retomando os a-contribuintes informados (que o fazem a partir da razão prudencial) configurariam estes uma espécie de escolha por uma das opções do dilema da classe burguesa de: ou atender às demandas do proletariado ou de abandonar a democracia (RODRIGUEZ, 2009, p. 108-109), ao menos neste particular? Então seria realmente o abandono burguês do pacto social democrático¹⁵ por práticas deliberada e abertamente autárquicas. Ainda assim, os a-contribuintes informados configurariam uma voz social a ser ouvida? (RODRIGUEZ, 2009).

As normas gerais sustentam uma dicotomia fundamental, interna ao direito positivo, que não se alimenta de valores transcendentais a ele, mas da relação entre sociedade e Estado, ou, nos termos de Neumann, a esfera de soberania e a esfera da liberdade em relação à soberania. O governo das normas gerais em sua versão liberal exige que o Estado aja de acordo com a vontade da sociedade. As necessidades da sociedade variam com o momento histórico e devem encontrar expressão nas normas que o Estado produz, ao lado de normas técnicas, relativamente independentes do contexto.

¹⁵ “Grupos que não estão interessados em debater as políticas públicas tendo em vista algo que se poderia chamar de “interesse geral”, “bem comum”, “comunidade política” ou “projeto de país”. Ao contrário, sua estratégia é fortalecer fontes normativas que pretendem se livrar dos entraves normativos dos Estados nacionais, esvaziando, inclusive, o poder da esfera pública de formar as normas que regulam a vida social” (RODRIGUEZ, 2019, p. 380-382).

Ora, a forma direito instaura e garante a separação entre Estado e sociedade, criando canais para captar a vontade desta em seu devir e transmiti-la para os órgãos do poder. Trata-se de uma estrutura inclusiva e, por isso mesmo, aberta para o futuro, capaz de apreender as novas demandas sociais. A questão não é mais qual é a verdade substantiva que deve orientar a elaboração do direito positivo, mas como construir instituições capazes de ouvir a voz da sociedade.

Em não se tratando de libertarismo vulgar pode-se divisar uma das forças sociais postulantes a juridificação de um projeto que pode indicar a exaustão do modelo emancipatório fundado naquilo que Neumann tratou por o Estado de Direito como a realização parcial da utopia socialista,

... será necessário também desenvolver critérios e modelos de racionalidade para lidar com constantes conflitos entre legalidades, ou conflitos entre ordens normativas, as quais buscam se afirmar com ou sem o reconhecimento das instituições oficiais. Tais modelos e critérios devem alimentar não uma atividade puramente hermenêutica, centrada em textos e fatos narrados por meio de textos, mas um pensamento sociojurídico complexo, uma teoria da interpretação, por assim dizer, capaz de avaliar as legalidades em conflito por meio da escuta de diversas vozes sociais, teóricas e políticas, pertinentes para a solução do caso. (RODRIGUEZ, 2019, p. 333).

Os a-contribuintes e gramática da regulação social:

[...] resistir à norma significaria desenvolver outra narrativa de justificação que permitisse ao sujeito reformular determinados problemas de acordo com uma outra gramática jurídica, por exemplo, a gramática da regulação social [...]. A despeito de Butler não ter vislumbrado com clareza este tipo de solução, muito em razão da ausência de uma preocupação específica com o Direito em sua obra, uma de suas contribuições para o debate crítico está

nas críticas que formulou ao Estado, ou seja, à necessidade contarmos com um centro dotado de poder para dizer quais são os discursos autorizados ou não a circular na sociedade. [...] Este processo, que segue uma gramática de regulação social, tem o poder, por exemplo, de conferir outro sentido a discursos que se pretendam agressivos e pejorativos. [...] a gramática de regras está ligada indissolavelmente à gramática de regulação social. Nestes dois casos, toda uma reflexão e uma série de pesquisas empíricas tem sido desenvolvida a partir da constatação de que as regras não funcionam como previstas nos textos normativos e, para compreender a sua efetivação, é preciso estudar sociologicamente o comportamento dos agentes sociais em ação. [...] a discussão sobre a gramática de regulação social pode ser tomada como uma resposta ao diagnóstico de Niklas Luhmann que aponta para a fragmentação da regulação em razão da especialização técnica [...]. tal gramática pode contribuir para que a regulação estatal se torne mais flexível e aberta às peculiaridades dos diversos campos da sociedade, mais acessível à participação das pessoas afetadas por elas, sem abrir mão de um espaço de controle centralizado em que se possa tematizar e deliberar sobre as diversas alternativas institucionais destinadas a regular os problemas sociais e seus critérios. (RODRIGUEZ, 2019, p. 297-300).

Sassem (2006) entende que:

“[...] grande parte deste processo só pode ser compreendido com a descrição da disputa política interna a cada país, no interior dos quais determinadas forças políticas fizeram avançar estas agendas, inclusive a liberalização do mercado financeiro, a começar pelos Estados Unidos, processo que se repetiu ao redor do mundo. Os protagonistas destas mudanças foram agentes sociais interessados em retirar poder do Estado e ampliar o poder de determinadas ordens normativas, como empresas transnacionais e grupos religiosos. No campo econômico, o resultado é que os Estados hoje têm pouco poder sobre os fluxos financeiros e sobre as transações econômicas ao redor do mundo, perdendo, inclusive, a capacidade de cobrar

impostos, fato que diminui sua capacidade de criar e implementar políticas públicas.

Aos a-contribuintes restaria alguma argumentação acerca da margem de interpretação no caso:

Afinal, se a concordância social sobre o sentido do texto se torna essencialmente problemática e o sentido do texto se esfumaça e se deixar determinar por um sem número de atos de interpretação, oficiais e não oficiais, a “desobediência” à lei deve ser encarada de outra forma: agir contra lei deve adquirir um outro sentido, pois é justamente sobre textos normativos que passamos a divergir [...]. Na mesma ordem de razões, é razoável afirmar que o respeito das pessoas cidadãs deve ser direcionado não mais ao texto normativo *tout court*, pois ele se tornou um dos pontos de partida e não mais o ponto de chegada do conflito social. O respeito deve ser direcionado ao ato que interpreta os textos normativos oficialmente, ou seja, com força coercitiva, na formulação de Kelsen, a Corte Constitucional que decide problemas jurídicos em última instância. ... Como resultado deste raciocínio, os atos de cumprir a lei e de transgredi-la, por exemplo, tornam-se menos demarcados, mais triviais e passam a poder recorrer ao mesmo vocabulário e ao mesmo material legislativo sem soarem, um para o outro, como uma emissão sem sentido. Se o sentido da lei passa a ser objeto de controvérsia, ele se pode dizer sobre a afirmação de que um determinado agente social possa tê-la descumprido. (SASSEM, 2006).

Os a-contribuintes poderiam estar incorrendo na criação de mundos constitucionais paralelos, na acepção de Cover (1995), que apenas em parte coincidem com a visão da sociedade e em que o direito positivo estatal ocupará provavelmente um papel secundário em relação às normas que regulam o comportamento das pessoas nos diversos ambientes. “As práticas dos agentes sociais não são completamente determinadas pelo direito positivo, mas se relacionam

com ele a partir de narrativas que é preciso reconstituir a partir de investigações empíricas, p. ex..., no âmbito das famílias, das empresas, das universidades, de comunidades tradicionais...”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 335). Rodriguez (2019, p. 379-380):

Segue Gunther para explicar que atores, organizações privadas ou públicas podem criar livremente padrões de comportamento aos quais se vinculam, acompanhados de meios de monitorar e impor seu cumprimento, por exemplo, os códigos de conduta de empresas multinacionais e certificados que garantem a observância de certos padrões e procedimentos de qualidade na realização de um determinado serviço. Nesse sentido, todo e qualquer espaço social pode ser considerado um espaço multinormativo no qual convivem, colaboram ou entram em conflito normas de natureza diversa. Pois é evidente que estes agentes podem pretender deixar de cumprir determinadas normas em favor de outras com finalidades diversas, inclusive a de praticar atos de violência. Assim, seria razoável afirmar que é jurídica uma norma reivindicada enquanto tal por um agente ou coletividade que pretende deixar de pagar impostos devidos ou praticar violência contra mulheres? Ao remeter o critério do jurídico exclusivamente aos agentes interessados, é muito difícil deixar de oferecer uma resposta positiva a esta indagação. Diante do que foi dito, a melhor forma de investigar estes fenômenos parece ser a tentativa de encontrar maneiras de gerir estes ambientes multinormativos sem partir do pressuposto de que os Estados são capazes de produzir normas para todas as finalidades e sem abrir espaço para um processo de fragmentação da sociedade que facilitaria a manifestação de diversas assimetrias de poder e a prática de violências de natureza variada, tudo sob a denominação de “direito”. Para que isso seja possível, é necessário desenvolver uma reflexão a respeito dos casos em que a multinormatividade é desejável ou é indesejável, ou seja, em que casos estamos diante de uma ordem normativa que esteja servindo para solucionar de maneira adequada um determinado problema social ou, ao contrário, esteja servindo a um poder autárquico ou violento. Ou seja, será necessário construir uma série de princípios que

garantam o respeito e a tolerância entre as diversas ordens normativas que sirvam de critério para gerir possíveis conflitos. Esta linha de análise não aposta em uma volta ao século XX, mas pretende atualizar a ideia de democracia para o mundo atual, ou seja, para a configuração das instituições formais contemporâneas. Trata-se de recusar o desenho institucional da democracia constitucional como uma espécie de ideal a ser atingido em favor de uma investigação detalhada do funcionamento das instituições atuais e da estruturação das diversas ordens normativas presentes na sociedade.

Entra em cena o debate sobre a opção por mecanismos de saída como a criação das mencionadas ordens normativas paralelas ou que transcendem aos Estados aliados à mecanismos de perversão do direito e da democracia em que sem assumir visibilidade procuram sabotar o poder coercitivo sob o manto aparente da legalidade. (RODRIGUEZ, 2019).

Rodriguez (2019) traz a colação o conceito de jurisgênese de Cover, para lembrar que o surgimento constante de novas ordens normativas não seria algo estranho ou ruim em princípio, sentimento que pode ter origem na ilusão totalizante do direito estatal. Liga-se a permanente criação de narrativas sobre o possível e o impossível, o certo e o errado, sobre o válido e o inválido.

Assim, resta descortinar aquelas práticas a-contribuintes que sejam intencionalmente prudenciais das demais, por configurarem um grupo que busca se beneficiar da sua força política ou econômica, mantendo os demais segmentos sob o império da lei, para uma acumulação de poder e de capital dando espaldas ao pacto liberal democrático construído ao longo dos últimos 250 anos. Portanto, não buscando alterar a norma vigente por intermédio do debate democrático, aberto e transparente, pelos mecanismos de juridificação

de projetos oferecidos pelo estado de direito estariam efetivamente a margem da sociedade tensionando inconsequentemente os limites da tolerância social e podendo desaguar em atos de violência e protestos por reconhecimentos das necessidades populares materiais e de emancipação identitária e cidadã.

Estaríamos frente a multiplicidade de fontes normativas legítimas? Em Cover encontra-se a preocupação e, repensar o que significa obedecer a uma regra jurídica, o que caracteriza tal regra e qual seria a configuração jurídica presente uma realidade multinormativa (RODRIGUEZ, 2019), bem como seria possível conter a violência epistêmica pelo ato de afirmar determinado sentido jurídico em detrimento de outros; qual o significado jurisprudencial de eliminar interpretações que não sejam aceitas, posto que toda interpretação jurídica está encarnada em determinadas maneira de ser viver. A interpretação sempre tem lugar à sombra da coerção. (RODRIGUEZ, 2019).

Enfim, deve-se ir além do ser e do dever ser e contemplar igualmente a dimensão do vir a ser. Dinâmica instaurada entre as forças progressistas instituintes (*political rule of law*) e aquelas conservadoras constitucionalizantes (*rational rule of law*) salutar enquanto circunscrita aos limites democráticos. Nada assegura que um poder instituinte não possa inovar em novos sentidos, alternativos aos ora postos, para além da ordem constitucional, no sentido da emancipação cidadã ora defendida ou em seu prejuízo, numa atitude revolucionária. Rodriguez indica que um projeto instituinte põe as normas sociais em estado bélico. (RODRIGUEZ, 2019).

Nesse momento, uma situação que poderia ser descrita como pluralismo normativo ou como a convivência de vários âmbitos de

regulação escalonadas, ou como um espaço multinormativo, mostra-se como um embate entre projetos instituintes os quais, independentemente da autenticação por um organismo soberano, manterão sua autodescrição como normas de direito, ainda que mantenham, de fato, a condição de projetos.

As racionalidades neoliberal e pós-democrática podem estar se colocando na esfera pública com pretensões de, colmatando a formação da subjetividade dos indivíduos, elevar a justo seu projeto instituinte, obtendo a autoafirmação social, situação diante da qual o estado se torna instrumento para eliminação de obstáculos de tal projeto constituinte ora na condição de direito posto atinge seus objetivos. (RODRIGUEZ, 2019).

CONCLUSÃO: CONTROLE SOCIAL E TRIBUTAÇÃO

A perversão do direito tributário se dá tanto na esfera privada quanto na pública ao corromper seus institutos e agentes.

A esta altura é momento de verificar se o objetivo de, em aderência ao legalismo democrático¹⁶ de Rodriguez, sugerir o estabelecimento de um controle social¹⁷ da discricionariedade da atividade administrativa tributária configura um acréscimo democrático da modernidade a partir de padrões exógenos de impessoalidade burocrática.

¹⁶ “[...] *legalismo democrático*, ou seja, não ontologizante, não essencialista; um legalismo tomado como parte de um projeto de democracia que defenda a necessidade de manter as leis e o Judiciário como referência para a disputa política, ou seja, que defenda a necessidade de instituições jurídicas especializadas para solucionar conflitos sem o uso da violência e para garantir o direito das minorias contra as majorias, as quais podem e manifestar, por exemplo, em eleições majoritárias” (RODRIGUEZ, 2019, p. 327).

¹⁷ “A mera reflexão sobre o direito, nesse sentido, pode vir a influenciar os agentes sociais e estatais responsáveis por reproduzir e transformar o estado de direito, tendo um papel relevante na justificação da ordem jurídica perante a esfera pública. (RODRIGUEZ, 2019, p. 59).

Importam-se as razões aplicadas ao judiciário para esta missão pois em algum grau guardam correlação decisória e poder autenticador com capacidade para confirmar uma jurigênese ou operar uma jurispatia. Modelos de regulação mais ou menos flexíveis talvez produzam melhores resultados do que quando visualizados classicamente como três poderes independentes (RODRIGUEZ, 2009), eis que considerando a dinâmica contemporânea a determinação do direito é operada pelas instituições, que por sua vez, não são puras em suas ferramentas, no cumprimento da suas missões lançam mão de instrumentos tradicionalmente afetos a outro poder. Assim ocorre com os órgãos da administração fazendária julgando dentro de seu espaço de discricionariedade cujos cuidados dedicados a publicização dos atos do judiciário lhes são plenamente extensíveis.

Esperar enquanto potência que uma racionalidade procedimental para o direito, sob inspiração neumanniana, traduzida como sendo não o “poder, o Poder Judiciário ou as forças sociais, mas o espaço destinado à batalha de interpretações que caracteriza o Estado de Direito” se transforme em ato emancipatório e democratizante, conferindo-lhe força cogente.

O controle do procedimento exerceria a função de compensatória para a indeterminação do texto das normas e da liberdade de agência autoritária, contudo esbarra no desafio da sua construção. (RODRIGUEZ, 2009). Toda ação dos órgãos de poder, sob o estado de direito, deve ser referida a uma norma jurídica auferível publicamente. Atos praticados nestas condições são melhor controlados no nível do procedimento do que pela sua comparabilidade com a norma abstrata. “Podem-se propor procedimentos para o preenchimento do sentido destas normas que envolvam a construção de órgãos colegiados,

consulta a conselhos, representantes da sociedade civil etc.” (RODRIGUEZ, 2009, p. 138).

O direito tributário ou tributação como forma de controle social sobre a propriedade privada dos meios de produção e sua relação com a emancipação humana foi contemplado pelo texto de Rodriguez (2009, p. 187):

A ênfase que Neumann empresta ao problema do controle social sobre a propriedade privada dos meios de produção e sua relação com a emancipação humana **permite** que pensemos sobre as possibilidades e os limites da forma direito no controle e conformação do poder. Num mundo em que o direito estatal não atinge grande parte das operações econômicas e outras ações do poder político e social, é da pauta do dia pensar formas de regulação que lidem com este processo para evitar a privatização do exercício do poder político (como aponta o conceito de estado de exceção), econômico (como indicado pelo debate sobre *governança*) e social (referente aos conceitos de empoderamento e democracia participativa). Afinal, os exercícios destes poderes não se fazem sem assimetrias e externalidades, cujos efeitos se estendem muito além dos interesses das pessoas diretamente implicadas pela operação de seus respectivos mecanismos.

Compreende-se que o controle social dos procedimentos das instituições tributárias contribuiria para uma leitura emancipatória da sociedade assegurando a tensão entre estado e sociedade sustentando a forma direito e sua capacidade de apontar para além de si mesmo se manifesta nos momentos quando capaz de proteger os interesses e demandas dos excluídos assegurando-lhes a possibilidade de manifesta insatisfação. (RODRIGUEZ, 2009). No caso brasileiro seria útil para afastar a cordialidade, forma de socialização em que o amor que nasce de laços de sangue ocupa papel central em todos os domínios. (RODRIGUEZ, 2019). Trata-se da radicalização da democracia levando a

sério a vinculação dos direitos fundamentais ao estado de direito. Não se trata de pensamento metafísico, mas, sim, assume forma de duas demandas: uma demanda por justiça e outra pela satisfação das necessidades sociais e estatais. (RODRIGUEZ, 2009).

Filosoficamente, para Neumann, a liberdade é a possibilidade real da autoafirmação humana, o fim da alienação de si do homem. (RODRIGUEZ, 2009).

Por fim, “a teoria crítica deve intervir nesse embate para discutir o sentido de cada projeto e sua relação com a forma direito, ou seja, sua capacidade de incrementar o controle social sobre a regulação. Rodriguez, mencionando a Baldwin, reporta a relevância de considerar a ação da administração e seus órgãos, muitos deles exercendo atividades jurisdicionais, como é o caso, em partes, da administração fazendária. (RODRIGUEZ, 2009).

A racionalidade política e operacional das instituições tributárias tem que ir além da eficiência econômica (RODRIGUEZ, 2009) e alcançar uma equidade distributiva cujo controle social das suas atividades segundo as razões ora apresentadas é essencial para desvelar as perversões que eventualmente possam estar sendo perpetradas à sombra da sua opacidade em detrimento da emancipação cidadã e democrática.

REFERÊNCIAS

BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolitanism**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BROW, Wendy. American nightmare: neoliberalism, neoconservatism, and dedemocratization. **Political Theory**, v. 34, n. 6, dez. 2006.

- BROW, Wendy. **Les habits neufs de la politique mondiale, néolibéralisme et néoconservatisme**. Trad. Christine Vivier, Philippe Mangeot e Isabelle Saint-Saës. Paris: Les Prairies Ordinaries, 2007.
- BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. **Tributação no Brasil do Século XXI: uma abordagem hermenêuticamente crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BUTLER, Judith. **The psychic life of power**. Califórnia: Stanford University Press, 1997.
- CARRIÓ, Genaro R. “Nota Preliminar”. In: HOHFELD, W. N. **Conceptos Jurídicos Fundamentales**. Mexico D. F.: Fontanamara, 2001.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASSONE, Vittorio. Sigilos bancário e fiscal como corolário do direito à privacidade em confronto com os interesses do fisco e do parquet. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- COELHO, Vera Chattan. NOBRE, Marcos. (Org.). **Participação e deliberação: teorias democráticas e experiências**, São Paulo, Editora 34, 2004.
- COSTA, Elisabete Mansa Pinto de la. **Competencia fiscal internacional: un desafío a la escala mundial**. Tese de Pós-Graduação em Derecho Fiscal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Porto Ano 2004/2005. Disponível em: <http://www.derecho.up.pt/cije_web/Site/documentos/trabajos/Costa_Elisabete.pdf>. Acesso em: 07 set. 2006.
- COVER, Robert. Nomos and Narrative. In: COVER, Robert. **Narrative, violence and the law: the essays of Robert Cover**. Michigan: The University of Michigan Press, 1995.
- CROUCH, Colin. **Posdemocracia**. Trad. Francisco Beltrán. Madri: Taurus, 2004.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

ECHEGARAY, Ricardo. **La administración tributaria frente al contribuyente global: aspectos técnicos y prácticos relevantes**. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2013. Capítulo 1, A1.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 63, p. 109, 2002.

GURZA LAVALLE, Adrian; ISUNZA VERA, Ernesto. “A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability”. **Lua Nova**, v. 84, p. 95-140, 2011.

KANT, Immanuel. “Resposta à pergunta: O que é o esclarecimento?”, In: KANT, Immanuel. **Textos Seletos**. Petrópolis: Vozes, 1985.

LEYS, Colin. **The rise and fall of development theory**. Bloomington: Indiana University Press, 1996.

MACIEL, Miguel Angelo Splendore. **El Intercâmbio Automático de Información Financiera para Fines Fiscales: AEOI-CRS-Brasil y Argentina**. Preceptos de Orden Práctico y Teórico. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

MACIEL, Miguel Angelo. **O tratamento tributário discriminatório como combate à concorrência fiscal internacional e sua legitimidade**. São Paulo: Editora MP, 2009.

MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: MARSHALL, T. H. BOTTOMORE, Tom. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 1. ed. São Paulo: Editora Singular, 2006.

MONEDERO, Juan Carlos. ¿Posdemocracia? Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediência. **Nueva Sociedad**, Buenos Aires, n. 240, ed. jul/ago. 2012. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/posdemocracia-frente-al-pesimismo-de-la-nostalgia-el-optimismo-de-la-desobediencia/>. Acesso em: 05 abr. 2017.

NASH, Kate. Post-democracy, politics and philosophy: an interview with Jacques Rancière. **Angelaki: Journal of the Theoretical Humanities**, 1:3, 171-178, 1996.

- NEUMANN, Franz L. “A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa”. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, pp. 13-87, jul./dez. 2014.
- NEUMANN, Franz L. **O império do direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- OPHIR, Adi. **The order of evils**: toward an ontology of morals. Zone Books; First edition, 22 de julho de 2005.
- PETTIT, Philip. **The birth of ethics**: reconstructing the role and nature of morality. New York: Oxford University Press, 2018.
- PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.
- PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Desigualdade e tributação na era da austeridade seletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de direito constitucional tributário**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. 1a. ed. São Paulo. LiberArs, 2019.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. **Lua Nova**, n° 61, 2004.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- SARTORI, Giovanni. **La democracia em 30 lecciones**. Trad. Alejandro Pradera. Madri: Taurus, 2009.
- SASSEN, Saskia. Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages. PRINCETON, Princeton Jornal universitário, 2006.
- SINTOMER, Yves. Condenados à pós-democracia? **Nueva Sociedad. Democracia y política em América Latina**, Jun. 2017. Disponível em: <http://nuso.org/articulo/condenados-pos-democracia/>. Acesso em: 14 jan. 2018.

STAVRAKAKIS, Yannis. PostDemocracy. In: ATLAS OF TRANSFORMATION, [S. l., 2021?]. Disponível em: <http://monumenttotransformation.org/atlas-of-transformation/html/p/postdemocracy/postdemocracy-yannis-stavarakakis.html>. Acesso em: 05 abr. 2021.

STREECK, Wolfgang. **Tempo comprado**: a crise adiada do capitalismo democrático. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2013.

TEUBNER, Günther, FISCHER-LESCANO, A. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n.º. 4, p. 999-1046, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Vol. III: Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isenções, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRUBEK, David M.; SANTOS, Álvaro. **The new law and economic development**: a critical appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 maio 2019.

YOUNG, Iris Marion. O ideal da imparcialidade e o público cívico. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 9, Setembro-Dezembro de 2012.

ZUGMAN, Daniel Leib. **Processo de concretização normativa e direito tributário**: transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal. Dissertação de Mestrado (mimeo), Direito SP-FGV: São Paulo, 2014.

4

DEMOCRACIA MULTINORMATIVA E OS LIMITES DE UMA GRAMÁTICA DE REGRAS: AS ESTRUTURAS DE SUBORDINAÇÃO COMO IMPEDIMENTO À REGULAÇÃO SOCIAL SOB UMA PERSPECTIVA DECOLONIAL

*Rodrigo da Silva Vernes-Pinto*¹

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre a adequação das normas na solução dos conflitos, assim como sobre o espaço de deliberação a legitimar a construção normativa é presente no cotidiano da filosofia do direito. Dentro de desenhos institucionais tradicionais, o direito é pensado, muitas vezes, de maneira restrita a uma chamada gramática de regras em desatenção aos potenciais emancipatórios nos cenários de regulação social (RODRIGUEZ, 2019) dos impasses jurídico-institucionais experimentados. Em decorrência disso, diversas vozes são corriqueiramente subalternizadas e excluídas, o que impede uma plena realização democrática em âmbitos sociais. A democracia, valor ínsito ao liberalismo, sucumbe a um legalismo liberal cujas bases restringem o espectro de atuação amplo de cidadania. A propositura de uma interação democrática atenta aos diversos interesses e interpretações

¹ Advogado, Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Bolsista (PROEX/CAPES), Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. Link Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8342096677530789>. E-mail: rodrigodasilva@hotmail.com.

confrontados, aponta para o desenvolvimento de conceitos sensíveis a essa realidade e seminais a um direito contemporâneo dotado de concretude e alinhado às diferenças em contextos sociais.

Nesse quadro, assume relevância a compreensão de que as dificuldades em acessar o debate público na elaboração normativa e dentro das relações judicializadas também faz parte de um prosclênio discriminatório presente em sociedades colonizadas. A existência de minorias políticas sistematicamente silenciadas e invisibilizadas, fomenta a imposição de barreiras para agência e transformação de situações históricas de subordinação. Logo, a propositura de um repensar sobre o alcance democrático sobre uma tradição institucionalizada passa pela capacidade de se prescrutar os meandros que subjazem estruturas discriminatórias em uma perspectiva decolonial. Nos modelos arraigados em uma preponderância discursiva daqueles intitulados como os detentores do papel de dizer o direito, a abertura às diferentes visões de mundo em uma multiplicidade de sujeitos (indígenas, pretos, lgbtqia+, imigrantes, mulheres vítimas de sexismo/misoginia), o direito é posto à prova em sua função estabilizadora de relações confrontadas.

Diante do problema, este trabalho propõe a oferta de elementos para se enfrentar os momentos de crises jurídicas, através do estudo da discriminação estrutural e em uma perspectiva decolonial. A partir dos estudos propostos por José Rodrigo Rodriguez sobre a multinormatividade atenta às regulações sociais, identificadas as limitações de uma interpretação associada à gramática de regras e à aristocracia judicial (RODRIGUEZ, 2019, p. 325), compreender que existem subordinações estruturais e coloniais a serem combatidas. Como consequência, estabelecer pontes entre o direito e a democracia,

aquilatando as lutas de agentes sociais (RODRIGUEZ, 2019, p. 11) e as suas contribuições para transformações estruturais e institucionais.

Ao lado disso, a metodologia seguida neste trabalho atrela-se a constantes questionamento e inquietação a serem seguidos durante a investigação científica. No dizer de Júlia Marmann Ximenes, seria como tratar o problema eleito ligado à “inquietação que será objeto da pesquisa e que acompanha o pesquisador até o final do trabalho” (XIMENES, 2018, p. 199). A inquietação não se encerra dentro do campo dogmático, fruto de argumentos de autoridade e decorrentes de atos de poder inquestionáveis, e sim no enfoque zetético, cuja valorização não é da “pergunta-problema, mas sim a própria pergunta. O aspecto pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida.” (XIMENES, 2018, ps. 202-203). Uma contribuição disso é a diferenciação entre uma posição metodológica jurídico-instrumental, centrada em dicotomias como legal e ilegal, isto é, na mera adequação da subsunção do caso à norma jurídica e uma posição metodológica jurídico-científico, a qual evita “perguntas binárias” e que não “ignora a pluralidade”. Com efeito, a metodologia aqui utilizada é pautada em campo metodológico jurídico-científico, o qual permite a problematização das fontes do direito estudadas, bem como a inquietação sobre a compreensão e aplicação de conceitos, categorias e institutos jurídicos, apontando para transformações de realidades discriminatórias. É o Direito conectado à realidade social (XIMENES, 2018, p. 207).

Em resposta, o artigo será dividido em três partes. Na primeira parte, será abordado o confronto entre a gramática social e a gramática de regras, assim como as suas relações em contextos plurais com o escopo de uma multinormatividade, isto é, em diversas ordens

normativas que emergem de uma diversidade social (RODRIGUEZ, 2019, p. 11). Em seguida, será analisada a presença de estruturas de subordinação que impactam no não reconhecimento de sujeitos em regulações sociais. Ao final, será tratado sobre um dos elementos que compõem essas estruturas, fruto de uma herança colonial desumanizante em detrimento de uma visão decolonial sobre o tema.

2 Uma Gramática de Regulação Social Multinormativa

A abordagem de uma gramática de regulação social a ser considerada é fator relevante para os limites desta pesquisa, pois desvela os potenciais de produção normativa, em processos de jurisgêneses, consoante diversos modos de vida a serem incorporados pelo direito (RODRIGUEZ, 2019, ps. 37-39). Exatamente, em ambientes plurais de possibilidades jurisgenerativas em uma multiplicidade de formas de vida dotada de vozes produtoras de normatividades (BERMAN, 2018, ps. 163 e 165). Com isso, permite-se um olhar contributivo para uma consolidação democrática, marcado pelo descentramento de ordens normativas autárquicas para ordens democráticas em uma concepção multinormativa (RODRIGUEZ, 2019, p. 11), na qual se identifica potencialidade jurígena.

A questão inicial posta é o pensar sobre o direito açambarcado em uma gramática de regras, na qual são planificados padrões e normalizações comportamentais de maneira excludente (RODRIGUEZ, 2019, p. 287). Dessa forma, há uma imposição e limitação nos modos de vida regulados pelo direito. A interpretação jurídica restritiva e exclusivista não alberga uma totalidade de viveres sociais, apresentando-se como desigual na administração de conflitos sem uma aproximação holística no que toca ao cunho promocional e distributivo na dimensão da isonomia ou no aspecto antidiscriminatório. Nesse

caso, os sujeitos vulnerabilizados em situações de invisibilidades são permanentemente excluídos quando há um apego à gramática de regras. Isso se confirma histórica e socialmente em meio a estruturas de subordinação que se reforçam e impactam em discriminações. Por exemplo, as constantes discussões na atualidade sobre demandas sociais e jurídicas contra o racismo, o sexismo, a homofobia, a xenofobia, para citar-se apenas alguns casos, representam um alargamento da acepção do direito não atrelado à gramática de regras. Principalmente, quando há a contestação de uma gramática de regras vetusta e desatenta a identidades e grupos não enquadrados em normas hegemônicas.

Nesse espaço de combates às subordinações de minorias políticas, são abertas portas para o espraio de concepções jurídicas de forma capilar pelas bordas de uma cartografia social cujo cerne se dá em padrões impostos. Aqui, a ordem normativa, sua interpretação e aplicação é difusa e não centrada, é dinâmica e não estática. Com efeito, a abertura do direito desenlaça os nós gerados por um legalismo contraproducente, em uma via para transformações de realidades discriminatórias. De tal sorte, uma gramática social ou de regulação social desenvolve-se para a constatação de que “diversas esferas sociais podem ser descritas como espaços multinormativos em que normas de natureza diversa, algumas delas consideradas como jurídicas por determinados agentes sociais, convivem em um mesmo espaço” (RODRIGUEZ, 2019, p. 293). Há uma potência democrática nesse prisma, haja vista a amplitude proposta por uma gramática social, o que é vista fragmentada por teóricos na atualidade. Isso significa que nos espaços de comunicações entre os atores sociais há uma descentralização e

desvinculação do poder jurídico da perspectiva Estado-Nação (TEUBNER, 2005, p. 119).

As identidades dos sujeitos envolvidos nos movimentos sociais, políticos e jurídicos e a perspectiva no que toca as suas considerações deve ser levada em conta. Antes de falar-se em tratamentos diferenciados injustos estruturais ou de um avanço para linhas decoloniais, a adoção de uma gramática de regulação social deve primeiramente atender à maximização de valores democráticos. Assim sendo, o acesso aos campos de deliberações é garantido a uma miríade de vozes capaz de ser ouvida, o que redundará na visibilidade e na comunicação em pé de igualdade com grupos dominantes e que ocasionam opressão. A insurgência perante padrões consolidados em uma tradição tem como primeiro passo de radicalização democrática a inclusão de saberes contra hegemônicos (MISKOLCI, 2014, ps. 1-3), permitindo-se a investigação sobre a ausência de sonoridade de vozes permanentemente subalternizadas (SPIVAK, 2020).

No terreno do plural² e do trilhar das diferenças por vias albergadoras da diversidade social, põe-se à prova a hegemonia no modo relacionado aos saberes, à epistemologia e ao poder-jurídico estabelecido. Na ampliação de abordagens e perspectivas, vai-se além de uma dinâmica moderna das relações sociais, políticas e jurídicas, isto é, não se limita a uma “cartografia moderna dual nos âmbitos epistemológicos e jurídicos” em um pensamento abissal, no qual

² É sabido sobre as críticas ao pluralismo jurídico no que toca à restrição crítica à gramática de regras sem a proposta em termos de teoria da democracia. Contudo, a perspectiva pluralista aqui utilizada é restrita à crítica referida, utilizando-se no decorrer desta investigação de outros substratos teóricos capazes de atender a uma proposta democrática para o enfrentamento do problema da gramática de regras. Para o aprofundamento sobre o tema, ver RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 298.

humaniza e desumaniza de maneira divisória em linhas abissais (SANTOS, 2009, p. 76)³. Como conseqüência, é relevante a adoção de novos caminhos epistêmicos em uma “epistemologia do sul” e uma “ecologia de saberes” (SANTOS, 2009, p. 85).

Assim sendo, uma gramática social aberta e inclusiva passa pela valorização do plural e do contra hegemônico. Superada essa etapa, são permitidos passos emancipatórios para aqueles que estão em movimentos de deferência nas diversas esferas das relações. A consideração é viabilizada por intermédio de uma liberdade emancipatória não romantizada pela lógica moderna, mas concreta e transformativa (ALLEN, 2015). Nessa esteira sobre a emancipação de sujeitos, estudos feministas da teoria crítica aprofundam sobre os paralelos entre sujeição e modernidade, sendo que, na abordagem desta seção podem ser relacionadas com a necessária análise “diagnóstico-explicativa de relações contemporâneas de subordinação” (ALLEN, 2015, p. 117). A captura dessas relações passa pelo entendimento sobre uma sujeição constituída pelas relações de poder, nas quais estados de dominação detêm espaços limitados, mas possíveis de liberação e emancipação (ALLEN, 2015, p. 120).

Ainda na conjugação plural de escopo emancipatório, a pluralidade enseja análises fulcradas em diversidades de vozes normativas (BERMAN, 2018, 163), inserta em âmbitos comunicativos compartilhados em respeito às diferenças (BERMAN, 2018, p. 181). Isso contribui para o desenvolvimento de uma democracia multinormativa atenta aos conflitos normativos descentralizados na sociedade

³ O aprofundamento sobre o pensamento moderno desumanizante em confronto com uma perspectiva decolonial se dará no item 4.

(RODRIGUEZ, 2019, p. 94). Nesse cenário, há de se superar as distorções do legalismo liberal e o tendente impulso aristocrático nos atos de dizer o direito, em projetos de elites de poder e da razão, cuja racionalidade jurídica é permeada por argumentos de autoridade (RODRIGUEZ, 2019, ps. 323-325). Isso é refletido no Judiciário, o que pode ser repensado pelo legalismo democrático, de forma não essencialista e que, dentro dos desenhos institucionais existentes, redimensioná-los é uma perspectiva capaz de atender e interpretar os conflitos sofridos pelas minorias em uma democracia multinormativa (RODRIGUEZ, 2019, p. 326-327).

No processo democrático multinormativo, é relevante reforçar que há a característica da jurisprudência, na qual os agentes sociais também possuem a capacidade interpretativo-criativa do direito (RODRIGUEZ, 2019, p. 331). Nessa esteira, o direito também se dá pelos seus usos em espaços de argumentações públicas e privadas, inseridos em conflitos oficiais e sociais, os quais darão sentido (RODRIGUEZ, 2019, p. 332). Como consequência, a amplitude advinda de uma democracia multinormativa aproxima o direito da cidadania, atingindo uma diversidade de indivíduos e grupos sociais. Mesmo em situações jurisprudências, nas quais critérios são avaliados para eliminação de direitos na administração de conflitos e a refletir nos usos sociais do direito na agência social por reconhecimentos e reivindicações (RODRIGUEZ, 2019, ps. 332-333), tal abertura cidadã é elemento de encaixe na consideração da multinormatividade. Dentro dos âmbitos de regulação social, existem as suas narrativas próprias, não completamente contempladas pelo direito, as quais merecem destaque, em que conflitos limiares são potenciais para as transformações no direito (RODRIGUEZ, 2019, ps. 335-336).

Assentadas as bases, respeitados os limites desta pesquisa, para o desenvolvimento de uma democracia multinormativa capaz de redesenhar instituições jurídicas, é possível a inclusão de subsídios por intermédio de categorias e ferramentas para uma leitura do problema no interior de estruturas que moldam e impedem o avanço democrático. A mobilização de agentes sociais com o fito contestatório e de modificação de condições de vulnerabilidade e de subordinação, resulta na necessária investigação sobre as engrenagens que compõem e sistematizam relações estruturais. A compreensão dos processos relacionais discriminatórios encerrados em estruturas que se mantêm socialmente em sua historicidade, é elemento de composição em uma democracia multinormativa.

3 O Reconhecimento de Estruturas de Subordinação como Limitadoras para uma Democracia Multinormativa

Os grupos minoritários em processos de tomadas de decisões e na própria elaboração normativa, como visto na seção acima, buscam o rompimento de óbices sistemáticos de participação. A constatação do problema relativo ao acesso para a concretização da democracia em sua plenitude cidadã pode ser aprofundada pela compreensão sobre as relações que se engendram em uma realidade impositiva de padrões discriminatórios. As referências acerca de discriminações estruturais têm sido uma marca na análise antidiscriminatória nos últimos tempos, mormente acerca do racismo estrutural⁴. Em uma tentativa de captar o fenômeno e de propor soluções igualitárias e não discriminatórias, o esforço é o de percorrer as vias de subordinação direcionadas a

⁴ O tema do racismo estrutural não será tratado especificamente neste trabalho, mas é citado como um exemplo de discriminação estrutural que tem sido estudado por juristas no direito da antidiscriminação. Para um aprofundamento, ver ALMEIDA, 2019.

indivíduos e grupos restringidos/excluídos de exercício pleno de direitos nos âmbitos da vida. Aqui, é relevante ressaltar o horizonte adotado quanto ao combate dessa subordinação, o qual se desenvolve de forma antissubordinadora. Isso significa que a igualdade é compreendida dinamicamente, além do tratamento isonômico, ao passo que assume mandamento contrário à discriminação com o superar de subordinações permanentes de indivíduos e grupos (RIOS, 2011, p. 320).

Nessa linha, a isonomia vinculada à não discriminação combate práticas com efeitos de gerar ou manter permanentemente as posições de subordinação de grupos desfavorecidos na sociedade, além de visualizar todo esse padrão com base no ponto de vista do oprimido/subordinado. (FISS, 1994, p. 416-417). Por isso, investigar sobre os significados de paradigmas estruturais mantenedores de subalternidade e as suas consequências representa um avanço tanto ao acesso deliberativo democrático quanto ao reconhecimento de ordens normativas múltiplas advindas de regulações sociais autônomas. Dependendo dos enquadramentos dados, os resultados fáticos e jurídicos se dão de maneiras diferentes, como em casos de posições dadas a indivíduos e grupos nas relações sociais como, por exemplo, as dificuldades de mobilidades sociais ou imposições de padrões de gênero (RODRIGUEZ, 2019, p. 13). Nesses moldes, injustiças são mantidas e uma luta político-jurídica por emancipação atenta à diversidade e democracia (RODRIGUEZ, 2019, p. 14) se dá pelo enfrentamento de determinadas estruturas. É importante um alerta: a investigação estrutural não significa um apego às estruturas, pelo contrário, refere-se a um entendimento que municia para a eliminação de subordinações, para a compreensão da complexidade humana de modo a permitir

transformação de espaços que sustentam opressões (RODRIGUEZ, 2019, p. 15).

Dito isso, a percepção sobre o que representam estruturas e suas origens de estudo mostra-se campo essencial de análise para a obtenção de resultados não discriminatórios e democraticamente multinormativos. O estudo sobre as estruturas advém da produção acadêmica sobre estruturalismo, que é uma corrente investigativa sobre estruturas subjacentes, para além de questões atomizadas (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 138). A construção de teses estruturalistas foi contribuição associada à linguística. No expoente Ferdinand de Saussure, desenvolveu-se estudos acerca dos significados e símbolos na tentativa de sistematizar-se os sinais, cujo resultado foi a linguística baseada na semiologia. Em virtude disso, propôs-se a vinculação entre vocábulos e o mundo não atrelada a uma essencialidade, mas por intermédio de relações estruturais operativas (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 140). Assim, o problema é visto não insulado a uma individualidade e, sim, a partir do fato social e sua solidariedade sincrônica (SAUSSURE, 2006, ps. 21; 102). Com isso, pode-se asseverar a existência de certos elementos linguísticos que discursivamente produzem relações em sincronicidade dentro de espaços de subordinação em ordens estruturalmente hierárquicas (THIRY-CHERQUES, 2006, p. 141).

A constatação sobre quais as forças que atuam de forma perene e geral sobre uma fenomenologia particular (SAUSSURE, 2006, p. 13), permeia os estudos linguísticos estruturais, sendo que há uma delimitação sobre aspectos de sincronicidade nas ações. Diferente de uma ideia diacrônica, ligada aos fatos históricos e suas etapas, a concepção sincrônica analisa elementos relacionados de modo

simultâneo (SAUSSURE, 2006, p. 107). Nessa linha, a sincronicidade destaca um estado de coisas baseado em uma regularidade ordenada, enquanto a marca da diacronicidade é a particularidade episódica (SAUSSURE, 2006, p. 109). Falar no sincrônico remete a uma constatação coletiva sistemático-relacional, sendo que na diacronia há individualização não sistemática (SAUSSURE, 2006, ps. 116-117).

A abordagem estrutural vai além da linguística, sendo acolhida por diversos epistemes, o que inclui as ciências sociais (CEZAR, 1995, p. 130). As fontes linguísticas quanto ao estruturalismo revelam que a adoção de uma vertente investigativa sincrônica mira para o total e não individual e isolado, em que há uma autorregulação sistêmica com possibilidades transformadoras (PIAGET, 1979, ps. 5-6). A constatação para a existência de estruturas e de suas dinâmicas em sincronia é contributo para o mapeamento de elementos que interagem e dificultam o acesso deliberativo democrático e multinormativo. A existência de discursos em detrimento de grupos minoritários subordinados pode estar inserta em estruturas de subordinação dotadas de elementos sincrônicos relacionais, em uma dinâmica própria e autorregulada. Assim, a análise sobre a potencialidade de transformações antidiscriminatórias em tais estruturas e a abertura para regulações sociais autônomas, a refletir na consideração de diversas ordens normativas sociais, são pontos chave.

Como consequência, é possível a reflexão sobre o tema a partir de uma linguagem discriminatória estrutural e os seus impactos sobre as relações sociais com fins transformadores. Em situações, estigmatizantes, há efeitos simbólicos de poder sobre determinadas características, como, por exemplo, a formação de hierarquias sociais sobre os pretos subordinados em estruturas sociais. Ao atingir à

cláusula igualitária, o tratamento discriminatório os desacreditando ou os tendo como desacreditáveis (GOFFMAN, 2004) é fundamentado pelo não enquadramentos em paradigmas da branquitude. Essa estigmatização se protraí além da esfera individual de suas identidades, impactando na coletividade, em que se percebe, sincronicamente, tratamentos injustos diferenciados estruturalmente. Nessa esteira, as relações sociais em suas dinâmicas compostas por elementos interagindo e geradores de restrição e exclusão de direitos coíbe o protagonismo em espaços de fomento da cidadania. Seja no âmbito deliberativo de produção normativa, seja na esfera interpretativa de adequação de direitos, em havendo estruturas discriminatórias arraigadas socialmente, a percepção democrática é atacada ao lado de uma não germinação de multinormatividades ou no modo de dizer o direito.

No fluxo dessas estruturas, se dão opressões sobre grupos, as quais se encerram em constrangimentos sociais atravessando institucionalidades em detrimento de coletividades marcadas. Isso é representado por normas, hábitos e símbolos presentes em reproduções sistemáticas nos campos políticos, econômicos e culturais (YOUNG, 1990, p. 41). Nesses contextos sociais, a atividade inclusiva de uma gramática social em negação a uma aristocracia judicial sofre constantes percalços. Há uma prejudicialidade nas comunicações plenas, na viabilização de processos de jurisprudência de uma diversidade de culturas e expressões identitárias de maneira igualitária. As interações sincrônicas de elementos opressivos estruturais é fator determinante desses impedimentos.

No objetivo pelas transformações sociais e institucionais, a antropologia social, ao estudar essa leitura sincrônica do

estruturalismo, busca compreender os movimentos de admissão ou exclusão de grupos sociais e a reorganização de estruturas (LÉVI-STRAUSS, 2008, ps. 36-37). Verificando os comportamentos presentes nas relações estruturais por dentro de aspectos fundamentais da vida social, há a difusão de costumes em instituições de modo que é aceita em determinado grupo (LÉVI-STRAUSS, 2008, p. 78). Exatamente na complexidade da vida social que as relações sociais dinâmicas agem sobre os paradigmas moldados em estrutura social (LÉVI-STRAUSS, 2008, ps. 149-150; 301).

De outro modo, a teoria crítica também subsidia o enfrentamento estrutural antidiscriminatório para uma democracia multinormativa. O seu fundamento é estabelecido pela análise das relações individuais para a totalidade das relações sociais, com vistas para a sociedade como um todo para fins emancipatórios, - com potencial de agência -, (KENNEDY, 1986, ps. 224-225). Assim, há uma profundidade teórica no cerne das ciências humanas ligada a um materialismo interdisciplinar de diversos ramos, como Economia, Direito, Ciência Política e Psicologia, por exemplo (NOBRE, 2004, p. 15).

Com essas noções, já é visível uma diferença importante com o estruturalismo, isto é, no sentido de abertura para responsabilização de agentes em quadras históricas (KENNEDY, 1986, p. 249), sem se atrelar a figura sincrônica, estática e abstrata. Em que pese a similitude entre estruturalismo e teoria crítica quanto à investigação sobre os elementos e níveis ocultos de relações sociais, no estruturalismo há um excessivo apego à junção de elementos, descrição e análise de suas interações (KENNEDY, 1986, p. 276), o que tende para uma incapacidade emancipatória desvinculada da dinamicidade totalizante das relações e de seus efeitos.

Como se vê através desse limitado incursu sobre o estruturalismo, sua antropologia, assim como a consideração a uma perspectiva crítica do tema, os teóricos transpõem essas estruturas socialmente demarcadas para uma categoria que tem se convencionado nominar como discriminação estrutural. Sem a pretensão de esgotar o tema, até mesmo pelos limites desta pesquisa, há algumas abordagens sobre a aceção relativa as estruturas geradoras de discriminação. Nesse sentido, tem-se entendido que discriminação estrutural ocorre por meio de processos sistemáticos e interativos na construção de estereótipo e na demarcação social em hierarquias, privilégios, caracterizados pela opressão, em que se violam a cláusula da igualdade e o princípio da não discriminação (RESSURRECCIÓN, 2017, ps. 50-60; 70). Nessa perspectiva, essa discriminação estrutural se desenvolve no meio social gerando desigualdades de difíceis visualização pelo trato antidiscriminatório e justificando manifestações de movimentos políticos por mudanças em estruturas sociais, o que inclui as instituições, seja nas esferas pública ou privada (MOREIRA, 2020, p. 471). Há a formação de um núcleo duro discriminatório, o qual mantém uma variedade de sistemas discriminatórios.

É possível se depreender da contribuição da semiologia, da antropologia social e de suas inspirações para o direito da antidiscriminação, que o aprofundamento de estruturas de subordinação permite um enfrentamento de suas dinâmicas com a viabilização de soluções. Seguindo essa análise, há a percepção do 1) caráter sistemático dos elementos componentes das estruturas, os quais em interações ocasionam discriminações. Além disso, explorar as suas variações, como que são dão contextualmente as relações discriminatórias, é possível propor 2) transformações das variantes e

como as estruturas geradoras de discriminação podem 3) reagir para serem administradas em conflitos sociais, políticos, jurídicos em institucionalidades.

Essa tríade representaria ferramentas de análise a fundamentar aceções sobre a configuração de discriminação estrutural presente em cenários dificultadores de um espaço deliberativo fundado em gramática social em ambiente democrático multinormativo. Por exemplo, em havendo uma pauta indigenista em face de um projeto estatal institucionalizado assimilacionista, a desafiar uma perspectiva multinormativa, o mapeamento proposto é de valia. Da mesma forma, a propositura de diálogo acerca de uma política pública transgênero para o respeito igualitário aos que adotam uma identidade e expressão de gênero diversa de seu sexo biológico, pode ser enriquecida com um mosaico de soluções em uma compreensão estrutural do problema. Com efeito, a existência sistemática de tratamentos injustos, o potencial transformador nos interstícios estruturais por um diálogo aberto sobre os sentidos, seria subsídio à agenda social e ao redimensionamento dos arranjos institucionais de modo democrático. Nessa seara, o entendimento sobre os significados dados sobre o tema e como se administrariam/solucionariam as reações a isso tudo nas estruturas moldadas, como no caso de uma herança colonial e desumanizadora, é vertente para o fomento de uma democracia multinormativa.

3 A HERANÇA COLONIAL DESUMANIZANTE NO ESPAÇO SISTEMÁTICO DE DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL

De início, cumpre referir que a abordagem colonial em confronto com a decolonialidade não visa um ataque aos institutos e categorias advindas de uma modernidade ocidental de forma radical. A exemplo do

descrito por José Rodrigo Rodrigues em “O Direito das Lutas”, o objetivo não é uma mera contraposição, mas de explorar os limites da gramática de regras ocidental. Diante da relevância da abordagem e por representar balizas fundamentais a esta investigação, transcreve-se:

permitir que se veja o colonizador a partir do ponto de vista do colonizado, abrir espaço para criticar o primeiro em nome do que ele destruiu, revelando a face perversa da modernização capitalista, marcada por objetivos essencialmente mercantis. No entanto, de outro lado, tal procedimento pode abrir espaço para a defesa da manutenção de características culturais essencializadas, por exemplo, na forma de uma “nação” brasileira, alemã, norte-americana etc.; expediente favorito de grupos fascistas ao redor do globo.

Desta forma, a inversão ficaria incompleta com a substituição do padrão ocidental por um antipadrão colonizado que ocuparia seu lugar como instrumento ideológico. É importante manter estas questões no horizonte, pois meu objetivo, inspirado no motivo da inversão do espelho, é colocar a seguinte questão: O direito ocidental pode ser um instrumento de promoção e defesa da diversidade cultural? Quais são as possibilidades e limites da gramática do Direito ocidental para figurar, reconhecer e proteger a existência e a reprodução da diversidade de culturas, inclusive culturas tradicionais, marcadas por cosmogonias de características mitológicas? (RODRIGUEZ, 2019, p. 306)

Estabelecida essa premissa, seguindo o fio vermelho proposto, foram até aqui constatados os aspectos limitadores de uma gramática de regras inacessível à diversidade de atores sociais encerrados em estruturas de subordinação. Por motivos de diversas ordens, restrições comunicativas em deliberações, a consolidação aristocrática judicial em argumentações de autoridade, sistemáticas exclusões e restrições de grupos minoritários são impulsionadas pelo fenômeno da

discriminação estrutural. Compreender os enredamentos ocasionados por tais estruturas é fundamental para uma abordagem sobre os motivos que impedem uma democracia multinormativa. Dentro do quadro analítico da concepção de discriminação estrutural, há a figura do caráter sistemático fomentador das interações estruturais. Nesse ponto, em meio a uma gama de possíveis descrições contextuais do problema, pode-se destacar a herança colonial desumanizante.

Pensar o direito dentro de um ambiente decisório democrático em meio conflitivo de uma diversidade de projetos instituintes, na disputa institucional e no uso social do direito, requer a avaliação de novas ordens normativas (RODRIGUEZ, 2019, ps. 342-343). Inseridos nesse cenário, há uma complexa análise de contextos de injustiça e discriminação, nos quais é parte disso o exame sobre a efetiva adoção de soluções transformativas de desigualdades e subordinações. Assim sendo, se há uma diversidade daqueles comunicantes nesse ambiente, há o constante questionar sobre os modelos e estruturas que dão sustentabilidade para a construção de conceitos, categorias e institutos jurídicos. A pergunta deve girar em torno de que raça, de que etnia, de que gênero, de que sexualidade, de que discriminação estruturada se está lidando em conjunto com a localidade e como o contexto social se constituiu com o tempo. Desse modo, uma perspectiva decolonial mostra-se perspicaz para o atendimento de valores democráticos no debate.

Adentrar na complexidade do problema com proximidade às vivências coletivas dos subalternizados representa avanço democrático, em atendimento às demandas históricas dos sujeitos políticos expostos às injustiças. O racismo é um exemplo, em que há a presença de “micro agressões” (DELGADO, 2001, p. 2) influenciadoras sobre relações

sedimentadas em estruturas de poder baseadas em padrões discriminatórios (DELGADO, 2001, ps. 26-28), nos quais o invisível precisa ser revelado. O prescrutar sobre heranças coloniais desumanizantes é atento para o repensar sobre a tradição moderna e as relações estruturais compartilhadas, já que penetra em contextos econômicos, sociais, políticos e históricos (DELGADO, 2001, p. 3).

Uma perspectiva decolonial ao lado de pautas de agentes sociais ligados à não discriminação por motivos de raça, de gênero, de sexualidade, de etnia, por exemplo, oferta categorias de análise de estruturas de poder e de subordinação que erigem barreiras ao processo democrático multinormativo. Há, por exemplo, o debate sobre os discursos estigmatizantes e de estereótipos sobre grupos minoritários não restritos a uma epistemologia moderna fulcrada em padrões eurocentrados (SAID, 1990). A chamada colonialidade do poder, arquétipo presente na historicidade latino-americana (QUIJANO, 2005), foi força motriz hegemônica no quadro de relações culturais, sociais, políticas, jurídicas e econômicas. Essa “lógica da colonialidade” que desumaniza os detentores de direitos (BRAGATO, 2016) está presente na construção de um projeto moderno atrelado a uma gramática de regras, a um legalismo liberal e a uma aristocracia judicial. O uso da matriz decolonial fornece instrumental para a superação disso e a sua adequação em desenhos institucionais plurais e abertos a um constitucionalismo transformativo atinente à efetividade de direitos humanos fundamentais, com um olhar para alterações sociojurídicas. A ideia é emancipatória quando se estabelece paralelos com o constitucionalismo liberal, no sentido de que a aplicação, interpretação e adequação das normas jurídicas de direitos fundamentais precisa

estar em sintonia com a realidade de cada contexto social discriminatório.

No redesenho de instituições, esse repensar tem como pauta o chamado giro decolonial (SARTORI JÚNIOR, 2017) com a ampliação de abordagens e perspectivas, para além de uma dinâmica moderna das relações estruturadas. Não necessariamente, como dito, em oposição ou em caráter excludente das instituições e categorias construídas. A via é de releitura democrática, na qual são reveladas as heterogeneidades e a pluralidade dos saberes, modos de vida e existências, proporcionando novos objetivos na elaboração de concepções e institutos jurídicos transformadores de realidades. O desafio se dá através de “categorias de pensamiento que fueron subalternizados y categorizados como racionales o no racionales a lo largo de la construcción y expansión del mundo moderno/colonial” (MIGNOLO, 2000, p. 22)⁵. Reforçando, é necessário considerar uma estruturação do direito construída normativamente como garantia da diversidade na esfera decolonial, em um espaço de regulação social. O cuidado é que em meio a um elastecimento de fragmentação da diversidade de demandas, é importante a atenção para uma base comum. Nessa relação, assume importância a ideia de interculturalidade como uma via de diálogo dentro do espaço normativo, em que se critica a ótica desumanizante colonial, de maneira horizontal e simétrica dentro das institucionalidades (BRAGATO, 2017).

A valorização de uma democracia multinormativa diversa e inclusiva passa pelo estudo e combate da estruturação sistemática de

⁵ Tradução do autor: “categorias de pensamento que foram subalternizadas e categorizadas como racionais ou não racionais ao longo da construção e expansão do mundo moderno/colonial.”

elementos que reforçam a exclusão e, nesse caso, herdeira de uma colonialidade desumanizante. Raça nada mais é que uma identidade, a qual é construída socialmente, de acordo com contextualidades (BEASLEY, 2006, p. 146). Logo, conflitos raciais são parte de um processo identitário inacabado em construção (BAUMAN, 1999, p. 50), e são constituídos por intermédio de práticas discursivas em posições múltiplas (HALL, 1996, p. 4). No que toca às questões de sexualidade e de gênero, também as identidades são decorrência de atividades comportamentais e de convenções sociais que também advêm de relações definidas de poder (WEEKS, 2000, p. 28), a exemplo de poderes disciplinares institucionalizados em padrões, como a heteronormatividade (BUTLER, 2003). Os paradigmas discriminatórios de raça e de gênero são exemplos de inacessibilidade democrática para espaços de regulações sociais. O enfrentamento desses ciclos subordinantes é uma medida para valorização de uma gramática e linguagem não discriminatória, emancipadora e transformadora, haja vista que representam uma ordem desumanizante em paradigmas aceitos como aqueles que são detentores ou não de direitos em exercício democrático.

A adoção de uma perspectiva decolonial contempla os excluídos pela lógica colonial de saberes e poderes jurídicos instituídos por uma tradição restrita. Sob essa visão, é atender modelos conceituais inclusivos, como nos estudos feministas latino-americanos, em que há a categorização de *mujer mestiza* referida por Glória Anzaldúa, considerada alienada na cultura dominante e insegura dentro de sua própria cultura, fluindo entres os espaços e interstícios de poder de dois mundos (ANZALDÚA, 1999, p. 42). Para uma democracia multinormativa, a proposta é de abertura às realidades daqueles que

percorrem contextos sociais por vezes não abordados e que impõem subordinação. Os novos sentidos sobre o tema criam caminhos para o reconhecimento amplificado de diferentes demandas em diversos campos em atendimento à agência política, social e jurídica de raça, gênero, indigenista, étnica e demais causas legítimas por igualdade. Mara Viveros ensina:

busca uma reapropriação e um deslocamento do significado do caráter mestiço de nossa história, ...um projeto inacabado de luta para criar um espaço ('a ponte') onde seria possível reunir e desconstruir simultaneamente as diferentes experiências íntimas e reivindicações políticas, raciais, sexuais e de gênero que conformam essa identidade. Nossa América é o projeto da Nova Mestiça e uma crítica à ideia de que existe um 'mestiço universal'. É também a afirmação da capacidade de ressonância que produz habilidade para viver nos limites, na fronteira, nesse espaço *Che'je* onde coexistem, em tensão e em conversação, o colonial e o colonizado. Falar de Nossa América em vez de América Latina é, finalmente, escolher uma denominação que não foi criada nos contextos acadêmicos hegemônicos metropolitanos para dar conta de experiências sociais particulares (VIVEROS VIGOYA, 2018, ps. 29-30).

O delineamento da figura da *mujer mestiza* serve como categoria analítica sobre marcadores sociais de hierarquização, diferenciação injusta sem tradução igualitária universalizante (VIVEROS VIGOYA, 2012, p. 283). Com efeito, indica-se para o necessário aprofundamento das estruturas de subordinação em processos relacionais estruturantes de um *establishment* antidemocrático e discriminatório, com olhar decolonial não encerrado em definições e visões de mundo em forma monolítica. O deslocamento para uma perspectiva decolonial e contemporânea, possibilita o contemplar do plural e das diferenças da experiência (HENNIGEN, 2007, p. 206) de indivíduos e grupos. Nessa

leitura, é preciso ter ideia que a construção genérica sobre o humano e sua consideração como detentor de direitos universais foi deturpada por uma invenção humanista europeia à serviço da Igreja Católica e de um projeto mercantil colonialista dos séculos XV e XVI (MIGNOLO, 2009, p. 158). Em decorrência disso, categorias universais e abstratas não conseguiram atender de forma plena as diferenciações de indivíduos e grupos e, ainda, mantiveram o seu *modus operandi* para o não acesso deliberativo-democrático e na construção de normatividades.

Ocorre que os postulados universais e abstratos fazem, justamente, parte de uma ideia aberta a todos na produção normativa o que se coadunaria com a própria gramática de regras (RODRIGUEZ, 2009, p. 288) a qual é distorcida por visões de mundo discriminatórias estruturais, elitistas e advindas de projetos coloniais. Assim sendo, o fim emancipador transformativo do direito e seus redesenhos institucionais não se prestam a uma contestação pura e simples de princípios democráticos já assentados. A denúncia acerca dos seus limites não significa uma refundação, mas uma proposta de repensar o direito em avanço multinormativo em uma gramática social. O princípio da igualdade e o da não discriminação são exemplos. Quando se aborda diversidade, há uma tendência em distender a igualdade baseada em uma supervalorização das diferenças, tendente a um diferencialismo acrítico.

Isso se dá de forma antigualtarista, em que se beira à xenofobia, ao racismo. De outro modo, pode se dar com a pecha de um discurso extremo às diferenças e as suas particularidades. Nas duas visões, há a contestação do universalismo abstrato, no entanto com o risco de descambar para a desigualdade/discriminação. Além disso, pode se dar de forma repressiva com a dominação de grupo sobre grupos, em que

“guetos” de diferenças são formados e sem interlocuções, aproximando-se do ultraconservadorismo na prática (RIOS, 2012).

Em meio a esses dilemas, há o fluxo entre as diferenças e universalismo, entre a isonomia e a liberdade em relação aos subordinados privados de suas condições humanas (ROUANET, 2007), em que o diferencialismo acaba imperando, mesmo com faces progressistas, obstaculizando o diálogo. Nessa toada, o debate não é pautado pela negação da universalidade liberal e sim no seu alcance, atingindo as compreensões de modos de vida, culturas e sociedades. Uma alternativa é o estabelecimento de pontes de diálogo, nas quais toma-se uma diversidade de posições dos oprimidos em um projeto colonial, o que se protraiu sobre estruturas de subordinação ao longo do tempo e que podem ser identificadas no não acesso deliberativo, na limitada gramática de regras e nos domínios de quem vocaliza o poder em dizer o direito. Nessa perspectiva, repise-se que a fonte liberal pela igualdade não deve ser rechaçada pela decolonialidade, pelo contrário, deve ser repensada pela análise crítica sobre como se dão as sincronicidades estruturais em que, para a consideração de todas as agências sócio-políticas, são valorizadas em uma abordagem da igualdade universal concreta (ROUANET, 1994), ou seja, não se nega as diferenças, mas suas relações concretas em respeito à igualdade.

Há a conjugação de uma multiplicidade de posições sociais fundadas na historicidade de uma construção colonial, também parte de estruturas de subordinação, que distribui o acesso à direitos e aos privilégios conforme um discurso de quem é merecedor (humano) e não merecedor (desumano), em meio a um núcleo normativo e institucional para lidar com toda essa complexidade. O conflito é sistematicamente posto e cabe ao direito estabilizá-lo permitindo que a democracia se

perfaça e atenda a espaços multinormativos. Citado acima um exemplo de princípio interpretado por uma gramática de regras, como a igualdade, diante de tais conflitos, a atenção a um universalismo concreto seria uma via democrática. Nos usos sociais do direito, em que há uma gama de argumentos mobilizados e uma busca por autenticação pelo poder estatal (RODRIGUEZ, 2019, p. 333), diversos conflitos limiares se dão, os quais representam as possibilidades de transformações pelo direito em atendimento às regulações sociais autônomas, cuja legalidade oficial se abre para novos projetos constituintes não só atrelados ao ser e dever ser, mas, também, ao vir a ser (RODRIGUEZ, 2019, p. 334).

Nas discussões postas à liça democrática, a compreensão acerca das diversas ordens normativas germinadas de uma fragmentação de subjetividades, a visão há de ser ampliativa e direcionada a um universalismo de multiplicidades (RE, 2019). Em sentidos pautados pela humanização das relações de cunho igualitário e não discriminatório, o tratamento dado às posições sociais rompe hierarquias, estereótipos, estigmas e formação de privilégios. Os espaços de regulação social multinormativos são demarcados pela não imposição de padrões impositivos de obstáculos. A dinâmica de agência política é impulsionada pela abertura universal em seu acesso deliberativo e interpretativo de normas sociais que deságuam no âmbito jurídico. Logo, nos aspectos antidiscriminatórios e de jurisprudência, a isonomia vai além de suas faces formal e material, tendo como vetor o universal concreto em uma multiplicidade de posições. Assim sendo, em estruturas de subordinação racistas, sexistas, homofóbicas e assimilacionistas quanto às etnias, por exemplo, assume-se uma leitura contra hegemônica, não heteronormativa, não assimilacionista, não

atrelada a um paradigma da branquitude. Isso porque se há um ideal democrático multinormativo para a transformação de estruturas atuantes sobre institucionalidades, o uso dessas ferramentas interpretativas é um caminho para verdadeiras emancipações.

CONCLUSÃO

O presente estudo se deu a partir das inquietações sobre a identificação dos limites de uma gramática de regras para a consolidação de uma democracia multinormativa. De tal sorte, traçou-se um paralelo com os obstáculos gerados pelo apego a uma tradição limitante da diversidade no ambiente social capaz de jurisgênese em uma gama de ordens normativas. Dentro disso, tentou-se articular sobre a superação dos impedimentos ao acesso deliberativo de produção de normas representados, muitas vezes, também por uma aristocracia judicial formada por argumentos de autoridade elitistas no dizer sobre o que é direito.

Como consequência, esta investigação buscou colacionar suportes para o desenvolvimento de regulações sociais autônomas permeadas por conflitos limiares em potência para transformações jurídico-institucionais emancipadoras. A análise das dinâmicas relacionais entre os sujeitos envolvidos e marcados em suas identidades de grupos minoritários permitiu a inclusão de ferramentas para subsidiar o diagnóstico sobre os entraves a uma democracia multinormativa e o redesenho de instituições atreladas às tradições limitantes.

Em um primeiro momento, explorou-se a concepção de estrutura e suas implicações para o direito como estabilizador de relações políticas e sociais complexas. A existência de processos relacionais

sincrônicos, cujos elementos interagem em uma sistemática reprodução de restrições e exclusões na agenda político-social, reflete no acesso deliberativo e nas ordens multinormativas carentes de reconhecimento. Nessa esteira, a conjugação de três instrumentos de análise relativos às estruturas de subordinação processadas de maneira sincrônica constitui o quadro moldado para o enfrentamento das barreiras à multinormatividade. O mapeamento de um caráter sistemático de interações subordinantes, os espaços intersticiais entre as estruturas capazes de transformações e a reação aos enfrentamentos dos conflitos sociais, políticos e jurídicos em estruturas nos diversos âmbitos, o que inclui as instituições, permitem um olhar ampliado por lentes atentas a uma linguagem de relações estruturais e estruturantes.

Com isso, permite-se um passo além da constatação das possibilidades de regulação autônoma social para um segundo passo no qual se trilha entre estruturas que calam vozes por reconhecimentos de normatividades em compreensão sobre as causas das limitações denunciadas. Para tanto, elegeu-se um elemento componente dessas relações estruturais propulsoras de padrões subordinatórios, qual seja, a sujeição desumanizante resultado de um projeto colonial de poder, saberes e de administração de conflitos sociais. Conjugadas as múltiplas posições sociais nesse cenário produto de uma colonialidade, o afastamento de discursos desumanizantes assume relevância no enfrentamento de uma complexidade antidemocrática e discriminatória. Com o instrumental de conceitos e categorias, tanto para um diagnóstico do problema quanto ao intuito transformativo de conflitos sistematicamente experimentados, o direito é capaz de incrementar a sua função estabilizadora através de ressignificações

institucionais e regulações sociais autônomas em uma democracia multinormativa.

REFERÊNCIAS

- ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia. Sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. In **Novos Estudos**, nº 03, novembro, 2015.
- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.
- ANZALDÚA, Glória. **Borderlands. La frontera**. 2. ed. São Francisco: Aunt Lute Books, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999
- BEASLEY, Chris. **Gender & Sexuality. Critical Theories, Critical Thinkers**. London: Sage Publications, 2006.
- BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism as a Normative Project, 8 UC Irvine L.Rev. 149 (2018).
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. In **Quaestio Iuris**, vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; BARRETO, Vicente de Paulo; FILHO, Alex Sandro da Silveira. A interculturalidade como possibilidade para a construção de uma visão de direitos humanos a partir das realidades plurais da América Latina. In **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, vol. 62, nº 1, jan/abr, Curitiba, 2017.
- BUTLER, Judith. “Prefácio” e “Capítulo 1 – Sujeitos do sexo / gênero / desejo” in **Problemas de gênero – Feminismo e subversão da identidade Judith Butler**. Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003 – 1ª Edição Tradução de Renato Aguiar.
- CEZAR, Temistocles. Estruturalismo e pós-estruturalismo na perspectiva do conhecimento histórico in **Anos 90 Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 3, n. 4, 1995, ps. 129-151.

- DELGADO, Richard. **Critical Race Theory An Introduction**. New York and London: New York University Press, 2001.
- FISS, Owen. What is feminism? **Arizona State Law Journal**, n. 26, 1994, p. 413-428. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2308&context=fss_papers. Acesso em: 11 fev. 2021.
- GOOFMAN, Erving. **Estigma - Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Disponível em: <https://we.riseup.net/assets/212390/estigma-ervinggooffman-140509193459-phapp01.pdf>. Acesso em 30 jan 2021.
- HALL, Stuart. **Who Needs 'Identity'?. Questions of Cultural Identity**. London: Sage Publications, 1996.
- HENNIGEN, Inês. A contemporaneidade e as novas perspectivas para a produção de conhecimentos. **Cadernos de Educação**, vol. 29, julho-dezembro, 2007.
- KENNEDY, David W. Kennedy. Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship. **21 New Eng. L. Rev.** 209, 1986. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:16084569>. Acesso em 22 de agosto de 2021.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**, trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac Naify, 2008.
- MIGNOLO, Walter D. **Diferencia colonial y razón postoccidental. La reestructuración de las ciencias sociales em América Latina**. Bogotá: Santiago Castro-Gomez, 2000.
- MIGNOLO, Walter D. Who Speaks for the "Human" in Human Rights?. Hispanic Issues Series. Retrieved from the **University of Minnesota Digital Conservancy**, Disponível em: <<https://hdl.handle.net/11299/182855>>. Acesso em 16 fev. 2021.
- MISKOLCI, Richard. "Um saber insurgente ao sul do Equador". **Periodicus**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-25, maio/out. 2014.
- NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- PIAGET, Jean. **O Estruturalismo**. São Paulo: DIFEL, 1979.
- QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-**

americanas, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf> Acesso em: 12 fev. 2021.

RE, Lucia. Eguaglianza, differenza e diritto. Uno sguardo al dibattito femminista contemporaneo / Equality, Difference and Law. A Critical Analysis of Contemporary Feminist Debate in **About Gender**, Vol. 8 N° 15, 2019, pp. 1-42.

RESURRECIÓN, Liliana María Salomé. **El concepto ‘discriminación estructural’ y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo Fin de Máster. Tutora Patricia Cuenca Gómez. Getafe, 2017.

RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Argumentação, força normativa, direito sumular e antidiscriminação. In: SARMENTO, Daniel; SARLET; Ingo Wolfgang, (coord.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. p. 289-339. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIOS, Roger Raupp. O Direito da Antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade in **Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 6, nº 18, ps. 169-177, Jan/Mar 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

ROUANET, Sérgio Paulo (1994) “Identidade e diferença: uma tipologia”, **Revista Sociedade e Estado**, nº 1 e 2, Brasília.

ROUANET, Sérgio Paulo. Dilemas da moral iluminista in **Ética**/Organização Adaauto Novaes. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, ps. 207-225.

SAID, Edward W. **Orientalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: uma crítica à tese do “Marco temporal da ocupação”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 2006

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2020.

- TEUBNER, Günther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Lima: Ara Editores, 2005.
- THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. O Primeiro Estruturalismo: Método de Pesquisa para as Ciências da Gestão. **RAC**, v. 10, n. 2, Abr/Jun, 2006, ps. 137-156.
- VIVEROS VIGOYA, Mara. Race and Sex in Latin America. Peter Wade. **Revista Colombiana de Antropología**, vol. 48, núm. 1, enero-junio, 2012.
- VIVEROS VIGOYA, Mara. **As cores da masculinidade**: experiências interseccionais e práticas de poder na Nossa América. Rio de Janeiro: Papéis Selvagens, 2018.
- XIMENES, Julia Marmann. Por que o problema continua sendo problema? Diferenciando Pesquisa Jurídico-Instrumental e Pesquisa Jurídico-Científica e o Papel das Fontes do Direito. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, Vol. 15, n. 82, 2018.
- WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. O corpo educado. 2ª edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- YOUNG, Iris Marion. **Justice and politics of difference**. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

5

A DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A POTENCIAL EMANCIPAÇÃO E AUTONOMIA DOS SUJEITOS – UM CAMINHO PARA A “OUTRIDADE”

*Rodrigo Rodrigues Dias*¹

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem alcançado maior visibilidade passando a ser compreendido, diante da judicialização das relações sociais, como *locus* de produção de sentidos. São vários os fatores que geraram maior participação do Judiciário no cenário político e na vida dos cidadãos, mas o fato é que esse Poder tem ganhado destaque nas discussões sobre democracia. Vários têm sido os debates e muitas as pressões sociais no sentido de que o Judiciário supere sua tradição conservadora e passe a legitimar a participação dos maiores interessados, os jurisdicionados e as jurisdicionadas, na tomada de decisões. E são as grandes e contínuas transformações socioculturais que vêm demandando (ess)as diversas alterações, especialmente no que se refere à extensão de atuação do Judiciário como também à execução do princípio democrático deste e neste. O artigo busca, de tal forma, discutir se o Poder Judiciário tem de ser mais democrático, deixando-se afetar, na construção das decisões, diretamente pelos titulares do conflito, exercendo uma jurisdição sensível.

¹ Juiz de Direito, graduado em Direito pela USP, mestre em Ciências Sociais pela UNIOESTE, doutorando em Direito pela UNISINOS, professor da FAG e da Escola de Magistratura do Paraná. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8561193699432787>. E-mail: rodrigues_dias@uol.com.br.

Há o entendimento de que, via reforma e democratização do Poder Judiciário, este se tornará mais eficiente, racional, mais voltado a suas (reais) funções institucionais, com cumprimento efetivo de seu papel jurisdicional. A maioria da população não tem acesso ao Judiciário, o que leva a que haja, inclusive, um desgaste deste para com a sociedade. Por isso se verifica ser importante a discussão acerca de ser o Judiciário um poder humanizador no âmbito do Direito, que encaminhe a uma maior participação por parte dos cidadãos e cidadãs, conclamando pela autonomia destes e destas, com valorização das diferenças, da liberdade e do processo de cidadania.

Assim, o objetivo deste artigo volta-se a avaliar se há necessidade de maior democratização do Poder Judiciário, deixando-se afetar, na construção das decisões, diretamente pelos titulares do conflito, a partir do exercício de uma jurisdição mais sensível. Mediante isso, cabe então perquirir: há necessidade de que ocorra uma maior inclusividade – e em que medida – dos agentes e suas demandas na construção das decisões?

A hipótese é a de que é imprescindível uma teoria do conflito que se fundamente numa oportunidade de aprendizado, de construção de um dever pelos envolvidos para se pensar em mecanismos de abertura democrática. Infere-se que só há justiça efetiva se esta estiver implicada com as práticas sociais, a partir do entendimento de que ela (a justiça) não é (não deve ser) neutra, sendo sim comprometida, inclusive com as transformações (socioculturais). A justiça não deve perenizar exclusões e processos de dominação e, por isso, a sociedade vem clamando por uma justiça mais contextual, mais fundamentada na realidade específica do litígio, ou melhor, do conflito levado a Juízo. Daí se depreende que o Poder Judiciário, como principal representante da

(prática de) justiça, necessita apresentar respostas satisfatórias aos titulares da cidadania e, devido a isso, é que se procura saber acerca da inclusividade e da jurisdição mais sensível no âmbito desse Poder, e isso via aceitação dos conflitos, dos embates provindos dos sujeitos de direito.

Para tanto, o primeiro capítulo reconstruirá os clássicos da teoria política – John Locke, com seu *Segundo tratado sobre o governo civil* (1994), e o Barão de Montesquieu, com seu *O Espírito das Leis* (1996) – de forma a compreender a concepção setecentista de um Poder Judiciário politicamente nulo, com magistrados que se restringiam (e ainda há quem defenda que devem se restringir) a pronunciar as palavras da lei.

Na sequência (segundo capítulo), serão tecidas reflexões críticas sobre quem seria o legislador e para quem essa lei – erigida a obra completa e acabada, reflexo da razão humana – se destina(va). Essa racionalidade (a razão humana responsável por erigir as leis) era conveniente para os interesses da burguesia capitalista, a qual passava a ter acesso ao Legislativo. Coclamando a teoria democrática de Jean-Jacques Rousseau – a partir de sua obra *O Contrato Social: princípio do direito político* (2020) –, à luz também da interpretação contemporânea de Carole Pateman², o artigo faz um contraponto com encaminhamento da atenção para a necessidade de inclusividade por meio da participação, no âmbito do Poder Judiciário, reconhecendo-o, com base nas reflexões de José Rodrigo Rodriguez³, como espaço em que o Direito é produzido.

² Consultar a obra: *Participação e teoria democrática* (1992).

³ Consultar as obras: *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)* (2013) e *Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade* (2019).

No terceiro capítulo, a análise incide sobre o Poder Judiciário dentro de um contexto de crise da democracia liberal, especificamente de representação, buscando subsídios em pesquisas empíricas sobre como o usuário e a usuária repercutem o sistema judiciário, de modo a aferir se uma maior participação é, realmente, desejável no âmbito desse Poder.

No quarto capítulo, é proposta a necessidade de uma jurisdição sensível, com diminuição da voz jurispática do Judiciário e ampliação da jurisprudência, numa análise baseada em Robert Cover, a partir de suas obras: *Nomos e narração* (2016) e *Violência e a palavra* (2019).

O último capítulo propõe encontrar o caminho para aumentar a sensibilidade no âmbito do Poder Judiciário, numa concepção da teoria do conflito, baseada em Luis Alberto Warat⁴, sendo que este “conflito”, entendido como as demandas reflexivas dos envolvidos nas ações, deve ser recebido pelo Poder Judiciário como oportunidade de aprendizado, de fortalecimento das relações interpessoais, visando à construção de uma decisão adequada ao devir dos envolvidos, como pressuposto para repensar os desenhos judiciários, talvez tendo a mediação como uma via, na forma da Resolução 125 do CNJ, que dispõe “[...] sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências” (CNJ, 2010) e do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

⁴ Para mais dados, consultar as obras desse autor: *A ciência jurídica e seus dois maridos* (1985); *Surfando na pororoca: o ofício do mediador* (2004); *A Rua Grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia* (2010); e *Ecologia, psicanálise e mediação*, texto que faz parte da obra *Em nome do acordo: a mediação no Direito* (2018).

2 O PENSAMENTO LIBERAL E A NEUTRALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: LOCKE E MONTESQUIEU

A Idade Moderna, que pode ser datada, aproximadamente, entre os anos 1600 e 1800, na lição de Ferraz Junior, é caracterizada pelo Direito Racional. Nesse período, diferentemente do Medievo, a preocupação não se centra mais “[...] nas relações morais do bem na vida”, mas, diante do grau de complexidade que a sociedade vinha alcançando, em como garantir as condições racionais de sobrevivência dessa mesma sociedade. (FERRAZ JUNIOR, 1994a, p. 66).

A teoria do Direito, nessa perspectiva, aperfeiçoa seu caráter dogmático, rompe com a autoridade dos textos romanos e confere ao estudo jurídico propriedade sistêmica. Nesses termos, resume Ferraz Junior, a teoria do Direito “[...] passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade”. (FERRAZ JUNIOR, 1994a, p. 69).

As leis passam, então, a serem instrumentos que permitirão a regulação genérica de comportamentos, tornando viável a vida nas complexas sociedades modernas. Há um movimento de secularização da teoria do Direito, apoiando-se no Direito Natural, não de fundamento ético ou bíblico, mas de base “[...] naturalista de ‘Estado de Natureza’⁵, uma situação hipotética do homem antes da organização social e que serve de padrão para analisar e compreender o homem civilizado”. (FERRAZ JUNIOR, 1994a, p. 71-72, grifo do autor).

⁵ No “estado de natureza”, o governo civil ainda não foi instituído, ou seja, é a forma como se encontra o Estado antes da criação do governo. Mediante isso, nesse tipo de estado, John Locke compreende que todos são independentes, iguais, sendo integralmente livres na decisão de suas ações voltadas à defesa de seus direitos naturais. (LOCKE, 1994).

A teoria do Direito se insere, dessa forma, na defesa do cidadão contra o poder absoluto do Estado, servindo de salvaguarda ao indivíduo que terá a segurança de que esse poder é limitado e exercido com base na legalidade. Para tanto, é preciso incluir as pessoas na produção desse Direito.

O pensamento liberal, então, fundamenta o Estado como construção da vontade dos indivíduos que o compõem, sobretudo com base no contrato social. Assim, o Estado, via o pensamento liberal, tem poderes e funções limitados, com conservação dos direitos naturais, e a razão converte-se em um instrumento de emancipação humana. Dessarte, o homem passa a ser visualizado como indivíduo, não somente como apenas mais um integrante do corpo político e sociocultural. (OLIVEIRA, 1993). Retoma-se, aqui, o “estado de natureza” que abarca o homem como detentor de direitos naturais, que precisam ser devidamente respeitados, quando este começa a fazer parte de uma comunidade política.

O Estado de Direito ou o Estado Jurídico, como prefere Bonavides, é a solução dos liberais para a opressão do absolutismo monárquico, que sempre foi “[...] o fantasma que atemorizava o indivíduo”. (BONAVIDES, 2009, p. 40).

De modo a pensar o Poder Judiciário em tal contexto histórico, serão analisados, por conseguinte, dois pensadores liberais: John Locke, a partir de sua obra *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil* (1994), e Montesquieu, com sua obra *O espírito das leis* (1996), que contribuíram, na Era Moderna, para pensar a separação de poderes.

De acordo com Bonavides, essa primeira idade do constitucionalismo vislumbrava, na divisão de poderes, a “[...] solução

final do problema de limitação da soberania”. (BONAVIDES, 2009, p. 45). O mesmo autor defende que a teoria tripartite de Poder(es) é uma contribuição de Locke e de Montesquieu, destacando que este último se apoia no pensamento daquele.

John Locke, no *Segundo tratado sobre o governo civil*, ao pensar no “estado de natureza”, vislumbra o homem como titular de direitos naturais, sendo livre para “[...] decidir sobre suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem [...]”. (LOCKE, 1994, p. 83). Além de um estado de liberdade, caracteriza-se também por um estado de igualdade, inadmitindo-se a subordinação ou sujeição de um homem em relação ao outro. Mesmo assim, adverte Locke, não se trata de um “estado de permissividade”, já que há direito regendo as relações, o direito natural, que impõe sua observância, ou seja, “[...] toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens [...]”. (LOCKE, 1994, p. 84).

Os seres humanos, sendo racionais, com análogas capacidades, percebem-se como integrantes de uma comunidade, sendo que não são impulsionados à destruição mútua, “[...] como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros”. (LOCKE, 1994, p. 84). Há, nesse sentido, uma chamada racional à solidariedade, tendo em vista a obrigação, sempre que a própria conservação do indivíduo não esteja em jogo, de zelo pelo restante da humanidade. (LOCKE, 1994, p. 85).

Portanto, cabe a todos e a cada um conferir implemento e execução das leis da natureza, “[...] o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a[s] transgridem com penas suficientes para punir as violações”. (LOCKE, 1994, p. 85).

É nesse ponto que Locke identifica os infortúnios do “estado de natureza”: quando o homem tem de julgar e aplicar a lei natural diante de uma violação que lhe impõe danos, há uma tendência à exorbitação de seu poder. Afinal, o indivíduo tem dois direitos: um de que todos são titulares, de punir um crime – de forma a prevenir e impedir sua reprodução na comunidade –, e, outro, de obter a reparação pelo dano infligido, que titulariza somente a vítima. (LOCKE, 1994, p. 87).

Quando do exercício desses dois direitos, há inconvenientes de os homens serem juízes em causa própria, na medida em que “[...] a auto-estima (sic) os tornará parciais em relação a si e a seus amigos: e por outro lado, que a sua má natureza, a paixão e a vingança os levem longe demais ao punir os outros [...]”. (LOCKE, 1994, p. 88).

Qual seria a solução? O contrato social. Por meio do consentimento, os homens constituem o governo civil, renunciam seu poder natural e o depositam na mão da comunidade, excluindo “[...] todo o julgamento particular de cada membro particular”, fazendo dessa comunidade política um árbitro. (LOCKE, 1994, p. 133).

Locke considera o ser humano como naturalmente social. Ainda assim, a sociedade civil não é mera consequência ou prolongamento dessa comunidade humana em “estado de natureza”. Ao contrário, é uma verdadeira criação, a partir de uma decisão livre e consciente, visando à estabilidade e à paz. (OLIVEIRA, 2010, p. 60).

No Capítulo IX da obra em análise, John Locke lista três carências do “estado de natureza”, superados pela sociedade política e pelo governo: **i.** “lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral”; **ii.** “um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida”;

e, **iii**. “um poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução”. (LOCKE, 1994, p. 156-157).

A passagem do “estado de natureza” para o governo civil não implica, como se viu, à renúncia aos direitos naturais; ao contrário, à sua preservação via suplantação das carências listadas, com ganho de reforço na comunidade política, pois, ao fim e ao cabo, os homens estavam bem no “estado de natureza”, tendo ingressado na sociedade civil para ficarem melhores. (CHEVALLIER, 1995, p. 109).

A despeito da solução de conflitos – que se entende, hoje, como cerne do Poder Judiciário – ser a grande motivação para inserção dos indivíduos na sociedade civil, ao desenvolver seu raciocínio, Locke aponta que é na remoção dessas inconveniências (os conflitos) que “[...] encontramos a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades” (LOCKE, 1994, p. 157).

Por qual razão, então, não se concebeu – quando da passagem do “estado de natureza” para o governo civil – um Poder Judiciário?

A obra de John Locke, é importante entender, se prestou, principalmente com o direito de resistência, a legitimar, naquele momento histórico, racional e juridicamente, a deposição do monarca absolutista James II, efetivando o encerramento da dinastia Stuart, na Inglaterra, e a assunção de Guilherme de Orange, com a consagração da supremacia do Parlamento (Poder Legislativo), na Revolução Gloriosa (1688-1689).⁶ Essa Revolução marcou o triunfo final do Parlamento

⁶ Quanto à Revolução Inglesa, dois pontos básicos podem ser apontados: a intenção de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo, ambos contribuindo para afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, nascidos livres e iguais, justificando-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer o poder legislativo assegurando a liberdade do indivíduo. (DALLARI, 1995, p. 125).

sobre o rei, derrubando a monarquia absoluta e acabando com a teoria do direito divino de governar. (MELLO, 2006, p. 82). Foi uma revolução “pacífica” que demarcou o triunfo de uma nova estrutura política, econômica e social, fundamentada nos direitos individuais.

Portanto, na arquitetura de funcionamento de um governo, concebe(u)-se: um Poder Legislativo, com atribuição de fazer as leis, como hierarquicamente superior; um Poder Executivo, com atribuição para executar, continuamente, a lei; e um Poder Federativo, que lida com as relações da comunidade política com as demais comunidades, em relação às quais está em “estado de natureza”. Assim, o Executivo concebe a execução das “[...] leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte”, e o Federativo realiza a “[...] administração da segurança e do interesse público externo”. (LOCKE, 1994, p. 171). Não há inconveniente no fato de ambos se manterem unidos no mesmo corpo, ao contrário, necessitam ainda da força da comunidade civil para um funcionamento efetivo, sendo que a submissão da força pública a comandos distintos resultará, mais dia, menos dia, “em desordem e ruína”. (LOCKE, 1994, p. 172).

Diferente é a situação em relação ao Poder Legislativo, que demanda separação do Executivo, diante da fragilidade humana dos legisladores de elaborar leis que possam ser adequadas às suas vontades, ou que os isentem de observância das leis que eles mesmos estabeleceram e,

[...] tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, [...] ela [a lei por eles produzida] teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. (LOCKE, 1994, p. 170).

Ademais, de um lado, não há necessidade de funcionamento permanente do Legislativo – já que as “[...] leis que são feitas num instante e um tempo muito breve permanecem em vigor de maneira permanente”, enquanto o Executivo, por outro lado, necessita executar as leis “sem descontinuidade”, o que demanda sua “existência contínua”. (LOCKE, 1994, p. 170-171).

Em resumo, o “estado de natureza” é um estado de vigência de uma lei natural que concede direitos inerentes aos seres humanos, incluindo o de punir os crimes e exigir reparação de eventuais danos, já que há um dever a zelar, como já explicitado, pela humanidade. Todavia, em sendo os homens maus juízes de si mesmos diante de suas paixões e impulsos de vingança, para superar essa insegurança, constituem a sociedade civil. Desse contrato, de forma a garantir os direitos naturais do homem, emerge um Poder que edita a lei, a qual vai reger a vida dos que ingressaram voluntariamente nesse estado civil, e dois poderes para executar continuamente essa lei. Remanesce, então, a pergunta: qual é o lugar do (Poder) Judiciário no pensamento liberal lockeano?

Diante do que foi até aqui argumentado e com base na análise de Oliveira, há o entendimento de que o pensamento de Locke é revolucionário na medida em que reconhece que os indivíduos têm e exercem poder político, “[...] no sentido de que a própria natureza colocou em suas mãos o direito de punir quem transgredir a lei”. (OLIVEIRA, 2010, p. 69). E, como se argumentou, a entrada na sociedade civil não os destitui(u) de tal poder.

O poder, nessa perspectiva, é um “[...] depósito confiado aos governantes, em proveito do povo” e, caso o poder seja exercido em desconformidade a esse fim, o “[...] povo retira sua confiança, retira o depósito; retoma a soberania inicial para confiá-la a quem lhe

aprouver”. (CHEVALLIER, 1995, p. 115). Como efetuado na Revolução Gloriosa, em 1688, em que o povo exerceu seu direito de resistência ou insurreição. (MELLO, 2006, p. 82).

Portanto, a arquitetura lockeana, com o Legislativo, Executivo e Federativo, e ainda com direito de resistência, demonstra ser suficiente para o fim de conter o poder e permitir a vida em comunidade, com preservação de direitos. A razão iluminada, capaz de apreender a lei natural por trás disso tudo, também apresenta o atributo de suficiência, não havendo nem a necessidade de pensar em um poder separado e independente para julgar casos concretos.

Com efeito, o legislador torna clara e conhecida a lei natural, positivando-a. A lei é, portanto, legítima quando espelha o direito natural. Nesse diapasão, a vantagem do Estado civil é justamente tornar conhecida a lei não escrita da natureza que “[...] não pode ser encontrada em lugar algum exceto nas mentes dos homens”. (LOCKE, 1994, p. 164).

O legislador impõe regramento geral e abstrato, apreendido pela razão, a partir do direito natural, com implemento de inspiração de legitimidade entre os indivíduos, seres também racionais. Portanto, a lei, em princípio, seria suficiente por si mesma para dirimir conflitos.

A confiança na iluminação pela razão é tão grande que Locke atribui àquele que exerce o Executivo a prerrogativa, *in verbis*:

Como os legisladores são incapazes de prever e prover leis para tudo o que pode ser útil à comunidade, o executor das leis, possuindo o poder em suas mãos, tem pela lei comum da natureza o direito de utilizá-lo para o bem da sociedade em casos em que a lei civil nada prescreve, até que o legislativo possa convenientemente se reunir para preencher esta lacuna. (LOCKE, 1994, p. 181).

O detentor do Executivo, como delegatário do povo, suplementa, com base na lei natural, a atividade legislativa ante as lacunas da lei. Assim, mesmo na ausência de lei posta, o Executivo pode usar da prerrogativa e resolver conflitos baseados nessa ausência, editando leis.

E, caso o Legislativo e/ou o Executivo não observem a lei natural, impondo arbitrária vontade aos indivíduos, o direito de resistência – ainda que de acesso excepcional pelos súditos – permite a revolução, a subtração da delegação e a entrega a quem possa fazer valer a lei natural, preservando direitos.

Como resume Chevallier, John Locke dá uma nova versão ao “estado de natureza” e ao contrato (social), que permitirá elevar a distinção do Poder Legislativo e do Poder Executivo, como uma regra, “[...] para terminar com uma *limitação toda terrestre, toda humana ao poder*, sancionada, em última instância, pelo *direito de insurreição dos súditos*”. (CHEVALLIER, 1995, p. 107, grifo do autor).

Diante desse arcabouço, não faz falta um Poder Judiciário independente dos demais. O que não significa que ele foi ignorado. Há menção expressa a ele quando da caracterização do próprio Estado civil, já que a comunidade política se identifica por ser um corpo unido “[...] com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, [e aqueles que estão reunidos em um único corpo] estão em sociedade civil uns com os outros [...]” (LOCKE, 1994, p. 133). Se assim não se encontra, se não há direito usual de recurso, complementa ainda o autor: estes “[...] ainda estão no estado de natureza, onde cada um serve a si mesmo de juiz e de executor”. (LOCKE, 1994, p. 133).

A exigência de juízes conhecidos e íntegros, que decidam eficientemente as controvérsias, também é objeto de argumentação

pelo autor, quando trata das necessidades inerentes ao exercício do bem comum pelos poderes instituídos, em prol dos quais os homens renunciaram o poder executivo das leis:

Seja quem for que detenha o poder legislativo, ou o poder supremo, de uma comunidade civil, deve governar através de leis estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos improvisados; **por juízes imparciais e íntegros, que irão decidir as controvérsias conforme estas leis**; e só deve empregar a força da comunidade, em seu interior, para assegurar a aplicação destas leis, e, no exterior, para prevenir ou reparar as agressões do estrangeiro, pondo a comunidade ao abrigo das usurpações e da invasão. E tudo isso não deve visar outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo (LOCKE, 1994, p. 159, grifo nosso).

Como já citado, na listagem das carências superadas mediante o estabelecimento da sociedade civil, encontra-se a indicação de juízes conhecidos e imparciais para resolver as controvérsias decorrentes da aplicação da lei, *in verbis*: “[...] um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida”. (LOCKE, 1994, p. 157).

John Wiedhofft Gough, historiador galês conhecido pelo seu estudo acerca da filosofia política de John Locke, afirma, referindo-se a este último, quanto ao Poder Judiciário, que Locke “[...] parece incluí-lo [o Judiciário] em seu poder executivo, o qual se ocupa da administração total das leis”. (GOUGH, 1992, p. 186).

Outros, como Bobbio (1998), defendem que, em aspectos distintos, os juízes integrariam o Poder Legislativo, encarregado de formular e aplicar a lei, nos termos do seguinte trecho, em que Locke disserta sobre o referido Poder Legislativo e sua extensão: “[...] mas está na obrigação

de dispensar justiça e decidir dos direitos dos súditos mediante leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos". (LOCKE, 1994, p. 164). Assim, a exigida imparcialidade reside na formulação da lei, e não, na sua execução. (JORGE, 2011, p. 112).

Portanto, acreditando fortemente na razão, na capacidade de as leis refletirem o direito natural, na iluminação dos governantes que, se falhassem, dariam ensejo à revolução, não se chegou, à época, nem a pensar na necessidade de um poder autônomo para interpretar e aplicar o direito.

Na verdade, não há nenhuma linha nos escritos que se dedique à necessidade de interpretação (das leis) por parte dos juízes. As controvérsias, como citado, se decidem “conforme estas leis” que são “[...] estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo [...]”. (LOCKE, 1994, p. 159). Afinal, a lei geral e abstrata, produto da razão, dispensa qualquer atividade interpretativa. Por isso, não há a preocupação, na obra, de situar os juízes em um poder independente na divisão de poderes.

Bonavides, inclusive, denomina a postura de Locke de ingênua, na medida em que é sobremaneira otimista, pois, mediante as prescrições deste, era como se fosse suficiente que se afirmasse “[...] que o HOMEM tinha direitos para que a Humanidade os consagrasse, persuadida da superioridade do seu sistema de ideias e de governo como mais conforme com a Natureza e a razão dos homens” (BONAVIDES, 2009, p. 47, grifo do autor).

Nesse aspecto, continua Bonavides, Montesquieu parece mais pessimista, invocando o princípio universal “[...] segundo o qual todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser

levados, mais cedo ou mais tarde, a abusar de seu emprego”. (BONAVIDES, 2009, p. 47).

Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, considerado por Raymond Aron, um dos fundadores da sociologia, pois seu *O Espírito das Leis* tem a específica função de conhecer, cientificamente, o social (ARON, 2008, p. 3), traz, em sua teoria política, a separação de poderes, fazendo figurar o Poder Judiciário, como independente e autônomo em relação ao Legislativo e ao Executivo.

Essa temática é abordada no *Livro Décimo Terceiro*, em *O Espírito das leis*, ao tratar o autor da teoria da liberdade política com base na Constituição da Inglaterra. Montesquieu procura, na vivência política inglesa, aquilo “[...] que confere estabilidade à monarquia, algo que possa substituir o efeito moderador que resultava da nobreza”. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 119).

Portanto, para Montesquieu, é necessário investigar os mecanismos que produziram, nos regimes do passado e do presente, a moderação. Na análise de Aron, o sociólogo francês encontra, no cenário inglês, a “[...] diferenciação social, a distinção das classes e das hierarquias sociais [...] e que é indispensável à moderação de poder”. (ARON, 2008, p. 24). Nesse sentido, sobre a nobreza, como uma espécie de poder intermediário e fundamental, escreveu Montesquieu que “[...] sem monarca, não há nobreza; sem nobreza, não há monarca, mas tem-se o déspota”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 26, grifo do autor).

Como Locke, Montesquieu trabalha com a lei natural, esta que é anterior a toda lei e que é “[...] assim chamada por deriva[r] unicamente da constituição do nosso ser”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 13).

Entre as leis naturais, defende o autor que a primeira é relativa à paz, inclusive, como Locke, entendendo como não razoável o quadro

delineado por Hobbes de um “estado de natureza” formado por indivíduos com intenção de subjugação do/pelo outro, de plena satisfação de suas próprias necessidades, enfim, de verdadeira guerra. Essa ânsia por dominação só se institui no espírito humano quando o homem se encontra inserido na sociedade, instante em que (alguns) ocupam posições, as quais visam conquistar ou manter (o que foi conquistado). Afinal, escreve Montesquieu que, a partir do momento em que “[...] os homens se encontram em sociedade, perdem o sentimento de sua fraqueza; a igualdade que havia entre eles deixa de existir, e o estado de guerra tem início”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 15).

Como adiantado, Montesquieu, diferentemente de Locke, percebe que os direitos naturais são insuficientes para conter o poder, sendo indispensável, pois, que o (próprio) poder constranja o poder.

A lei, diz o filósofo/sociólogo, “[...] em geral, é a razão humana”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 16). No entanto, observa que o ser humano tem a habilidade de se furtar às leis naturais, oriundas da própria razão, e, ainda que se dotem leis positivas, tem a mesma habilidade de se furtar delas também. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 118).

Desse modo, pensar em liberdade exige que as pessoas tenham uma tranquilidade de espírito, oriunda da opinião de cada um dos membros de uma sociedade na qual sintam estar em segurança “[...] e, para que se tenha es[s]a liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Nessa perspectiva de moderação, o barão vai elaborar sua teoria fincando-se na ideia inicial de liberdade política. Para ele, a liberdade política não está nas democracias, “[...] em que o povo parece fazer o que quer” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166), mas nos Estados Moderados, quando não há abuso de poder, já que, quando em sociedade, dizer que

um indivíduo é livre significa que a ele é conferida a possibilidade de fazer tudo aquilo que as leis o autorizam (fazer). Ora, se assim não fosse, se fosse franqueado fazer tudo o que as leis vedam, não haveria liberdade, “[...] porque os outros também teriam esse poder”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 166).

A liberdade, pois, é um poder das leis e não do povo, sendo que é a lei que fixa o que se deve querer, como analisa Chevallier. (1995, p. 139).

Para que haja, por conseguinte, essa proclamada liberdade, essa tranquilidade de espírito, é indispensável que não haja abuso de poder e, para tanto, Montesquieu apresenta a distinção de três poderes, resumindo que o Poder Legislativo é aquele por meio do qual se “[...] faz(em) leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas”; o Executivo, “[...] estabelece a segurança, previne as invasões”; e o Judiciário “[...] pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 166-167). Feita a distinção (entre os Poderes) e procurando a limitação entre eles, afirma o autor acerca da necessidade de que esses três Poderes não estejam nas mãos da mesma pessoa ou corpo de pessoas, *in verbis*:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três

poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

No célebre voto sobre o controle externo, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Eros Roberto Grau, trazendo a discussão ora apresentada para um âmbito mais contemporâneo, ao dissertar sobre a separação de poderes, consignou que “[...] não cogita de uma efetiva *separação* de poderes, mas sim de uma *distinção* entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”. (BRASIL, 2005, p. 272, grifo do autor).

Com isso, pode-se assentar que: em contraste com Locke, que expressamente indica a supremacia do Legislativo, Montesquieu pensa em poderes funcionando em equilíbrio, ou, como Aron prefere, o Executivo deve manter “[...] relação cooperativa com o [L]egislativo”. (ARON, 2008, p. 23).

Essa relação entre os dois poderes é descrita por meio das faculdades de estatuir e de impedir. Aquele – o direito de estatuir – é o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem, e este – o de impedir – consiste no direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro, o qual deve ser mantido junto ao Poder Executivo. (MONTESQUIEU, 1996, p. 172). Isso porque, na hipótese de o Executivo não receber o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, “[...] este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes”. Ao Legislativo, ainda, incumbe fiscalizar o Executivo, verificando em que medida as leis editadas estão sendo aplicadas. (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Fazendo o caminho inverso, ou seja, da abstração para a concretude, percebe-se que Montesquieu construiu a ideia de distinção, com foco na moderação, baseado em três forças concretas envolvidas no governo inglês: o povo, a nobreza e o monarca. (FREIRE; WAGNER; BARBOZA, 2011, p. 141).

A nobreza está na Câmara dos Lordes, e o povo tem seus representantes na Câmara dos Comuns, cada força, pois, em assembleias diversas e ambas integrando um Legislativo; e o rei – o monarca – na condução do Executivo. (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

Nessa articulação entre os Poderes, não se encontra o Judiciário. Como citado, Montesquieu o descreve e expressamente identifica acerca da necessidade de estar, em seu exercício, separado dos demais. Contudo, o Judiciário é tido como um poder sem expressão política. (MONTESQUIEU, 1996).

Em primeiro lugar, tem-se que Montesquieu insiste que os tribunais devem ser temporários, com duração limitada necessariamente para os julgamentos, sendo formado (os tribunais) por pessoas extraídas “do seio do povo”, com base no prescrito em lei. Isso evitaria que o poder de julgar – que ele qualifica como terrível entre os homens – pertencesse a certo “estado” ou a certa “profissão”. Com isso, não “[...] se têm juízes continuamente sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 169).

Em segundo lugar, os julgamentos devem se afastar do ato de serem expressões particulares dos julgadores, sob pena de se viver “[...] em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. Daí dizer Montesquieu que, “[...] se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 170). Verifica-

se, a partir desse raciocínio, que o magistrado nada mais fará do que precisar, diante de uma controvérsia, o sentido exato da lei. Em outras palavras, basear-se-á tão somente na literalidade do texto de lei, que resume todos os sentidos possíveis. De se notar que o julgamento se restringe à dicção de um dispositivo, do que, realmente, se extrai que o Judiciário “[...] torna-se, por assim dizer, invisível e nulo”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 169). É bastante conhecida, nessa perspectiva, a formulação que resume a postura contida e rígida que o filósofo/sociólogo impõe aos juízes, como sendo estes: “[...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados, que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Depois de escrever sobre os três poderes, conclui Montesquieu que o ato de julgar “[...] é, de certa forma nulo. Só sobram dois [...]”: o Poder Legislativo e o Executivo. (MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

A teoria de Montesquieu, verifica-se, está mais centrada em evitar o despotismo, usando o poder para se contrapor ao poder, do que em se figurar como um verdadeiro princípio jurídico, ao que, na realidade, acabou sendo elevado posteriormente. Tanto que Ferraz Junior conclui, a partir desse ponto de vista, que “[...] o princípio não era o da *separação* de poderes, mas de *inibição* de um pelo outro de forma recíproca”. (FERRAZ JUNIOR, 1994b, p. 14, grifo do autor).

Se se retrocede um pouco em *O Espírito das Leis*, especificamente ao capítulo III, do Livro Sexto, o pensador analisa acerca do seguinte: “Em que governos e em que casos deve-se julgar segundo um texto preciso da lei”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 87). Assim, nos Estados despóticos, não há lei, na medida que ela não passa de mera vontade do déspota. Já nas “[...] monarquias, existe uma lei: e onde ela é precisa, o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito”.

(MONTESQUIEU, 1996, p. 87). Por derradeiro, nas Repúblicas, é da natureza, é próprio que os juízes sigam a letra da lei, sendo que não “[...] há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 86). Isso porque, nas Repúblicas, os homens são todos iguais e “porque são tudo”, não há razão de distinções. (MONTESQUIEU, 1996, p. 87).

Pois bem, na Monarquia, as leis são mais complexas e, portanto, são necessários os tribunais. Com efeito, o regime monárquico possui leis que refletem as inerentes diferenças de nível, origem e condição e, por isso, regras particulares. Como analisado, esse, por assim dizer, jogo de interesses é que promove a moderação. As decisões devem, pois, “[...] ser conservadas; devem ser aprendidas, para que se julgue hoje da mesma maneira como se julgou ontem e a propriedade e a vida dos cidadãos sejam garantidas e fixas [...]”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 83).

Esse contexto de multiplicidade de decisões é tido “como um mal necessário” nas Monarquias – decorre do funcionamento regular delas – e deve ser corrigido, de tempos em tempos, pelo legislador. A lei, resultado da razão humana, tida como meio para exercício da liberdade política, deve ser de tal forma que a busca pelos tribunais “[...] deve vir da natureza da constituição e não das contradições e da incerteza das leis”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 84).

Por conseguinte, no pensamento liberal, o Poder Judiciário não merece maior atenção na medida em que a lei – como produto da razão humana – é tida como uma obra completa e perfeitamente acabada, não exigindo maior esforço do aplicador, mesmo que diante de uma controvérsia, como fazem os juízes.

Mauro Cappelletti faz uma retrospectiva histórica, na França do *Ancièn Regime* – “Antigo Regime”, um sistema político, social e

econômico monárquico, anterior à Revolução de 1789 – para mostrar a razão de tamanha aversão em desfavor do Poder Judiciário. Ensina o jurista italiano que as cortes – ironicamente chamadas de *Parlements* – poderiam rever atos do soberano que não refletissem as leis fundamentais do Reino. Todavia, a leitura que esses “magistrados”, extremamente enraizados no sistema feudal, faziam dessas leis – na grande maioria não escritas – era de repulsa à mais tênue reforma liberal. Esses cargos eram hereditários, podiam ser vendidos e comprados, sendo que seu ofício era remunerado pelo litigante individual, agindo os juízes “[...] como se administrar a justiça fosse um privilégio e não um dever”. (CAPPELLETTI, 1986, p. 11, tradução nossa). E isso era visto/sentido pela população por intermédio de um sentimento de repulsa, e essa refutação popular para com as cortes era justificada e, como tal, analisa Cappelletti, permeia a obra de Montesquieu, ainda que veladamente. Ele próprio um juiz de *Parlementes*, cargo que herdou junto com seu título de barão, do seu falecido tio. (CAPPELLETTI, 1986, tradução nossa).

Assim, conclui Cappelletti, quanto aos *Parlementes* e, principalmente, seus integrantes, que

seu status, educação e interesses pessoais, familiares e de classe combinados para motivar sua atitude extremamente conservadora, [caracterizou-se como] uma atitude que acabou contribuindo para o desencadeamento da explosão revolucionária. (CAPPELLETTI, 1985, p. 11, tradução nossa).⁷

⁷ “Their status, education, and personal, family, and class interests combined to motivate their extremely conservative attitude, an attitude which eventually contributed to the triggering of the revolutionary explosion”.

Por isso, o esforço da teoria de Montesquieu em despersonalizar a magistratura, assim como de limitar com a lei a presença do poder do Estado nas disputas particulares. (MONTESQUIEU, 1996).

Um governo de leis, ao invés de um governo de homens – em especial do homem monarca absoluto – era, nesse período, uma grande conquista burguesa, a fim de ver o poder do Estado limitado, possibilitando a defesa do indivíduo. De fato, o princípio da legalidade é essencial, até hoje, ao Estado Democrático de Direito. O que ocorre é que, à época, a crença ferrenha na habilidade do Poder Legislativo em editar normas gerais e abstratas, como obra iluminada da razão, tornava a atividade interpretativa desnecessária ou, quando fosse necessária, como nas Monarquias, Montesquieu indica a importância de uma uniformização da jurisprudência e de o legislador retomar, periodicamente, suas funções, corrigindo esse mal necessário, editando a lei. (MONTESQUIEU, 1996).

Os juízes, ao fazer a aplicação da lei, ou seja, ao “dizer” a lei nas relações particulares, mostra a face coercitiva do poder estatal muito próxima das pessoas, ou seja, “[...] no grau mais intrusivo possível precisamente enquanto poder judicial. Daí que o poder de julgar seja, no dizer de Montesquieu, ‘tão terrível entre os homens’”. (MORGADO, 2006, p. 80, grifo do autor).

A neutralização política do Poder Judiciário, em suma, funcionava como meio de fixar a imparcialidade do julgador e o caráter necessariamente apartidário de sua atuação, centralizando a produção do Direito no Poder Legislativo, reforçando, pois, a lei como fonte do Direito. Consagra-se, assim, a vedação de decisão *contra legem* e o método de subsunção, utilizado pelos juízes na aplicação da lei às controvérsias, com subtração dos julgadores, à vista disso, do jogo de

interesses concretos na formação legislativa do Direito e, por conseguinte, a

[...] atividade jurisdicional guiada superiormente pela lei e pela constituição não se vincula a nenhum direito sagrado ou natural nem exige conteúdo ético [...] o importante é que a lei seja cumprida. (FERRAZ JUNIOR, 1994b, p. 15).

A teoria da separação de poderes, então, ganhou tamanho eco entre os revolucionários franceses, que, na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, o art. 16 afirma que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. (USP, [20--]).

Nesse diapasão, a notória lei francesa n. 16, de 24 de agosto de 1790, sobre a organização judiciária, “[...] estabeleceu que nenhum controle por parte do judiciário era permitido seja de ação legislativa ou administrativa”,⁸ ou seja, os Poderes Legislativo e Executivo “[...] ficaram isentos de qualquer fiscalização por um terceiro poder, independente, apolítico ou, pelo menos, menos político”. (CAPPELLETTI, 1986, p. 15, tradução nossa).⁹

Os arts. 10 e 12, do Título II, da referida lei francesa (n. 16), desautorizavam os juízes, ainda que indiretamente, a se imiscuírem nas funções legislativas, sendo que deveriam “[...] recorrer ao órgão legislativo sempre que julga[ssem] necessário ter uma lei interpretada ou ter uma nova lei”. (CAPPELLETTI, 1986, p. 15, tradução nossa).¹⁰

⁸ “[...] established that no control whatsoever by the judiciary was allowed either of legislative or of administrative action”.

⁹ “[...] were exempt from any check by a third, independent, nonpolitical or, at least, less political branch”.

¹⁰ “[...] shall refer to the legislative body whenever they find it necessary either to have a statute interpreted or to have a new statute”.

Portanto, no fim do século XVIII, a lei é elevada à principal, se não a única fonte do Direito. Registra Gilissen, acerca disso, que as demais fontes (de Direito) pareciam eliminadas, pelo menos na opinião “[...] da maior parte dos juristas no decurso do séc. XIX, daqueles que é costume agrupar sob a designação de positivismo legalista”. (GILISSEN, 1995, p. 415).

No bojo da Revolução Francesa, cabe mencionar, a Assembleia Nacional Constituinte decidiu pela redação de um Código Civil para todo o Reino, que fosse

[...] simples, claro e apropriado à Constituição [...], de tal modo que ‘toda gente o possa compreender’; ela esperava, assim – utopia [...] – poder um dia suprimir tribunais e advogados, pois “quando cada um conhecer seu direito, já ninguém os infringirá”. (GILISSEN, 1995, p. 450).

Eis, pois, a utopia do pensamento liberal: uma lei posta, como produto da razão, por um Legislativo independente e composto pelo povo – por meio de seus representantes – o que dispensaria o trabalho interpretativo do Poder Judiciário. Até mesmo o próprio Poder Judiciário poderia terminar sendo dispensado diante dos monumentos que seriam constituídos pelos grandes códigos do século XIX.

3 A PRODUÇÃO DO DIREITO: UM POUCO DE ROUSSEAU PARA REPENSAR QUEM LEGISLA E PARA QUEM SE LEGISLA?

Seguindo a esteira de Eros Roberto Grau, jurista brasileiro, tem-se o Direito Moderno como Direito posto, produzido pelo Estado moderno pós-revolução francesa. (GRAU, 2009, p. 228). Um Direito, pois, burguês. Afinal, a produção desse Direito era incumbência de poucos, já que o Legislativo era composto por representantes extraídos do seio de

poucos aristocratas, identificados pelos pensadores liberais como provenientes do povo.

O próprio Montesquieu advertia que

[...] a grande vantagem dos representantes é serem eles capazes de discutir os negócios públicos. O Povo não é de todo adequado para isso: o que constitui um dos grandes inconvenientes da Democracia. (MONTESQUIEU, 1996, p. 171).

O grande vício das antigas Repúblicas seria, justamente, a possibilidade de o povo tomar decisões ativas, “[...] coisa de que ele é incapaz”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 171). Ao povo não é dado entrar no governo, salvo para escolher seus representantes, esse era (ou segue sendo) o entendimento. Segundo Montesquieu, todos os homens seriam capazes de, no âmago de sua comunidade de convívio, escolher quem seriam os mais hábeis para se envolver nos problemas políticos. (MONTESQUIEU, 1996, p. 171).

A implantação dos governos representativos, então, veio acompanhada da restrição de sua escolha por meio do sufrágio censitário: uma minoria aristocrática escolhida pela mesma minoria aristocrática.

Retomando Grau, trata-se de um Direito do modo de produção capitalista que tem duas peculiaridades: universalidade abstrata e igualdade (perante a lei). Na análise do jurista, a uniformização das pessoas – essencial a esse modo de produção para operar as trocas mercantis – acontece via o Direito, instituição que tem a incumbência de qualificar os sujeitos como sendo (sujeitos) de direito, portadores de personalidade jurídica. Da mesma maneira, a igualdade formal (perante a lei) e as liberdades civis são instrumentos para ocultar “[...] a

superposição, na base econômica, da relação entre as pessoas e entre as pessoas e as coisas” e, além de ato de providência contra o arbítrio do Estado, funciona como “[...] defesa do indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não proprietários”. (GRAU, 2009, p. 228).

Como correspondência à racionalidade do mercado, o Direito Moderno, continua Grau, é a expressão racional de “*previsibilidade e calculabilidade*” (GRAU, 2009, p. 229, grifo do autor). O fundamento objetivo do Direito Moderno é a lei, o que pode ser evidenciado a partir do seguinte:

Diz-se *racional* o Direito positivo porque cada decisão jurídica é a aplicação de uma proposição abstrata munida de generalidade a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais. As decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. O Direito é racional porque permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados. Nada disso era possível enquanto as decisões do príncipe e do monarca eram tomadas subjetivamente, ainda que com fundamento na equidade. (GRAU, 2009, p. 229, grifo do autor).

Nessa perspectiva, o Direito, que corresponde eminentemente à lei, está a serviço da classe burguesa, que ascende ao (Poder) Legislativo, diante das restrições de acesso, e produz um Direito racional, adequado às necessidades do modo de produção capitalista.

A previsibilidade e, conseqüentemente, a segurança do ambiente capitalista erigidas a partir da legislação, era garantida por juízes inanimados, que se restringiam a dizer o que estava na lei, em uma atividade de mera subsunção. Afinal, as leis eram suficientemente claras e precisas. Tem-se, nesse sentido, a escola da Exegese (uma das primeiras correntes de pensamento juspositivista, que floresceu na

França, no início do século XIX, com origem vinculada ao Código Civil de 1804 – ou *Código Napoleônico*, relativo à positivação de uma série de direitos civis, o que ocorreu no período napoleônico, a qual era

[...] o reflexo doutrinário (e metodológico) da imagem que os autores do Código possuíam de sua obra: um texto redigido com absoluta fidelidade à razão e ao mesmo tempo à tradição jurídica francesa que precisava ser visto como um monumento perfeito. (SALDANHA, 2009, p. 271).

O Direito, assim, era produzido por poucos e voltado ao interesse desses poucos, em resumo, ao regular funcionamento do modo de produção capitalista.

Não se está, com esses argumentos, é importante mencionar, empreendendo-se uma crítica marxista ao pensamento liberal moderno. Não é intenção pensar no Direito como mera estrutura que reflete a superestrutura econômica, ou melhor, o Direito como um instrumento de domínio de classe, “portanto[,] como instituição ou conjunto de instituições características de uma sociedade dividida em classes antagônicas”. (BOBBIO, 2006, p. 214). A proposta, aqui, é a reflexão crítica sobre o que mobilizou o pensamento liberal e quais suas consequências para a concepção do Direito e da jurisdição. E, nesse aspecto, é lançar mão de outro pensamento, contemporâneo a Montesquieu, para repensar a própria produção do Direito e analisar sua potencialidade.

Por conseguinte, não se trata de, numa perspectiva marxista, fazer a revolução e refundar o Direito, mas de olhar para o Direito, nessa herança liberal, e analisar de que forma ele pode ser mais inclusivo, a partir de uma proposta mais democrática.

Para tanto, os subsídios teóricos virão de Jean Jacques Rousseau, que pensou nas questões de liberdade e igualdade, as quais deve(ria)m ser uma realidade na sociedade, o que só seria (será) possível num Estado democrático. (D'ADDIO, 2002, p. 227, tradução nossa).

Com efeito, na análise de D'Addio:

O pensamento político de Rousseau se move a partir de um pressuposto fundamental: a contradição entre a sociedade civil e o indivíduo, entre a exigência própria da natureza do indivíduo e a vida à qual o homem é constrangido a levar em sociedade.¹¹ (D'ADDIO, 2002, p. 227, tradução nossa).

Essa contradição fica evidente num dos trechos mais citados de *O Contrato Social*, *in verbis*: “o homem nasceu livre e em toda parte se encontra sob ferros”. (ROSSEAU, 2020, local. 125).

Nessa obra, o filósofo proporrá a solução para essa conjuntura por meio de um pacto, no qual os homens poderiam refundar sua história diante do estado que se encontravam na sociedade de então, isto é, desnaturados. Esse pacto trata-se, pois, de como o homem pode se aproximar do estado natural de liberdade e igualdade reordenando sua forma de viver. Ao autor, então, é essencial

encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto (sic) senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. (ROUSSEAU, 2020, local. 288).

¹¹ “Il pensiero politico di Rousseau muove da un presupposto fondamentale: la contrapposizione fra la società civile e l'individuo, fra le esigenze proprie della natura dell'individuo e la vita quale l'uomo è costretto a vivere nella società”.

Por meio de seu livre consentimento, cada um se aliena, em seus direitos, à comunidade, tornando-se, assim, todos iguais: “Quando cada um se entrega totalmente e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse de torná-la onerosa para os outros”. (ROUSSEAU, 2020, local. 288).

Como podem ser os homens livres como no “estado de natureza”, no âmbito dessa associação? Quando os homens se associam, criam um corpo, uma coletividade, a qual, sendo formada pelos homens “[...] privados que a compõem, não tem e não pode ter interesse contrário ao deles”. (ROUSSEAU, 2020, local. 336).

O corpo moral, na teoria rousseauiana, é o soberano. Segundo Chevallier, o “[...] soberano é o povo incorporado, ditando a vontade geral, cuja expressão é a lei”. (CHEVALLIER, 1995, p. 170). Com isso, quer-se dizer que o povo, compreendido por todos aqueles que se associaram, tem papel ativo e passivo. Aquele, quando os associados estão elaborando as leis que darão a si mesmos na condição de cidadãos, e este, quando, depois de elaboradas as leis, subordinam-se a elas, como súditos. Em outros termos, o homem obedece à lei que ele mesmo se concede. A despeito de a lei impor comandos aos comportamentos, são eles impostos pelo próprio homem, que a esses comandos, então, se submeterá. Por isso, esse homem se mantém livre. Com clareza, arremata Romêo, ao tecer considerações sobre a obra de Rousseau, apontando que “súdito e cidadão são a mesma pessoa e, então, os súditos, uma vez submetidos à vontade dos cidadãos, se submetem à sua própria vontade”. (ROMÊO, 2011, p. 173).

Não há, dessarte, intermediários que fazem leis em nome do povo, como os representantes do Parlamento inglês. Com efeito: “Toda a lei que o povo, em pessoa, não ratificou é nula; não é sequer lei”. (ROSSEAU,

2020, local. 1535). Enfim, não há ninguém que possa querer pelo outro. Carole Pateman, filósofa britânica da teoria política, pensadora da democracia participativa, ao dissertar sobre a participação em Rousseau, explica que, se todos são iguais, na assembleia dos cidadãos (soberanos no seu papel ativo), a “[...] única política a ser aceita por todos é aquela em que os benefícios e encargos serão igualmente compartilhados” (PATEMAN, 1992, p. 37). Assim, não são vontades individuais ou particulares que prevalecem, mas os interesses que são inerentes à comunidade formada pelo contrato social. Retomando Pateman: “haveria uma dependência igual por parte de cada indivíduo em relação a todos os outros [...] e a participação independente constitui mecanismo pelo qual essa interação é reforçada”. (PATEMAN, 1992, p. 36).

Dessa forma, a participação de todos no processo legislativo garante a igualdade e a liberdade, sendo a ação dos cidadãos, via participação ativa, “responsável, individual, social e política” (PATEMAN, 1992, p. 38), do que se extrai uma verdadeira função educativa. Uma vez instaurado esse sistema baseado na participação de todos, ele se tornaria autossustentável, já que as qualidades necessárias aos indivíduos para que esse sistema alcance êxito são aquelas em “[...] que o próprio processo de participação desenvolve e estimula: quanto mais o cidadão participa, mais ele se torna capacitado para fazê-lo”. (PATEMAN, 1992, p. 39).

Como resultado, as decisões coletivamente tomadas ganham altos níveis de aceitação, fornecendo “[...] a sensação de que cada cidadão isolado ‘pertence’ à sua comunidade”. (PATEMAN, 1992, p. 41, grifo do autor).

Pois bem, a partir das ideias de Rousseau, como se pode pensar num Direito que leve em conta a agência dos indivíduos e a maior inclusividade possível nos processos decisórios, tanto de elaboração da lei como de aplicação desta, tanto na política pública do Poder Executivo como na jurisdição, na atividade judiciária de solução de conflitos?

Como ensina Quintana, o desafio é conciliar o pensamento liberal, interessado em estabelecer limites ao Estado em nome dos direitos e liberdades individuais, e o pensamento democrático, com amparo em Rousseau, que destaca a relevância da participação do cidadão nos negócios públicos. (QUINTANA, 2009, p. 750).

Qual Direito e qual Poder Judiciário podem refletir uma expansão democrática? Como a tomada de decisões pode incluir, na maior medida possível, aqueles que são afetados pelas decisões?

Na formulação do jurisfilósofo José Rodrigo Rodriguez, ao propor a atualização do pensamento rousseauiano, pode-se ainda perquirir: “como organizar a sociedade civil de tal forma que os homens se mantenham e se sintam tão livres quanto no estado de natureza?”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 103).

O Estado de Direito é conquista liberal de suma importância, assim como a garantia de direitos pela sua afirmação na Constituição e nas leis, além dos instrumentos de contenção do poder do Estado em relação aos indivíduos. Nesse passo, o Direito confere legitimação ao poder estatal e pauta o agir dos detentores desse poder, impondo limites, resguardando os direitos dos que se submetem a esse poder, os quais, de igual forma, submetem-se ao ordenamento. Em síntese, Rodriguez define a concepção ocidental do Estado de Direito, nos seguintes termos:

[...] [Há de se ter] a imposição de limites ao poder soberano e ao poder privado. Ninguém pode agir lícitamente sem fundamento em uma norma jurídica ou em uma norma social que autorize diretamente uma determinada conduta ou crie um espaço de autonomia dentro dos limites impostos pelo direito de determinado ente soberano. (RODRIGUEZ, 2013, local. 1174).

Todavia, é preciso pensar como a participação mais direta pode influenciar o *rule of law*, de modo que os indivíduos tenham sua agência reconhecida e que possam realmente concorrer para as decisões que lhes afetam.

É preciso, portanto, reconhecer que a lei não é uma obra completa e acabada, que ela – a despeito de sua inegável importância – não é suficiente para pôr fim ao conflito social. Defende-se, como Rodriguez, que a edição da lei não se presta a cristalizar a solução a determinada demanda social. A luta pelo direito se estende para além das ações do Parlamento, se desenvolvendo, também, “como uma luta pela melhor interpretação”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 19).

Esse fenômeno é natural e inerente a um direito que se possa chamar de democrático, não se caracterizando como um desvio de seu regular funcionamento. A lei, pois, é insuficiente para regular todos os conflitos sociais, sendo sua concretização, por meio da interpretação, um espaço de disputa que precisa ser reconhecido e pensado, não ignorado ou percebido como uma deficiência.

Se é inviável que a lei resolva, por si só, a conflitualidade, é preciso pensar na questão da participação dos agentes sociais na arena do Poder Judiciário, o qual, diante da indeterminação do Direito, não é politicamente nulo.

É preciso dar lugar à autonomia do indivíduo, de modo a conceber o direito como meio de emancipação e de como desenhar as instituições a partir (e não apesar) da fragilidade das normas. Fragilidade essa, no sentido dado por Rodriguez, de que, logo após sua edição, as disputas sociais se iniciam para fixar o melhor, ou o mais adequado, ou seu prevalente sentido. (RODRIGUEZ, 2019, p. 331).

A discussão proposta se insere em uma outra mais ampla, consubstanciada num desejo generalizado por mais democracia, em especial pela crise de representação.

Na obra *Ruptura*, o espanhol Manuel Castells disserta sobre a tensão hodierna entre governantes e governados movida por um crescente distanciamento entre estes e aqueles, sintetizada na máxima: “Não nos representam!”. Essa ruptura é profunda, segundo o autor, porque opera em um nível emocional e cognitivo, como se viu, em alguns países, nas várias mobilizações populares em desfavor do modelo de democracia liberal vigente, em que se almeja uma democracia (que fosse) real, a qual, para se concretizar, precisa(ria) ultrapassar os limites institucionais atuais, com tradução da vinculação efetiva com a população, cujas necessidades e vozes que as veiculam sejam realmente processadas e levadas em consideração. (CASTELLS, 2018).

Portanto, não se pode dizer que uma democracia é representativa, “[...] a menos que os cidadãos pensem que estão sendo representados”. (CASTELLS, 2018, p. 98).

O problema se aprofunda quando essa conjuntura se une à questão da crise de identidade, decorrente da sensação de total falta de controle das pessoas pelo que acontece em seus Estados, movidos mais pela necessidade de inserção no processo de globalização e seus influxos e menos pelas demandas de sua própria sociedade. Com isso, as pessoas

“[...] se recolhem numa identidade própria que não possa ser dissolvida pela vertigem dos fluxos globais. Refugiam-se em sua nação, em seu território, em seu deus”. (CASTELLS, 2018, p. 14).

Esse movimento de insulamento revela-se cruel para a democracia, que imprescinde dos vínculos entre as pessoas e delas para com o Estado (o qual compõem), enquanto centro de sua organização político-jurídica. Por consequência, o Direito produzido por esse Estado, em crise de legitimação, também sofre da mesma falta de amparo popular, o que, igualmente, ocorre com o Poder Judiciário.

Em outras palavras: há um ordenamento imposto pela mesma classe política que não tem eco nas mentes daqueles a quem as normas se destinam. Ainda que de maneira limitada, uma ordem normativa precisa de consenso para se sustentar e se legitimar. A título de exemplificação, quando o Direito é concretizado, nos diversos fóruns e tribunais, a sensação de total perda de controle na produção normativa se amplia, considerando que, no seu próprio caso, isto é, na experiência de tratar seu conflito, a pessoa é imersa num mundo ritual, de fórmulas técnicas e pouco acessíveis, gerenciadas por profissionais que falam uma linguagem ininteligível ao usuário.

Esse cenário torna ainda mais importante a reflexão em relação ao papel criador do Poder Judiciário e sobre como os usuários e as usuárias dos serviços judiciais participam, pois, da criação de um Direito no caso concreto, que está tão próximo de si (mas ao mesmo tempo tão distante).

4 O PODER JUDICIÁRIO NUM CONTEXTO DE CRISE DEMOCRÁTICA

A cena é da peça de William Shakespeare: *Tito Andrônico*, especificamente, a Cena I, do Ato III, em que tem lugar o julgamento dos

filhos do protagonista, Mario e Quinto, que são conduzidos amarrados para o local onde serão executados. Tito aparece a suplicar pela vida da prole. Perante os tribunos, argumenta sobre sua idade, sobre os anos de sua juventude dedicados a Roma, em perigosas guerras, sobre os outros vinte e dois filhos que perdeu em homenagem à glória de Roma. Tito suplica, às lágrimas, e termina atirando-se ao chão. Insensíveis a seus clamores, os “[...] senadores, tribunos, etc. passam por ele e saem com os prisioneiros”. (SHAKESPEARE, 2013, local. 417).

Em seguida, entra Lúcio, deparando-se com seu pai ainda em súplicas, que o alerta: “Ó nobre pai! é em vão que chorais tanto. Nenhum tribuno vos está ouvindo; não há ninguém aqui”. (SHAKESPEARE, 2013, local. 421).

A resposta de Tito pode resumir a frustração de muitos jurisdicionados, contemporaneamente, com a formatação do sistema de justiça brasileiro:

Pouco importa, rapaz. Se eles me ouvissem, não veriam minha pessoa; mas embora a vissem, de mim não se apiedaram. Mas preciso pedir-lhes, muito embora sem proveito. Por isso digo às pedras meus pesares. Se às minhas dores responder não podem, num ponto são melhores que os tribunos, por não interromperem meu relato. Quando choro, recebem minhas lágrimas, humildes, a meus pés, só parecendo que de mim se condoem. Se em solene vestuário se envolvessem, não teria Roma tribunos de tão grande preço. A pedra é mole como cera; duros como pedra são todos os tribunos. Calada é a pedra e não nos incomoda; os tribunos, com sua fala, à morte condenam qualquer um. (SHAKESPEARE, 2013, local. 421-424).

Não importa o que falam os jurisdicionados e as jurisdicionadas, pois não têm acesso aos juízes e às juízas. Suas demandas, acerca de seus conflitos, são postuladas por intermédio de profissionais com

capacidade postulatória – que os próprios titulares do conflito, na esmagadora maioria das vezes, não têm – em linguagem técnica, dentro do que a lei autoriza como passível de tutela. Não importa o que digam, então, por si só, já que não têm quem os ouça. Mas, mesmo sem serem ouvidos, insistem em buscar o Poder Judiciário, que detém o monopólio da administração da justiça, não restando (outras) alternativas, ao menos legais. Como resultado, a sensação é a mesma, guardadas as devidas proporções, da descrita por Tito: tanto faz falar a pessoa magistrada ou às pedras. Os juízes, muitas das vezes, na atividade substitutiva, mostram a face coercitiva do Estado de maneira muito próxima e, ainda assim, são inábeis a incluir as pessoas nos julgamentos. Por isso, como pondera Tito, falar às pedras é até melhor, pois não o interrompem e o silêncio das pedras não serve para condenar, ao contrário da palavra do tribuno (ou dos magistrados e das magistradas).

Esse trecho de Shakespeare é uma alegoria e funda a necessidade de pensarmos o funcionamento do Poder Judiciário, com foco em duas premissas: **i.** na possibilidade de mais democracia (e em que medida), com inclusão mais efetiva – e assertiva – dos titulares dos conflitos e suas demandas no processo decisório, de um lado e, de outro, **ii.** no controle da racionalidade das decisões, já que a “[...] decisão não pode estar fundad[a] na mera autoridade do juiz. Deve se legitimar também pelo fato de que as decisões sejam bem justificadas, de acordo com os padrões vigentes em cada realidade jurídica específica”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 50).

A busca é por mecanismos que autorizem uma maior sensibilidade da jurisdição em relação aos usuários, sem se descuidar dos primados do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, tem-se como pressuposto a crise. Esse desafio constante aos sentidos estabelecidos é fundamental para uma sociedade

que se diga democrática. Como aduz Castells, a crise é um momento revelador das falhas de um determinado sistema e, assim, termina por exercer uma mediação

[...] entre as tendências de fundo de uma sociedade, a consciência dos problemas e as práticas que emergem para modificar as tendências como prejudiciais às pessoas, embora funcionais ao sistema. (CASTELLS, 2018, p. 14).

E o momento de uma alegada crise do Poder Judiciário não demanda que se refugiem (aqueles que contestam) nas ideias do Barão de Montesquieu e que se analise a perda – se é que alguma vez realmente existiu, de fato – da neutralização política desse Poder, como um problema a ser solvido pelo amordaçamento dos juízes e das juízas, deixando-os como meros aplicadores, operadores do método de subsunção. Demanda, sim, que haja reflexão sobre o papel da separação de Poderes e, como já assentado, de formas mais democráticas na sua configuração e não de eliminação de uma realidade que se impõe.

Uma forma democrática de Direito recebe a crise como bem-vinda, uma vez que sempre deve haver meios de abertura para demandas que estão latentes na sociedade. Novamente recorrendo a Rodriguez:

[...] sempre haverá desejos e interesses que ainda não emergiram na esfera pública, que ainda não logram transformar seu sofrimento em demandas que possam ser direcionadas para as instituições formais e se transformar em direito positivo; ou que possa se organizar na forma da gramática da regulação social em espaços auto-organizados, protegidos em sua racionalidade própria pelos poderes soberanos e pela *forma direito democrático*, ou seja, pelo respeito a determinados direitos fundamentais e a um certo procedimento de produção das normas que regulam a vida social

que garanta que os interessados nas mesas tomem parte de sua criação.
(RODRIGUEZ, 2019, p. 33, grifo do autor).

Portanto, convém pensar como os usuários do sistema de justiça avaliam o serviço prestado, a partir de que continuem as reflexões acerca de uma proposta que gere maior inserção. Enfim, é mesmo o que se espera? Um (Poder) Judiciário mais poroso aos anseios de seus usuários?

O *Pew Research Center*, um gabinete estratégico localizado em Washington DC, voltado à reflexão intelectual sobre variados assuntos, entre os quais, estratégia política, assuntos militares, de cultura, de tecnologia, sobre economia, ao avaliar as democracias no mundo, inquiriu se as pessoas estão satisfeitas com o funcionamento destas em seus países. Obteve-se a percentagem de 51% concernentemente à declaração de insatisfação contra 45% dos que declararam estar satisfeitos. A pesquisa englobou 27 países, e os resultados relativos à “não soube responder” não foram computados. Ao desmembrar as perguntas em aspectos centrais de funcionamento dos regimes democráticos, uma das perguntas referiu-se ao fato de o sistema de justiça tratar a todos de forma justa¹², o que alcançou os seguintes índices: 53% responderam negativamente, ou seja, consideraram que o sistema de justiça não trata a todos de forma equânime, em face de 44% que responderam afirmativamente. (WIKE; SILVER; CASTILLO, 2019, p. 5, tradução nossa).

De acordo com os pesquisadores, de modo a entender melhor o descontentamento que muitos sentem com a democracia, foram

¹² No texto original, a pergunta foi apresentada da seguinte forma: “The court system treats everyone fairly?”.

apresentadas questões específicas sobre uma variedade de tópicos ligados às percepções econômicas, políticas, sociais e de segurança. Os resultados destacaram algumas principais áreas de frustração pública: a maioria acredita que as eleições trazem poucas mudanças, que os políticos são corruptos e fora de alcance e que os tribunais não tratam as pessoas com justiça. Por outro lado, as pessoas são mais positivas em suas avaliações sobre como seus países protegem a liberdade de expressão, fornecem oportunidades e garantem a segurança pública. (WIKE; SILVER; CASTILLO, 2019, p. 6, tradução nossa).

Digno de nota que os índices de frustração com a democracia acompanham os índices de insatisfação (ou frustração) com os sistemas de justiça, e que esses sistemas estão entre as principais fontes de frustração, ao lado do baixo impacto de mudanças via eleições e da corrupção e inacessibilidade dos políticos. (WIKE; SILVER; CASTILLO, 2019, tradução nossa).

A pesquisa parece sugerir que há uma ligação de percepção entre democracia e sistema de justiça: ambas recebem avaliações bastante próximas de insatisfação, e as eleições e os eleitos – que são instituições-chave de um processo democrático – estão no topo das frustrações conjuntamente. Se de um lado, os índices são pouco animadores para o Poder Judiciário, por outro parecem demonstrar que há uma percepção de que a justiça é central no processo democrático, razão pela qual a insatisfação com aquele reflete a insatisfação com esta, e vice-versa.

Dessarte, se é verdade que há uma relação na percepção da população global relativamente ao aumento da importância democrática do Poder Judiciário, a indicar a suplantação da ideia montesquiana de neutralização desse Poder, também deve ser verdade

que mecanismos de maior participação também são aspirados pela população, de forma a influir diretamente na construção das decisões que lhe afetam.

Especificamente no Brasil, as pessoas, depois de passarem pelo processo judicial, não têm alcançado uma percepção positiva respectiva ao Poder Judiciário. Segundo o último relatório disponível do ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça no Brasil), organizado por Luciana Gross Cunha e produzido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), referente ao primeiro semestre de 2017, há uma **“queda na avaliação da Justiça”** em comparação com as pesquisas anteriores, o que acompanha um movimento generalizado de queda de confiança nas instituições avaliadas pela população brasileira: o índice geral refletiu 4,5 pontos de um total de 10 pontos possíveis. Na composição desse índice, há dois subíndices, o de percepção e de comportamento, os quais, respectivamente, atingiram 2,8 e 8,4 pontos. Aquele procura desvendar a opinião das pessoas sobre a justiça e a maneira que ela presta o serviço público, e este, se a população recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos. (FGV, 2017, p. 6, grifo do autor). Ou seja, o subíndice de percepção, que envolve a opinião das pessoas acerca da justiça, apresentou nota bem mais baixa (2,8) que o subíndice de comportamento, relativo à procura de justiça, no Judiciário, pelas pessoas (8,4).

Segundo os responsáveis pela pesquisa, esses números revelam um padrão: “[...] apesar de avaliarem mal o Judiciário, os entrevistados têm alto grau de disposição para resolverem seus conflitos na Justiça”. (FGV, 2017, p. 7). Interessante ressaltar que os índices não sofrem variações relevantes quando isolados os critérios de idade, grupos de renda e

escolaridade, conforme apontamentos/gráficos presentes no relatório. (FGV, 2017, p. 8-10).

Nessa perspectiva, percebe-se que há evidente impacto na legitimidade do Poder Judiciário, que parece manter o status de espaço privilegiado na solução de demandas, baseando-se mais no monopólio estatal e, portanto, em seu desenho constitucional, do que em sua capacidade de prestar um serviço público que atenda de forma eficiente às demandas da população. A corroborar essa ilação, veja-se a avaliação do Judiciário a partir das diversas dimensões da justiça, conforme o relatório ICJBrasil:

A má avaliação da Justiça reflete as dimensões de honestidade, competência e independência. Em 2017, 78% dos entrevistados consideraram o Poder Judiciário nada ou pouco honesto, ou seja, a maioria da população entendeu que essa instituição tem baixa capacidade para resistir a subornos. Além disso, 73% dos respondentes consideraram que o Judiciário é nada ou pouco competente para solucionar os casos; e 66% acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente em relação à influência dos outros Poderes do Estado. (FGV, 2017, p. 17).

De se notar, ainda, que, mesmo diante desse quadro, a população acredita, assente em um índice de 75%, ou seja, em sua maioria, que a lei, concretizada por uma sentença judicial, deve ser respeitada, ainda que se discorde dela. (FGV, 2017, p. 23).

Então, cabe aqui o seguinte questionamento: se a população acredita na lei e na decisão judicial nela baseada, expondo que, ainda dela discordando, deve ser cumprida, por qual razão não há cooperação? Em outros termos, as sentenças são descumpridas e o Poder Judiciário é mal avaliado, mesmo que as pessoas acreditem ser esse o espaço adequado para resolução de conflitos e que o direito emanado no caso

concreto, ainda que em discordância com sua perspectiva subjetiva, deve ser cumprido. A tragédia de Tito Andrônico parece reverberar em pleno século XXI: mesmo sem ser ouvido, precisa suplicar aos tribunais. (SHAKESPEARE, 2013, local. 421-424).

Em pesquisa mais recente, de 2019, intitulada *Estudo da imagem do judiciário brasileiro – Sumário Executivo*, realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a equipe do Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE), tem-se que:

A fase qualitativa já havia antecipado um clima de desconfiança, indignação e vergonha dos cidadãos em relação às instituições públicas; além do medo declarado quanto ao futuro do país e de suas próprias vidas. Visto em seu conjunto, o aparato estatal lhes parece pouco confiável, seja do ponto de vista de práticas internas viciosas, não-republicanas (sic), seja com relação à autoridade e à capacidade de resposta às demandas mais elementares da cidadania. Assim, foram incluídas na Pesquisa Quantitativa perguntas capazes de mensurar esses sentimentos e percepções. (AMB/FGV, 2019, p. 19).

Na sociedade, ainda de acordo com o *Estudo*, foram apontados sentimentos negativos em relação ao Judiciário no Brasil: tristeza apresentou um índice de 13%; indignação pontuou 12%; vergonha, 11%; e medo, 6%. A avaliação quanto ao funcionamento do Poder Judiciário também é desfavorável: “[...] 54% da população consideram que funciona mal ou muito mal, contra 37% que avaliam bem ou muito bem”. (AMB/FGV, 2019, p. 19).

Erik Voeten, professor de Geopolítica e Justiça Global, em artigo sobre a opinião pública e a legitimidade das Cortes Internacionais, propõe a seguinte questão: “O que é legitimidade pública e por que ela

importa?”. (VOETEN, 2013, p. 414, tradução nossa).¹³ Responde o professor que a legitimidade, nessa concepção, é subjetiva e reside na crença que os atores sociais têm em relação à instituição – e a define: “[...] defino legitimidade pública como as crenças inseridas na esfera pública que indicam que uma corte internacional tem o direito de exercer autoridade em certo domínio”. (VOETEN, 2013, p. 414, tradução nossa).¹⁴ Ora, qualquer ordem normativa e, conseqüentemente, órgão de jurisdição dessa ordem precisa ter apoio, ainda que difuso, presente e efetivo na consciência dos atores sociais. Assim, ainda que discordem de decisões, em termos gerais, os indivíduos acreditam que essas mesmas decisões devem ser respeitadas – conforme dados explanados e explicitados. Considerando a falta de respaldo eleitoral, pensar na legitimidade pública das cortes é essencial: “As decisões de um tribunal, quando possuem a confiança das pessoas, têm, talvez, maior probabilidade de serem aceitas sem contestação do que as decisões de um tribunal que é menos confiável”. (VOETEN, 2013, p. 415, tradução nossa).¹⁵

As relações dos cidadãos com os membros do Poder Executivo e Legislativo são marcadas pelo engajamento emocional das pessoas, que podem manifestar seus pensamentos em desfavor de seus líderes por meio das eleições periódicas. No que tange ao Poder Judiciário, órgão técnico, cujos membros são alçados aos cargos eminentemente via concurso público, atuantes na aplicação do Direito em uma situação

¹³ “What is public legitimacy and why does it matter?”.

¹⁴ “I define public legitimacy as the beliefs among the mass public that an international court has the right to exercise authority in a certain domain”.

¹⁵ “The decisions of a trusted court are perhaps more likely to be accepted without a challenge than the decisions of a court that is less trusted”.

posta, tem-se uma dinâmica muito diferente no que concerne à opinião pública. De acordo com os pesquisadores australianos Kathy Mack, Sharyn Roach Anleu e Jordan Tutton, o engajamento do público com o Poder Judiciário é mais complexo porque, em algumas audiências, até há o endereçamento direto do juiz em relação ao usuário, mas a grande maioria das pessoas engajam-se com as cortes somente de maneira indireta, pela experiência de outros ou pelas mídias sociais. (MACK; ROACH ANLEU; TUTTON, 2018, p. 5, tradução nossa).

Essa diferença de avaliação, daqueles que acessam ou não o Poder Judiciário, ou seja, dos usuários e dos não usuários, foi demonstrada no *Estudo* (de 2019) sobre a imagem do Poder Judiciário. Segundo a pesquisa:

A análise do conjunto de dados referentes aos principais marcadores de imagem do Judiciário na sociedade, cotejadas as opiniões dos usuários e não usuários, evidencia a melhor avaliação entre os que tiveram experiência direta com os serviços jurisdicionais – lembrar que os entrevistados foram classificados como não-usuários (sic) quando afirmaram nunca terem acionado ou sido acionados em causas ou processos judiciais. [...]

- Para **65%** dos usuários vale à (sic) pena recorrer à Justiça, contra 56% dos não.

- **53%** dos usuários e 51% dos não usuários confiam no Judiciário[.]

- **25%** dos que utilizam/utilizaram a Justiça avaliam positivamente enquanto 19% entre os não usuários (seis pontos)[.]

- **41%** dos usuários consideram que o Judiciário funciona muito bem ou bem[.] enquanto 35% dos não usuários têm essa opinião.

- 36% dos que usam apontam o Judiciário como o Poder que melhor cumpre seu papel[,] e 32% dos que não usam [apresentam essa opinião.] (AMB/FGV, 2019, p. 38, adaptado, grifo do autor).

O mesmo *Estudo* mostra, ainda, que as pessoas compreendem que possuem pouca informação acerca do Poder Judiciário:

Prevalece alto nível de desinformação sobre o funcionamento da Justiça: apenas 5% da sociedade se considera bem informados a respeito, 50% se auto classificam (sic) como relativamente informados e 42% reconhecem que são mal informados (sic) (percentual que aumenta para 49% entre os jovens, 50% entre os que têm instrução Fundamental e 49% na faixa de renda até 2 salários mínimos). (AMB/FGV, 2019, p. 30).

Assim, é preciso rediscutir o papel da jurisdição, entendendo-a como instância de produção do Direito. E, nesse sentido, repise-se, há de se pensar numa jurisdição mais democrática, dentro de um conceito mais amplo de um direito democrático. Com efeito, o Poder Judiciário, ao definir o sentido do texto normativo no caso concreto, ainda que sem operar os mesmos raciocínios abstratos e gerais do legislador, acaba por produzir a normatividade. E o resultado dos debates hermenêuticos do século XX legou a certeza da indeterminação do Direito. Afinal, há um espaço decorrente da textura aberta da linguagem, “[...] polissêmica por natureza, suscetível a dar lugar a várias interpretações de um mesmo texto ao longo do tempo”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 187).

Logo, sendo centro de produção de normatividade, é natural que as mesmas frustrações relativas à falta de participação na edição das leis acabem incidindo no Poder Judiciário no que tange à produção da decisão. Analisar-se-á, então, mais de perto essa conjuntura, ou seja, o

Judiciário sob o aspecto jurisenético, no que se refere a pensar em uma jurisdição (mais) sensível.

5 O PODER JUDICIÁRIO E O SENTIDO DE UMA JURISDIÇÃO SENSÍVEL

Com base no que se dissertou até aqui, há o entendimento de que normas são frágeis, porque elas dependem, para sua legitimação, de certo grau de consenso do corpo social, que, em uma sociedade democrática, sempre é limitado. Portanto, um “[...] jurista democrático deve ser capaz de auxiliar na construção de um ambiente que favoreça o florescimento da democracia”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 255).

José Eduardo Faria, ao tratar de legitimidade, quando pensava sobre uma constituinte e nas condições de possibilidade para reordenação do país, bem ilustra que, de um lado, uma decisão, quando precisa ser tomada, tem de ter como pressuposto inegável sua validade, de outro, sua pretensão de validade só pode ser mantida se for hábil a ponto de resistir a um questionamento contínuo. (FARIA, 1985. p. 12). Portanto, há de se pensar em uma jurisdição que se deixe afetar pelos envolvidos, para além do formal contraditório, de modo a garantir a legitimação democrática, como se exporá.

Logo, é imprescindível fazer a gestão dessa indeterminação dos conflitos inerentes a ela, não os eliminar, como se vem insistindo na argumentação apresentada neste trabalho. Assim,

[...] é preciso criar procedimentos que permitam estabilizar certas decisões judiciais para que a sociedade disponha de regras capazes de orientar a ação dos agentes sociais [que se encontram] em conflito permanente. (RODRIGUEZ, 2019, p. 19).

É preciso, pois, estabilizar certos sentidos, ainda que limitadamente, orientando a ação dos agentes, mas, ao mesmo tempo, manter o espaço para que novas demandas floresçam.

A jurisdição, como modelo heterocompositivo – ou adjudicatório – tem uma gramática de atuação, definida pelo americano Robert M. Cover como jurispática. Para esse professor de Direito, estudioso e ativista, a interpretação dos tribunais estatais são jurispáticas na medida em que eliminam as demais possibilidades hermenêuticas. Na realidade, afirma ele, as cortes existem não pela ausência da lei, mas, justamente pelo contrário, pelo excesso delas, o que determina a escolha e a imposição hierárquica de uma delas – ou de um de seus sentidos disputados, acrescente-se – quando dos julgamentos. Como corolário, as demais possibilidades são aniquiladas. (COVER, 2016, p. 233).

O que gera essa “fecundidade” de normas – para usar um termo do autor (COVER, 2016, p. 233) – é o processo de jurisgênese. Para Cover, as pessoas, todos os indivíduos vivem em um mundo normativo, o qual ele intitula de *nomos*. Esse universo ultrapassa o que ele chama de “parafernália profissional de controle social” (COVER, 2016, p. 187), como regras e princípios, instituições jurídicas oficiais etc. O *nomos* é um verdadeiro mundo normativo, tão real como o mundo físico. Afinal, indica o professor,

[...] o papel que você ou eu escolhemos jogar no mundo social pode ser singular, mas o fato de nós podermos identificar um “roteiro” comum torna essa existência “sã” – uma comprovação cabal de que nós compartilhamos um *nomos*. (COVER, 2016, p. 195, grifo do autor).

Portanto, a jurisgênese é a criação do significado jurídico, o que “[...] ocorre sempre através de um ambiente essencialmente cultural”.

(COVER, 2016, p. 196). Dessa forma, “[...] por meio da jurisprudência, grupos ou comunidades não apenas criam regras, mas instituem novos mundos” (FLORES; RODRIGUEZ, 2017, p. 97). E a primazia do Estado na produção do Direito e seus sentidos não se deve a seu caráter qualitativamente superior, mas porque ele, o Estado, maneja o uso da violência, o que é fonte de poder na obtenção de comprometimento das pessoas. Consequentemente, a interpretação oficial do Estado é jurisprudência, repise-se, na medida em que elimina todas as interpretações concorrentes.

A força do processo jurisprudencial impulsiona a criação de vários espaços normativos que não se restringem à “parafernália” formal e estatal do Direito. Acerca disso, explica Cover:

[...] é o próprio ato de constituição de comunidades firmemente conectadas quanto aos rituais comuns e ao direito que se apresenta como jurisprudencial (*jurisgenerative*) em um processo de mitose jurídica. Isso porque o novo direito é constantemente criado através da separação setorial das comunidades. (COVER, 2016, p. 201, grifo do autor).

Outro teórico do Direito que lida com o pluralismo jurídico ao pensar em um projeto normativo, Paul Schiff Berman, adota a jurisprudência como princípio norteador do pluralismo normativo. Quando do manejo de ordens normativas diversas, indica o autor que o espaço jurisprudencial deve estar sempre aberto. Nesses termos, segue o autor, o desafio é desenvolver maneiras de buscar acomodação, mantendo pelo menos algum espaço nas articulações entre os sistemas para que a diversidade seja respeitada o máximo possível. Logo, mecanismos, instituições ou práticas bem-sucedidas serão aquelas que celebrem simultaneamente a variação local e a ordem internacional, com

reconhecimento da importância de se preservar vários espaços para contestação e um sistema interligado de reciprocidade e troca. (BERMAN, 2018, p. 164-165, tradução nossa).

Enfim, além dos *insights* que teóricos pluralistas legaram sob a ótica descritiva, o fenômeno da diversidade de normatividade pode ser abordado prescritivamente como uma forma de “[...] *deliberadamente buscar a criação ou a preservação de espaços para o conflito entre múltiplos e sobrepostos sistemas legais*”. (BERMAN, 2007, p. 1164, grifo do autor, tradução nossa).¹⁶

Mesmo que os atores não cheguem a um consenso, quanto às normas em si, que vão regular a situação conflituosa em que estão imersos, podem, ao menos, aquiescer em procedimentos que levem a sério a diversidade (ou hibridismo, como prefere Berman). E, mesmo quando não é possível uma acomodação, procedimentos de manejo da diversidade podem, pelo menos, demandar por quais motivos os tomadores de decisões se recusam a fazer deferência a certa ordem normativa, num exercício de transparência democrática. (BERMAN, 2007, p. 1165, tradução nossa).

José Rodrigo Rodriguez, em certa medida, compactua com essa posição ao indicar que: os desenhos institucionais devem ser os mais inclusivos possíveis, com esgotamento da complexidade do caso e com manutenção da jurisdição sensível ao contexto, às pessoas envolvidas. (RODRIGUEZ, 2019, p. 52). Em outras palavras, uma jurisdição que se deixe afetar.

Analisando os conceitos de jurispatia e jurisgênese, José Rodrigo Rodriguez arremata que:

¹⁶ “[...] *deliberately seek to create or preserve spaces for conflict among multiple, overlapping legal systems*”. (grifo do autor).

Essas duas tendências conflitantes sugerem que, sempre que possível, a violência deve ser contida, deixando que novos universos normativos floresçam; no entanto, não se deve esquecer que às vezes ela é necessária. O direito deve ser violento, isso é inevitável para que uma certa ordem jurídica se estabeleça. Mas deve ser o menos violento possível: o trabalho das cortes *jurispáticas* é fundamental para colocar uma ordem mínima dentro de universos normativos que, de outra forma, se desintegrariam completamente. (RODRIGUEZ, 2019, p. 377, grifo do autor).

O antropólogo Clifford Geertz, na obra *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology* também traz importantes reflexões para pensar o Direito, quando aponta a existência de um “medo dos fatos”. Há, diz o antropólogo, uma “explosão de fatos” a nossa volta, em relação aos quais o Direito reage com a “esterilização” desses mesmos fatos, simplificando-os para que seja possível lidar com eles. (GEERTZ, 2000, local. 170, tradução nossa). Explica, ainda, que a simplificação dos fatos, a sua redução às capacidades genéricas dos guardiães da lei, ou seja, dos operadores do Direito, é, por si mesmo, um processo inevitável e necessário. O exagero dessa simplificação, no entanto, torna os fatos cada vez mais rasos à medida que crescem a complexidade empírica (ou, na forma de uma distinção crítica, cresce a sensação de complexidade empírica) e o temor a esta mesma complexidade. Um fenômeno que vem preocupando seriamente vários dos grandes pensadores jurídicos e, até mais seriamente, a um número ainda maior de querelantes e de acusados que subitamente começam a perceber é que, seja lá o que for que o Direito busque, certamente não é a história real e completa. (GEERTZ, 2000, local. 172-173, tradução nossa).¹⁷

¹⁷ “The skeletonization of fact, the reduction of it to the genre capacities of the law note, is in itself, as I have already said, an unavoidable and necessary process. But it grows increasingly tenuous as empirical complexity (or, a critical distinction, the sense of empirical complexity) and the fear of such complexity

A prática judiciária brasileira é voltada ao molde dos fatos, de maneira que seja possível enquadrá-los de tal forma que possibilite: aos advogados, postulá-los em juízo; aos juízes, ouvi-los e julgá-los; e aos jurados, solucioná-los. Nada mais é que uma representação: como em qualquer comércio, ciência, culto, ou arte, o Direito, que tem um pouco de todos eles, apresenta um mundo no qual suas próprias descrições fazem sentido. (GEERTZ, 2000, p. 172-173, tradução nossa).¹⁸

Lembrando a fala do Juiz de instrução Porfíri com Raskolnikov, em Crime e Castigo:

Admito que todos esses são casos particulares, mas deve observar, meu caro Ródion, que no caso comum, o caso para o qual todas as formalidades e regras foram prescritas, para o qual foram concebidas e publicadas, simplesmente não existe; pelo fato de que cada caso, cada crime, por exemplo, tão logo ocorre torna-se um caso perfeitamente particular e às vezes totalmente diferente dos precedentes (DOSTOIÉVSKI, 1998, p. 362).

É preciso, pois, que a história toda seja levada a julgamento. E surge o seguinte questionamento: há mecanismos que permitem que os litigantes tragam e reconstruam simbolicamente seus conflitos para além da representação meramente jurídica e, consequentemente, restritiva dentro da qual esses fatos caberiam? Essa pergunta enquadra-se na expectativa de que a diversidade seja gerida e inserida nos processos judiciais, propiciando mais participação. Afinal, uma jurisdição sensível, pois, deve ser mais aberta à participação,

grows, a phenomenon that has rather seriously disquieted a number of prominent legal thinkers from, again, Judge Frank to Lon Fuller and John Noonan, as well as, and I daresay even more seriously, a far larger number of plaintiffs and defendants made suddenly aware that whatever it is that the law is after it is not the whole story".

¹⁸ "The rendering of fact so that lawyers can plead it, judges can hear it, and juries can settle it is just that, a rendering: as any other trade, science, cult, or art, law, which is a bit of all of these, propounds the world in which its descriptions make sense".

permitindo que os usuários experimentem por si mesmos a justiça e tragam suas vozes e seus mundos normativos, que devem ser considerados, restringindo-se, ao máximo, a jurispatia e privilegiando a jurisgênese. Somente assim ter-se-á uma jurisdição democrática.

6 O CONFLITO E SEU PAPEL PARA O DIREITO: O PENSAMENTO DE WARAT E O CAMINHO DA AUTONOMIA

A discussão acerca da fragilização da democracia representativa é tratada por Norberto Bobbio, que responde à pergunta sobre o que se quer, quando se pede por mais democracia, nos seguintes termos: “[...] a exigência [...] de maior democracia exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta”. (BOBBIO, 2009, p. 53).

Todavia, a participação direta de todos os cidadãos na tomada de todas as decisões a eles pertinentes parece insensata. Não é possível conceber, nas sociedades contemporâneas, o chamamento de todos os cidadãos para expressar sua opinião sobre todos os assuntos. Esse excesso participativo, de qualquer forma, não é saudável ao processo democrático: o homem, assim, se torna(ria) um cidadão total. Os interesses humanos acaba(ria)m se reduzindo à política, “[...] [à] politização integral do homem, [à] resolução do homem no cidadão, [à] completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante”. (BOBBIO, 2009, p. 55). De acordo com o autor, democracia representativa e democracia direta não são excludentes, sendo inexato problematizá-las em termos alternativos:

[...] os significados históricos de democracia representativa e democracia direta são tantos e de tal ordem que não se pode pôr os problemas em

termos de ou-ou, de escolha forçada entre duas alternativas excludentes, como se existisse apenas uma única democracia direta possível: o problema da passagem de uma a outra somente pode ser posto através de um *continuum* no qual é difícil dizer onde termina a primeira e onde começa a segunda. (BOBBIO, 2009, p. 64, grifo do autor).

Assim, num sistema de democracia integral, as duas formas são necessárias, mas não são consideradas suficientes em si mesmas. Por um lado, a democracia direta é inviável; por outro, a democracia representativa é alvo de inúmeras críticas, principalmente quanto à legitimidade da tomada de decisões, devido ao curto alcance da representação depois dos processos eleitorais.

Logo, o que tem ocorrido com a democracia não é meramente a ascensão de um novo modelo, mas “[...] a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”. (BOBBIO, 2009, p. 67). A democratização está se estendendo a novos espaços, deixando a esfera restrita das relações políticas e alcançando o homem nas suas mais diversas relações sociais.

Nessa perspectiva, para exercer um juízo do estado de democratização, num dado país, a pergunta não é mais quem vota, mas onde se vota. Numa formulação mais genérica, essa avaliação deve recair sobre a possibilidade de participação nas decisões que afetam os cidadãos e as cidadãs, nos mais diversos espaços, principalmente, nas decisões que lhes dizem respeito tão proximamente quando estão em controvérsias interpessoais e que desagüam no Poder Judiciário. O sufrágio, repise-se, já ganhou expansão possível com as recentes inclusões das mulheres e dos analfabetos, bem como com a diminuição

da idade para aquisição da capacidade eleitoral ativa, aos 16 anos, no Brasil, por exemplo. Contudo, não basta verificar o aumento do número de eleitores, mas os novos espaços nos quais os cidadãos podem exercer seu próprio poder como membros da sociedade política. Afinal, como já sustentava Locke, a entrada na comunidade não despoja as pessoas de seu poder. (LOCKE, 1994).

Há de se fazer, contudo, distinção entre democratização do Estado e democratização da sociedade:

Percebemos que uma coisa é a democratização do Estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra é a democratização da sociedade, donde ser perfeitamente possível existir um Estado democrático numa sociedade em que a maior parte das instituições – da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos – não são governadas democraticamente. (BOBBIO, 2009, p. 68).

No âmbito do Poder Judiciário, faz-se necessário pensar em como dar destaque à agência dos indivíduos, em como ativar suas conexões nas relações sociais nas quais estão inseridos para que participem na construção da melhor solução. E “melhor solução” entendida como a mais adequada aos envolvidos em determinada demanda judicial.

Ora, se a lei tem sua completude de sentido no processo de disputa, como já afirmado, sendo o Poder Judiciário *locus* de produção normativa, é essencial, como até aqui defendido, que se dê espaço às pessoas que protagonizam tais disputas. Ser é escolher, já que “ninguém é o que é sem mais nada. Uma pessoa é o que é nas relações que estabelece com outras pessoas e nas relações que estabelece com as normas que regulam a sua existência”, é o que ensina Rodriguez (2019, p. 12).

Portanto, é essencial que uma sociedade democrática permita escolhas e a acomodação dessas escolhas nas relações, fortalecendo – e não dissolvendo – os vínculos sociais. É no processo social e interativo que as pessoas podem extrair sentido às suas ações e, consequentemente, às normas que regulam suas vidas (RODRIGUEZ, 2019, p. 17). Assim, quando da crise dessas relações, é importante pensar em mecanismos para que nelas próprias se busque solução para essa crise ou reacomodação conjunta dos novos sentidos atribuídos aos atores, em decorrência de um conflito.

Ao se pensar, pois, no Poder Judiciário, é no próprio conflito, surgido a partir da crise nas relações, que pode ser encontrada a chave para tratar da autonomia dos sujeitos e de mecanismos que visem a dar acesso ao envolvimento das pessoas, à jurisprudência.

E para essas reflexões, o filósofo crítico Luis Alberto Warat pode fornecer fundamentos teóricos importantes no que se refere à concepção da participação no processo e, como Rousseau, da função educativa dessa participação, que teria o condão de reforçar a democracia.¹⁹

Ao contrário do que é amplamente difundido pelos teóricos, Warat entende que o objetivo do Direito não reside na promoção da pacificação social, tampouco na aplicação da lei, muito menos na distribuição de justiça. Cabe ao Direito “[...] lograr a humanização dos conflitos, entendendo por humanização a possibilidade de escapar às condições

¹⁹ Esses fundamentos teóricos podem ser consultados nas obras (já citadas) de Luiz Alberto Warat em: *A ciência jurídica e seus dois maridos* (1985); *Surfando na pororoca: o ofício do mediador* (2004); *A rua grita Dionísio!: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia* (2010); e em *Ecologia, psicanálise e mediação* (2018).

de alienação [...] e fugir para as condições de produção e realização existencial da autonomia”. (WARAT, 2004, p. 114).

Humanizar, assim, é possibilitar que o sujeito escape à alienação decorrente de sua inserção cultural, realizada por meio do processo de socialização que o produz e que ele, consequentemente, reproduz. É, justamente, o processo de socialização, explica Warat, que “rouba” os indivíduos, os condiciona, os persuade, os manipula de tal forma que os impede de chegar a eles próprios. (WARAT, 2004, p. 17). A cultura funciona como uma bitola, obrigando as pessoas a caminhar por caminhos já sedimentados, repetindo-os passivamente. Interessante, como um exemplo breve fornecido pelo autor, e que resume bem essa conjuntura: “Não me emociona a Gioconda, mas cuido-me em confessá-lo”. (WARAT, 2004, p. 21).). Ora, mesmo sem dar muito crédito à *Monalisa*, de Leonardo da Vinci, o sujeito não se arrisca a dizê-lo. E assim, mesmo sem entendimento do significado da obra para a civilização ocidental, para as Artes, para a História, faz questão de dizer que gosta de fotografar, de acessar o Louvre só para vê-la, tudo muito automático, sem reflexão, sem inspiração. Essa é uma forma de exemplificar como os sujeitos agem no processo de fuga deles mesmos, de sua individualidade própria, sobrevivendo “no êxito do repetível”, dissolvendo-se no rebanho, evitando, ao máximo, serem as ovelhas negras, “[...] temendo que não exista pastor para ir em [sua] procura”. (WARAT, 2004, p. 21; p. 45).

Para se alcançar a ideia de pertencimento, os sujeitos buscam fazer o que se espera, gostar do que se acredita que se deve gostar, refletir, nos seus comportamentos e em suas palavras (enunciadas e/ou a enunciar), as expectativas socioculturais; buscam encaixar-se onde essa mesma sociedade, essa mesma cultura espera que eles se encaixem. Os

indivíduos seguem o fluxo: pensando o que têm de pensar, dizendo o que “deve” ser dito, como dizer que a Gioconda é bela, ainda que não a achem bela. Com isso, evita-se entrar em contato com os desejos e com as pulsões individuais, com quem realmente se é, o que é mantido sufocado para que, justamente, possam (os indivíduos) respirar na atmosfera do pertencimento.

A resistência a esse quadro acontece “[...] quando as pessoas começarem a tomar conta de seus próprios conflitos [...] e de seus próprios desejos”. (WARAT, 2010, p. 25). Afinal, essa homogeneização inflige uma verdadeira “castração” do/no sujeito, o que é mais do que uma ausência ou uma falta. Simbolicamente, “castrar” se faz pelo excesso que leva a uma saturação, isto é, por meio de imposições de “versões singulares e lineares” que encaminham a que se esvaia todo o espaço da criatividade. Conclui, então, Warat que “[...] o que há nos castrados é o terror da aceitação desse plural, ou talvez, mais simplesmente, o puro terror frente ao plural. Daí a impossibilidade, para eles, de autonomia”. (WARAT, 1985, p. 18). A “castração”, enfim, leva a uma diluição do sujeito a partir das soluções preconcebidas que o processo de socialização “disponibiliza” para ele reproduzir, restringindo, ou até eliminando espaço para a diversidade, para o exercício da criatividade. Por essa razão, o homem “castrado” não é autônomo, não tem seu destino nas mãos.

Se “simular a unidade[,] é o segredo da dominação”, reconhecer a legitimidade do conflito na sociedade é o gérmen “de uma prática democrática”, de resgate do sujeito autônomo. (WARAT, 1985, p. 60).

Para falar desse sujeito, Warat identifica duas formas de pensar: aqueles pensamentos que são impostos aos sujeitos pela cultura – como acompanhar o senso geral e julgar bela a Gioconda – e os que fluem do

próprio ser, dos próprios desejos dos indivíduos. O caminho para a autonomia só é possível por meio dessa última forma de pensar, uma vez que a primeira caracteriza homens automáticos e não autônomos. (WARAT, 2004, p. 47).

Os conflitos – as incertezas, as indeterminações e as disputas delas decorrentes – mantêm a sociedade em constante estado de regeneração e, muitas vezes, de verdadeiro (re)nascimento, permitindo que se deflagrem as potencialidades na história, ao longo desta. (PÊPE; WARAT, 1996, p. 25).

Por conseguinte, não são os conflitos que criam dificuldades para os sujeitos, mas a forma como os sujeitos lidam com seus conflitos é que pode ser a fonte de reais dificuldades. O conflito tem um papel catalisador, desencadeador de diversas respostas que podem suscitar energias vitais, desenvolvendo o sujeito autônomo ou energias destrutivas, de negação do outro. Tais respostas podem ser agregadas em dois grupos: respostas autoprotetoras ou defensivas e respostas de aprendizagem. (WARAT, 2004, p. 90). Aquelas são desenvolvidas no curso da socialização individual, mantendo a todos protegidos de si mesmos, de seus medos, desembocando em estratégias para que os sujeitos não tenham de lidar com eles. Tais estratégias conduzem à:

- a.** rendição, como forma de cessão ao que o outro exige e com negação dos sentimentos, buscando não perder esse outro;
- b.** controle, como forma de deflagração da tentativa de moldar o outro, com cominação da raiva individual, das frustrações, deixando o outro com medo de abandono; e,

c. indiferença, como forma de desprezo ao(s) conflito(s), agindo como se ele(s) não afetasse(m) as situações, os acontecimentos, o que leva a que o outro se sinta insignificante e excluído. (WARAT, 2004, p. 91, adaptado).

A única forma, pois, de se livrar dessas estratégias “castradoras” dos sujeitos – o que inclui “castrar” o próprio “eu” e o outro –, se dá por meio do aprendizado, ou melhor, da intenção de aprendizado, o outro grupo de respostas. Nesse sentido, o conflito deve ser visto “[...] como uma oportunidade vital [...] para assumirmos responsabilidade pela nossa própria vida, para nos tornar dispostos a arriscar, para ficarmos desarmados, vulneráveis, mas[,] porém, reais [...]”. (WARAT, 2004, p. 93).

Pois bem, o sofrimento é algo que acontece e, na concepção de Warat, ser sábio é aceitar o que acontece, não importa o que seja. Nessa perspectiva, o sofrimento e a dor têm de ser um aprendizado: uma experiência a partir da qual os sujeitos são convidados a exercer a criatividade, a reflexividade via o enfrentamento de seus medos, permitindo um mergulho em sua própria sensibilidade. Warat explica que, quando há sofrimento, em geral, vem o medo, o qual funciona como uma barreira, impedindo as pessoas de entrar em contato com elas próprias, com o seu “eu”, de viver a vida, o que leva a que esses sujeitos se escondam sob esse medo e, assim, evitem a exposição de seus corpos ao mundo. (WARAT, 2004, p. 23). Esse medo, por vezes, impõe nos sujeitos uma capa de bravura, uma falsa coragem que se traduz numa estratégia verdadeiramente protetora, como alhures visto, afastando ainda mais a experiência do conflito, tornando os indivíduos reativos a ele, o que pode despertar energias destrutivas.

A importância dos sofrimentos é tamanha que eles devem ser vividos, enfrentados, devendo “[...] ficar na periferia de nosso ser, [porque] assim evitamos fazer do sofrimento uma tortura contínua de

nossas almas”. (WARAT, 2004, p. 23). Agindo dessa forma, os sujeitos podem se manter em contato com eles próprios, com o outro, com seus contextos, via o exercício da autonomia e o investimento em sua própria emancipação.

É preciso proporcionar às pessoas oportunidades de lidar não com o conflito em si, mas com os sentimentos que estão subjacentes a ele. Warat, acerca disso, descreve que é imprescindível renunciar a qualquer pretensão de interpretar o conflito, de mascará-lo nas aparências e aspirações de verdades. Afinal, afirmar fatos conduz a julgamentos de certo ou errado, atrás dos quais mantêm-se posições e “esconderijos”. Sentimentos são, simplesmente são. Portanto, são vividos, diferentemente dos pensamentos. As pessoas, diz o autor, “[...] aprendem a simular tudo” (WARAT, 2004, p. 24) e, à vista disso, para que o sofrimento seja uma experiência de aprendizado e, consequentemente, gere autonomia, as pessoas têm de ser autênticas, íntegras, pois, “[...] na máxima autenticidade da raiva ou do amor, nesses picos, as coisas podem ser compreendidas”. (WARAT, 2004, p. 24).

Cabe ao Direito e às suas estruturas, quando do conflito, pois, garantir às pessoas “[...] o direito a ter Direitos (o Direito ao Direito), o direito de decidir seus conflitos por si mesmos, de forma cidadã”. (WARAT, 2004, p. 124).

Warat apresenta uma distinção entre litígio e conflito. Aquele é a tradução, pelos operadores do Direito, do que as partes pretendem. Isso é efetuado por meio de uma linguagem técnica, rasa, que não permite o alcance efetivo dos sentimentos envolvidos. Trabalha-se, em juízo, com a afirmação de verdades, argumentando com vistas à persuasão. A argumentação, explica Warat, é guerreira, procura impor e vencer uma luta. (WARAT, 2004, p. 124). Diante do litígio, os medos levantam muros

intransponíveis, levam ao distanciamento, pois impedem o contato com o próprio indivíduo e com o outro, desperdiçando a potencialidade de emancipação e de construção da diferença. Os sujeitos da ação tornam-se contendores: deles próprios e em relação ao outro. E então, laços e vínculos são fragmentados, ocorre promoção de desagregação, havendo, com isso, comprometimento da própria democracia ao se desafiar a solidariedade.

O que ocorre, ao contrário, é uma verdadeira produção de silêncio: o lugar do segredo é mantido. Os indivíduos, dessa maneira, reservam-se por detrás de estratégias processuais, permanecendo calados. Esse segredo se revela como uma “[...] intimidade resguardada, inclusive de nós mesmos”. (WARAT, 1985, p. 22). São mecanismos que, enfim, servem para gerar um silêncio que se presta a fundar “[...] o autoritarismo e a castração”. (WARAT, 1985, p. 22).

Enquanto no litígio há a supressão da temporalidade com a interdição do tempo efetuada pelas fórmulas jurídicas afirmadas em juízo – via petição inicial e contestação – que pretende, com isso, controlar o caso concreto, o conflito se dá no tempo. E é isso, segundo Warat, que falta ao Direito: “[...] uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo”. (WARAT, 2004, p. 61).

O diferente está em cada um, naquilo que é de cada pessoa, naquilo que é natural de cada pessoa, e, “[...] em última instância, impenetrável à presença do outro como diferente”. (WARAT, 2004, p. 62). Assim sendo, sabe-se que cada indivíduo é singular, é constituído por um universo particular que se difere de todos os demais universos, dos outros, de cada outro. E, apesar de diferentes, todos, juntos, podem produzir

diferença. Para Warat, a diferença se dá quando duas pessoas – que são entre si diferentes – trabalham, no tempo, a relação das coisas que lhes são diferentes, escrevendo o novo, respeitando-se e respeitando o outro no que cada um tem de seu. É num “devir cooperativo” que as pessoas se encontram para instaurar o novo, na produção, em conjunto, da diferença. (WARAT, 2004, p. 63; WARAT, 2010, p. 35).

Em suma, por conseguinte, o conflito, diferentemente do litígio, é uma “[...] oportunidade para o oferecimento às partes da possibilidade de uma melhora na qualidade de vida, para o encontro consigo mesmo e para a melhora na satisfação dos vínculos”. (WARAT, 2004, p. 53).

A autonomia do sujeito e, conseqüentemente, sua cidadania, enquanto integrante de uma sociedade democrática, reside em sua capacidade de autodeterminação em relação aos outros e com os outros. Nesse caso, os sujeitos devem se “[...] autodetermina[r] na produção da diferença (produção do tempo com o outro)”. (WARAT, 2018, p. 22). O papel do conflito é essencial, dado que possibilita estar com o outro, reconstruindo simbolicamente a situação conflitiva e, dessarte, mediante essa situação, há a produção de diferença no tempo e a apoderação, pessoalmente, das decisões referentes ao desenvolvimento dessa (re)construção simbólica da conflitividade. Assim, há a ocorrência de um processo de escrita daquilo que é comum com o outro, num pertencimento situacional ou contextual baseado na “[...] responsabilidade que toca a cada um num conflito gerando devires reparadores e transformadores”. (WARAT, 2018, p. 19).

O autor usa outro conceito importante, o de “reserva selvagem”. Essa reserva é formada nos silêncios individuais e constitui-se por um acumulado de “[...] todos os componentes amorosos ou afetivos que ignoramos em nós mesmos”. (WARAT, 2004, p. 62). Esses fatos ignorados

referem-se aos silêncios impostos pela “castração” – silêncios estes já abordados. É na “outridade”, como Warat denomina a alteridade, que é possível a transformação dos conflitos por meio do acesso à “reserva selvagem” individual e por intermédio de o outro acessar a (“reserva”) dele, reserva que este outro também “[...] ignora emocionalmente de si mesmo”. (WARAT, 2004, p. 62). A “outridade” (ou alteridade) afeta as pessoas em conflito no nível mais profundo, em seus sentimentos e em seus desejos, sem uma preocupação de fazer justiça ou de dar voz ao direito posto: o que há é uma revalorização da humanidade do conflito do outro em desfavor “[...] do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer o direito, no litígio”. (WARAT, 2004, p. 62).

Em síntese: ser autônomo é poder tomar decisões, principalmente diante de uma situação conflitiva, autodeterminando-se e, assim, exercendo cidadania. Diz Warat: “Ser cidadão é ter voz, poder opinar e poder decidir por si mesmo”. (WARAT, 2004, p. 111). Cidadania, historicamente, sempre foi exercida no espaço público, a partir de decisões construídas com o outro, “através de vínculos”. (WARAT, 2004, p. 111). Ocorre que o Direito Moderno, elucida Warat, fez com que os indivíduos passassem a lidar com as situações de conflito perdendo de vista o outro envolvido, uma vez que as pessoas foram diluídas em abstrações: “[a] cidadania e o humanismo jurídico [...] estão convertidos em pretensões encapsuladas (sem o outro) de sujeitos presos em si mesmos”. (WARAT, 2004, p. 113).

Identificar cidadania com o cidadão remetendo aos espaços públicos, à coisa pública significa restringir *ser cidadão* a estar na ágora, sem considerar os relacionamentos, as “experiências diárias com o outro”, o que envolve comprometimento “[...] com a coisa nossa, íntima, proibida, não só a coisa pública”. (WARAT, 2004, p. 113).

O Estado, ao monopolizar a solução do conflito, resumindo-o a um litígio, com sua interdição temporal, torna o cidadão titular de uma cidadania vazia, em que ele não se envolve – nem consigo mesmo, tampouco com o outro. É um Estado que tem, então, o papel de substituir as pessoas, mantendo-as encapsuladas em seus papéis de parte e, com isso, esse Estado exerce “[...] o dever de assegurar seus direitos de liberdade, e não o direito de que tenha[m] a liberdade de decidir seus próprios conflitos. Essa última liberdade foi cedida ao Estado”. (WARAT, 2004, p. 118).

Deixar as pessoas administrar seus (próprios) conflitos significa reconhecer a autonomia. A cidadania passa a ser exercida com o outro, na medida que com ele (com esse outro) será produzida a diferença, buscando ativar os vínculos de solidariedade para melhorar a qualidade de vida. Segundo Warat: exerço “[...] a cidadania, quando experimento, com o outro, viver melhor”. (WARAT, 2004, p. 123).

Ser cidadão “[...] exige um modo muito particular e fundamental de participação: a participação a partir da autonomia”. (WARAT, 2004, p. 124). A cidadania depende, assim, da “[...] possibilidade de traçar meu próprio destino. Sem essa liberdade, não existe cidadania. Ser cidadão é recuperar a própria voz”. (WARAT, 2004, p. 125).

O tratamento do conflito com o outro é uma forma de permitir aflorar a autonomia, por meio do acesso às “reservas selvagens” e do olhar para o outro, este que acessa a própria “reserva” reconstruindo simbolicamente o conflito e processando-o, com vistas a uma melhor qualidade de vida.

Assim, os envolvidos estarão, por si mesmos, estabelecendo o universo normativo de suas relações, refletindo sobre as raízes dos

conflitos e encontrando um modo, no devir, nas suas experiências pessoais, de produzir a diferença.

O encontro, o “entre-nós” é um momento único, constituído por “[...] uma relação original, primária, irredutível, que exige, simultaneamente, que nos compreendamos e que nos comuniquemos”. (WARAT, 2004, p. 143). O encontro, em sua intimidade, é ontológico: “são seres associados que são, na medida em que se expressam, sendo no encontro”. (WARAT, 2004, p. 142).

Para Warat, então, os sujeitos são enquanto estão com o outro, num verdadeiro “estar sendo”. No encontro, “[...] devemos exigir do outro que nos deixe ser, assim como é nosso dever para com esse outro deixá-lo ser, sem querer moldá-lo”. (WARAT, 2004, p. 143). Essa perspectiva coloca o relacional no lugar do ente, eliminando “o primado da imanência do ser”. (WARAT, 2004, p. 145). Assim, a autonomia de cada indivíduo pressupõe a responsabilidade que este tem para com o outro, que ele tem com a relação com o outro, numa cumplicidade com o outro, “[...] de encontrar conjuntamente nosso ‘sur-vie’ (sobrevida, vida superior)”. (WARAT, 2004, p. 147).

A justiça, nesse enfoque, se administra, não decidindo pelas pessoas, presumindo o que a elas é devido com base em fórmulas abstratas e racionalmente postas, fora do mundo da vida, mas “[...] ajudando as pessoas a melhorar sua qualidade de vida [...] colocando-se na dor do outro [...] Ter que buscar uma microjustiça do cotidiano, (sic) é [, de tal forma,] dizer-se comprometido com as possibilidades reais e cotidianas de uma vida digna”. (WARAT, 2004, p. 147).

Diante disso, humanizar o Direito é uma forma de diminuir ao máximo a expressão de seu poder normativo, de (su)a voz jurispática, recuperando a realização autônoma e emancipatória das relações.

A justiça, nas relações, pode ser encontrada por meio da sensibilidade, não pela intelectualidade. O Estado, no papel de juiz, impõe sentidos arbitrários, quando atua numa perspectiva de persuasão, com base em abstrações. Enfim, assim sendo, não importa o conteúdo do sentido atribuído, se adequado ou não aos litigantes, se coopera ou não para o devir de um aprimoramento da qualidade de vida. A jurisdição sem sensibilidade preocupa-se, exclusivamente, com a produção e a imposição de um sentido, sem dar relevância a quais serão suas consequências, seus efeitos, seus impactos. É preciso, a partir desse entendimento, resgatar a sensibilidade e, assim, permitir que as pessoas encontrem, por si mesmas e com o(s) outro(s), os sentidos que levem à melhoria de suas vidas, num projeto de futuro, inscrevendo suas diferenças. (WARAT, 2010, p. 57-58).

Warat, acerca disso, assim conclama:

Chegou a hora de devolver à cidadania e aos Direitos Humanos suas possibilidades de humanizar nossa relação com os outros, principalmente, por intermédio de um Direito comprometido com a humanização de suas funções nos conflitos, o Direito da mediação. (WARAT, 2004, p. 114, grifo nosso).

E, para tanto, Warat defende que, no século XXI, haja um compromisso com um Poder Judiciário diferente, fortalecido pela sua redefinição “[...] por uma cultura da mediação. Um Direito comprometido com a Democracia da outridade”. (WARAT, 2004. p. 115). Um Direito assim caracterizado seria emancipatório, democrático, participativo, capaz de funcionar como um instrumento de afirmação de direitos humanos, fundamentais, capaz de funcionar como instrumento de resistência. E, nessa forma de Direito, os indivíduos

teriam consciência de que poderiam participar ativamente de (seus) conflitos, justamente por se caracterizarem como sujeitos de direito autônomos, participativos, que veem e vivem a(s) diferença(s). Os sujeitos veriam no Poder Judiciário um caminho para a liberdade, para a cidadania, precisamente pela humanização do Direito devido à questão da “outridade” (WARAT, 2004, p. 62), melhor dizendo, da alteridade.

Conclusão

Pensar a democracia, hodiernamente, é pensar em oportunidades, para além das eleições, para que cidadãos e cidadãs tenham voz. É pensar em espaços diversos – públicos e privados – em que essas vozes possam ser veiculadas e possam ressonar. A questão ganha maior relevância quando da tomada de decisões coletivas vinculantes, ou seja, em espaços de produção normativa.

Reconhecer a fragilidade das normas é, então, essencial para repensar a função do Poder Judiciário na tripartição de poderes: se os sentidos se fixam diante da concretude da solução de disputas, contextualmente, pensar numa outra gramática para esse Poder se torna imprescindível.

A jurisdição precisa encontrar mecanismos que permitam que o jurisdicionado experimente o processo de justiça, satisfazendo-se com os resultados alcançados diante da assunção de responsabilidade por parte deles, justamente por terem conseguido incluir suas narrativas no processo e, então, poder compreendê-las no contexto conflituoso com o outro.

A conclusão é de que o redesenho dos processos judiciais precisa passar pela forma de encarar, por assim dizer, a matéria-prima sobre a qual trabalha a jurisdição: os conflitos. De uma visão estrita de litígio,

que deve ser eliminado, para uma visão ampla de conflitos, que mobilizam sentimentos que precisam ser processados. Conflitos que devem ser tratados dentro de um aspecto de aprendizado, com fortalecimento dos vínculos interpessoais.

A partir dessas necessidades é que as estruturas judiciais devem ser repensadas. Logo, partindo-se dessa concepção de conflito é que a inserção da mediação no ordenamento brasileiro, por força da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010) e por meio do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), deve ser interpretada e analisada. Seria esse meio adequado a gerar maior sensibilidade à jurisdição permitindo uma participação mais ampliada e efetiva?

Esse é um tema para outras pesquisas. Para os fins desta, conclui-se que uma mudança no pressuposto da jurisdição, qual seja, do que significa o conflito e como ele deve ser tratado, é o ponto de partida fundamental para reflexão sobre a administração da justiça e o processo adjudicatório adotado pela lei e pela cultura pátrias como paradigma.

O fato conclusivo a se destacar é que pensar na necessidade de redefinições institucionais para que aqueles e aquelas em disputa judicial possam reconstruir simbolicamente seus conflitos, aprendendo democraticamente com o outro a inscrever no devir a adequada solução, é um impositivo democrático.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEEFORTH, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 1, p. 111-185.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução de Sérgio Bath. 7. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Estudo da imagem do judiciário brasileiro**. Sumário Executivo. Equipe IPESPE – Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas. LAVAREDA, Antonio (coord. técnica). Dezembro/2019. p. 1-169. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism as a normative project. **U.C. Irvine Law Review**, v. 8, Issue 2, Article 2, p. 149-182, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol8/iss2/2>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism. **Southern California Law Review**, Princeton Law and Public Affairs, Princeton University. Princeton, EUA, v. 80, Paper n. 08-001, p. 1155-1238, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=985340>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3.367-1/DF Distrito Federal**. 1. AÇÃO. Condição. Interesse processual, ou de agir. [...] Propositura antes da publicação oficial da Emenda Constitucional nº 45/2004. Publicação superveniente, antes do julgamento da causa. [...] 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. [...] Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. [...] São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004,

instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. [...] 4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. [...] Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. [...] 5. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. [...] 6. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Membro. Advogados e cidadãos. Exercício do mandato. Atividades incompatíveis com tal exercício. Proibição não constante das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. [...]. Tribunal Pleno. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Cezar Peluso, 13 de abril de 2005. p. 197-376. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95163/false>. Acesso em: 30 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "Constitutional Justice". **Catholic University Law Review**, Columbus School of Law, Washington, DC, 35 cath., n. 1, 1986. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol35/iss1/3>. Acesso em: 03 out. 2020.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Zahar, 2018.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradução de Lydia Cristina. 7. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 11 jun. 2020.

COVER, Robert M. Violência e a palavra. Tradução de Maurício Pedroso Flores. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 1-33, jul.-dez. 2019. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/artigos/c1aefcc3c79587d1892c54b95633b193.pdf>. Acesso em: 10. jun. 2020.

COVER, Robert M. *Nomos e narração*. Tradução de Luis Rosenfield. **Anamorphosis** – Revista Internacional de Direito e Literatura, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 187-268, jul.-

dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.22.187-268>. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.22.187-268>. Acesso em: 13 jun. 2020.

D'ADDIO, Mario. **Storia delle dottrine politiche**. 1. edizione, Genova: ECIG, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. Tradução de Luiz Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Ediouro; São Paulo: Publifolha, 1998.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**:

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, [São Paulo], n. 21, p. 12-21, 1994b. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 4 out. 2020.

FLORES, Maurício Pedroso; RODRIGUEZ, José Rodrigo. O *nomos* de Robert Cover na trilha do direito global. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. 37, n. 2, p. 87-114, jul.-dez. 2017.

FREIRE, Silene de Moraes; WAGNER, Adolfo; BARBOZA, Douglas Ribeiro. Montesquieu: a centralidade da moderação na política. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; LOMBARDO, Jorge (org.). **Curso de ciência política**: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 125-144.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Relatório ICJBrasil**. CUNHA, Luciana Gross (coord.). Biblioteca Digital FGV DIREITO SP. 1º Semestre/2017. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 1-32. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 jun. 2019.

GEERTZ, Clifford. **Local knowledge**: further essays in interpretive anthropology. 3rd ed. New York: Basic Books, 2000. E-Book.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

- GOUGH, John Wiedhofft. A separação de poderes e soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de (org.). **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1992.
- GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009. p. 225-229.
- JORGE, Vladimir Lombardo. John Locke: lei e propriedade. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (org.). **Curso de ciência política**: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 87-123.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MACK, Kathy; ROACH ANLEU, Sharyn; TUTTON, Jordan. The judiciary and the public: judicial perceptions. **Adelaide Law Review**, v. 39, n. 1, p. 1-35, 2018.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática; 2006. v. 1, p. 78-110.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORGADO, Miguel. O poder judicial na sociedade livre. **Rev. Katálisis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 75-84, jan.-jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802006000100008>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802006000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 set. 2020.
- OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. **Teoria política moderna**: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2010.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993.
- PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luis Alberto. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

QUINTANA, Fernando. Rosseau, Jean Jacques. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009. p. 744-751.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. *E-book*.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

ROMÊO, Christiane Itabaiana Martins. Jaean-Jacques Rousseau: da inocência natural à sociedade política. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (org.). **Curso de ciência política**: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 146-183.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O Contrato Social ou princípio do direito político**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2020. *E-book*.

SALDANHA, Nelson. Escola da Exegese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009. p. 271-272.

SHAKESPEARE, William. **Tito Andrônico**. 1. ed. [S. l.]: LL Library, 2013. *E-book*. técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994a.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Comissão de Direitos Humanos da USP. São Paulo, [20--]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 17 jun. 2020.

VOETEN, Erik. Public opinion and the legitimacy of International Courts. **Theoretical Inquiries in Law**, Tel Aviv University, Israel, v. 14, n. 2, p. 411-436, 2013. Disponível em: <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/140/117>. Acesso em 17 jun. 2020.

- WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.
- WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização de Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcelino Júnior, e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo**: a mediação no Direito. Tradução de Julieta Rodrigues. Florianópolis: EModara, 2018. p. 17-61.
- WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. MEZZAROBÀ, Orides; RI JUNIOR, Arno Dal; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Claudia Sevilha (coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- WIKE, Richard; SILVER, Laura; CASTILLO, Alexandra. **Many across the globe are dissatisfied with how democracy is working**. PEW Research Center. Global Attitudes & Trends. Washington, DC, Apr. 29, 2019. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/global/2019/04/29/many-across-the-globe-are-dissatisfied-with-how-democracy-is-working/>. Acesso em: 04 out. 2020.

6

O PROJETO VOLTA GRANDE E A CONSULTA PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS DO XINGU: POTENCIALIDADES MULTINORMATIVAS E DESCOLONIAIS ¹

Lara Santos Zangerolame Taroco ²

1 INTRODUÇÃO

A região de Volta Grande do Xingu/PA e a bacia hidrográfica do rio Xingu são locais conhecidos pelas repercussões e dissensos relacionados a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, hoje em operação nas proximidades do município de Altamira. Embora a temática pareça recente, os estudos de viabilidade para exploração econômica da região remontam o período ditatorial civil-militar (TAROCO, 2018), com a instituição do Comitê Coordenador de Estudos Energéticos da Amazônia (Eneram), em 1968, pelo Decreto nº 63.952, de 31 de dezembro. (BRASIL, 1968).

A exploração mineral também foi atividade econômica especulada para a região pelos governos da ditadura civil-militar. Em 1970, o governo federal lançou o projeto Radam – Radar da Amazônia,

¹ A primeira versão deste artigo foi publicada na Revista Direito e Práxis. TAROCO, Lara Santos Zangerolame. O protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) e o caso Belo Sun: espaços multinormativos e possibilidades descoloniais. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/59298> . DOI:10.1590/2179-8966/2021/59298.

² Professora do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins - UFT. Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (bolsista Capes/PROEX). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5532900244875374>. E-mail: lara.taroco@mail.uft.edu.br.

organizado pelo Ministério de Minas e Energia através do Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM, no contexto das ações e com recursos do Plano de Integração Nacional (PIN), instituído pelo Decreto-Lei nº 1.106, de 16 de junho de 1970. A proposta objetivou coletar dados sobre recursos minerais, solos, vegetação, uso da terra e realizar a cartografia da Amazônia e das áreas da região Nordeste.

Na época, o Centro Ecumênico de Documentação e Informação (Cedi) – que depois passou a ser Instituto Socioambiental (ISA) – fez um mapeamento de todos os pedidos de concessão de direito minerários na região. (CARNEIRO DA CUNHA, 2019). O mapa demonstrava que toda a região Amazônica já estava requerida, havendo, inclusive, sobreposições de requerimentos. Esse cenário mobilizou diversos setores da sociedade civil durante a Assembleia Nacional Constituinte.

Na Constituinte, a exploração de recursos minerais da região amazônica e em solo indígena foram intensamente debatidas pela Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, da Comissão da Ordem Social. As restrições constitucionais previstas no artigo 231, resultam desses debates. Além de prever a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e a posse das terras indígenas e a exploração dos recursos naturais do solo, esse dispositivo também registra o resultado das disputas entre mineradoras e a sociedade civil mobilizada na Assembleia Constituinte.

É nesse histórico de dissensos que se insere o caso da empresa Belo Sun, mineradora subsidiária da canadense Belo Sun Mining Corp, responsável pelo Projeto Volta Grande, que pretende explorar ouro nas proximidades do rio Xingu. A divergência em relação ao empreendimento se dá em virtude dos seus impactos sociais e ambientais. Em função disso, a licença de instalação então concedida

pela Secretaria do Estado do Pará foi suspensa pelo Tribunal Regional da 1ª Região (TRF1).

Dentre as determinações está a realização de consulta considerando protocolo específico, como o Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquicamba, da Volta Grande do Rio Xingu. Esse documento foi formatado pela comunidade indígena em 2017, devido ao processo de licenciamento do Projeto Volta Grande, conduzido pela Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Pará. Nesse mesmo ano, o protocolo foi encaminhado aos órgãos municipais, estaduais e federais. Em dezembro de 2017, o TRF1 suspendeu o licenciamento ambiental em curso, determinando a consulta prévia ao povo Juruna, de acordo com o protocolo próprio.

Além desse protocolo existem outros, inclusive anteriores, elaborados por comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais³, mas dadas as relações do protocolo Juruna com o Projeto Volta Grande e a pretensão de realizar um estudo específico, optou-se por analisar este instrumento consulta, para investigar em que medida esse protocolo abre espaços multinormativos e possibilidades descoloniais. Para tanto, este estudo adota a metodologia do estudo de caso, baseada em pesquisa bibliográfica e documental, orientada teoricamente pelas categorias da colonialidade e da multinormatividade.

³ Dentre esses cabe mencionar Protocolo de Consulta do Povo Munduruku, Protocolo de consulta do povo Krenak; Protocolo de consulta do povo Wajãpi; Protocolo de consulta do povo Waimiri Atroar (Kinja), Protocolo de consulta da comunidade quilombola de Abacatal-Aurá, Protocolo de consulta das comunidades ribeirinhas Pimental e São Francisco, Protocolo de consulta da comunidade tradicional da Ponta Oeste, Protocolo de Consulta dos Povos Indígena do Oiapoque, Protocolo de Consulta dos Povos Yanomami e Ye'kwana, Protocolo de Consulta Povos Ciganos: Etnia Calon, Protocolo de Consulta Comunidade Rolim de Moura; Protocolo Comunidades Montanha e Mangabal.

2 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL, O DEVER DE CONSULTA E A JUDICIALIZAÇÃO DO PROJETO VOLTA GRANDE

O Projeto Volta Grande, de responsabilidade da empresa Belo Sun Mineração Ltda., subsidiária da canadense Belo Sun Mining Corp, se insere em um contexto marcado por pressões econômicas e sociais de longa data. O empreendimento está localizado no município de Senador José Porfírio, limítrofe ao município de Altamira, na região da Volta Grande do Xingu/PA. O projeto representa, segundo a empresa, um investimento de R\$ 1,22 bilhão de reais e objetiva a extração de ouro, com a criação da maior mina a céu aberto do país. A produção estimada é de cinco toneladas de ouro por ano, em ao menos 12 anos de vida útil, com possibilidade de extensão dado o potencial da região. (BELO SUN MINERAÇÃO, [2021?]).

Trata-se do primeiro projeto de mineração industrial na área de Volta Grande, na bacia hidrográfica do rio Xingu. As divergências manifestadas na via judicial dizem respeito aos impactos socioambientais decorrentes da proposta. Dentre as preocupações está a natureza invasiva das transformações na região e os riscos inerentes ao processo de extração de ouro, a partir da utilização de produtos nocivos e com depósito de rejeitos, sujeitos a rompimento. (MPF, 2014). Isso em uma localidade banhada por uma das bacias hidrográficas brasileiras mais ricas em biodiversidade e habitada por ribeirinhos e comunidades indígenas, já afetada por outro empreendimento de grande porte, como a Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

O Projeto Volta Grande se situa no Trecho de Vazão Reduzida do rio Xingu, segmento compostos por canais artificiais criados justamente pela redefinição do curso desse rio, transformação que

marca o processo de implementação da UHE Belo Monte. Esse desvio e a construção da represa, como consta no licenciamento ambiental da usina, tende a deixar pelo menos 100km do rio com uma vazão extremamente reduzida. (MPF, 2014).

Dentre os impactos registrados em documentos oficiais estão: a diminuição anual do ciclo hidrológico; afetação da ictiofauna; a falta de água para a população local e para o meio ambiente. Como menciona o Estudo de Impacto Ambiental (EIA): “a Volta Grande do Xingu será a área do rio com a maior perda de habitats de toda a área afetada (...) os impactos para a fauna aquática serão mais graves nesta área do que na região do reservatório” (BRASIL, 2013).

Dentre os direitos minerários do grupo na região, constam trinta e oito títulos minerários junto a Agência Nacional de Mineração – ANM, dos quais dezoito são autorizações de pesquisa e quatro requerimentos de lavra, o que equivale a uma área de 2.356,41 hectares. (MPF, 2014). No processo de licenciamento ambiental do empreendimento, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Pará – Semas, emitiu, em 2014, a licença prévia (LP) e em 2017, a licença de instalação (LI), que foi suspensa por seguidas decisões da Justiça Federal, impulsionadas por ações civil públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal – MPF (2014).

Dentre as questões que fundamentam a referida suspensão estão irregularidades no licenciamento ambiental, que não considerou: os riscos socioambientais do empreendimento e as duas terras indígenas existentes nas cercanias, o que traz consequências tanto para fins de competência para realização do licenciamento – se federal ou estadual –, quanto para os procedimentos exigidos em termos de consulta aos povos indígenas impactados. Em que pese as diversas possibilidades de

análise desse complexo caso, é precisamente este último ponto, relacionado a consulta, que o presente estudo pretende explorar.

O empreendimento está há doze quilômetros da TI Paquiçamba; dezesseis quilômetros da TI Arara da Volta Grande; trinta e nove quilômetros da TI Trincheira Bacajá e vinte e nove quilômetros da TI Itauna/Itatá, área de restrição onde se encontram indígenas isolados. (BRASIL, 2013). Por tais circunstâncias, o órgão licenciador estadual determinou ao grupo que realizasse o Estudo de Componente Indígena, de acordo com os termos de referência disponibilizados pela Funai. A orientação do órgão licenciador estadual é que seja feita uma “análise sinérgica” com a UHE Belo Monte, licenciada pelo Ibama, incluindo o uso da água do rio Xingu e os riscos da operação minerária.

A necessidade dessa exigência foi reconhecida pelos responsáveis pelo empreendimento. Entretanto, a Semas deslocou os estudos, a avaliação da viabilidade e a consulta aos atingidos para a fase de licença de instalação, que pela Resolução 237 do CONAMA, já é o momento das ações de mitigação formatadas a partir do diagnóstico dos estudos anteriormente realizados e avaliados pelo órgão indigenista. Tais circunstâncias ensejaram a proposição, em 2017, de ação civil pública – ACP n. 0002505-70.2013.4.01.3903 –, pelo MPF, visando assegurar a regularidade do licenciamento ambiental.

A licença de instalação então concedida foi suspensa pelo TRF1, em decisão proferida no agravo de instrumento n. 0060383-85.2014.4.01.0000. (BRASIL, 2017). Após essa primeira suspensão, outras ações civis públicas foram ajuizadas considerando irregularidades no Projeto Volta Grande. Entretanto, o recorte do presente estudo para analisar a temática da consulta prévia é a mencionada decisão do TRF1, em sede de agravo de instrumento. Isso porque, ao julgar o momento

em que o Estudos de Componente Indígena deveria ser realizado, o TRF1 discutiu questões para além do procedimento de licenciamento ambiental.

Tratou de pontos essenciais para o debate democrático, que tocam diretamente a autodeterminação dos povos indígenas, o cumprimento do Brasil de tratados internacionais de direitos humanos como a Convenção n. 169, da OIT, a participação dos atingidos no processo decisório e os rumos dos projetos de desenvolvimento propostos para a região. O acórdão tomou como ponto de partida os termos do §3º, do art. 231, da Constituição, que estabelece: “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. (BRASIL, 1988).

Também destacou a Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais (BRASIL, 2019), em especial o artigo 6º, que dispõe:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições

efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Quanto ao caráter prévio, o art. 15, 2, da Convenção n. 169, que dispõe sobre a necessidade de consultar os povos interessados antes de empreender-se, ou autorizar-se, qualquer programa de prospecção, ou exploração, dos recursos existentes nas suas terras. O artigo 1º, da Convenção estabelece o caráter coletivo dos sujeitos desse tratado, quais sejam: povos indígenas e tribais ou tradicionais, em países independentes. A previsão segue com a ressalta quanto a não identificação de “povos” no sentido do direito internacional, tendo em vista que isso poderia embasar reivindicações de independência e desintegração territorial, como sustentavam alguns Estados. (SILVA, 2017).

Para o tratado, os povos indígenas são os que descendem de populações do período da colonização, ou da delimitação posterior das fronteiras estatais, que mantêm no todo ou em parte, suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Os povos tribais ou tradicionais, na forma do art. 1º, 1, a, são aqueles cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade

nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.

No que concerne ao marco normativo nacional e para fins de recepção do tratado, os sujeitos são comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais, conforme a legislação nacional, sem prejuízo de outras complementares⁴. Dentre os fundamentos jurídicos estão os artigos 216, 231 e 232 da Constituição; art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); Decreto n. 6.040/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) e o Decreto n. 6.040/2007 e n. 4.887/2003, que disciplinam a regularização fundiária de terras quilombolas e indígenas.

A partir desses fundamentos, o TRF1 considerou que a apresentação de Estudo de Componente Indígena (ECI) com base em dados secundários, não é suficiente para permitir o prosseguimento do empreendimento e restaurar os efeitos da licença de instalação então concedida. Isso porque, tais dados identificados como secundários comprovam que não houve consulta prévia e direta às comunidades indígenas, contrariando tanto a Constituição Federal, quanto a

⁴ Dois conselhos relevantes para tratar desse tema foram extintos durante o governo Bolsonaro, quais sejam: o Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT) e o Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI). A extinção se deu por meio do Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019. O CNPCT possuía ampla representação, sendo composto por indígenas, quilombolas ciganos, pescadores artesanais, dentre outros, e foi instituído pelo Decreto n.6040/2007, que estabeleceu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e implementou a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, antecessor do Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. O decreto que extingue diversos colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6121, cuja liminar de 13 de julho de 2019 suspendeu a eficácia da extinção até o exame definitivo da questão pelo Supremo Tribunal Federal até a data da redação deste artigo. (BRASIL, 2019).

Convenção n. 169, da OIT, que preconizam expressamente a necessidade de manifestação das comunidades indígenas afetadas.

A empresa Belo Sun Mineração Ltda pretendeu justificar essa ausência alegando ter tentado agendamento junto a Funai, mas não houve retorno por parte da autarquia. Esse argumento foi afastado pelos julgadores, que reforçaram a imprestabilidade do ECI e ressaltaram a necessidade de a empresa ter adotado os meios judiciais cabíveis para sanar a alegada omissão do órgão indigenista. (MPF, 2014).

O TRF1 considerou, ainda, que “a elaboração do ECI não afasta a necessidade de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas, na forma da Convenção n. 169 da OIT” (BRASIL, 2017), por se tratarem de institutos distintos. Assim, não anulou a licença prévia então concedida, mas condicionou a emissão de licença de instalação à elaboração de ECI a partir de dados primários, na forma exigida pela Funai, bem como “à consulta livre e informada dos indígenas afetados, em conformidade com o protocolo de consulta respectivo, se houver, em atenção ao que dispõe a Convenção n. 169 da OIT” (BRASIL, 2017).

Ao suspender a licença de instalação e condicionar sua emissão aos requisitos mencionados, o TRF1 avança para determinar de forma expressa a realização de consulta segundo protocolo específico. Mas, o que seriam esses protocolos de consulta utilizados para fundamentar a suspensão do referido processo de licenciamento? De que forma se relacionam com o instituto da consulta prévia e se inserem no debate jurídico contemporâneo, marcado por distas gramáticas, especialmente em relação ao direito de autodeterminação das comunidades?

Essas são questões adjacentes que este estudo pretende tratar, para então analisar em que medida o Protocolo de consulta Juruna (Yudjá) abre possibilidades multinormativas e descoloniais, voltadas para

efetivação dos direitos indígenas. Antes, porém, cabe tratar da colonialidade no contexto das duas gramáticas do direito ocidental, para em momento seguinte analisar o protocolo investigando suas relações e possibilidade multinormativas e descoloniais.

3 A COLONIALIDADE E AS DUAS GRAMÁTICA DO DIREITO OCIDENTAL

Ao tratar da gramática das regras e seus limites, José Rodrigo Rodriguez observa que o direito é usualmente estudado a partir da gramática das regras, enquanto proposições que regulam comportamentos descritos em abstratos e as respectivas consequências jurídicas que decorrem dessas previsões. Considerando esse viés, o direito também é criticado, enquanto reproduzidor de uma gramática responsável por padronizar e normatizar “comportamentos com a finalidade de promover a dominação de organismos de poder marcados por tendências burocratizantes sobre a espontaneidade das interações sociais” (RODRIGUEZ, 2019, p. 287).

A descrição em abstrato manejada pelo direito, ao criar um padrão voltado para regular conflitos, vale-se então de uma “gramática excludente de tudo o que há de irrepetível e de singular no mundo social” (RODRIGUEZ, 2019, p. 287). Com isso, representa a linguagem de um poder de feições burocráticas, instrumental, cujas intenções se voltam para “normalizar e excluir tudo que há de disfuncional, de inusitado, de novo e de revolucionário na vida social” (RODRIGUEZ, 2019, p. 287). A partir desse registro crítico em relação a gramática das regras, ao Poder Judiciário, enquanto poder institucionalizado, compete a subsunção dos casos a partir de normas abstratas, seguindo a racionalidade “tecnocrática mais preocupada com a padronização do

que com a singularidade dos indivíduos e dos acontecimentos” (RODRIGUEZ, 2019, p. 287).

Ao tratar da argumentação jurisdicional, Klaus Günther contribui para indicar o equívoco, ou pelo menos a incompletude desse diagnóstico a respeito da gramática das regras, como pontua Rodriguez. Nesses termos, “o pensamento crítico passa a permitir que se encontre uma norma específica e adequada em alto grau à situação” (GÜNTHER, 2004, p. 327), o que o autor exemplifica a partir da ética aristotélica, em especial da *phronesis* e da aplicação contextualmente vinculada. Vejamos:

Por intermédio da confrontação com novas experiências em situações de aplicação, aprendemos a reconhecer normas até então consideradas adequadas na sua inadequação-relativa, e a muda-las em vista de sinais característicos recém-descobertos ou interpretados de modo diferente. Como, certamente, nunca conseguiremos descobrir todos os sinais característicos, uma ‘lacuna’ permanecerá, mesmo quando reconhecermos, na situação, uma norma como adequada e representante de um interesse comum. (GÜNTHER, 2004, p. 73).

Essa indeterminação ou “indefinição estrutural” não precisa ser encarada, como observa Günther, como uma questão irresolúvel ou em termos dramáticos, ao passo que pode ser contornada tanto pela redução da análise quanto pela incorporação da “possibilidade de lacuna nas nossas reflexões práticas” (GÜNTHER, 2004, p. 73). As argumentações de adequação permitem lidar com esse cenário, cuja complexidade remonta a própria sociedade contemporânea, que “exige com insistência que o Direito seja considerado adequadamente, e isso *in casu*” (GÜNTHER, 2004, p. 394).

Ademais, como indica Rodriguez, “a padronização não é um ato arbitrário” (GÜNTHER, 2004, p. 287), na medida em que a produção

normativa que resulta na criação de categorias abstratas, ao menos em um cenário democrático, pode contar com a participação dos cidadãos, também se dá considerando a atuação do Poder Legislativo e no âmbito processual há envolvimento das partes, o que configura diversos espaços e oportunidades para debater e questionar o que se produz.

O grau de abertura desses procedimentos pode ser criticado, denunciando insuficiências e considerando novos desenhos institucionais voltados para permitir maior participação e penetração de interesses e de pessoas afastadas do núcleo decisório. Mas, como ressalta Rodriguez (2019), essa crítica é distinta da que reduz a gramática de regras a um processo essencial e irreversivelmente autoritário e burocrático, comprometido tão somente com uma normatização padronizante.

Considerando isso, o autor propõe pensar a partir da inovação institucional e para além do modelo estatal tradicional, isto é, além da gramática de regras. O que se tem em vista é a definição de critérios para avaliar a normatividade dos processos de surgimento de novas demandas sociais às instituições formais. Rodriguez identifica que além da gramática das regras, há que se destacar também a gramática da regulação social, a ser considerada como parte do estado de direito. (RODRIGUEZ, 2019).

Essa outra manifestação, permite considerar as normas produzidas de forma autônoma pela sociedade, as quais podem vir a ter seu caráter jurídico reconhecido. A partir disso, é possível estruturar modelos e processos mais adequados aos anseios e necessidades dos destinatários, que também atuam como instâncias criadoras. (RODRIGUEZ, 2019).

As lições de Franz Neumann contribuem para pensar a gramática da regulação social a partir do Estado de Direito, ou do *rule of law*, expressão que melhor identifica a concepção que inclui no conceito de direito também as práticas sociais, para além do aparelho estatal. (RODRIGUEZ, 2013). Em *O império do Direito*, o autor analisa as tradições jurídicas anglo-saxã e continental identificando a generalidade da lei, a não retroatividade e a posição meramente declaratória do juiz como fenômenos estruturais do sistema jurídico liberal no contexto da livre competição, em um modelo marcado pela correspondência entre sistema econômico competitivo e sistema jurídico. (NEUMANN, 2013).

Retomando as contribuições weberianas, Neumann (2013, p. 419) observa que a “a crença no Império do Direito instituído, contudo, se deve às necessidades do capitalismo competitivo por uma racionalidade formal dos processos de troca”. No entanto, em que pese essa compatibilidade, a constante afirmação do Direito que satisfaz às pretensões do sistema econômico capitalista, também representa a vulnerabilidade da classe burguesa em ascensão. Isso porque, para os fins pretendidos pelo capitalismo competitivo, esse segmento precisa também subordinar-se a lei, e tanto por isso mantém sua representação na esfera legislativa.

O direito nesta instância se apresenta de duas formas antagônicas. É ao mesmo tempo a ideologia expressada pelo Império do Direito, mas também a velada, que oculta a atuação das classes dominantes na representação parlamentar. (NEUMANN, 2013). Disso decorre a afirmação de que as mudanças sociais só podem acontecer por meio da legislação, o que dificulta que essas de fato aconteçam dada a ausência de interesse das classes dominantes e a não representação dos interessados no legislativo.

Porém, algumas situações desarticulam e/ou instauram a contradição nessa intrincada engrenagem que opera, a partir da gramática das normas, em favor do sistema econômico capitalista. A primeira diz respeito a própria possibilidade de representação parlamentar dos grupos preteridos por essa lógica, impulsionando mudanças sociais via legislação, o que ensejaria, para Neumann (2013), uma debandada das classes proprietárias em relação a crença no Império do Direito, que já não atenderia às suas pretensões.

Em segundo lugar, a defesa da generalidade da lei, da independência dos juízes e da separação de poderes têm consequências que transcendem os objetivos do capitalismo competitivo, na medida em que, colateralmente, também asseguram, ainda que somente no âmbito formal, direitos a todas as pessoas. Neumann (2013, p. 421) pondera justamente que “a generalidade da lei e a independência dos juízes dissimulam o poder de um estrato da sociedade; elas tomam o processo de troca calculável e também criam liberdade pessoal e segurança ao mais pobre”.

Apesar das particularidades dos modelos descritos por Neumann, que em certa medida os distinguem da dinâmica do direito brasileiro, marcado pelo colonialismo, essa contradição incitada pelas demandas do próprio sistema econômico pode ser exemplificada a partir do contexto brasileiro. A Constituição de 1988 é um exemplo, com seus duplos efeitos conservadores e revolucionários possibilitados:

Usando o duplo registro conservadores/efeitos revolucionários, citado, podemos dizer que a Constituição de 1988 atualizou o país com as exigências de previsibilidade do capitalismo em face da expansão global, mas também abriu espaço institucional para a emergência de incômodas – e em larga medida extemporâneas, ao menos era assim que elas soavam diante do

uníssono neoliberal de outrora – demandas redistributivas e igualitárias (das quais foi produto, diga-se de passagem) que muitas vezes assumem a forma inusitada de ação judicial ou pelo menos se apresentam como necessariamente mediadas pela forma direito. (RODRIGUEZ, 2013, p. 39).

A Constituição exemplifica com precisão como o ingresso de novos agentes no processo político por meio do reconhecimento jurídico propicia não só a garantia dos direitos pleiteados, mas catalisa mudanças e conformações institucionais para dar conta das demandas sociais, que se valem do instrumental normativo do estado de direito para fundamentar suas ações reivindicatórias. (RODRIGUEZ, 2013). O ponto fundamental desse processo cujo marco é o texto constitucional está na adoção de “práticas marcadas pela mediação do conflito social via estado de direito, contribuindo para criar a tendência de formação de um novo padrão institucional no Brasil” (RODRIGUEZ, 2013, p. 57).

O art. 232 da Constituição exemplifica essa potência, ao prever de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro a possibilidade de indígenas, suas comunidades e organizações ingressarem em juízo para defesa de seus direitos e interesses. Essa compreensão é sintetizada por Ailton Krenak (2019, p. 27), ao descrever a participação indígena na Assembleia Constituinte: “a Constituição que nós temos é um retrato da entrada, digamos, assim, do povo indígena no Brasil contemporâneo”. A entrada descrita está diretamente relacionada ao reconhecimento jurídico promovido pelo texto constitucional, que também prevê o reconhecimento dessas pessoas, de suas organizações e práticas culturais sem as pretensões assimilacionistas de outrora.

A terceira e última situação a ser mencionada está diretamente conectada com esse reconhecimento, proteção e promoção da

diversidade por parte do Estado, tal como estabelece o texto constitucional. Isso porque, a própria dinâmica da regulação social escapa às pretensões unitárias e uniformizantes, dadas as possibilidades normativas das práticas sociais não mediadas pelos órgãos estatais, ainda mais ressaltada e possível em contextos de reconhecida diversidade étnica e cultural.

Em que pese a afirmação da primazia do Estado enquanto produtor normativo, há que se destacar que desde sempre o direito ocidental reconheceu a existência de produção normativa autônoma em seu interior, mas considerando-a de forma secundária, cuja validade resta subordinada as leis estatais. (WOLKMER, 2015). Embora o pluralismo jurídico, em algumas abordagens, possa ser tratado como novidade ou ser qualificado como fenômeno atípico, o que se constata é a prevalência da coexistência, competição e até colisão de diversas autoridades geradoras de leis. (GUNTHER, 2020).

Os estudos da antropologia jurídica também evidenciaram a fragilidade da imagem de um direito centralizado e unificado, que não corresponde à realidade pluralística jurídica de longo prazo. Essa disciplina forneceu evidências que tanto nas sociedades primevas quanto naquelas situadas fora das tradições do direito comum anglo-americano ou do direito romano continental, é evidente que há e tem havido uma pluralidade de ordens e ordens normativas de um tipo diferente, por exemplo, ordens religiosas.(GUNTHER, 2020).

No caso brasileiro, essa situação de pluralidade é constatação de longa data. De modo que o estudo dos direitos dos povos indígenas remete a uma distinção de “dois planos de abrangência” (AMADO, 2015, p. 65): o Direito indígena e o Direito indigenista. Quanto a primeira modalidade, não se pode perder de vista que antes mesmo do processo

de colonização, os povos indígenas possuíam suas formas próprias de resolução de conflito, o que permaneceu e permanece, apesar da imposição de um modelo jurídico pelos colonizadores. Essas outras formas de organização e regulação social coexistem e interagem de diferentes formas com o Direito hegemônico, identificando o que se denomina de Direito indígena, ou ainda: Direitos indígenas, dada a existência de mais de 300 povos indígenas no Brasil. (IBGE, 2012).

O Direito indigenista, por sua vez, é o arcabouço normativo elaborado pelo Estado visando regulamentar as relações estabelecidas entre indígenas e a sociedade envolvente. São legislações cujos primeiros registros remetem aos atos da metrópole portuguesa sobre as terras ocupadas por indígenas, como a Carta Régia de 30 de julho de 1609. O Direito indigenista abarca os direitos territoriais indígenas, os direitos culturais e os direitos à auto-organização, exercidos de forma interdependente e indivisível, com fonte na Constituição de 1988, em tratados internacionais de direitos humanos e em legislações que preveem instrumentos jurídico-administrativos para viabilizar sua proteção e garantia.

Essas constatações só reforçam a limitação de um projeto jurídico centralista da modernidade, cuja aposta monista identifica o pluralismo normativo como um déficit a ser superado pela produção normativa unificada pelo Estado (BRAGATO, CULLETON, 2015), com feições coloniais, no caso brasileiro. As demandas e a complexidade da sociedade contemporânea só reiteram a incapacidade estatal de regulamentar as relações sociais como um todo, em especial em contextos marcados pela colonização europeia e em cenário de globalização, o que abre mais espaço para regulações sociais autônomas e enseja a multinormatividade.

Como menciona Paul Schifft Berman (2018), o desafio jurídico contemporâneo é formatar mecanismos para propiciar a interação entre os sistemas jurídicos, políticos e sociais, considerando a promoção do respeito mútuo, do diálogo e da cooperação, reconhecendo a diversidade sem exigir homogeneidade. O que é necessário, portanto, é pensar instituições, procedimentos e práticas que permitam esse diálogo e cooperação em condições de diversidade, sendo que o pluralismo jurídico em muito favorece essa pretensão, pois ao reconhecer a multiplicidade, já parte para a identificação de espaços jurídicos híbridos, nos quais múltiplos sistemas normativos ocupam o mesmo campo social.

A gramática da regulação social fornece elementos que permitem uma compreensão do direito para além da centralidade da produção normativa estatal e com isso também aponta para a possibilidade de ressignificar relações assimétricas de poder produzidas pelo discurso colonial em relação a grupos minoritários. Nos estudos pós-coloniais, o colonialismo é identificado para além da mera ocupação pautada pelo controle político-econômico territorial, mas diz respeito a uma dimensão discursiva de representação do outro que produz e limita modos de vida. (CORONIL, 2008).

A categoria da colonialidade em seus três desdobramentos - colonialidade do poder, colonialidade do saber e colonialidade do ser - combinada com a noção de descolonialidade, contribuem para uma crítica social consistente e condizente com as experiências locais marcadas pelo colonialismo.

A colonialidade é noção central para a perspectiva descolonial. a colonialidade tem dimensão discursiva, que opera a partir de uma lógica específica, orientada pelas relações coloniais de poder. O discurso

colonial é autorizado a falar, inferiorizar (por meio da estereotipação e da ambivalência) e dominar o outro que se torna então um colonizado (BRAGATO, 2016). A colonialidade também evidencia a manutenção dos conflitos e tensões tipicamente coloniais, embora o colonialismo tenha sido superado do ponto de vista formal pela independência das ex-colônias.

Essa permanência Aníbal Quijano (2005, p.227) identificou como matriz colonial de poder, definida pela “codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, uma estrutura biológica supostamente diferentes que colocou alguns em uma situação natural de inferioridade em relação aos outros”; e pela “constituição de uma nova estrutura de controle do trabalho e dos seus recursos, da escravidão, da servidão, da pequena produção mercantil” (2005, p. 227). Essas duas características definem a matriz colonial de poder que codifica e hierarquiza diferenças com o objetivo de viabilizar a dominação econômica, política e cultural na situação colonial de longa duração, essencial para constituição e manutenção do modelo capitalista.

Dito de outro modo, as diferenças sociais a serem consideradas para fins de classificação são determinadas pelas relações de poder, por quem detém o poder de manejar essas diferenças para fins de hierarquização social em consonância com o projeto colonial. Portanto, aos processos de colonização subjaz um padrão de dominação que se articula a partir da classificação social e de hierarquias direcionadas para controlar diferentes meios de existência.

Como observa Bragato, em que pesem eventuais distinções entre as investigações pós-coloniais e descoloniais, as duas vertentes compartilham a premissa de que “a condição de subordinação que afeta

determinadas identidades é produzida por meio do discurso colonial, isto é, um discurso que representa o outro como degenerado, utilizando estratégias de inferiorização, subalternização e desumanização” (BRAGATO, COLARES, 2017, p. 956).

O que está implicado nesse processo, nas palavras de Grosfoguel (2018), é o reconhecimento de que não houve um processo completo de descolonização. A primeira descolonização jurídico-política traduzida pela independência foi incompleta e é daí que emerge a demanda para uma segunda descolonização. Essa, capaz de considerar as hierarquias raciais, étnicas, sexuais, de gênero e econômicas que a primeira descolonização desatendeu. Nesta vertente, inserida nos estudos do grupo Modernidade/Colonialidade, a colonialidade é categoria central na medida em que remete, ao menos, a três aspectos.

O primeiro é o destaque para o lado obscuro da modernidade, que a colonialidade enquanto elemento constitutivo traz à luz, na medida em que não poderia haver a modernidade tal qual concebida sem os respectivos processos coloniais que igualmente a constituem – por isso adoção de Modernidade/Colonialidade. Por outro lado, em uma segunda instância, a colonialidade também se apresenta como matriz colonial de poder ou padrão de poder. E, por último, também representa formas de vida, subjetividades, cosmologias, histórias e saberes subalternizados, que também fundam a resistência de caráter descolonial (MIGNOLO, 2008). A colonialidade é, portanto, constitutiva da modernidade. Não se trata de mera derivação. Ou seja, não há modernidade sem colonialidade (MIGNOLO, 2008) desde a perspectiva dos que estão em condições de subalternização.

O colonialismo se apresenta como processo de poder exercido nas relações de dominação colonial, ao passo que a colonialidade é uma

característica proveniente deste processo, que remanesce de diferentes formas como no neocolonialismo global ou colonialismos internos. Aníbal Quijano (2008) identifica a colonialidade como um dos elementos que constituem o padrão mundial do poder capitalista, sendo fundada na imposição de uma classificação racial/étnica. Esse padrão de poder opera em distintas dimensões, afetando individual e socialmente, em termos materiais e subjetivos, forjando identidades e hierarquizando-as.

Dentre as categorias analíticas gestadas posteriormente estão a colonialidade do saber e do ser que compõe a virada proposta pelo pensamento descolonial em relação a modernidade. A noção de giro descolonial visa dar centralidade para a colonialidade como elemento constitutivo da modernidade, dando visibilidade para a descolonialidade manifestada por inúmeras estratégias e formas contestatórias dos modelos hegemônicos de poder, ser e saber. É a compreensão de que as formas modernas de poder produziram e ocultaram tecnologias responsáveis por estabelecer e justificar uma aplicação seletiva de direitos.

Como identifica Maldonado-Torres (2008), o giro descolonial também se refere ao reconhecimento da multiplicidade dessas formas de poder colonial, cujas marcas da desumanização são encontradas nos sujeitos e também no conhecimento. A colonialidade do saber tem enfoque epistêmico, privilegiando, portanto, as formas de produção de conhecimento. Quijano (1992, p. 12) indica que a repressão do domínio colonial recaiu também sobre “os modos de conhecer, de produzir conhecimento, de produzir perspectivas, imagens e sistemas de imagens, símbolos, modos de significação; sobre os recursos, padrões e

instrumentos de expressão formalizada e objetivada, intelectual ou visual”.

A colonialidade do saber se manifesta pelo arcabouço conceitual que baseia as ciências sociais desse período, que replica o imaginário colonial ao adotar binarismos como barbárie e civilização, tradição e modernidade, comunidade e sociedade, mito e ciência, pobreza e desenvolvimento, dentre outros. Sob a égide da colonialidade, essas dualidades promovem exclusões, repressões de formas de conhecer e desclassificam saberes que não se enquadram nos critérios definidos pelo próprio pensamento hegemônico colonial.

Embora se aproveite e faça uso, inclusive econômico, de suas contribuições, como no caso dos conhecimentos dos povos indígenas, a colonialidade do saber opera desclassificando tais saberes ao traçar uma linha abissal entre o que é conhecimento moderno e científico e os outros, tradicionais, indígenas, populares. Novamente, ao estabelecer esse traço divisório, não considera que todos compõe a modernidade, que é também colonialidade

Maldonado-Torres propõe a colonialidade do ser a partir da articulação das contribuições de Aníbal Quijano, Emanuel Levinas e Franz Fanon. Essa dimensão da colonialidade dá enfoque nas repercussões da colonização para a formação das subjetividades, resultado do poder colonial que classifica e cria categorias como europeus, índios e negros, as quais são naturalizadas e hierarquizadas, de modo que umas sejam essencialmente superiores às outras.

Portanto, junto com a classificação hierárquica de pessoas, subjetividades são também escalonadas e selecionadas como preferíveis e indesejáveis. E essa manifestação do poder colonial não pode ser subestimada, nem deve ser reduzida ao aspecto econômico, sob risco de

não se apreender a complexidade da dinâmica da colonialidade e suas manifestações atuais. As abordagens pós-coloniais e os estudos culturais contribuem para essa análise a partir da sistematização da noção de discurso colonial.

As teorias pós-coloniais, assim como os estudos descoloniais, como destaca Bragato (2014, p. 212), “têm dado visibilidade à dimensão colonial da modernidade e sinalizado para o caráter eurocêntrico das formas de conhecimento dominante”. O direito não deixa de ser um campo de manifestação da colonialidade, tendo sido muitas vezes instrumentalizado para atender às pretensões dessa matriz de poder e atuando para desqualificar as outras formas de regulação social proveniente das práticas de grupos não hegemônicos. Enquanto artefato cultural, o direito foi elemento fundamental “no empreendimento colonial e de seu patriarcalismo em ambos os lugares - tanto geográficos quanto representativos”, como apontam Henning e Wolkrmer (2017, p. 62).

Nesta medida, a categoria da colonialidade é interessante para pensar as duas gramáticas do direito ocidental aqui tratadas, pois o diagnóstico realizado pelos estudos descoloniais e pós-coloniais converge com uma leitura da gramática das regras, ao passo que em grande medida o direito também desempenhou um papel de padronização e controle, principalmente no que diz respeito às sociedades marcadas pelo colonialismo, como é caso do Brasil. Esse tipo de manifestação pode ser demonstrado com a instituição da tutela sobre os indígenas pelo Estado brasileiro no início do século XX.

Nesta instância, a gramática das regras foi manejada não para assegurar a afirmação do Estado de Direito, mas em um viés perverso (RODRIGUEZ, 2020), voltado para atender às demandas coloniais de

controle, classificação e subordinação, bem como a defesa da centralidade do Estado em termos de produção normativa, com exclusão ou secundarização de outras fontes. O tratamento jurídico conferido às relações entre Estado e indígenas na história do direito brasileiro dá o tom dessa apropriação colonial da gramática das regras.

O regime tutelar comprometido com os fins de integração dos indígenas atendia as finalidades econômicas de expansão territorial, exploração de mão-de-obra e de dominação cultural e aculturação forçada dos povos indígenas. (ARAÚJO, LEITÃO, 2002). A gramática das regras foi manejada para dar vazão ao ideal integracionista previsto pelo Estatuto do Índio, de 1973, cujo propósito declarado é “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL, 1973). No entanto, como visto, limitar a compreensão do direito à gramática das regras, ainda mais em sua versão perversa e colonial, é desconsiderar a gramática da regulação social e potência que dela decorre.

A dimensão prescritiva dos estudos pós-coloniais e descoloniais converge com a gramática da regulação social, ao passo que esta última propicia uma abertura para mudanças e adequações institucionais demandadas por esses estudos. Ao identificar histórias, formas de vida, saberes e subjetividades colonizados, a colonialidade também sugere respostas descoloniais, e se “por um lado, colonialidade é a face invisível da modernidade é também, por outro lado, a energia que gera a descolonialidade” (MIGNOLO, 2018, p. 17). A gramática da regulação social apresenta, portanto, possibilidades descoloniais, principalmente por se articular considerando espaços multinormativos, como se passa a analisar no item seguinte considerando o Protocolo de consulta Juruna (Yudjá).

A crítica às colonialidades e o giro descolonial são relevantes para pensar o Direito, em virtude dos regimes de verdade sobre o outro mobilizados e construídos nesse campo e atravessados pela lógica da colonialidade. As formas implícitas e explícitas em que operam a colonialidade demandam detida análise no campo jurídico, uma vez que a construção discursiva sobre o outro tem repercussões para a garantia ou negação de direitos. E tais discursos jurídicos são também qualificados pela coatividade e pelo aparato estatal, que os operacionaliza e permite sua imposição com o emprego de meios violentos e impositivos.

Ao tratar das assimetrias de poder e do acesso à justiça no Brasil, Fernanda Frizzo Bragato ([2021?]) sinaliza para as dificuldades que afetam grupos vulnerabilizados e impossibilitam o acesso a remédios jurídicos. Para além do aspecto financeiro, facilitado por institutos como a assistência judiciária gratuita, Bragato aponta três fatores de poder que desfavorecem o acesso à justiça de grupos vulnerabilizados: econômico, cultural e político. O fator econômico destaca a ausência de recursos financeiros para contratar advogados e manter os custos processuais, o que incide ainda que não existem custas judiciais.

O fator cultural diz respeito ao conhecimento de seus direitos e de informações relativas a eles, assim como adequada assistência técnica de advogados qualificados. O último fator é o político, enquanto óbice que transcende a esfera técnico-jurídica, mas que dependem dela, pois “o fato de os direitos estarem garantidos em lei não significa que sejam efetivos; quando estamos falando de sujeitos historicamente subordinados é importante que a lei os preveja, mas isso é apenas o começo” (BRAGATO, [2021?], p.110). A efetividade dos direitos demanda uma estrutura composta por políticas públicas, marcos normativos

específicos e vontade política para cumprir e criar meios para garantir a proteção desses direitos, o que passa pela atuação dos três poderes constituídos e também encontra óbices nesses espaços institucionais tradicionais.

Aproximar o pensamento descolonial do campo jurídico auxilia a identificar e trazer à evidência as razões desses obstáculos, que em última análise impedem as territorialidades indígenas no Brasil e a própria existência desses povos. Ao contribuírem para essa dimensão crítica-diagnóstica, as noções do pensamento descolonial apontam para a insuficiência de soluções dissociadas das condições dos racionalizados do Sul global, que ignoraram suas práxis sócio-histórica frente à lógica da colonialidade e assim permitem seu funcionamento inabalado no interior do sistema jurídico.

Ao evidenciar as colonialidades, esse pensamento promove também um giro descolonial, em uma dimensão crítico-propositiva, baseada em ações estratégicas contra-hegemônicas que informam propostas direcionadas a dar visibilidade as resistências e as lutas dos sujeitos racionalizados, como os povos indígenas. Esse redirecionamento consciente do *modus operandi* da colonialidade releva sua potência ao interrogar as categoriais e o sistema jurídico sobre sua paralisia, contradição e ineficiência para dar respostas adequadas a violação seletiva de direitos, o que reforça a relevância deste estudo.

4 O PROTOCOLO DE CONSULTA JURUNA (YUDJÁ): ESPAÇOS MULTINORMATIVOS E POSSIBILIDADES DESCOLONIAIS

Em um contexto como o brasileiro composto por com mais de 300 etnias, diversas comunidades quilombolas e tradicionais é necessário pensar em maneiras de consulta adaptáveis e próprias ao processo de

tomada de decisão desses grupos. (SOUZA FILHO, *et al.*, 2019). Os protocolos se inserem justamente nesse ponto e preveem os procedimentos adequados para a realização da consulta prévia, considerando as particularidades da comunidade a ser consultada, seus conhecimentos, instituições representativas, formas de organização, práticas culturais e linguagem, visando garantir a plena compreensão da proposta apresentada.

Outro fundamento legal que reforça esses documentos é a previsão do artigo 7º da Convenção 169, que prevê a autodeterminação das comunidades, ao estabelecer o direito de escolha em relação as suas prioridades no contexto do processo de desenvolvimento, o que repercute na necessidade de participação dos indígenas, quilombolas e das populações tradicionais na formulação de projetos de desenvolvimento regional ou nacional que venham a afetar suas condições de vivência considerando não só as repercussões individuais, mas também coletivas de tais projetos.

Em especial no que diz respeito às comunidades indígenas, recorte específico deste estudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou em distintos julgados a premência em considerar a peculiaridade da tradição comunitária indígena, que não centra a propriedade na figura de um indivíduo, como pretende a concepção clássica civilista privatista, mas sim a atribui ao grupo, à comunidade. Essa condição, na concepção da Corte IDH, deve de ser reconhecida e compreendida, enquanto base fundamental “de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual

do qual devem gozar plenamente” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS, 2001, p. 59).

Ao apreciar casos envolvendo a temática da consulta prévia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) densificou as previsões da Convenção n. 169, da OIT, como no caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS, 2012), no qual estabeleceu que: “se deve consultar, em conformidade com as próprias tradições do povo indígena, nas primeiras etapas do plano de desenvolvimento, ou investimento, e não unicamente quando surja a necessidade de obter a aprovação da comunidade”. Isso para que seja permitido, o aviso antecipado que permite “um tempo adequado para a discussão interna nas comunidades, e para oferecer uma adequada resposta ao Estado”.

Nestes termos, os protocolos de consulta podem ser identificados como instrumentos da autodeterminação das populações tradicionais. Essa condição é reforçada quando se verifica que no contexto brasileiro tais protocolos foram elaborados pelas próprias comunidades, trazendo diretrizes específicas a respeito dos procedimentos de consulta, em face do risco e da violação das determinações da Convenção 169, da OIT, transcendendo a generalidade e especificando com as particularidades de cada comunidade, as previsões amplas a respeito da realização de uma consulta livre, prévia e informada.

Embora o tratado internacional faça previsões sobre como deve funcionar essa participação, é importante destacar aqui que os dispositivos preveem o dever dos governos em consultar e assegurar os meios apropriados de consulta, de modo que consulta deve ser realizada com a participação dos interessados, assim como na formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento.

Portanto, o que se passa a analisar a seguir é uma iniciativa organizada, que resulta na regulação e especificação dos dispositivos mencionados, com a participação ou não de instituições estatais, em um documento próprio, resultado do exercício da autodeterminação, amparado também pelas Declarações sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 e 2016. (ONU, 2007; OEA, 2016).

O Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu foi elaborado em 2017, sendo compostos por três itens: quem somos os Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba; porque fizemos este protocolo; regras do Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá) da TI Paquiçamba e Legislação anexa ao Protocolo. (TERRA INDÍGENA PAQUIÇAMBA DA VOLTA GRANDE, 2017). O povo Juruna está situado na região do rio Xingu, entre a Volta Grande e o rio Fresco, na área sujeita aos impactos do Projeto de mineração Volta Grande, como mencionado no item 2 deste estudo. Dadas as mudanças no rio, houve uma divisão entre dois grupos, um localizado no Território Indígena do Xingu (TIX), no Mato Grosso, e outro nas proximidades da Cachoeira do Jericoá, na Volta Grande do Xingu (SARAIVA, 2008), na TI Paquiçamba, onde estão três aldeias: Paquiçamba, Maratu e Furo Seco.

Como relatam no protocolo, o povo Juruna guarda especial relação com o rio Xingu (LIMA, 2005): “vivemos e navegamos nele há gerações e gerações e dele tiramos a nossa sobrevivência (...) somos exímios navegantes e pescadores, empregando uma grande variedade de técnicas de pesca e temos um profundo conhecimento sobre o comportamento do rio Xingu” (TERRA INDÍGENA PAQUIÇAMBA DA VOLTA GRANDE, 2017). Essa ligação é também marcada por resistências para a permanência no território, cuja demarcação foi homologada em

1981 em um processo que se estendeu por mais de vinte anos. Mesmo afetado pela urbanização, invasões, garimpos e projetos de infraestrutura, como a Transamazônica e UHE Belo Monte, que intensificaram o contato com a sociedade não-indígena e dispersão, o povo Juruna seguiu em um processo de reafirmação de sua língua e práticas culturais. (SARAIVA, 2008).

Dentre as razões para a confecção do protocolo está a ausência de consulta para construção da UHE Belo Monte e para o Projeto da Mineradora Belo Sun. O documento registra a ciência do povo Juruna de seu direito de consulta e frisa a não aceitação de qualquer outro projeto que venha a inviabilizar a permanência no rio, afetando a continuidade dos meios de vida e reprodução cultural:

Decidimos fazer nosso próprio protocolo de consulta para informar ao governo a forma adequada de dialogar conosco sobre decisões que são de seu interesse, mas que afetam nossa terra e nossos direitos. (...) Novos empreendimentos pretendem se instalar perto da usina e no entorno de nossa terra sem considerar os graves impactos negativos que já se confirmam em toda a região por causa da usina. Não estamos dispostos a permitir que novamente o governo passe por cima de nossos direitos. Também não permitiremos mais empreendimentos na Volta Grande do Xingu sem nos consultar. As decisões que tratam sobre nosso presente e futuro não podem continuar sendo tomadas única e exclusivamente pelo governo. Sabemos que temos direito de ser consultados, de defender nossa terra e tradições, de lutar por condições dignas de vida e de escolher nossas prioridades de desenvolvimento. Nem o governo e nem qualquer empresa podem negar esses direitos. Por isso fizemos este protocolo e esperamos que todos o conheçam e respeitem. (TERRA INDÍGENA PAQUIÇAMBA DA VOLTA GRANDE, 2017).

As regras estabelecidas para orientar a consulta partem das previsões da Convenção n. 169, da OIT, considerando sua recepção pelo direito brasileiro e de início sua obrigatoriedade é reforçada, bem como os direitos nela previstos. A justificativa para elaboração é reiterada, considerando que: “a Convenção 169 da OIT também fala que só os povos indígenas podem decidir como o governo deve fazer as consultas. Então fizemos este documento para dizer como o governo deve consultar os Juruna (Yudjá)” (TERRA INDÍGENA PAQUIÇAMBA DA VOLTA GRANDE, 2017).

Portanto, apenas as reuniões que observarem às regras do documento serão reconhecidas como consultas. Estas são dispostas em formato de pergunta, seguida da resposta que contém as orientações do povo Juruna (Yudjá) segue o formato de texto corrido, espaçado pelos questionamentos. Aqui, para facilitar a sistematização e análise do documento cuja extensão é de 52 páginas, optou-se pela apresentação conforme quadro abaixo:

Regras do Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá) da TI Paquichamba	
Sobre o que o governo é obrigado a nos consultar?	Todas as decisões administrativas e legislativas que afetem nossa terra e nossos direitos, sejam elas tomadas pela prefeitura do município de Vitória do Xingu, do governo do Estado do Pará ou do governo federal.
Quando o governo deve nos consultar?	Antes da decisão, sendo somente possível fazer consultas a respeito de propostas ou ideias para que a consulta prévia seja útil seja para influenciar a decisão e não para legitimá-la
Como devemos ser consultados?	1) Com respeito: observando nossas regras, nossos costumes e nosso tempo (...) as datas das reuniões e encontros devem ser marcadas por nós, de acordo com nossa disponibilidade. (...) Não aceitaremos a imposição de cronogramas. Só pode haver o registro e divulgação de nossas imagens se autorizarmos. Não permitimos que sejam usadas nossas pinturas e grafismos no material do governo ou de empreendedores privados sem autorização. 2) Com transparência: para todos sabermos o que está acontecendo. Todas as reuniões devem ser registradas em atas, escritas pela Funai e, na sua ausência, pelo Ministério Público

	Federal (MPF). Também devem ser gravadas em áudio ou filmadas. Qualquer interessado pode solicitar cópias dos registros. 3) Com boa-fé e honestidade: Para confiarmos no processo de diálogo e construção de acordos. Para entendermos os impactos e riscos de qualquer projeto, exigimos que as informações sejam dadas em palavras simples e de forma clara, até que todas nossas dúvidas e questionamentos sejam respondidos. 4) Livre de pressões físicas ou morais: Não aceitaremos a presença de seguranças particulares ou forças policiais que queiram intimidar o nosso povo. Tampouco aceitamos tentativas de acordos com lideranças ou indivíduos em troca de favores ou de bens.
Quem deve participar das consultas?	1) Por parte dos Juruna: com a participação da maior quantidade de pessoas das três aldeias da Terra Indígena Paquicamba. Não pode haver consultas às aldeias separadamente e nem consultas individuais. (...) sempre devem estar presentes lideranças de todas as aldeias incluindo mulheres, homens, os mais velhos e as crianças (...) nossos professores, agentes de saúde e jovens que moram na cidade participem, assim como os representantes das associações da Terra Indígena Paquicamba e do Conselho Indígena Juruna Arara (CIJA), mas nenhum deles, individualmente considerado, pode nos representar a todos 2) Por parte do órgão do governo interessado na consulta: representantes do governo com autoridade para tomar decisões e com conhecimento técnico para responder as nossas perguntas. O governo deve evitar mudar os interlocutores no meio do processo. Empreendedores privados poderão ser convidados, se necessário, para prestar esclarecimentos. Órgãos públicos e parceiros. Especialistas independentes e assessores jurídicos. O governo deve garantir recursos para os Juruna (Yudjá) terem acesso à informação e assessoria independente para avaliar os impactos dos projetos e outras decisões de interesses do governo.
Como as reuniões devem ser realizadas?	Na Terra Indígena, na aldeia escolhida, respeitando os horários e devendo durar o tempo suficiente para garantir uma boa discussão. Todos os custos das reuniões com o governo e das reuniões internas deverão ser pagos pelo órgão público interessado na consulta. A ata da reunião deve ser elaborada e disponibilizada ao final de cada reunião para todos os participantes.
Quem pode convocar as reuniões de consulta?	As reuniões entre nós e o governo podem ser convocadas por qualquer um, nós ou o governo. A data da reunião deve ser combinada entre as partes. A convocatória deve detalhar a pauta da reunião e ser encaminhada imediatamente para todos os participantes. As reuniões internas também devem ser combinadas entre as três aldeias. A pauta divulgada e seu convite devem ser comunicados com mínimo 15 dias de antecedência.

Quais reuniões acontecerão durante o processo de consulta?	Reuniões para discutir informações (Reuniões Informativas) e reuniões para tomar decisões (Reuniões Deliberativas).
Como devem ser discutidas as informações durante a consulta?	Toda consulta deve contar com uma fase de informação ampla e esclarecedora o suficiente antes de qualquer decisão do processo. A fase informativa da consulta deve incluir o processo de elaboração de Termos de Referência de estudos de impacto ambiental, sua elaboração conjunta e avaliação de resultados. Todas as decisões adotadas no âmbito da elaboração e avaliação de estudos devem servir para fundamentar as decisões do processo de consulta. A aprovação dos termos de referência e de estudos de impacto não se confunde com a aprovação da proposta da consulta. As reuniões informativas podem se repetir quantas vezes forem necessárias. Será exigida a presença de técnicos do governo e do empreendedor para responder e encaminhar dúvidas e questionamentos. Nas reuniões informativas com o governo contaremos com assessoria do MPF, Funai e parceiros convidados por nós. Os detalhes de atividades, datas e recursos para a fase informativa devem ser definidos no Plano de Consulta.
O que é o Plano de Consulta?	O Plano de Consulta é um documento proposto por nós que contém o detalhamento de atividades, tempo e recursos necessários para discutir as informações indispensáveis ao processo de consulta. Para a elaboração do plano de consulta poderemos contar com assessoria técnica e jurídica.
Como nós tomamos decisões?	Nós conversaremos até tomarmos uma única decisão. Nas reuniões deliberativas internas buscaremos o consenso. Se o consenso não for possível, dez representantes adultos de cada aldeia, escolhidos por nós, votarão
Como se encerra o processo de consulta?	O processo pode se encerrar com um acordo, ou sem acordo entre nós e o governo. Não havendo acordo, informaremos o governo e o MPF de nossa decisão. Se chegarmos a um acordo, a consulta será concluída com uma ata de acordos de consulta que é vinculante entre as partes

As possibilidades fornecidas pela gramática da regulação social são inúmeras, dentre as quais o presente estudo destaca a multinormatividade. Ao analisar esse cenário marcado pelo fenômeno do pluralismo de normas, o que se constata é que “as diversas esferas sociais podem ser descritas como espaços multinormativos em que normas de natureza diversa, algumas delas consideradas como jurídicas por determinados agentes sociais, convivem em um mesmo espaço” (RODRIGUEZ, 2019, p. 293).

Considerando que os conceitos jurídicos devem ser instrumentos de reflexão crítica comprometida com a solução de problemas reais e não de naturalização estagnante (RODRIGUEZ, 2013), cabe pontuar que “a racionalização do direito não precisa ter forma unitária” (RODRIGUEZ, 2020, p. 252), pode se desenvolver a partir de modelos institucionais policêntricos, como sugere Rodriguez, os quais lidam e são marcados por “ordens normativas jurídicas que atuam lado a lado e assumem, cada um em seu contexto, um ponto de vista universal para lidar com seus problemas jurídicos” (RODRIGUEZ, 2020, p. 252).

Essa dinâmica se constata no Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá), que traz peculiaridades dessa organização sociocultural e estabelece disposições fundadas na autodeterminação e na regulação social, criando prazos, como o da pauta e do convite para a reunião que devem ser comunicados com mínimo 15 dias de antecedência; regras de procedimentos, considerando a distinção entre a fase informativa e deliberativa e institutos específicos como o Plano de consulta.

De fato, como observa Rodrigo Magalhães de Oliveira (2019), não há uma resposta única para como fazer um protocolo de consulta, dado que, apesar dos pontos de comum, cada comunidade tem sua organização própria e estabelece suas prioridades e procedimento de consulta. São essas circunstâncias próprias, o embasamento nas legislações internas e internacionais e as ameaças eminentes, como o Projeto Volta Grande, que embasam essas iniciativas. Não se pode deixar de destacar que o Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá) se apresenta enquanto instrumento que visa assegurar a coexistência em um contexto marcado pela questão colonial, cujas bases impositivas e não dialógicas podem ser detectadas nos projetos de desenvolvimento nacional, em especial na região do Rio Xingu.

Tanto por isso, no item “como devemos ser consultados”, a primeira diretriz é “com respeito”, para que se possa observar o que por décadas foi ignorado, ocultado e suprimido pela colonialidade, isto é, a forma própria de organização social, os costumes e o tempo dos povos desse território. A recusa em relação a imposição de cronogramas e a vedação de uso das imagens dos indígenas e das pinturas e grafismos sem prévia autorização no material do governo ou de empreendedores reforça a necessidade de estabelecer limites mínimos a um conjunto de práticas cuja a tradição histórica, pautada pelo discurso colonial, tratou de sonegar. A repercussão prática desse processo pautado pela colonialidade é a seletividade na proteção dos direitos humanos, pautada em discursos desumanizantes, os quais justificam tanto uma proteção parcial, quanto uma condição não integral de humanos para as pessoas destinatárias dos discursos discriminatórios. (BRAGATO, 2016).

O Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá) faz frente a esse “padrão de humanidade discursivamente construído” (BRAGATO, 2016, p. 1907) ao se pautar tanto pela Constituição de 1988, como pela Convenção n. 169, da OIT, e Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, da ONU, de 2009, apresentadas em anexo no documento. Ressaltam justamente seu direito à autodeterminação enquanto povo, que manifesta não estar disposto a “permitir que novamente o governo passe por cima de nossos direitos. Também não permitiremos mais empreendimentos na Volta Grande do Xingu sem nos consultar”. Isso porque, as decisões que:

tratam sobre nosso presente e futuro não podem continuar sendo tomadas única e exclusivamente pelo governo. Sabemos que temos direito de ser consultados, de defender nossa terra e tradições, de lutar por condições dignas de vida e de escolher nossas prioridades de desenvolvimento. Nem o

governo e nem qualquer empresa podem negar esses direitos. Por isso fizemos este protocolo e esperamos que todos o conheçam e respeitem. (TERRA INDÍGENA PAQUIÇAMBA DA VOLTA GRANDE, 2017).

É justamente nessa vertente concernida com a convivialidade, manifestada pela constante reivindicação por respeito e vinculação às legislações nacionais e internacionais, que a multinormatividade entra em diálogo com a proposta descolonial, em uma dimensão prescritiva que aponta para a premência de ressignificar relações assimétricas de poder produzidas pelo discurso colonial. Do ponto de vista jurídico, a representação do outro e de suas práticas a partir da lógica da colonialidade reproduz uma desqualificação de seus modos de vida e suas formas de organização, caracterizando-as como primitivas e insuficientes, ao partir de uma visão do direito como uma racionalidade unitária e não dialógica.

Nesse cenário, o pluralismo jurídico também aponta para o “não reconhecimento e a destruição pelo Estado de direitos não estatais que compõem formas de vida que devem ter direito a existir e se manifestar em sua particularidade” (RODRIGUEZ, 2020, p. 252). A gramática da regulação social apresenta possibilidades descoloniais justamente por apontar outros *locus* de produção normativa para além do estado, como o Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá), reconhecendo a produção autônoma que se dá de acordo com as demandas sociais, como ocorreu na decisão do TRF a respeito da consulta prévia.

Essa decisão, ao apontar o elemento específico proveniente do caso concreto, promoveu um exercício de adequação, o que se deu sem ignorar as especificidades em nome de padrões abstratos e rígidos, que poderiam afastar o caráter vinculante do Protocolo Juruna. Ao contrário, dada a situação de aplicação, partindo das previsões

constitucionais e a Convenção n.169 da OIT, mas indo também além, e de forma inédita, a decisão reconheceu juridicamente o protocolo de consulta formulado pela comunidade afetada, em uma aplicação contextualmente vinculada, tal como trata Günther (2004), suspendendo a licença de instalação.

É precisamente essa última observação que abre possibilidades para o diálogo aqui pretendido, inserindo os debates descoloniais em confluência com a proposta da gramática da regulação social, que parte de certos pressupostos que ensejam um repensar das estruturas e instituições jurídicas. Isso porque, o Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) passou a ser uma das normas a ser observada para que se pudesse dar prosseguimento ao empreendimento, o que aponta não só para contexto multinormativo, mas também ressalta que o direito alberga em sua própria estrutura resistências e manifestações descoloniais.

Considerações Finais

Ao tratar do licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande, no rio Xingu, em decisão unânime o TRF1 reconheceu a necessidade de se observar o que dispõe a Convenção n.169, da OIT, ressaltando os artigos 6º, 7º e 15, que em linhas gerais preveem o dever de consulta dos governos em relação aos povos, mediante processos apropriados, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; o direito dos povos interessados em escolher suas próprias prioridades em relação ao processo de desenvolvimento e o direito aos recursos naturais existentes em suas terras.

Na decisão, como analisado neste estudo, o colegiado determinou a realização de consulta por meio de protocolo específico, como o

Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá), formulado pela própria comunidade afetada. A partir desse caso, o presente estudo pretendeu analisar em que medida o reconhecimento jurídico do referido protocolo de consulta abre possibilidades multinormativos e descoloniais. A seleção deste caso e do referido protocolo se justificou ao passo que a suspensão do licenciamento ambiental do empreendimento dada a necessidade de consulta permite dimensionar a relevância jurídica, social e política da referida discussão, cujas repercussões práticas podem ser aferidas a partir das proporções desse empreendimento, dadas as consequências para a biodiversidade e para os habitantes da região.

Considerando as duas gramáticas do direito ocidental e suas relações com a colonialidade, enquanto matriz de poder que ainda opera com base em estratégias de classificação social, discursos desumanizantes e estratégias uniformizantes e de subalternização, pretendeu-se ressaltar a gramática da regulação social e as possibilidades descoloniais existentes no interior do próprio discurso hegemônico sustentado na gramática das regras. Embora a generalidade da lei, a não retroatividade e a posição meramente declaratória do juiz possam ser compreendidas como fenômenos estruturais do sistema jurídico liberal no contexto da livre competição, em um modelo marcado pela correspondência entre sistema econômico competitivo e sistema jurídico, há algo mais.

Algumas situações desarticulam e/ou instauram a contradição nessa intrincada engrenagem que opera, a partir da gramática das normas, em favor do sistema econômico capitalista ou de empreendimentos de grande monta. Os espaços para reivindicação abertos no interior do próprio direito, a partir da Constituição e da

Convenção n. 169, da OIT, por exemplo, somados às resistências, permitem ressignificar o Estado de Direito, para compreendê-lo considerando também as aberturas institucionais, que podem propiciar mudanças sociais, principalmente quando fundado em um texto como o da Constituição de 1988, cuja elaboração se deu em um intenso, contraditório e participativo processo político.

O paradigma constitucional de 1988 se fixa em um reconhecimento jurídico da diversidade, materializado pela garantia, proteção, incentivo e valorização por parte do Estado da diversidade étnica e das manifestações culturais, como prevê seção específica dedicada a cultural – art. 215 e ss. A Convenção n. 169, da OIT, ratificada pelo Brasil, segue por caminhos diferentes essa mesma proposta, mas fundada na autodeterminação e no direito de consulta das comunidades indígenas e tradicionais.

Esses instrumentos normativos que seguem a gramáticas das normas abrem espaços de reivindicação e reconhecimento de demandas como a das comunidades afetadas pelo Projeto Volta Grande. Portanto, limitar a compreensão do direito à gramática das regras, ainda mais em sua versão perversa e colonial, é desconsiderar a gramática da regulação social e potência que dela decorre. A gramática da regulação social apresenta, portanto, possibilidades descoloniais, principalmente por se articular considerando espaços multinormativos.

Embora o reconhecimento jurídico que acarretou na suspensão da licença de instalação do empreendimento tenha sido um passo a ser destacado, não se pretende reduzir aqui o campo de ação política dos Juruna (Yudjá) ao Poder Judiciário. O que se objetivou assinalar foi como as ameaças passadas e eminentes resultaram na formulação de um documento específico, que articula autodeterminação e resistência,

visando pela gramática da regulação social, fazer frente a lógica da colonialidade materializada pelos empreendimentos de alto impacto ambiental e socioeconômico. Essas reflexões orientam e fundamentam as análises deste estudo, fornecendo uma importante abertura para pensar a multinormatividade enquanto possibilidade descolonial, a partir do Protocolo de consulta do povo Juruna (Yudjá) e da decisão do TRF1 no caso do Projeto Volta Grande.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sergio. Direitos indígenas: avanços e impasses pós-1988. SOUZA LIMA, Antonio Carlos de, e BARROSO-HOFFMANN, Maria (orgs.). **Além da tutela**: bases para uma nova política indigenista. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.
- BELO SUN MINERAÇÃO. **Projeto Volta Grande**. [S. l., 2021?]. Disponível em: <http://www.blogprojetovoltagrande.com.br/index/sobre>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1998.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; CULLETON, Alfredo Santiago. Do pluralismo cultural da Idade Média aos desafios do Direito na contemporaneidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n.7, jan./abr., 2015.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; COLARES, Virginia. Índícios de descolonialidade na Análise Crítica do Discurso na ADPF186/DF. **Revista Direito GV**, v.13, n.3, set/dez, 2017.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 19, n. 1, 2014.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Revista Quaestio Iuris**, v.09, n.04, Rio de Janeiro, 2016.
- BRASIL. **Ação civil pública n. 0002505-70.2013.4.01.3903**. Primeira Vara de Altamira. Juiz Paulo Mitsuru Shiokawa Neto, 2013. Disponível em: <https://processual.trf1>.

jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=25057020134013903&secao=ATM.
Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 63.952, de 31 de dezembro de 1968**. Cria no Ministério das Minas e Energia o Comitê Coordenador dos Estudos Energéticos da Amazônia. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-63952-31-dezembro-1968-405481Publicacaooriginal-1-pe.html>
Acesso em: 10 de ago. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019**. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm>.
Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Anexo LXXII, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 05 fev. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 10 de jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1 Região. **Agravo de instrumento n. 00025057020134013903**. Relator: Desembargador federal Jirair Aram Meguerian. Sexta turma, DJF1: 19/12/2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=0002505020134013903&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 05 fev. 2021.

CORONIL, Fernando. Elephants in the America? Latin American Postcolonial Studies and Global Decolonization. In: DUSSEL, Enrique; JÁUREGUI, Carlos A.; MORANÁ, Mabel. **Coloniality at large: Latin America and the Postcolonial Debate**. Durham: Duke University Press, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua**: Sentença de 31 de agosto de 2001. Costa Rica, 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**: Sentença de 27 de junho de 2012. Costa Rica, 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Normative legal pluralismo: a critique. In: FABRA-ZAMORA, Jorge L. (Org.). **Jurisprudence in a Globalized World**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020.

GROSFUGUEL, Ramón. Developmentalism, Modernity, and Dependency Theory in Latin America. DUSSEL, Enrique; JÁUREGUI, Carlos A.; MORANÃ, Mabel. **Coloniality at large**: Latin America and the Postcolonial Debate. Durham: Duke University Press, 2008.

HENNING, Ana Clara Correa; WOLKMER, Antonio Carlos. Aportes saidianos para um direito (des)colonial: sobre iconologias de revoluções e odaliscas. **Sequência**, Florianópolis, n.77, set./dez. 2017.

KRENAK, Ailton. Compartilhar a memória. DIAS, Camila Loureiro; CAPIBERIBE, Artionka (Org.). **Os índios na Constituição**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2019.

LIMA, Tânia Stolze. **Um peixe olhou para mim**: o povo Yudjá e a perspectiva. São Paulo: UNESP, 2005.

MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**, Granada, n. 01, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Projeto Volta Grande**. [S. l.], 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-deimprensa/documentos/2014/Acao_MPF_licenciamento_Ibama_projeto_Volta_Grande_mineracao_Belo_Sun_PA_agosto_2014.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

NEUMANN, Franz. **O império do Direito**: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães. Os protocolos de consulta. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; SILVA, Liana Amin Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI,

Carolina; GLASS, Verena (Orgs.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo: CEPEDIS, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada na 107ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, 13 set. 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 05 jan. 2021;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada na 3ª Sessão Plenária, 15 jun. 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 05 jan. 2021.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, 2005.

QUIJANO, Anibal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large**: Latin America and postcolonial debate. Durham, USA: Duke University Press, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Multinormatividade como Teoria do Direito: para um universalismo sensível. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2020.

SARAIVA, Márcia Pires. **Identidade multifacetada**: a reconstrução do “ser” indígena entre os Juruna do médio Xingu. Belém: NAEA/UFPa, 2008.

SILVA, Liana Amin Lima da. **Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: re-existir para co-existir**. Tese (Doutorado em Direito

Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, 2017.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; SILVA, Liana Amin Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (Orgs.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo: CEPEDIS, 2019.

TAROCO, Lara Santos Zangerolame. O protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) e o caso Belo Sun: espaços multinormativos e possibilidades descoloniais. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/59298>. Acesso em: 25 maio 2022.

TERRA INDÍGENA PAQUIÇAMBA DA VOLTA GRANDE. **Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu**, 2017. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/sites/uc/files/2019-04/RCA-2017-Protocolo-Juruna-CAPA-e-MIOLO.pdf> . Acesso em: 10 fev. 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3.ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2015.

PARTE 2
CRÍTICA DA REGULAÇÃO

7

O DIREITO À CIDADE NA LÓGICA DO MERCADO

*Tibério Bassi de Melo*¹

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo foi buscar respostas, a partir de uma observação multinormativa do direito, em meio ao fenômeno da urbanização e da preponderância da industrialização urbana. Se o direito à cidade vem sendo cumprido, principalmente no que se refere à moradia, ou se a legislação vigente não é cumprida, em nome de outros interesses? Se a democracia está sendo fragmentada a ponto de inviabilizar, a partir dela, demandas sociais por direitos fundamentais, no âmbito do direito à cidade? As cidades trouxeram uma emancipação aos cidadãos, que por meio de processos democráticos diretos, de gestão do espaço urbano, conseguiram superar a opressão do poder econômico e do estado, ou o cidadão é o proletário do século XXI? Um proletário que agora possui novas formas de opressão, o poder do mercado de seu próprio habitat, a falta de sentimento de pertencimento àquele lugar, o sentimento de impotência, a falta de mobilidade urbana, a falta de saneamento e os riscos de desastres naturais?

A cidade, atualmente, especialmente nos países em desenvolvimento, como o Brasil, um fenômeno, em vários aspectos,

¹ Advogado. Especialista em Direito Econômico e Empresarial (FGV); Especialista em Direito Ambiental (UFPEL); Especialista na Moderna Educação (PUC/RS); Mestre e doutorando em Direito Público pelo PPGD da UNISINOS; Professor de Direito Ambiental da URCAMP/Bagé. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7559156002521705>. E-mail: tiberiomelo@urcamp.edu.br.

diferente dos países desenvolvidos, por mais que se parecem em critérios estatísticos. Enquanto na Europa e nos Estados Unidos da América, a urbanização ocorreu em um espaço de duzentos anos, no Brasil ela se deu em menos de cinquenta anos e em um país, com uma das piores desigualdades econômicas do mundo. Essa desigualdade foi transferida para as cidades, considerando que a lógica do mercado impôs a essa população uma segregação, da mesma forma que a distância entre a casa grande e a senzala. Dessa forma foram se desenvolvendo a produção irregular e clandestina do solo urbano, definindo cidadãos que residem na cidade legal e cidadãos de segunda classe, que vivem na cidade ilegal.

A cidade ainda é decorrente dos processos de industrialização, da mecanização e da revolução verde. Mas essa urbanização vem se aprofundando, em vários tipos de produção irregular do espaço urbano, que não só por moradores da periferia, mas por condomínios fechados e omissões dos municípios.

Entretanto, a cidade não pode ser vista, somente, pelo ponto de vista estatístico ou arquitetônico. Ou mesmo pela legislação aplicável de modo sobreposto a toda gama de leis aplicáveis, de vários atores públicos, sobre o espaço urbano. Mas sim, a partir dos jogos de poder e dos vários tipos de opressão que o novo proletário, o cidadão, sofre na cidade, que deve ser humanizada e não onde ocorrem todo o tipo de mercado e, ao mesmo tempo, é mercantilizada.

O presente artigo será apresentado em três partes, e estas, por sua vez, em duas outras subdivisões, sendo que a última diz respeito à urbanização em face da teoria crítica do direito. Na primeira parte buscou-se evidenciar o contexto atual das condições das cidades brasileiras, de uma forma genérica, e as vulnerabilidades a que estão

expostos principalmente os cidadãos da periferia, bem como apresentar exemplos de desastres naturais e a dicotomia cidade legal *versus* cidade ilegal.

Na segunda parte, buscou-se identificar como as pessoas estão excluídas do processo de decisões sobre a cidade, considerando uma democracia formal de estilo liberal e como os liberais passaram a ter uma posição reticente e omissa quanto às garantias da gestão democrática da cidade, passando a objetivar a vida dos cidadãos. Isto porque a democracia abre espaço para a busca legítima de conflitos a partir de reivindicações sociais, o que não interessa aos liberais, que buscam uma sociedade previsível e imutável. Trata de como o direito liberal também deixa de ser um direito fundamental da propriedade urbana, para se transformar em um poder excludente e de sérios impactos ambientais. Além disso, após a regulamentação do Estatuto da Cidade, que veio efetivar a Reforma Urbana prevista na Constituição Federal de 1988, os instrumentos colocados à disposição dos Municípios, principalmente o da função social da propriedade urbana, efetivado por meio da finalidade extrafiscal do IPTU, ampliou o acesso ao direito fundamental de moradia, que, em um sistema liberal de mercado, cria um conflito com o direito de propriedade. O capítulo tratará da perda de confiança no sistema democrático e seu reflexo na gestão democrática da cidade, com o exemplo do orçamento participativo.

Posteriormente, verificar-se-á como a globalização e a fragmentação do direito determinaram uma multinormatividade, que tornou ainda mais complexa a gestão dos conflitos, considerando o poder de grandes grupos ao estabelecer suas próprias regras por meio de contratos privados. É o caso das intervenções da Organização Mundial do Comércio (OMC) em várias questões, quando a lei interna do

país, protetora do meio ambiente, foi considerada contrária ao livre comércio internacional e seu impacto diante da gestão democrática da cidade e da agenda da ONU/HABITAT para as cidades no século XXI.

Por fim, o artigo trará uma visão da teoria crítica do direito sobre a questão urbana, a partir da qual buscou se observar os pontos de opressão do contexto civilizacional, a mercantilização do habitat e da cidadania e a busca pela democratização do espaço urbano e a humanização das cidades.

2 CONTEXTO DO FENÔMENO URBANO

As cidades sempre existiram, desde que a espécie humana deixou de ser nômade e passou a cultivar seus próprios alimentos, “por volta de 9500 a 8500 a.c., no interior montanhoso do sudeste da Turquia, no Oeste do Irã e no Levante” (HARARI, 2020, p. 87). Por volta de 1800, apenas 3% da população se encontrava na área urbana. No entanto, a partir da revolução industrial, o deslocamento da população do campo para as cidades em busca de emprego aumentou significativamente. (GOBBI, [2022?]).

Nos países desenvolvidos, a urbanização foi um processo que ocorreu de maneira gradativa, conforme os processos de industrialização, no decorrer das chamadas revoluções industriais. Esse processo determinou a migração de pessoas para as cidades, considerando a maior oferta de empregos nas indústrias.

Nos países periféricos, no entanto, e no Brasil, em especial, esse processo de ocupação urbana, decorrente da industrialização, ocorreu em um período muito menor. Conforme Ermínia Maricato (2013, p. 16),

Em 1940 a população urbana era de 26,3% do total. Em 2000 ela é de 81,2%. Esse crescimento se mostra mais impressionante ainda se lembrarmos os números absolutos: em 1940 a população que residia nas cidades era de 18,8 milhões de habitantes e em 2000 ela é de aproximadamente 138 milhões. Constatamos, portanto, que em sessenta anos os assentamentos urbanos ampliados de forma a abrigar mais de 125 milhões de pessoas. Considerando apenas a última década do século XX, as cidades brasileiras aumentaram em 22.718.968 pessoas. Isso equivale a mais da metade da população do Canadá ou a um terço da população da França.

Portanto, não há a menor dúvida, em face de tais fatos, de que a ocupação urbana decorreu do êxodo rural, em virtude da mecanização do campo e da industrialização das cidades, ou seja, de um movimento material histórico, decorrente da evolução do sistema econômico capitalista. Por outro lado, essa intensa ocupação, em um período curto de tempo, trouxe sérios problemas urbanos, considerando a expansão urbana de forma desordenada, o que se expressa na falta de saneamento básico e vetores de doenças; informalidade; violência; ocupações em áreas impróprias e de risco; mobilidade urbana precária e tantos outros deles decorrentes.

De acordo com a estimativa,

em 2019, havia 5.127.747 milhões de domicílios ocupados em 13.151 mil aglomerados subnormais² no país. Essas comunidades estavam localizadas

² De acordo com o IBGE, Aglomerado Subnormal é uma forma de ocupação irregular de terrenos de propriedade alheia – públicos ou privados – para fins de habitação em áreas urbanas e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação. No Brasil, esses assentamentos irregulares são conhecidos por diversos nomes como favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, loteamentos irregulares, mocambos e palafitas, entre outros. Enquanto referência básica para o conhecimento da condição de vida da população brasileira em todos os municípios e nos recortes territoriais intramunicipais – distritos, subdistritos, bairros e localidades –, o Censo Demográfico aprimora a identificação dos aglomerados subnormais. Assim, permite mapear a sua distribuição no País e nas cidades e identificar como se caracterizam os serviços de abastecimento de água, coleta de

em 734 municípios, em todos os estados do país, incluindo o Distrito Federal. Em 2010, havia 3.224.529 domicílios, em 6.329 aglomerados subnormais, em 323 cidades, segundo o último Censo. (IBGE..., 2020).

Conforme relatório brasileiro para a Conferência ONU/HABITAT III, relativamente ao aumento demográfico e do processo de urbanização, revela que

Com a intensificação do processo de industrialização, o Brasil assistiu a um processo acelerado de urbanização, associado à explosão demográfica. Até 1970, o aumento foi de 65,3%; até 1980, houve elevação de 55,02%; em seguida, até 1991, ocorreu aumento de 35,19%, desacelerando para 24,24%, até 2000, e para 16,82%, até 2010. Em cinquenta anos, de 1960 a 2010, o Brasil urbano cresceu 402%, passando de 32 milhões para 160 milhões de pessoas. Tal urbanização assumiu perfil notadamente metropolitano. Nas maiores cidades brasileiras, o acelerado processo de urbanização se fez marcar, por um lado, pelo loteamento irregular como solução habitacional nas periferias e, por outro, pela multiplicação de vazios urbanos e pelo número de imóveis vagos em áreas urbanizadas. Tais características trouxeram como consequências, em termos de desintegração socioterritorial entre bairros e áreas centrais, a segregação socioespacial, a fragmentação espacial e a elevação dos custos de implantação e uso da infraestrutura urbana, entre outros problemas. A vacância urbana, em 2010, atingiu 4,7 milhões de domicílios. (IPEA, 2016, p. 30).

De acordo com o mesmo relatório encaminhado pelo Brasil à Conferência ONU/HABITAT III, realizada em Quito, no Equador, em 2016, no que se refere aos desastres ambientais ocorridos em cidades,

Entre 2006 e 2014, ocorreram no Brasil 11.344 desastres naturais relacionados à estiagem, a grande maioria na região Nordeste (7.970). Neste

mesmo período, desastres decorrentes do alto índice de precipitação pluviométrica foram registrados – 4.528 eventos relacionados a enxurradas, sendo 2.013 na região Sul, 1.323 no Sudeste e 791 eventos no Nordeste. Foram registradas 3.016 inundações em todo o país entre 2006 e 2014, sendo 1.037 na região Sudeste, 765 no Nordeste, 533 no Norte e 521 na região Sul. Quanto às ocorrências de secas, foram 1.904 entre 2006 e 2014 no Brasil; destas, 1.481 são referentes ao Nordeste, 393 ao Sudeste, 24 ao Norte e seis ao Sul, sem nenhum registro no Centro-Oeste. Foram ainda identificados 612 alagamentos em todo o Brasil, sendo que 245 se referem ao Sudeste, 186 casos à região Sul e 93 casos à região Nordeste. Foram registrados 594 casos de chuvas intensas no Brasil, sendo 346 casos no Sul, 111 casos no 60; Sudeste e 104 no Centro-Oeste; no Norte e no Nordeste, os dados mostram que ocorreram 24 e oito eventos respectivamente. (IPEA, 2016, p. 30)

Além disso, a maioria dos Municípios brasileiros, senão sua totalidade, conforme dados de “aglomerações subnormais” referido acima, denominação que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza em seus relatórios, na verdade são mocambos, favelas, vilas e quaisquer outros tipos de assentamento urbano irregular ou clandestino. São decorrentes desse processo de ocupação urbana, sem qualquer planejamento e de forma desordenada e ilegal.

2.1 CIDADE LEGAL *VERSUS* CIDADE ILEGAL

A distinção entre cidade legal e cidade ilegal não é somente jurídica, tampouco somente física, mas uma segregação social, pois não decorre, exclusivamente, da ilicitude de ocupações clandestinas, mas também de ocupações irregulares e outras por perversão da lei, conforme será a seguir exposto.

O sistema liberal sempre buscou segurança jurídica, a fim de ter previsibilidade em seus negócios, tendo no Estado, por meio de seu Poder Judiciário, seu guardião. No Brasil, o Decreto n. 911/69 (BRASIL, 1969) é emblemático nesse sentido, pois, a partir dele, as grandes multinacionais automobilísticas que se instalaram no Brasil e queriam vender seus automóveis se preocuparam com o adimplemento da obrigação. Então, referido decreto criou a figura da prisão civil do depositário infiel, decorrente do inadimplemento e da falta do veículo, na eventualidade de o devedor fiduciário já tê-lo transferido a terceiro. Ou seja, se não pudesse retomar o veículo por meio de busca e apreensão, transformava-se a ação em depósito e pedia-se a prisão do devedor fiduciário. Essa situação somente foi abolida do sistema jurídico nacional no Governo Itamar Franco, que, por meio do Decreto n. 678/92 (BRASIL, 1992), acolheu o Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos; note-se que isto ocorreu somente quatro anos após a promulgação da CF/88.

Porém, no caso das ocupações urbanas, as administrações públicas convivem muito bem com a insegurança jurídica, considerando que essa insegurança não se refere a interesses de grandes conglomerados multinacionais, mas diz respeito a despossuídos (mesmo que de a direitos fundamentais), que chegaram às cidades, sem nada e sem direitos. Pessoas que não tendo onde morar e sem condições de pagar aluguel e em busca da sobrevivência foram obrigadas a viver onde conseguiam, da forma que podiam e, em alguns casos, por meio de invasões de terrenos, de forma ilícita e clandestina.

Como afirmou Henri Lefebvre, a cidade é o resultado da industrialização. Os proletários de Marx são os cidadãos da periferia. (LEFEBVRE, 2001). Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos (2001)

traz interessante diagnóstico sobre como um dos pilares de base da Modernidade acabou por se sobrepor ao outro: vale dizer, o pilar da emancipação foi colonizado pelo pilar da regulação. Isto é, a emancipação, hoje em dia, está mais ligada à condição de possibilidade das regulações do espaço urbano, para que o Mercado não oprima, ainda mais, o proletário periférico, o favelado, que, ao fim e ao cabo, busca, simplesmente, ter a condição de cidadão legal e com dignidade de vida em seu habitat, a cidade. Nessas situações de clandestinidade, ocorre o choque de direito contra direito: o direito individual e fundamental da propriedade em face do direito social e fundamental à moradia.

Nesse sentido, o fenômeno urbano construiu uma série de conflitos de direitos contra direitos. De uma forma geral, o interesse público em conflito com o interesse privado; relativo ao planejamento urbano e a eficácia da função social da propriedade urbana, a mobilidade urbana individual, em suas várias formas, em conflito entre si e com o transporte público; os direitos individuais em conflito com os direitos sociais e difusos; no tocante ao direito de propriedade e ao direito à moradia e a uma cidade ambientalmente sustentável; o valor de troca em relação ao valor de uso, isto é, a cidade como mercado de consumo e também como mercadoria, em face ao lugar onde as pessoas vivem e não visam somente objetivos financeiros, mas lúdicos, educacionais, de lazer e de convívio social. Nesse contexto, a emancipação humana decorre da não mercantilização da vida, da garantia do direito à cidade como habitat e não, unicamente, como mercado e mercadoria.

Nesse sentido, leciona José Rodrigo Rodriguez (2019, p. 128) se referindo ao poder e dominação:

Diante de fenômenos desta magnitude, deixar de praticar uma teoria política crítica, incapaz de diferenciar objetivamente poder e dominação, como faz Franz Neumann, significa compactuar com a última. Para Neumann e para Habermas, diga-se, dominação significa “objetivação” de homens e mulheres, sua redução e mera objetos passivos do poder. Na linguagem de Habermas, estamos diante do avanço do sistema sobre o mundo da vida, o agir instrumental sobre o agir comunicacional e, na linguagem de Neumann, da alienação de homens e mulheres diante do poder visto como um mecanismo opaco, alheio à sua vontade.

Retomando a dicotomia cidade legal *versus* cidade ilegal, que também pode trazer a ideia de cidadãos de classes jurídicas diferentes, a eventual ilicitude não decorre, exclusivamente, de movimentos pela moradia, que, assim como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), invadem propriedades. Muitas vezes, essa ilicitude é praticada pelos próprios proprietários, que parcelam suas propriedades sem qualquer aprovação municipal, muito menos registro imobiliário, e passam a vender lotes inexistentes, do ponto de vista legal, incluídos neles áreas impróprias e de risco, justamente aproveitando-se dessa ilicitude inicial.

Outro aspecto polêmico diz respeito aos condomínios horizontais fechados, que passaram a ser autorizados e criaram uma espécie de feudo, ao qual só a nobreza tem acesso. Não fosse só o fato de que a Lei n. 4.591/64 (BRASIL, 1964), que disciplina os condomínios de apartamentos, para a utilização na forma horizontal, como cediço, o parcelamento do solo urbano deve observar as modalidades de desmembramento e de loteamento, regidos pela Lei n. 6.766/79 (BRASIL, 1979), observada a lei do Plano Diretor, que estabelece critérios e planejamento urbano.

Várias ações judiciais, movidas pelo Ministério Público, buscaram determinar sua ilegalidade, principalmente no que se refere ao acesso das vias públicas e do grave problema de mobilidade urbana que criam. No entanto, eles seguem se proliferando, ainda que sejam uma afronta à prevalência do interesse público sobre o privado, quando se trata do interesse público à mobilidade urbana e à cidade.

Trata-se, a toda evidência, como refere José Rodrigo Rodriguez (2019, p. 213), de uma perversão do direito, que ele denomina de perversão discricionária: “que utilizam a forma geral do direito com a finalidade pervertida de atingir apenas grupos específicos ou pessoas determinadas”. Desconsideram a gramática ou linguagem legal e passam a aplicá-la da forma que melhor convier a interesses privados, ainda que ao arrepio do planejamento urbano e, principalmente, da mobilidade urbana, no caso vertente.

Uma última questão diz respeito à omissão do Poder Público Municipal na fiscalização de loteamentos irregulares ou clandestinos em áreas públicas, que poderia ser denominado de perversão do direito, à medida que a omissão leva a uma série de consequências claramente previstas.

O Núcleo de Estudos de Desenvolvimento Urbano e Ambiental da Universidade da Região da Campanha (URCAMP), o qual prestou serviços de elaboração das leis do Plano Diretor de cidades vizinhas, em virtude da implantação de uma Usina Termoeletrica. Uma dessas cidades, Hulha Negra, emancipada de Bagé em 1992, é um Município com menos de 20 mil habitantes, mas a criação do Plano foi necessária em virtude das obrigações acessórias assumidas pela empresa, no processo de licenciamento ambiental. Mesmo assim, nessa pequena cidade, de onde os servidores públicos podem exercer seu poder de

polícia sem precisar sair da Prefeitura, bastando abrir a janela, ainda assim, grande parte da cidade é constituída por loteamentos irregulares e invasões clandestinas, em área da extinta Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA).

2.2 VULNERABILIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS

No interior de áreas impróprias e de risco da cidade ilegal, a pessoa excluída da cidade legal ainda é obrigada a conviver com a violência, decorrente da disputa de áreas entre o tráfico ou entre o tráfico e a milícia. Um local como o Complexo do Alemão no Rio de Janeiro, que engloba uma rede de treze favelas (assentamentos subnormais), aliado à pandemia de COVID-19, considerando os serviços públicos disponíveis, é um dos lugares de maior contaminação do país.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE, 2020), em pesquisa realizada entre 2019 e 2020, com cerca de 2 mil moradores, concluiu:

[..] A diretora do Ibase enfatiza mais um aspecto bastante revelador do trabalho: “É importante lembrar que no Complexo do Alemão o percentual de pessoas negras é 27% maior do que o percentual registrado na cidade do Rio de Janeiro como um todo. No Alemão, 74% da população é negra. Esse dado explicita a concentração da população negra da cidade em territórios de favelas, o que permite inferir também que a maioria da população vulnerável neste momento de pandemia é a população negra. Além disso, as mulheres representam 51% da comunidade, enquanto os jovens chegam a 32% do total, o que aumenta de forma expressiva o impacto sobre populações que historicamente enfrentam desigualdades estruturais para acesso à renda e ao trabalho”, avalia Rita. As 13 favelas estudadas são um território vulnerável à disseminação da Covid-19. Para 71% dos moradores, os serviços de saúde, educação, limpeza de ruas e abastecimento de água

não atendem às necessidades locais. “No contexto em que atravessamos, que já vinha de um grave aumento das desigualdades, a pandemia comprova que a falta de condições básicas de vida impacta diretamente nas condições necessárias para a prevenção do contágio e tratamento da doença como a higiene e a estrutura para isolamento social e acesso ao direito à saúde fundamentais num momento como o que vivemos agora” – complementa Rita. [...]

Essa pequena amostra da realidade nacional urbana é reveladora não só da profunda desigualdade social no Brasil, mas também de que essa desigualdade tem cor e lugar. A cidade ilegal é a segregação social, cultural e racial, como se fosse um vale dos leprosos. Enquanto isso, a nobreza (burguesia) passou a viver em novos feudos (condomínios fechados) que afrontam a legalidade urbana e invertem o princípio orientador do direito administrativo, de que o interesse público deve preponderar sobre o interesse privado. A parcela mais pobre, que é a grande maioria, vive em situações precárias, sem garantias mínimas para uma vida com dignidade, muitas vezes, com suas vidas em risco.

Essas pessoas trabalham, são obrigadas a sair de casa na madrugada, tomar vários transportes públicos para chegar pontualmente em seus locais de trabalho e retornar tarde, para, no dia seguinte, fazer tudo de novo. Sofrem a maior carga tributária, considerando o efeito regressivo de nosso sistema tributário nacional, cuja maior carga está sobre os impostos indiretos, ou seja, sobre o consumo, enquanto rentistas não são tributados na divisão de lucros e dividendos das empresas.³

³ Segundo Márcio Pochmann, presidente do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) “os pobres no Brasil pagam 44% mais imposto, em proporção à sua renda, que os ricos. Embora os 10% mais pobres não paguem Imposto de Renda, consomem bens com alta carga de impostos indiretos, como os da cesta básica. (SABAG, 2018, p. 196).

Por outro lado, após a CF/88, os Municípios passaram a ter um maior protagonismo, principalmente no que se refere à execução de políticas públicas, uma vez que os Municípios são a parte real da República Brasileira. É nos Municípios onde as pessoas vivem; é nos Municípios onde os serviços públicos são prestados; é nos Municípios onde o consumo e todos os negócios e a arrecadação ocorrem. Porém, os Municípios, atualmente, ficam com somente 18%⁴, além de os impostos de sua competência não lhe garantem a utilização em políticas de gestão, de forma extrafiscal, como é o caso do imposto de propriedade sobre veículos automotores (IPVA), relativo à mobilidade urbana e à responsabilidade ambiental. Com o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) por exemplo, a municipalidade pode exercer seu poder de polícia, interferir no mercado por meio da finalidade extrafiscal, buscando a efetivação da função social da propriedade urbana, como lhe autoriza o art. 182 da CF/88 e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01).

No aspecto ambiental, o sistema econômico é destrutivo em todos os ambientes, quer rural quer urbano, e a Sociedade de Risco (BECK, 2010), com sua lógica de irresponsabilidade organizada, deixa um rastro de destruição e externalidades negativas, principalmente ao cidadão da periferia.

Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNS) publicados pela G1 por Clara Velasco em 24.06.2020 (VELASCO, 2020),

Quase metade da população do Brasil continua sem acesso a sistemas de esgotamento sanitário, o que significa que quase 100 milhões de pessoas, ou

⁴ Tendo em vista o valor final de todos os tributos arrecadados (cerca de R\$ 1,3 trilhão), 68% dessa quantia fica com a União, deste total, 58% vai para Brasília, 24% para os estados e 18% para os municípios. (STUDIO FISCAL, [2022?]).

47% dos brasileiros, utilizam medidas alternativas para lidar com os dejetos – seja através de uma fossa, seja jogando o esgoto diretamente em rios. Além disso, mais de 16% da população, ou quase 35 milhões de pessoas, não têm acesso à água tratada, e apenas 46% dos esgotos gerados no país são tratados. Os números são do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), divulgados neste ano e referentes a 2018, e refletem a atual situação dos serviços básicos de água e esgoto no país.

De acordo com Henri Acselrad (2002, p. 51), “Do lado dos atores da modernização ecológica - ambientalistas conservadores ou empresários ambientalizados - nenhuma referência é feita, por exemplo, à possibilidade de existir uma articulação significativa entre degradação ambiental e injustiça social”. Isto é, a mesma população que está segregada na cidade ilegal, e que teria, por assim dizer, uma cidadania de segunda categoria, é a que mais sofre com a omissão da proteção ambiental urbana. Segundo o autor, “Formas simultâneas de opressão seriam responsáveis por injustiças ambientais decorrentes da natureza inseparável das opressões de classe, raça e gênero” (ACSELRAD, 2002, p. 51).

Não há um levantamento nacional acerca de áreas urbanas ocupadas de forma irregular nos Municípios brasileiros, muito menos qual parte delas é de risco. Entretanto, pode-se afirmar que, provavelmente, essas áreas estão no mesmo percentual médio dos domicílios não servidos pelo saneamento básico, isto é, aproximadamente a metade de cada cidade brasileira.

A Lei n. 12.608/12 (BRASIL, 2012) criou o Programa Nacional de Proteção e Defesa Civil, exigindo de todos os Municípios que realizem um levantamento, que servirá de cadastro para as áreas de risco; esse trabalho vem sendo desenvolvido.

Referidas zonas de risco são aquelas às margens dos rios e córregos, passíveis de alagamento, bem como as localizadas nas encostas, com declividade sujeita a deslizamentos. Vários desastres naturais ocorreram no Brasil, por conta dessas ocupações irregulares. Mas o maior deles ocorreu na serra do Estado do Rio de Janeiro, em 2011, segundo informa o G1 (KNUST, 2021):

Tragédia na Serra do RJ completa dez anos; R\$ 500 milhões ainda devem ser investidos em obras. Sete cidades da região foram atingidas pelas chuvas de 11 de janeiro de 2011, que deixaram 918 mortos e pelo menos 99 pessoas desaparecidas. De lá para cá, obras foram realizadas, moradias foram entregues e a Defesa Civil implantou novas estratégias para evitar catástrofes.

Diante dessa situação, Robert R. M. Verchick (FARBER; CARVALHO, 2019), citando Judith Shklar, se refere a vulnerabilidade em dois aspectos: injustiça ou infortúnio. Shklar faz a distinção entre ambos, relativamente a situações que não poderiam ser evitadas, ou estariam além das expectativas. Se um terremoto ocorre no deserto, sem atingir nenhuma pessoa, não é um desastre natural. Mas se ele ocorrer em uma cidade densamente povoada, a situação é bem outra.

Mas para o caso em tela, o mais importante são os fatos que dizem respeito à omissão do Poder Público em ter admitido que as pessoas ocupassem lugares que, sabidamente, eram de risco, ou que tinham grande probabilidade de um desastre natural. Nesses casos, se trata de uma clara injustiça, além da injustiça social, cultural e racial, determinada pela divisão dos espaços urbanos, somente a partir de regras de mercado.

Para Henri Acselrad (2002, p. 51), no entanto, referidas situações são vistas como ganhos de democratização com a capacidade da sociedade de se defender dessas injustiças, considerando que há uma ligação entre injustiça social e degradação ambiental e que o mercado, por óbvio, não conseguirá superar essas condições de vulnerabilidade. Pelo contrário, em sua opinião, “Formas simultâneas de opressão seriam responsáveis por injustiças ambientais decorrentes da natureza inseparável das opressões de classe, raça e gênero”.

3 CIDADE, CIDADANIA E DEMOCRACIA

O Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01 (BRASIL, 2001), tramitou por onze anos no Congresso Nacional e regulamentou a Constituição no que diz respeito à reforma urbana. Trouxe vários instrumentos de gestão urbana, como a possibilidade de, por meio do IPTU progressivo, efetivar a função social da propriedade urbana. Além disso, estabeleceu a obrigatoriedade, aos Municípios com mais de 20 mil habitantes, da elaboração da Lei do Plano Diretor, que é o regime jurídico do condomínio da cidade. Mas, principalmente, determinou a obrigatoriedade de que toda a legislação que diga respeito à gestão urbana tenha participação direta da comunidade, por meio de audiências públicas prévias.

O Partido dos Trabalhadores, quando assumiu a administração municipal de Porto Alegre, a partir da última década do século passado, antes mesmo do advento do Estatuto da Cidade, passou a utilizar um sistema de participação direta, denominado “Orçamento Participativo”, bem como o IPTU progressivo em suas gestões. Referida prática foi ampliada para as gestões do Estado do Rio Grande do Sul, que passou a

utilizar a chamada “Consulta Popular”, por meio da qual a população elencava as prioridades de cada região, a serem contempladas nas devidas leis orçamentárias.

A função social da propriedade, que passou a condicionar o direito de propriedade a partir da CF/88, ainda hoje é motivo de discórdia e de polêmica de parte da sociedade conservadora, que ainda entende o direito de propriedade como absoluto.

Nesse sentido, esclarece o Ministro Edson Fachin (FACHIN, PIANOVSKI, 2008, p. 18):

[...] O primeiro desses aspectos que se apresentam na seara das titularidades é a noção de função social da propriedade. Se a história adverte ao estudioso e ao aplicador do direito que o discurso pertinente a função social ainda não logrou êxito em promover, na plenitude esperada, uma “repersonalização” do direito de propriedade, mostrando-se pertinente um repensar – sempre de sentido emancipatório – do conteúdo e do fundamento dessa funcionalização, não se nega que, no movimento dialético que conduz a história, seria um equívoco negar a pertinência da função social da propriedade para a busca da concretização da dignidade da pessoa no Direito Civil.

No entanto, não é admissível, do ponto de vista da justiça social, que alguém detenha uma gleba urbana, dentro do perímetro urbano, e não queira realizar seu parcelamento, enquanto uma grande parcela da população não tem acesso à terra urbana e à moradia.

Obviamente essa situação inverte o princípio já mencionado, da preponderância do interesse público sobre o privado; faz aumentar o valor dos terrenos, com sua menor oferta; lança as pessoas à informalidade; pressiona os danos ambientais em virtude de ocupações e locais impróprios e sem serviço de saneamento; e gera mais valia ao

proprietário das terras, que passa a ter toda a infraestrutura a sua disposição, sem nenhum custo. Dificilmente se vê as gestões públicas municipais utilizarem o instrumento do IPTU progressivo, provavelmente porque ainda estão apegadas à vetusta ideia da característica absoluta do direito de propriedade.

Esse contexto é revelador da reação de parcela da sociedade brasileira conservadora e liberal que, desde que o Brasil inaugurou um modelo de Estado do Bem-estar Social, com a CF/88, se colocou contra sua efetivação. Atualmente, assistimos esse grupo no poder, desrespeitando, destruindo ou visando destruir políticas públicas emanadas desse tipo de Estado. Essa prática de desconstituição se revelou, por exemplo, na precarização do Ministério da Saúde, principalmente com relação ao Sistema Único de Saúde⁵ (SUS); o contingenciamento de verbas para o Ministério da Educação⁶, principalmente em pesquisa; enquanto crescem os gastos com equipamentos bélicos e remuneração das forças armadas.⁷

⁵ “Desde a aprovação da Emenda Constitucional 95 (EC 95/2016), todo o Sistema Único de Saúde tem sido afetado não mais pelo cenário de subfinanciamento, ou seja, de gastos públicos em saúde, e em especial os gastos federais que ficam muito abaixo dos gastos realizados por outros países que possuem sistemas universais (Canadá, Inglaterra, França, entre outros). Enquanto tais países dedicam aproximadamente 8% do Produto Interno Bruto (PIB) de gastos públicos em saúde, no Brasil esse valor não chega a 4%, segundo dados do Banco Mundial. Outra forma de medir o quão subfinanciado o SUS é, considerando o ano de 2017, contava-se com R\$ 3,50 per capita/dia para financiar o acesso dos brasileiros à saúde, sendo que o gasto público (45%) foi menor do que o gasto privado, muito diferente de outros países com sistemas universais em que o gasto público é equivalente, em média, a 70% dos gastos totais com saúde”. (O DESMONTE..., 2019).

⁶ MEC prevê corte de R\$ 4,2 bilhões no orçamento para 2021. Previsão para o ano que vem reduz em 18,2% as despesas não obrigatórias, informou o Ministério da Educação. (OLIVEIRA, 2020).

⁷ Capitão reformado do Exército, o presidente Jair Bolsonaro encaminhou ao Congresso nesta segunda-feira (31/08) sua proposta de Orçamento para 2021 destinando uma fatia considerável do aumento das despesas às Forças Armadas. Conforme antecipou a BBC News Brasil, a proposta prevê R\$ 110,7 bilhões para as despesas primárias do Ministério da Defesa, alta de 4,7% em relação ao proposto pelo governo para 2020 (R\$ 105,7 bilhões).

O modelo liberal jurídico também está apoiado na formalização da representação política e no conceito absoluto da propriedade privada, que despreza a opinião pública e direta, e qualquer flexibilização de contratos e da propriedade, uma vez que é por meio de contratos particulares, sem qualquer intervenção estatal, que a liberdade pode ser exercida, independentemente da desigualdade das partes.

Ou seja, a democracia, que seria o instrumento por meio do qual as demandas sociais são transformadas em normas legítimas, porque decorrente da verdadeira vontade e participação cidadã, é sempre oprimida, a fim de que o poder constituído negocie somente com os representantes e a partir de seus interesses particulares. Para isto, basta não dar eficácia ou criar normas autárquicas que sirvam a esses interesses.

Dois exemplos, nesse sentido, podem ser citados: um local, em Porto Alegre, que com a reclassificação do Rio Guaíba para lago, o interesse da especulação imobiliária restou vencedor, uma vez que a Área de Preservação Permanente dos lagos é menor que a dos rios da dimensão do Rio Guaíba, aumentou a área possível de edificação. E, em âmbito nacional, a medida provisória 759/16, do Governo Temer, que foi transformada na Lei n. 13.465/17, a chamada lei do Regularização Urbana (REURB), que autorizou a regularização fundiária em áreas públicas e de ocupações em áreas de preservação permanente, consolidando o dano ambiental e os riscos aos moradores, além de não ter sido precedida de qualquer participação popular, especialmente dos moradores que estão expostos aos riscos.

As melhores localizações urbanas são ocupadas por bairros de alta valorização imobiliária, enquanto aos pobres restam áreas de risco e degradadas, sobre antigos aterros sanitários. Dois exemplos ocorridos

no Brasil são o da Vila Socó, em Cubatão, São Paulo, atingida, em 1984, por uma explosão, porque estava localizada sobre um duto da PETROBRAS; e o caso SHELL/BASF*, em Paulinea, São Paulo, que contaminou a água, o solo e os próprios trabalhadores que residiam nas proximidades da empresa produtora de agrotóxicos. Certamente há outros exemplos pelo país, que só virão à tona quando ocorrer um novo desastre.

Conforme esclarece Henri Acselrad (2002, p. 53), nos Estados Unidos da América houve um movimento denominado “Justiça Ambiental”, que iniciou na Carolina do Norte, em 1982, e teve seu momento crítico em 1987, quando uma pesquisa realizada por uma comissão da igreja chegou à conclusão de que:

[..] a composição racial de uma comunidade é a variável mais apta a explicar a existência ou inexistência de depósitos de rejeitos perigosos de origem comercial em uma área. O fator raça revelou-se mais fortemente correlacionado à distribuição local dos rejeitos perigosos do que o próprio fator baixa renda. [...] Foi a partir desta pesquisa que o reverendo Benjamin Chavis cunhou a expressão "racismo ambiental" para designar "a imposição desproporcional - intencional ou não - de rejeitos perigosos às comunidades de cor.

* A Shell iniciou suas operações no bairro Recanto dos Pássaros na metade da década de 70. Em 2000, a fábrica foi vendida para a Basf, que a manteve ativada até o ano de 2002, quando houve interdição pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O acordo fixou a indenização por danos morais coletivos em R\$ 200 milhões, destinados a instituições indicadas pelo MPT, que atuam em áreas como pesquisa, prevenção e tratamentos de trabalhadores vítimas de intoxicação decorrente de desastres ambientais. Também ficou garantido o pagamento de indenização por danos morais individuais, na porcentagem de 70% sobre o valor determinado pela sentença de primeiro grau do processo, o que totaliza R\$ 83,5 milhões.

O mesmo percentual de 70% foi também utilizado para o cálculo do valor da indenização por dano material individual, totalizando R\$ 87,3 milhões. As duas indenizações devem ser pagas até sete dias após a homologação, que ocorreu nessa segunda, sob pena de multa de 20% e 10%, respectivamente, por período de atraso. (PORTAL NACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO, [2021?]).

Segundo Acsehrad (2002, p. 54),

[...] A luta pelo reconhecimento da desigualdade ambiental nos EUA deu passos importantes para a contestação do próprio modelo de desenvolvimento que orienta a distribuição espacial das atividades. O lema do movimento é "poluição tóxica para ninguém" e não simplesmente o de acarretar um deslocamento espacial da poluição, "exportando a injustiça ambiental" para os países onde os trabalhadores estejam menos organizados.

Nota-se, claramente, que o tratamento igualitário, geral e abstrato com relação à lei pode encobrir decisões administrativas autárquicas que possuem um forte viés preconceituoso e de tratamento desigual.

Do ponto de vista ambiental e urbano, considerando a gestão democrática da cidade, as decisões devem ser precedidas de audiências públicas, nas quais os atingidos por qualquer atividade potencialmente poluidora, que serão os que correrão os riscos diretos, decidam, a partir de seu consentimento informado, se aceitam ou não correr os riscos iminentes à atividade.

3.1 CRISE DA DEMOCRACIA E DO DIREITO LIBERAL

De acordo com a história, Winston Churchill (FRASES..., [2022?]) teria afirmado que “a democracia é a pior forma de governo, à exceção de todas as demais formas que têm sido experimentadas ao longo da história”.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), logo que Donald Trump chegou ao poder nos Estados Unidos da América, escreveram a obra “Como as Democracias Morrem”. Nela, os autores, com base no sistema norte-americano, afirmam que as pessoas perderam a confiança na

democracia representativa (o que também é descrito no livro e documentário “Salvando o Capitalismo”, de Robert Reich⁹). Nesse quadro, mesmo não sendo a prática dos partidos tradicionais norte-americanos, Donald Trump, um *outsider* da política, conseguiu chegar à Casa Branca. Vê-se que não estavam tão errados, haja vista os acontecimentos ocorridos na invasão do Capitólio, insuflados pelo próprio presidente, que não aceitou a derrota. No Brasil, de modo semelhante, mesmo tendo vencido as eleições, o presidente Jair Bolsonaro, por várias vezes, comandou manifestações que pediam a intervenção militar, com fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional e, até hoje, afirma que as eleições que ele próprio venceu foram fraudadas, porque deveria ter vencido já no primeiro turno.

Manuel Castells (2018, p. 24) atribui a descrença no sistema democrático à corrupção do sistema:

Embora a política espanhola seja uma das mais corruptas da Europa, a corrupção é um traço geral de quase todos os sistemas políticos, inclusive nos Estados Unidos e da União Europeia, e um dos fatores que mais contribuíram para a crise de legitimidade. Se os que devem aplicar as regras de convivência não as seguem, como continuar delegando a eles nossas atribuições e pagando nossos impostos? Costuma-se argumentar que se trata apenas de algumas maçãs podres e que isso é normal, levando em conta a natureza humana. Porém, com algumas exceções, como a Suíça e a Escandinávia (mas não a Islândia), a corrupção é uma característica sistêmica da política atual.

⁹ É um conselheiro econômico, professor, autor e comentarista político americano. Ele serviu na administração dos presidentes Gerald Ford e Jimmy Carter, bem como atuou como Secretário do Trabalho dos Estados Unidos de 1993 a 1997 sob Bill Clinton. Ele foi membro do conselho consultivo de transição econômica do presidente Barack Obama.

Como José Rodrigo Rodriguez (2019) esclarece, o sistema democrático garantiu às classes menos favorecidas que, a partir de suas demandas sociais, passassem a reivindicar a alteração da estrutura legal e, conseqüentemente, da sociedade. Essa possibilidade foi admitida desde a promulgação da CF/88 no Brasil, principalmente no caso urbano, sobre o direito fundamental à moradia e a reforma urbana, além do Estatuto da Cidade, que entrou em vigor em 2001. Mas toda a elaboração legislativa, em todos os entes da Federação, como notório, quase não alterou a realidade das cidades e de seus cidadãos.

A ditadura foi pródiga nesse sentido, ao aprovar leis que tinham o objetivo, unicamente formal, sem nem uma intenção de lhes dar eficácia, como foi o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), que previa a reforma agrária, causa do golpe do mesmo ano; a lei de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65), que tipificou crimes de policiais militares no exercício de suas funções; o Código Florestal (Lei n. 4.771/65), que já previa o respeito à Reserva Florestal em seu art. 16, mas cuja exigência somente foi questionada com o advento do Decreto n. 6.514/08, cujo art. 55 previu infração administrativa por seu descumprimento.

A tão aguardada reforma urbana se limitou a constituir instrumentos de gestão no que diz respeito aos índices de aproveitamento dos terrenos; estabelecer critérios arquitetônicos; normas contra incêndio e tantos outros. Porém, quanto à questão principal, não se tem notícias sobre a real intervenção do combate à especulação imobiliária, decorrente da mais valia urbana, a aplicação do IPTU progressivo, a fim de dar eficácia à função social da propriedade, que vise uma maior oferta de terrenos regulares, de acesso à população de baixa renda e que garanta o direito fundamental à moradia.

De acordo com José Rodrigo Rodriguez (2019, p. 69),

O ponto crucial a se compreender é a transformação sofrida pelo direito liberal burguês no início do século XX. Este direito deixa de funcionar como mero instrumento de dominação de classe e passa a ser veículo para a expressão de interesses variados.

A crise democrática é a crise da democracia representativa liberal formal, que permite a participação da população a eleições de representantes, mas o alija das reais decisões públicas. A princípio, a estrutura jurídica é legítima, pois construída por meio de representantes legítimos. Porém, as decisões do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário podem alterar seus efeitos, ou mesmo não aplicá-la. Torna-se um mecanismo tecnocrático, que se limita a cumprir e executar somente aquilo que não trará problemas ao gestor público, sem, realmente, ouvir e pensar nos reais problemas sociais. É o que esclarece José Rodrigo Rodriguez (2019, p. 93):

Ademais, como mostramos no capítulo anterior, a política oficial constitucional parece estar funcionando de costas para a sociedade., sintonizada mais com as demandas do mundo financeiro, responsável por financiar os déficits crescentes dos estados nacionais, o que está contribuindo para produzir crises de legitimidade da política ao redor de todo o globo. Os estados tornam-se cada vez menos capazes de expandir e efetivar direitos sociais, elementos responsáveis por elevar os gastos públicos e aumentar o custo da mão de obra, contrariando os interesses do capitalismo financeiro.

Os direitos sociais e difusos, como o direito à moradia e à cidade, dependem de políticas públicas, planejamento e vontade política. Ou seja, conforme já foi referido, com um modelo intervencionista keynesiano e não liberal, que objetiva o estado mínimo e a conquistas de direitos somente por meio do mercado, o direito perde seu poder de

força transformadora da sociedade, à medida que os espaços democráticos, como devem ser observados na gestão democrática da cidade, não são efetivados ou são reduzidos.

Aliás, isto não ocorre somente na gestão democrática da cidade, mas em todos os processos de participação direta da comunidade, mesmo nas decisões que lhes trarão externalidade negativas, como impactos ambientais. Um exemplo claro são as audiências públicas nos processos de licenciamento ambiental. Plenárias, nas quais o empreendedor se encarrega de levar à sessão seus empregados e futuros pretendentes a empregos, explanam somente as vantagens do empreendimento e criam um ambiente hostil a quem ouse levantar alguma questão negativa, chegando a cortar a palavra, em alguns casos. Ora, se a aprovação em audiência pública é uma forma de consentimento informado, a primeira e mais importante questão sobre a qual os “pacientes” devem ser conscientizados, evidentemente, é sobre os riscos que estarão correndo.

A experiência vivenciada pelo autor do presente artigo junto ao NEDUA lhe permite narrar que o grupo de trabalho realizou audiências públicas como forma necessária, exigida por lei, para o encaminhamento da Lei do Plano Diretor das cidades de Hulha Negra e de Candiota, a cujos chamados pouquíssimos cidadãos atenderam. Por óbvio, essa situação não pode servir de justificativa para sua não realização, além do fato de que os cidadãos não participam por dois motivos: porque não estão acostumados à participação direta nos processos de decisão de sua própria comunidade, bem como por não acreditarem que esses processos tenham condições reais de emancipação.

Não é por outro motivo que se está assistindo à emergência de movimentos antidemocráticos e autoritários em vários países. O motivo é que os liberais se conscientizaram de que a democracia não se limita à formalidade de eleições periódicas, mas cria uma possibilidade de reivindicações de novos direitos que determinarão a construção de modificações sociais. O direito, dessa forma, deixa de ter os contornos liberais, de mero instrumento de moralismos e de garantia do cumprimento dos contratos, para ser real fator de modificação social. (RODRIGUEZ, 2019).

Referida Lei da REURB, sem qualquer audiência prévia e editada, inicialmente, por Medida Provisória, demonstra claramente o viés autoritário de como o Estado, ao contrário de buscar uma solução de urbanização dos “aglomerados subnormais”, resolveu simplesmente consolidar a situação precária e de riscos dos moradores.

3.2 CRISE DO ESTADO E MULTINORMATIVIDADE

Os Estados não estão perdendo seu protagonismo e seu monopólio de regulamentação somente para outros atores internacionais, que determinam suas próprias constituições particulares, conforme preceitua Gunther Teubner (2016), mas também para o mercado. É uma disputa entre o livre mercado e sua regulamentação pelos Estados, que visa, em última análise, às garantias dos Direitos Humanos, positivados em direitos fundamentais, enquanto o mercado opera na lógica da competição, do mérito e do utilitarismo.

A polêmica contra os Direitos Humanos, não decorre, somente de preconceito contra delinquentes, cuja maior parte é composta por

pessoas negras e da periferia¹⁰. Mas também em face da posição liberal, contrária a políticas públicas de garantias de direitos sociais e difusos e à lógica de tributar a sociedade para promover políticas públicas para quem não teve mérito, como foi o exemplo do Bolsa Família.

Direitos Humanos não visam garantir somente as questões ligadas à liberdade individual, contra o encarceramento ilegal, mas contempla o direito à moradia, ao trabalho, à saúde, à cidade, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com exceção do direito ao meio ambiente, para os liberais não deveriam ser Direitos Humanos, mas sim, conquistas meritocráticas no livre mercado, tendo como exemplo os Estados Unidos, a maior democracia do mundo, para a qual os direitos sociais e difusos nunca foram reconhecidos como Direitos Humanos.

Porém, como os mercados se tornaram globais, a fragilização dos Estados foi uma consequência lógica, à medida que os Estados não têm competência para estabelecer normas internacionais. Além disso, organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), possuem esse poder e o exercem, em muitos casos, em nome do livre mercado internacional, concluindo que a legislação interna dos países, principalmente a ambiental, está impondo limites e criando dificuldades à liberdade comercial. Como exemplo, tem-se o caso do Brasil – *Retreaded Tyres* e tantos outros. (AMARAL JÚNIOR *et al*, 2009).

¹⁰ Segundo dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen), os jovens representam 54,8% da população carcerária brasileira. Em relação aos dados sobre cor/raça verifica-se que, em todo o período analisado (2005 a 2012), existiram mais negros presos no Brasil do que brancos. Em números absolutos: em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce o número de negros encarcerados. (BRASIL, 2015).

O que é chamado desregulamentação do mercado teve sua segunda onda a partir dos governos Thatcher e Reagan, na década de 80 do século passado, dando origem ao que se chama de neoliberalismo e globalização, que se aprofundou após o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e a queda do muro de Berlin, em 1989, cuja consequência foi a crise de 2008.

Ambos os autores se referem à redução do poder dos Estados, em virtude de terem perdido o monopólio de regulação social, tornando a solução de conflitos entre direitos muito mais complexa, pois há o ingresso de normas, ainda que com caráter de *soft law*, no interior dos Estados, não só pelas relações internacionais, mas no plano privado contratual.

Nas gestões das cidades não é diferente, tanto que a desigualdade econômica se reflete, claramente, na desigualdade espacial e de segregação no espaço urbano. Isto porque as gestões públicas partem do pressuposto de que a cidade é um livre mercado de produtos urbanos a céu aberto e que as pessoas somente podem se movimentar dentro desse jogo de poder.

De outro lado, há disposições da Organização das Nações Unidas (ONU) – que não são vinculativas como as da OMC, que visam a garantia dos Direitos Humanos. No caso urbano, a comissão HABITAT, se debruça sobre as questões urbanas, tendo estabelecido, em sua última Conferência, realizada em 2016 em Quito, Equador, uma agenda de gestão urbana, dos quais se destacam alguns fragmentos. (ONU, 2019, p. 3):

Até 2050, espera-se que a população urbana quase duplique, fazendo da urbanização uma das tendências mais transformadoras do século XXI. Populações, atividades econômicas, interações sociais e culturais, assim

como os impactos ambientais e humanitários, estão cada vez mais concentrados nas cidades, trazendo enormes desafios para a sustentabilidade em termos de habitação, infraestrutura, serviços básicos, segurança alimentar, saúde, educação, empregos decentes, segurança e recursos naturais, entre outros.

A agenda possui 66 páginas e é dividida em várias partes, uma das quais trata do Compromisso para o Desenvolvimento Urbano e Sustentável, que tem como eixos principais o desenvolvimento urbano sustentável para a inclusão social e a erradicação da pobreza; a prosperidade urbana sustentável e inclusiva e oportunidades para todos; e o desenvolvimento urbano ambientalmente sustentável e resiliente.

Como notório, o Brasil é integrante da ONU, e participou da Conferência HABITAT III em Quito, como faz desde sua criação. No entanto, o que se vê, na prática, foi a extinção do Ministério das Cidades e um total desconhecimento, por parte de grande maioria dos gestores públicos municipais, das obrigações assumidas pelo Brasil na referida Conferência.

Inobstante a essa estrutura global, que visa, em última análise, garantir a Dignidade da Pessoa Humana, a produção ilícita do solo urbano, gera um mercado imobiliário paralelo, específico e particular, desses imóveis. Há, uma normatividade própria, não expressa, que é cumprida entre as pessoas que vivem nessas condições. Um mercado que não só diz respeito à moradia, mas também a todas as atividades existentes nessas comunidades, como mercados, serviços de internet, que são geridos pela comunidade.

Nesse sentido, Nelson Baltrusis (2003, p. 216), se referindo ao caso do mercado imobiliário informal nas favelas de Paraisópolis e Nova Conquista ressalta:

A existência de um mercado imobiliário nas cidades brasileiras agindo à margem da legislação e ampliando a ilegalidade urbana não é recente. Na cidade de São Paulo, ele existe desde o começo do século; de acordo com Rolnik, a “legalidade urbanística foi sendo construída na cidade de São Paulo, ao mesmo tempo em que se construía uma zona de ilegalidade, que correspondia, grosso modo, aos assentamentos populares.

De acordo com ele, as associações de moradores atuam como uma espécie de cartório de registro, homologando os negócios e tendo um histórico de cada moradia e de atividades realizadas na comunidade.

4 A URBANIZAÇÃO A PARTIR DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Como já se afirmou, o direito urbanístico não pode resumir-se à normatividade de uma série de legislações que são aplicadas às cidades. Tampouco pode se limitar à dicotomia entre a cidade legal e a cidade ilegal, entre posse e propriedade, entre zoneamentos e limites de construção, entre público e privado, etc.

Conforme Neil Brenner (2018, p. 7-19),

Em uma crítica feminista incisiva de Habermas, Fraser (1989) formulou a famosa pergunta: “O que é crítico na teoria crítica?”. A pergunta de Fraser também pode ser feita no campo em discussão nessa edição da CITY: o que é crítico na teoria crítica urbana?

O direito urbanístico é um mosaico de conflitos sobrepostos sobre o mesmo espaço territorial, entre direitos e interesses intersubjetivos,

direitos coletivos e difusos, para todos os quais se busca garanti-los e se busca uma convivência social minimamente possível. É como um palimpsesto, isto é, vários escritos sobre o mesmo papiro, sobre o qual, retirando ou limpando o escrito de cima, pode-se ver o que estava escrito antes. Há sempre vários direitos e interesses conflitantes sobre o mesmo espaço territorial, quer privado ou público. Portanto, observar o urbanismo não significa observar os direitos de construir e seus limites, sem considerar serviços públicos de saneamento, energia elétrica, mobilidade urbana, coleta de resíduos e tantos outros.

Neil Brenner (2018, p. 7-19), nesse sentido, referindo-se a outros autores, traz a seguinte divisão:

Harvey (2006), amparado em Lefebvre, avança no **entendimento** a respeito do espaço urbano ao pensá-lo de modo tripartite: espaço material (o espaço da experiência e da percepção aberto ao toque físico), a representação do espaço (o espaço como concebido e representado) e o espaço de representação (o espaço vivido, das sensações, das emoções e significados). Por isso, o espaço urbano somente pode ser pensado em uma relação de tensão dialética entre o material, concebido e vivido, isto é, em uma perspectiva relacional entre tais níveis.

Poder-se-ia dizer, nos termos propostos por José Rodrigo Rodriguez, que se trata de uma multinormatividade não relacionada à origem das normas, mas à aplicação sobre um mesmo espaço territorial, que possui várias dimensões.

A desigualdade socioespacial não corresponde à condição da atuação da racionalidade jurídico-institucional, mas, a uma forma seletiva do planejamento urbano, da gestão fundiária e da regulação urbanística.

De acordo com Neil Brenner (2018), o sentido crítico sobre a urbanização envolve uma democratização do espaço urbano, socialmente justa e ambientalmente sustentável. Trata-se de uma crítica dos motivos da desigualdade e de segregação urbana, principalmente no que diz respeito à crítica do modelo econômico, bem como à forma de enfrentá-lo.

Envolve, como já dito, não apenas a observação sobre o contexto urbano e a situação precária da ocupação ilegal da produção do espaço urbano. Não remete somente à seletividade da infraestrutura, onde a cidade tem um valor de troca maior, mas a sua universalização, que engloba opções de gestão administrativa, efetivamente democráticas. Para isso, mesmo em momentos de neoliberalismo (pós-keynesianos), a discussão em torno desse modelo envolve a questão urbana.

Esse processo de urbanização não se esgotou com o êxodo rural, em virtude da mecanização e da revolução verde no campo, mas também e principalmente pelo processo de industrialização das cidades. Ele segue aprofundando a urbanização em grandes centros metropolitanos que concentram a atividade industrial e comercial, mormente com a digitalização do setor de serviços. Nesse sentido, o Estado é interventor, a partir da política de atração de multinacionais para gerar emprego, concentrando, gradativamente, todos os impactos sociais e ambientais sobre esses centros urbanos. Por meio de incentivos fiscais que passam a causar, cada vez mais, sérios problemas de mobilidade urbana, esgotamento sanitário e acesso à moradia. A demanda faz aumentarem os preços dos imóveis e, conseqüentemente, a pressão sobre a irregularidade e a clandestinidade.

Por outro lado, a omissão do Estado é evidente quanto à necessidade de intervenção para a garantia do direito fundamental à

cidade, por meio do IPTU progressivo e da função social da propriedade, assim como da prioridade da mobilidade urbana por meio do transporte individual.

Nesse sentido, assevera o Ministro Edson Fachin (FACHIN, PIANOVSKI, 2008, p. 19 e 23):

Pode-se dizer, sem embargo, que talvez a repercussão mais relevante da incidência do princípio da função social da propriedade para o Direito Civil seja um dado reflexo dessa funcionalização: a preocupação com a questão do acesso. [...] O caminho que pretende a construção de um direito civil emancipatório, em oposição àquele centrado no individualismo proprietário, passa, necessariamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito embora o Brasil, em 1988, tenha estruturado uma constituição a partir de um modelo do Estado do Bem-estar Social, as práticas administrativas e políticas, com exceção de corporativismos de alguns setores do serviço público, especialmente do Judiciário, ainda são refratárias à intervenção estatal, quando se trata de direito da propriedade. Intervenções estatais são um dever dos Municípios, relativamente ao planejamento urbanístico, não só visando uma cidade mais humanizada, uma cidade para pessoas e não para veículos, uma economia como meio e não como fim, pessoas humanas e não mercantilizadas.

A mobilidade individual é a opção do mercado para manter sempre alta a demanda por automóveis. Entretanto, como se sabe, considerando a era planetária do Antropoceno (DIAS, 2016), as mudanças climáticas são uma realidade incontestável e inconveniente, responsáveis por uma série de danos e mortes nas cidades.

As cidades ocupam 4% da superfície da Terra, mas consomem 85% de seus recursos. Geram mais de 80% do gás carbônico que é despejado na atmosfera. São o ponto central de produção, comercialização e consumo de todos os produtos, exceto a produção agrícola. E a própria sociedade é uma mercadoria. A emancipação urbana diz respeito ao fato de que a cidade deve ser pensada para as pessoas e não para o mercado. O valor de uso da cidade deve prevalecer sobre o valor de troca. Nesse sentido, Neil Brenner (2018, p. 195) destaca:

Em todo o mundo, arquitetos, paisagistas e *urban designers* progressistas e de mentalidade criativa têm se envolvido em projetos de *place-making*, propondo a criação de “cidades mais abertas”. Trata-se do mesmo tipo de cidade que, na formulação sucinta de Gerald Frug (2009), habilitaria “cada residente e visitante a sentir que ele ou ela pertence à cidade [...] independentemente da sua condição econômica, raça, religião ou orientação sexual, e de qualquer outra maneira que discrimine as pessoas em categorias”. Embora tais iniciativas sejam geralmente comandadas pelo Estado, bem como por promotores imobiliários e clientes corporativos, elas também vêm surgindo, na maioria das vezes, como resposta às lutas contra as formas de privatização, gentrificação, remoção, isolamento e exclusão socioespaciais desencadeadas no capitalismo pós-keynesiano e neoliberal.

Como Michael Hardt e Antonio Negri (2018, p. 266) sugeriram recentemente, “a metrópole contemporânea se converteu em um ponto de mobilização sociopolítica, cujo papel é análogo ao que desempenhou a fábrica durante a época industrial”.

O traço fundamental entre a urbanização e a teoria crítica da escola de Frankfurt, segundo a Associação Nacional de Pós-Graduação e

Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional¹¹, está ligado à instrumentalização da vida humana do cidadão e de localizar processos que devem estar identificados e comprometidos com a emancipação do cidadão urbano. Para Lefebvre (2001), o que está em jogo é a forma de construir conhecimento sobre a complexidade do fenômeno urbano e identificar obstáculos, para colocar em movimento o conhecimento e do interesse, segundo Habermas, para encontrar ou construir mecanismos emancipatórios. (BRENNER, 2018).

CONCLUSÕES

Parece não haver dúvidas de que o fenômeno urbano atual decorreu do processo evolutivo do sistema econômico capitalista. No Brasil, esse fenômeno experimentou uma evolução muito mais acelerada que nos demais países desenvolvidos. Esse fenômeno decorreu do êxodo rural em virtude da mecanização e da revolução verde ocorrida no campo, bem como da industrialização das cidades.

As condições dos moradores da periferia das cidades brasileiras, especialmente dos grandes centros metropolitanos, considerando o aprofundamento da urbanização, não garante o direito à moradia e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana. As cidades brasileiras são tão desiguais quanto a economia do país. Aliás, elas refletem, exatamente, a desigualdade econômica, o que demonstra que as cidades são um espaço dominado pelo livre mercado imobiliário, sem qualquer intervenção do Estado do Bem-estar Social, para garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Grade parte desse contexto

¹¹ XVIII ENANPUR – Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional. A construção do conceito de direito à cidade: uma proposta reflexiva. Anais dos Trabalhos ISSN 1984-8781. 2019.

decorre da desconsideração de instrumentos democráticos de gestão da cidade, como foi o exemplo do orçamento participativo, cuja prática foi sendo deixada para trás.

O aprofundamento da urbanização, ocorreu na direção contrária a que deveria ser, considerando que na forma do art. 3º da CF/88, o Estado deve trabalhar para reduzir suas desigualdades sociais e regionais. Não obstante, há uma série de programas de incentivos fiscais, pelo menos no Estado do Rio Grande do Sul, para atração de investimentos de grandes conglomerados internacionais, concentrados na região metropolitana, que aprofundam as mazelas das cidades, em virtude do aumento demográfico, dos resíduos, da mobilidade urbana, da falta de moradias e tantos outros.

Por outro lado, o instrumento de gestão democrática das cidades é desconsiderado. A União, no Governo Temer, por meio de uma Medida Provisória, sem qualquer audiência pública, conforme exige o Estatuto das Cidades, visou concretizar danos ambientais e situações de riscos, sem qualquer impedimento pelo Congresso Nacional, que posteriormente a transformou em Lei.

O sistema democrático liberal, formal e por meio de representantes, vem perdendo credibilidade e legitimidade, à medida que os Estados não cumpriram as promessas do Estado do Bem-estar Social. Pelo contrário, impediram que demandas sociais, principalmente as ligadas ao direito à cidade, não fossem cumpridas, porque elas dependem de políticas públicas. Porém, grande parte da sociedade, baseada em conceitos utilitaristas, meritocráticos e conservadores, bloqueou esse avanço civilizacional, ainda que grande parte da carga tributária seja suportada pela classe média e mais pobre,

uma vez que os tributos têm efeito regressivo, por sua maioria estar sobre o consumo.

Essa crise da democracia e do direito liberal se reflete diretamente na gestão democrática das cidades, retirando dos cidadãos a possibilidade da reivindicação de novos direitos ou mesmo da eficácia dos instrumentos já existentes, no sentido de garantir-lhes seus direitos fundamentais.

As gestões públicas municipais têm o dever de intervir do mercado da cidade, por meio de instrumentos legais e legítimos, a fim de garantir o direito à cidade e à emancipação. Tal emancipação significa que o valor de uso seja maior que o valor de troca, isto é, que a cidade seja voltada para os cidadãos. O processo de aprofundamento democrático é fundamental para isto, não só no sentido de que toda a decisão sobre a cidade deve ser precedida de audiência pública, mas também no tocante à formulação de leis que incidirão sobre ela. Antigamente, isso era impraticável, em grandes cidades, considerando a mobilidade urbana e o tempo necessário, mas com a internet essa é uma possibilidade factível, dependendo da vontade política.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, Curitiba, n. 5, p. 49-60, jan./jun. 2002. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/22116/14480>. Acesso em: 11 maio 2022.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do *et al.* **O Artigo XX do GATT, Meio Ambiente e Direitos Humanos**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.
- BALTRUSIS, Nelson. O mercado imobiliário informal nas favelas de Paraisópolis e Nova Conquista. FERNANDES, Edésio, ALFONSIN, Betânea. (Coord.). **A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BECK, Ulrick. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo: ed. 34, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Mapa do Encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra**. Brasília, DF:

Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2015. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias_seppir/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRENNER, Neil. **Espaços da urbanização: o urbano a partir da teoria crítica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrópoles, 2018.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo, 1 ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DIAS, Genebaldo Freire. **Antropoceno: iniciação à temática ambiental**. 2. ed. São Paulo: Gaia, 2016.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 9, n. 35, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/animas5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 11 maio 2022.

FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Delton Winter (org.). **Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas**. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019.

FRASES de Winston Churchill. In: "PENSADOR. [S. L., 2022?]. Disponível em: https://www.pensador.com/frases_de_winston_churchill/. Acesso em: 17 maio 2022.

GOBBI, Leonardo Delfim. Urbanização mundial. In: GLOBO: educação, geografia. [São Paulo, 2022?]. Disponível em: <http://educacao.globo.com/geografia/assunto/urbanizacao/urbanizacao-mundial.html>. Acesso em: 11 maio 2022.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução Janaína Marcoantonio. 51 ed. Porto Alegre: L&PM, 2020.

O DESMONTE do SUS em tempos de Bolsonaro. In: CEBES – Centro Brasileiro de Estudos da Saúde. Rio de Janeiro, 16 dez. 2019. Disponível em: <http://cebes.org.br/2019/12/o-desmonte-do-sus-em-tempos-de-bolsonaro/>. Acesso em: 06 fev. 2021.

OLIVEIRA, Elida. MEC prevê corte de R\$ 4,2 bilhões no orçamento para 2021. In: G1. [São Paulo], 10 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/>

2020/08/10/orcamento-do-mec-preve-corte-de-r-42-bilhoes-para-2021.ghml.

Acesso em: 06 fev. 2021.

PORTAL NACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO. Caso MPT x Shell-Basf: acordo histórico encerra maior ação da Justiça do Trabalho. In: JUSBRASIL, [S. l., 2021?]. Disponível em: <https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100493300/caso-mpt-x-shell-basf-acordo-historico-encerra-maior-acao-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 6 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Nova agenda urbana**. Quito: ONU, 2019. Disponível em: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

IBGE disponibiliza dados sobre Aglomerados Subnormais do país. In: MUNDOGeo. [S. l.], 28 maio 2020. Disponível em: <https://mundogeo.com/2020/05/28/ibge-disponibiliza-dados-sobre-aglomerados-subnormais-do-pais/>. Acesso em: 11 maio 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ANÁLISES SOCIAIS E ECONÔMICAS (IBASE). **Pesquisa do Ibase revela Indicadores de Cidadania do Complexo do Alemão**. [S. l.], 23 jul. 2020. Disponível em: <https://ibase.br/2020/07/23/pesquisa-do-ibase-revela-indicadores-de-cidadania-do-complexo-do-alemao/noticias/>. Acesso em: 04 fev. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Relatório brasileiro para a habitat III**: relatório aprovado pelo Conselho das Cidades no dia 17 de setembro de 2015 e pelo Grupo de Trabalho Habitat, instituído pela Resolução Administrativa nº 29 de 2014 do Conselho das Cidades. Brasília: ConCidades, IPEA, 2016. Disponível em: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/National-Report-LAC-Brazil-Portuguese.pdf>. Acesso em: 11 maio 2022.

KNUST, Karine. Tragédia na Serra do RJ completa dez anos; R\$ 500 milhões ainda devem ser investidos em obras. In: G1. [São Paulo], 11 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2021/01/11/tragedia-na-serra-do-rj-completa-dez-anos-r-500-milhoes-ainda-devem-ser-investidos-em-obras.ghml>. Acesso em: 05 fev. 2021.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

LEVITSKY, Steven; SIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades:** alternativas para a crise urbana. 7. Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas:** democracia, diversidade e multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

SABAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

STUDIO FISCAL. A distribuição dos impostos frente ao Pacto federativo no Brasil. In: **Jusbrasil**, [S. l., 2022?]. Disponível em: <https://studiofiscal.jusbrasil.com.br/artigos/158223841/a-distribuicao-dos-impostos-frente-ao-pacto-federativo-no-brasil>. Acesso em: 17 maio 2022.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

VELASCO, Clara. Raio X do saneamento no Brasil: 16% não têm água tratada e 47% não têm acesso à rede de esgoto. In: G1. [São Paulo], 24 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/08/10/orcamento-do-mec-preve-corte-de-r-42-bilhoes-para-2021.ghtml>. Acesso em: 06 fev. 2021.

8

O DIREITO DE GREVE COMO LIBERDADE DE INSURREIÇÃO

*Rafael Selicani Teixeira*¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral investigar em que medida o conceito de liberdade de insurreição pode servir de base teórica para o desenvolvimento de um direito de greve mais efetivo na pacificação de conflitos trabalhistas, uma vez que atualmente o ordenamento jurídico, principalmente a legislação infraconstitucional e as decisões do Supremo Tribunal Federal, tem reduzido sobremaneira o potencial de liberdade dos movimentos grevistas dos trabalhadores brasileiros. Como objetivos específicos, este texto visa: a) analisar como se caracterizam os conflitos trabalhistas no Brasil, mormente quanto à formação colonial das relações de trabalho e o desenvolvimento dessas em um capitalismo periférico; b) examinar como o ordenamento jurídico brasileiro reduz de forma acentuada o exercício das manifestações grevistas; e c) estudar o conceito de liberdade de insurgência, de modo a demonstrar que tal conceito pode ser adequado

¹ Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP. Graduado em Direito pela UEM. Membro do Grupo de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS e do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH). Analista Judiciário no TRT4 e professor de Direito Processual do Trabalho e Prática Processual Trabalhista na UNIFIN. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0964047420167332>. E-mail: rafa_texa@hotmail.com.

para fundamentar teoricamente o exercício do direito de greve no Brasil.

O texto será dividido em três capítulos: no primeiro, serão abordados de forma breve alguns aspectos importantes relacionados com a formação da mão-de-obra no Brasil, caracterizada por relações coloniais desenvolvidas e que se refletem até os dias atuais na sociedade brasileira, bem como os conflitos sociais decorrentes; no segundo capítulo, serão analisadas as previsões legais relacionadas ao direito de greve, bem como, o entendimento atual do STF quanto à legalidade ou não dos movimentos grevistas, evidenciando-se como o ordenamento jurídico brasileiro limita de forma acentuada o exercício do direito de greve; por fim, no último capítulo, será analisado o conceito de liberdade de insurreição, desenvolvido pelo prof. José Rodrigo Rodriguez, e em que medida tal conceito pode servir de fundamento teórico para o exercício pleno e efetivo do direito de greve no âmbito social brasileiro.

Esta pesquisa científica foi realizada pelo método hipotético-dedutivo, pois tenta mostrar que o direito de greve como previsto no ordenamento jurídico brasileiro reduz as potencialidades do exercício de greve na pacificação dos conflitos trabalhistas, indicando que o conceito de liberdade de insurreição, desenvolvido pelo prof. José Rodrigo Rodriguez pode ser um fundamento teórico importante para uma mudança de paradigma no direito de greve, possibilitando que tal instituto possa de fato propiciar a pacificação coletiva dos conflitos sociais no âmbito das relações de trabalho. Ainda, a técnica de pesquisa utilizada é a revisão bibliográfica. Foram utilizados livros e artigos que analisam o contexto brasileiro no que tange à formação das relações de trabalho no Brasil, a previsão no ordenamento jurídico do direito de

greve e a forma como o Supremo Tribunal Federal tem analisado o exercício de tal direito, e a construção teórica da liberdade de insurreição desenvolvida no livro “Direito das Lutas”, do prof. José Rodrigo Rodriguez.

2 AS ORIGENS DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL

Não há nenhum céu social acima de nossas cabeças, o que há é apenas nós e o conjunto de laços, de amizades, de inimizades, de proximidades e de distâncias efetivas que experimentamos. Não há nada senão vários nós, potências eminentemente situadas e sua capacidade para estender as ramificações no seio do cadáver social que se decompõe e recompõe sem parar. (COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 231).

As relações de trabalho brasileiras deitam raízes no passado colonial. Tal fato condiciona toda e qualquer análise do ordenamento jurídico trabalhista, uma vez que toda a construção jurídica nacional tem como pressuposto a pacificação dos conflitos sociais oriundos das relações trabalhistas. Neste sentido, é evidente que a produção legislativa, a atuação dos tribunais e as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado em matéria trabalhista devem observar esse passado colonial. Leia-se colonial, escravocrata e racista.

O trabalho no Brasil foi, e permanece sendo, profundamente marcado pelas relações exploratórias coloniais que se desenvolveram tanto no período colonial quanto no período posterior à independência, uma vez que, segundo o professor Jorge Luiz Souto Maior, a lógica europeia na época em franco desenvolvimento do capitalismo industrial era a exploração das novas terras descobertas para a obtenção de matéria-prima para os países centrais europeus (MAIOR, 2017, p. 34). Neste sentido, Souto Maior esclarece que o pequeno lavrador, que visava

apenas sua satisfação individual, não correspondia aos interesses capitalistas recém surgidos, principalmente na Inglaterra, onde a revolução Industrial estava a todo vapor. A opção obviamente mais condizente com a exploração de matéria-prima era o grande latifúndio. A questão era como obter mão-de-obra suficiente para tal projeto (MAIOR, 2017, p. 34).

Como sintetiza Caio Prado Junior, Portugal não possuía população suficiente para fornecer a mão de obra necessária e muito menos “o português, como qualquer outro colono europeu, não emigra para os trópicos, em princípio, para se engajar como simples trabalhador assalariado do campo” (PRADO JUNIOR, 2011, p. 126-7). Quanto aos povos autóctones, no Brasil, há uma escassez, bem como uma total inadaptação dos que aqui residiam ao trabalho organizado exploratório que a agricultura colonial exigia. Soma-se a isso, o conflito que existiu entre os colonos portugueses e os jesuítas² que aqui se estabeleceram.

Fundamentada em uma razão econômica que permeou todas as atividades colonizadoras portuguesas, a solução encontrada foi a escravização de pessoas oriundas da África³. Neste sentido, o professor Souto Maior (2017, p. 14) ressalta que o escravismo moderno, diferentemente da escravização clássica, foi o motor de desenvolvimento do capitalismo, pois possibilitou, inclusive no que se refere ao tráfico, a geração e acumulação de riqueza para as colônias

² Para os colonos, os índios eram vistos somente como mão de obra necessária para a produção da cana de açúcar e extração dos lucros. Os jesuítas pretendiam a catequização dos índios, muito embora não eram em princípio contrários à escravização do indígena.

³ Segundo dados do Projeto *Transatlantic Slave Trade* (www.slavevoyages.org), citado por Tarcísio R. Botelho, entre 1530 e 1856 o número de africanos escravizados e trazidos compulsoriamente para o Brasil foi de 12.331.639, correspondendo a 44,9% do total de africanos escravizados enviados para América e Europa, sendo a região do mundo que mais recebeu africanos escravizados e onde o tráfico teve maior duração. (BOTELHO, TARCÍSIO R. 2017, p. 43-4).

européias, de modo que “embora as condicionantes fossem econômicas, a justificativa da escravidão negra, construída posteriormente, foi cultural e pretensamente científica, de índole racista” (MAIOR, 2017, p. 15). O que significa que desde logo, foi necessário que os negros, trazidos da África na condição de escravizados, se adaptassem, aceitando sua condição de sujeição ao trabalho do senhor. Em outras palavras, o negro escravizado trazido em condições cruéis e totalmente insalubres nos navios negreiros, ou tumbeiros,⁴ quando chegavam ao Brasil tinham mais chance de sobreviver se desenvolvessem laços pessoais com o senhor, criando-se relações de obediência e fidelidade (MAIOR, 2017, p. 16). “A relação se desenvolve na perspectiva do favor e da gratidão, que atinge mesmo forros e libertos, vez que a manutenção dessa condição estava quase sempre condicionada aos atos posteriores por essas pessoas e à manutenção do “bom humor” do senhor” (MAIOR, 2017, p. 16).

Esta análise feita por Souto Maior explica muito a relação que ainda persiste nas relações de trabalho atuais. É interessante notar que, diante da falta de postos de trabalho suficientes para todos os trabalhadores, aqueles que conseguem finalmente se empregar, em grande parte das vezes se submetem a condições precárias de trabalho, jornadas extensas, sub-remunerações e aos mais variados tipos de assédio, dentre outras situações indignas. A ideia que permanece é que a de que o empregador, mesmo assim, fez um favor em contratar o trabalhador e tirá-lo da situação de miséria ocasionada pelo desemprego que, repita-se, é estrutural no Brasil. A situação é similar e

⁴ As condições de transporte nos tumbeiros contam uma história à parte no horror do tráfico. Os traficantes carregavam um número alto de cativos, cientes de que, apesar do aumento da mortalidade, os lucros estariam garantidos. (REIS *et al.*, 2017, p. 102).

lembra as condições dos escravos que chegavam no Brasil praticamente sem forças e, paradoxalmente, viam no senhor um benfeitor.

Por outro lado, segundo o sociólogo Lucio Kowarick, o regime de trabalho escravo resultou na exclusão de todas as pessoas que, não sendo escravas, também não eram senhores. Como o sistema agroexportador organizado no Brasil impossibilitou o desenvolvimento do mercado interno brasileiro, o trabalho que restava para quem não era escravo e nem senhor de terras, era aquele ocasional em pequenas atividades de subsistência, que obrigava os livres e libertos a perambularem pelos espaços rurais e núcleos urbanos em desenvolvimento sem qualquer destino (KOWARICK, 2019, p. 16). A análise feita por Kowarick demonstra que mesmo durante o regime de escravização do negro, e posteriormente quando da chegada do imigrante europeu, o trabalhador livre nacional sofria com a imagem de vadio, indolente e indisciplinado (KOWARICK, 2019, p. 114). Por motivos óbvios, o livre e o liberto não tinham qualquer interesse em permanecer trabalhando nos grandes latifúndios, onde a exploração violenta foi mantida, em não raras exceções, piores que na época da escravização do negro africano. Mesmo, em São Paulo, onde havia o início de atividades industriais, o trabalhador nacional permaneceu excluído das tarefas nas fábricas, acentuando-se nos casos dos negros e mulatos, evidentemente pela cor da pele que evidenciava o passado da escravidão (KOWARICK, 2019, p. 120).

A dificuldade encontrada tanto pelos colonizadores no Brasil quanto pelos primeiros capitalistas europeus foi a mesma: a negativa dos trabalhadores livres em trabalhar o suficiente para a obtenção dos lucros programados pelos empregadores, impedindo que a racionalização econômica pudesse ser atingida no seu máximo.

Portanto, não somente ocorreu uma revolução industrial na Europa, com a potencialização dos métodos produtivos e adaptações inventivas, mas também, como aponta André Gorz, como uma “subversão do modo de vida, dos valores, das relações sociais e das relações com a natureza, uma invenção, no sentido pleno do termo, de algo que jamais existira antes” (GORZ, 2003, p. 30). No Brasil se deu o mesmo, tanto com as populações que aqui já habitavam, como com relação aos escravizados africanos que aqui desembarcaram. Contudo, referido processo foi mais acentuado nas terras brasileiras uma vez que a divisão colonizador e colonizado, europeu e não-europeu, branco e não-branco, se somava à já existente relação de classe, capitalista e trabalhador.

E ainda, há necessidade de analisar a importância do imigrante europeu na formação do mercado de trabalho no Brasil. A grande onda de imigrações⁵ que aconteceu no Brasil a partir da abolição da escravidão foi resultado direto da necessidade de se ter abundância de trabalhadores, de forma que o valor do trabalho fosse reduzido. Inicialmente, houve uma tentativa de imobilização do trabalhador imigrante nas fazendas por meio de coação extraeconômica. Os contratos pactuados tinham duração mínima e o seu não cumprimento poderia resultar em prisão, caso o imigrante deixasse de cumprir as cláusulas pactuadas, sendo a principal delas o reembolso dos valores pagos no transporte (KOWARICK, 2019, p. 92). Diante dessa situação, o fazendeiro mantinha a situação de superexploração do trabalhador que já existia na época da escravização dos negros africanos.

⁵ Segundo dados do Anuário Estatístico do Brasil citados por Tarcísio Rodrigues Botelho, o total de imigrantes europeus que chegaram no Brasil entre 1820 e 1950 foi de 4.838.943 (BOTELHO, TARCÍSIO R. 2017, p. 49).

Portanto, é inegável que os programas de imigração organizados pelo governo brasileiro, novamente tinham como principal fundamento a razão econômica. Conforme aponta Kowarick, há uma coletivização dos custos de transporte dos imigrantes, por meio de financiamentos governamentais, de modo que “a violência inerente ao processo de fixação pelo endividamento é substituída por formas politicamente mais viáveis” (KOWARICK, 2019, p. 95).

Outro reflexo crucial para o estudo da abundância de mão de obra ocasionada pela importação de trabalhadores europeus é o acirramento da concorrência entre os próprios trabalhadores pelas vagas existentes, o que dificulta ainda mais a organização coletiva e, conseqüentemente, a possibilidade de reivindicações por melhores condições de trabalho⁶. Neste sentido, no início do século XX, a ideia predominante que se tinha quanto às greves e manifestações de trabalhadores era extremamente negativa.

Assim, qualquer ação coletiva, sobretudo no âmbito sindical, recebe uma reprovação de ordem moral, que é reforçada por duas ordens de ideias: primeiro, a de que como o sindicalismo foi introduzido no Brasil por obra dos imigrantes, tendo sido incentivado por teorias anarquistas, a ação sindical seria, ao mesmo tempo, obra de estrangeiros, não integrados no sentido de “nação” brasileira, do povo cordial e simples, e de anarquistas ou comunistas, que desrespeitam as tradições de “nosso povo”, incluindo,

⁶ Everardo Dias expõe com extrema clareza a dificuldade de integração dos imigrantes e formação de uma classe trabalhadora uniforme no Brasil no início do século XX, ao afirmar que “[...] não seria com gente assim [os imigrantes], com uma massa cujo pensamento estava voltado para suas terras de origem, com ideias arraigadas de nacionalismo, às vezes até exacerbado, deprimindo o próprio país e as gente, onde vinha viver e ganhar a vida apontando como estigma as doenças tropicais, as pragas, os insetos, a insegurança pessoal; exprimindo-se mal e olhando com desprezo para os habitantes, considerados tipos inferiores (negros, mulatos, caboclos), vadios, indolentes, dados à embriaguez, mal vestidos, mal alimentados, sem moral, enfim”. (DIAS, Everardo, 1962, p. 40).

principalmente, a religião católica, constituindo-se esta segunda forma de rechaçar a ação sindical. (MAIOR, 2017, p. 21).

Após o declínio da produção cafeeira, no sudeste brasileiro, local de destino da maioria dos imigrantes, o êxodo rural possibilitou o desenvolvimento industrial de algumas importantes cidades brasileiras, como Rio de Janeiro e São Paulo. Em São Paulo, por exemplo, o braço nacional continuava relegado a uma posição de inferioridade. Segundo Kowarick, se manteve o quadro de exclusão social para os trabalhadores brasileiros, que seria a tônica da realidade brasileira durante todo o século XX, especialmente no que tange ao negro e ao mulato, sendo considerados como trabalhadores de segunda qualidade (KOWARICK, 2019, p. 130).

O Brasil do século XX então possui uma mão-de-obra formada por braços negros, filhos dos escravizados, caboclos, filhos da miscigenação e de imigrantes europeus, filhos dos primeiros portugueses ou vindos diretamente de outros países europeus, como italianos, espanhóis, poloneses, ucranianos, alemães e tantos outros. Essa mistura proporciona uma troca de experiências culturais e históricas única, formando aquilo que viria a se tornar o trabalhador brasileiro. Evidentemente, o objetivo aqui não é tentar traçar um estereótipo. Justamente ao contrário, o que se busca neste momento é demonstrar que a classe trabalhadora brasileira é extremamente heterogênea e miscigenada, o que proporciona inúmeros conflitos mesmo dentro dos movimentos de trabalhadores. Por certo que a base preta da classe trabalhadora precisa ser enfatizada e destacada sob pena da impossibilidade de entender e analisar os próprios conflitos entre trabalhadores e empregadores. A questão não foi e nunca será

meramente trabalhista. As reivindicações ultrapassam os meros aspectos contratuais.

“[...] apesar do racismo e das diversas barreiras sociais e econômicas, certamente no sentido de buscar enfrentá-las, homens e mulheres de ascendência africana e de cor negra constituíram redes de sociabilidades, estiveram imbuídos em uma cultura associativa que conferiu a suas ações um caráter político”. (MENDONÇA; FABRIS, 2019, p. 92).

Imperioso destacar que a influência do anarquismo nos primeiros imigrantes, refletia uma estratégia de luta direta, por meio de uma perspectiva de insurreição geral dos explorados, com intuito de destruição da exploração capitalista e instauração de uma ordem libertária (KOWARICK, 2019, p. 131), fortalecendo a ideia de que as reivindicações, já naquela época, não se limitavam a aspectos meramente contratuais, abarcando também interesses sociais amplos, inclusive em função da omissão estatal em aspectos básicos de cidadania, como moradia, transporte e alimentação.

Mesmo com a abolição formal da escravidão e rompimento dos laços formais entre a metrópole e a colônia, a figura do homem e da mulher preta no Brasil continuou sendo marcada pelo signo do preconceito e da exclusão, as quais permanecem sendo até hoje uma marca significativa na realidade trabalhista brasileira. Os trabalhadores e trabalhadoras negros trabalham em piores condições e recebem menos, sendo que quando se insere o quesito gênero, a exploração se aprofunda mais, mostrando que as mulheres pretas brasileiras sofrem a desigualdade de forma mais aguda e cruel⁷.

⁷ Segundo a pesquisa Desigualdades Sociais por Cor ou Raça publicada em 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres pretas ou pardas receberam em 2018 metade dos salários dos homens brancos (44,4%) e o rendimento médio mensal das pessoas ocupadas brancas (R\$2.796,00)

Diante das peculiaridades do passado colonial que marcam as relações de trabalho no Brasil, é evidente que os conflitos sociais oriundos das relações de trabalho têm como pano de fundo não só a dicotomia classista (trabalhador e patrão), mas também questões racistas e de gênero. Os interesses dos trabalhadores não se limitam a pretensões salariais ou de benefícios materiais na relação de trabalho. Trata-se de reivindicações que perpassam também os preconceitos e explorações sociais a que são submetidos. A insurgência existente nos movimentos grevistas, também estão ligadas ao preconceito e exploração decorrentes dos laços coloniais do racismo e do trabalho feminino inferiorizado.

Contudo, como será analisado no tópico seguinte, o ordenamento jurídico brasileiro, especificadamente no que tange aos conflitos coletivos de trabalho, se omite e rejeita frontalmente outras pautas de reivindicação que não sejam aquelas relacionadas aos direitos trabalhistas estritamente ligados ao contrato de trabalho, afastando, portanto, disputas denominadas pelos Tribunais, como de cunho político. Em outras palavras, seja no que se refere à organização sindical, e essa é uma crítica que deveria ser mais aprofundada pela academia*, seja quanto aos movimentos grevistas, o ordenamento jurídico não enxerga nem o racismo e nem o trabalho feminino como potenciais motivos de insurgência, quando ambos são inerentes às

foi 73,9% superior ao das pretas ou pardas (R\$1.608,00). A pesquisa ainda destaca que além de ganharem menos, pretos ou pardos representam cerca de 2/3 da população desocupada (que totalizavam em 2018, 12 milhões de pessoas) e 66,1% do grupo dos subutilizados, que inclui, além dos desocupados, os subocupados e a força de trabalho potencial. Em relação à distribuição de renda, o a pesquisa aponta que os pretos ou pardos representavam 75,2% da camada mais pobre do país (10% com menos rendimentos). Dentre os 10% mais ricos, eram apenas 27,7%. (IBGE, 2019)

* Não obstante a existência recente de alguns estudos sociológicos relacionando os movimentos sindicais com gênero e raça, a doutrina jurídica ainda tem forte tendência em não se aprofundar e trabalhar de forma interseccional.

reivindicações e insurgências que resultam nos movimentos grevistas. No Brasil, tanto o racismo quanto as questões de gênero no trabalho são latentes e ensurdecedoras, o que evidencia que o seu não reconhecimento explícito pelo ordenamento jurídico, resulta no reforço dos laços de colonialidade existentes nas relações de trabalho brasileiras.

3 O DIREITO DE GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nem sequer faltam marxistas para se interrogar, com apenas um século de atraso, se não conviria reavaliar o caráter territorial de tantas greves, de tantos combates de fábrica que, feitas as contas, envolvem regiões inteiras, e não só os operários, e cujo terreno talvez fosse a vida do que a simples relação salarial. (COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 223).

A presença real de desigualdades sociais diretamente ligadas à colonialidade ainda existente, exige uma postura crítica frente ao ordenamento jurídico brasileiro. A questão é urgente e central, sob pena de total ineficácia do sistema jurídico, que é bom lembrar, tem como principal função a pacificação dos conflitos sociais. Como poderia falar-se em normas jurídicas eficazes que desconsideram questões tão marcantes e determinantes dos conflitos sociais? Ou ainda, qual seria a legitimidade de decisões judiciais que inobservam questões de gênero ou de raça? Especificamente no âmbito trabalhista, não há como separar os efeitos da colonialidade do desenvolvimento de relações trabalhistas, primeiro porque a colonialidade sempre marcou a organização do trabalho no Brasil, como visto no tópico anterior, e segundo porque a realidade confirma que raça e gênero ainda são fatores que causam desigualdades nas relações de trabalho.

Portanto, será analisado neste tópico os principais aspectos do ordenamento jurídico trabalhista relacionado ao exercício do direito de greve. Em que medida a Constituição Federal brasileira assegura tal direito? Quais as limitações expressas e implícitas ao referido exercício, presentes nas leis infraconstitucionais? E, em especial, será analisado como os tribunais brasileiros têm entendido e aplicado os dispositivos legais sobre greve.

A Constituição Federal brasileira prevê, no artigo 9º, de forma direta e explícita o direito ao exercício de greve, prevendo inclusive que os interesses a serem defendidos e a oportunidade do seu exercício será definida pelos próprios trabalhadores, demonstrando que o interesse da sociedade brasileira, representado naquele momento pela Assembleia Nacional Constituinte, era de possibilitar o mais amplo exercício de greve possível. A exceção prevista no §1º remete somente à necessidade de lei infraconstitucional quanto às atividades essenciais e necessidades individuais inadiáveis, bem como às penalidades decorrentes de abusos que venham a ocorrer no exercício das paralisações.⁹ A Constituição ainda prevê no artigo 37, VII o direito de greve aos servidores públicos civis, a ser exercido nos termos e limites de lei específica, a qual mesmo após mais de 20 anos, não foi publicada¹⁰, bem como prevê no artigo 142, §3º, IV a proibição de greve para os militares.

⁹ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

¹⁰ O direito de greve dos servidores públicos civis da iniciativa pública tem previsão em norma constitucional de eficácia limitada e, em razão da omissão do Poder Legislativo, o STF, nos autos dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, adotou posição concretista geral, determinando a aplicação temporária ao setor público, no que couber, da Lei de Greve vigente no setor privado, até que o Congresso Nacional edite uma lei regulamentadora.

Logo, a conclusão é que com exceção do funcionalismo público e das Forças Armadas, o direito de greve não possui qualquer limitação quanto aos motivos e oportunidade de exercício, observado, no caso de atividades essenciais e das necessidades individuais inadiáveis, o que a lei 7.783/89 regulamenta.

A análise atenta da referida lei mostra inúmeras incorreções e dispositivos que extrapolam a autorização constitucional, que é somente a regulamentação quanto às atividades essenciais e aos serviços individuais inadiáveis, ou seja, qualquer caso que não se enquadre nessas duas hipóteses encontra-se em descompasso com o previsto no artigo 9º da Constituição, e consequentemente com a vontade da sociedade brasileira. Neste texto, a análise se deterá em três dispositivos específicos da lei 7.783/89, nos quais a limitação do exercício de greve fica patente: parágrafo único do artigo 1º, artigo 3º e artigo 14.

Logo no parágrafo único do artigo 1º da lei 7.783/89 nota-se a primeira tentativa de limitação ao exercício da greve pelo legislador ordinário, o qual dispõe que o direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei, contrariando, portanto, o artigo 9º da Constituição, conforme já analisado que prevê que a escolha do momento e dos interesses deve ser feita pelos próprios trabalhadores, não fazendo qualquer menção a lei ordinária posterior. Logo, não há como juridicamente aceitar-se que uma lei ordinária limite o exercício de um direito previsto constitucionalmente, sob pena da vontade do legislador ordinário prevalecer sob a vontade do constituinte.

Outro ponto interessante para o presente estudo é a previsão contida no artigo 3º da lei de greve¹¹, a qual condiciona a cessação coletiva de trabalho a uma tentativa de negociação ou à frustração de recursos pela via arbitral. Novamente percebe-se que o legislador infraconstitucional coloca limitações ao exercício do direito de greve, previsto na Constituição sem qualquer autorização do constituinte, caracterizando novamente uma limitação injustificável do direito constitucional de greve. Por certo que a lei ordinária poderia prever tais tentativas de negociação e fomentá-las, mas de forma alguma se mostra razoável e justificável que tal procedimento seja previsto como condição para o exercício de greve.

Por fim, o artigo 14 da lei 7.783/89 prevê que se caracteriza como abuso do direito de greve, além das inobservâncias das normas contidas na lei, a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Neste ponto, novamente fica evidente a forte limitação sofrida pelo exercício de greve, uma vez que a realidade mostra inúmeros casos nos quais o conflito social trabalhista que originou a greve não fora devidamente pacificado, seja pela negociação, seja por decisão proferida pela Justiça do Trabalho, situações que, segundo a lei, caso houvesse nova deflagração de greve, esta seria considerada abusiva. Um exemplo corriqueiro desta hipótese, são as decisões judiciais que determinam o desconto do ponto dos grevistas, a compensação de horas, ou ainda o não atendimento das reivindicações iniciais.

¹¹ Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

A reflexão que se propõe é no sentido de que a greve, como fato social, pode e deve ser exercida da forma mais ampla possível, uma vez que é o único instrumento de força que os trabalhadores possuem para que suas reivindicações sejam atendidas. Em uma perspectiva histórica, é interessante destacar que na greve de 1917¹², o Comitê de Defesa Proletária, reunido com mais 36 associações operárias e várias comissões de grevistas, elaboraram uma lista de 15 reivindicações. Dentre elas, além de 8 reivindicações em face dos empregadores industriais, foram exigidas outras de caráter popular dirigidas ao governo, como barateamento de gêneros de primeira necessidade, adoção de medidas para evitar a ação de açambarcadores e dos especuladores, providências para impedir a adulteração de alimentos e redução nos preços dos aluguéis (LOPREATO, 2019, p. 20). Não há dúvidas que a greve, para o trabalhador, é o grande instrumento de insurgência e de reivindicação para melhoria não só das condições de trabalho, mas de vida em geral.

A realidade mostra, inclusive, que a manutenção da greve por demasiado tempo é prejudicial de igual forma ou ainda pior para os trabalhadores que se veem privados de seu sustento durante o período de paralisação. Em inúmeras profissões, não há reserva financeira coletiva para manutenção da greve por período superior a um mês, o

¹² A greve geral de 1917 foi um movimento paredista que teve a adesão de cerca de 100 mil trabalhadores somente em São Paulo (com população estimada em 500 mil pessoas). Em 09 de julho de 1917, a morte de José Iniguez Martinez, sapateiro de 21 anos, baleado durante o confronto entre a polícia e os grevistas, deu vida ao movimento. No mesmo dia foi formado o Comitê de Defesa Proletária (CDP), que nos dias seguintes se reuniria com 36 associações operárias e várias comissões de grevistas para elaboração da pauta de reivindicações. Durante uma semana, houve forte repressão da polícia, tendo fim somente em 16 de julho, com a decisão tomada em praça pública pela suspensão da greve. (LOPREATO, 2019, p. 20).

que por si só resulta em situação dramática e de necessidade vital do trabalhador.

Outra questão a ser levantada é com relação ao trabalho ser a principal forma de subsistência da imensa maioria dos brasileiros, o que leva a necessidade de se perceber o trabalho não somente como questão contratual entre particulares, mas sim como questão social que envolve outros aspectos como moradia, transporte, alimentação, saúde pública, educação. A existência de locais de trabalho distantes das residências dos trabalhadores, inexistências de vagas em creches ou em escolas infantis, ausência de transporte público regular e que os atenda de forma satisfatória, por exemplo, são pontos que influenciaram diretamente nos contratos de trabalho. Tais hipóteses poderiam ser pauta de reivindicação de movimentos paredistas? Ou ainda, aprofundando mais a reflexão: políticas econômicas de austeridade, como as recentes reformas trabalhistas (Lei 13.467/17) e reforma da previdência (EC 103/19), privatizações, que inegavelmente alteram as relações de trabalho, prejudicando diversos direitos trabalhistas, poderiam ser consideradas motivo justificado para a deflagração de movimentos grevistas?

O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que não. As decisões do TST apresentam forte tendência no sentido de identificar o caráter político do movimento paredista, tendo como consequência a caracterização de sua ilegalidade ou abusividade. O rótulo de “greve política” e, conseqüentemente, o não reconhecimento de sua legitimidade se deu nas mais variadas situações, o que apenas evidencia que de fato o ordenamento jurídico brasileiro se mostra incapaz de solucionar os conflitos coletivos oriundos das relações de trabalho sem

praticamente esvaziar o potencial real do exercício de greve, que obviamente também não se mostra absoluto.

No julgamento do dissídio coletivo 1002589-39.2018.5.02.0000 proposto pelo Sindicato dos trabalhadores nas indústrias de energia elétrica de São Paulo em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a CESP – Companhia Energética do Estado de São Paulo, em sede de recurso ordinário, o Tribunal Superior do Trabalho, revertendo o acórdão regional, considerou a greve realizada pelos trabalhadores como abusiva, fundamentando que a mesma seria caracterizada como política. De forma resumida, a greve foi deflagrada em 25/09/2018 e tinha como principal reivindicação a suspensão da privatização da CESP, em face da existência de irregularidades do processo de licitação de desestatização. Na fundamentação da decisão que reformou o acórdão regional, a ministra Dora Maria da Costa, relatora do recurso, afirmou que

É certo que a greve é direito assegurado constitucionalmente aos trabalhadores, a quem cabe decidir sobre a oportunidade e os interesses de exercê-lo. Todavia, a greve, via de regra, deve se apresentar como um movimento utilizado pela categoria profissional para pressionar os empregadores a negociar e proporcionar melhores condições de trabalho. Nesse sentido, o art. 3º da Lei nº 7.783/1989 estabelece que é facultada a cessação coletiva de trabalho quando frustrada a negociação. (BRASIL, 2019b)

Perceba que a decisão se fundamenta na interpretação do artigo 3º da lei 7.783/89, no sentido de que a greve seria um instrumento de pressão para a obtenção da negociação coletiva, desconsiderando que o artigo 9º da Constituição Federal prevê expressamente que compete aos trabalhadores decidirem sobre a oportunidade do exercício da greve e

sobre os interesses que devam por meio dele defender. É patente a contradição. Mais adiante a ministra afirma que não haveria como se afirmar que o processo de privatização da CESP estaria vinculado a fatores de significativa repercussão na vida e nas condições de trabalho dos trabalhadores grevistas, argumento que beira a má-fé. Ora, é evidente que a privatização da CESP, empresa pública estadual, resultaria em piora das condições de trabalho e vida quando não a própria extinção dos postos de trabalho.

O interessante no presente caso é que no âmbito regional, a decisão colegiada do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região entendeu pela legalidade da greve, afirmando expressamente o contrário, ou seja, que seria “É inegável que o direito de greve não se resume tão somente como fator de pressão, objetivando a melhoria econômica. Portanto, é possível a eclosão das denominadas greves de solidariedade ou as greves políticas”. A decisão ainda reconheceu que o motivo determinante para a greve era legítimo, pois tinha estreita ligação com aspectos econômicos, sociais e trabalhistas dos contratos de trabalho, diante da desestatização da CESP (SÃO PAULO, 2018).

Outra decisão que deixa evidente o entendimento limitador do exercício de greve por parte do TST, o acórdão proferido no processo RO-130-66.2017.5.11.0000, afirma em sua fundamentação que o aspecto político da greve não afastaria a aplicação da lei 7.783/89, e, assim sendo, pela impossibilidade de negociação dos empregadores, o movimento se caracterizaria como abusivo (BRASIL, 2019b). A fundamentação da decisão ainda faz menção à Orientação Jurisprudencial 11 da SDC do TST que entende por abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto. Neste momento, interessante que se questione se há

necessariamente uma ligação entre o caráter político e a não tentativa de negociação. É evidente que interessa à sociedade que antes de deflagrar o movimento grevista, os trabalhadores tentem uma negociação, quando ela é possível. Mas no caso de uma greve com interesses onde não há possibilidade de negociação, como seria razoável a sua exigência? A consequência seria então, como vem entendendo o TST, a abusividade da greve política? Ela seria abusiva por ser política ou por não ter havido a tentativa de negociação?

Novamente, há patente contradição entre o entendimento atual do TST com a previsão constitucional do artigo 9º: cabe aos trabalhadores decidirem quanto à oportunidade e aos interesses a serem defendidos por meio da greve. As decisões são inúmeras e repetitivas, sempre no sentido de que a impossibilidade de negociação seria o principal impeditivo de reconhecimento da legalidade da greve¹³.

Na doutrina trabalhista brasileira, também há forte resistência na aceitação da greve com interesses não diretamente econômico-profissionais. Neste sentido Maurício Godinho Delgado, tratando da concepção de greve como liberdade afirma que “os movimentos paredistas são manifestações inerentes à liberdade humana, a qual projeta-se no plano coletivo” (DELGADO, 2016, p. 1582). Contudo, o autor faz a ressalva no sentido de que mesmo sendo uma manifestação coletiva da liberdade humana, há possibilidade de ser democraticamente regulada pelo Direito. O questionamento que parece não calar é: até que ponto esta regulação poderia suprimir a força insurgente do exercício da greve? Em outras palavras, como separar o

¹³ Somente nos anos de 2018 e 2019 foram julgadas e consideradas abusivas pelo TST vinte greves, por terem sido consideradas de natureza política.

ser trabalhador do ser político? E se não é possível tal separação, como o Direito poderia regular o exercício político da greve?

Após essa breve análise das normas jurídicas e entendimentos jurisprudenciais relacionados ao exercício da greve, percebe-se que o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro de fato afasta aspectos que são considerados como não relacionados ao contrato de trabalho, caracterizados como “políticos”, se limitando a reconhecer como justa as greves que possuem reivindicações de direitos trabalhistas em sentido estrito, ou seja, aqueles direitos materiais que emanam diretamente do contrato de trabalho, como se a vida do trabalhador se limitasse apenas à jornada de trabalho e à remuneração correspondente.

A realidade, contudo, tem demonstrado que cada vez mais, principalmente nos países ainda em desenvolvimento e que possuem laços de colonialidade ainda vivos, como o Brasil, o racismo e questões de gênero têm originado conflitos trabalhistas recorrentes. O trabalhador, em especial negro e mulher, permanece em trabalhos de baixa remuneração, muitas vezes em condições degradantes, submetido aos mais variados tipos de assédio, o que leva a uma questão: quais os limites das reivindicações e demandas em uma greve?

4 A LIBERDADE DE INSURREIÇÃO

Qualquer movimento, qualquer encontro verdadeiro, qualquer episódio de revolta, qualquer greve, qualquer ocupação é uma brecha aberta na falsa evidência desta vida e mostra que uma vida comum é possível, desejável, potencialmente rica e alegre. (COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 231).

Na breve análise da origem da mão-de obra brasileira, percebeu-se que a multiplicidade cultural, com evidente base no trabalho negro, principalmente nas profissões manuais e de menores rendimentos, resulta em uma classe trabalhadora heterogênea e com interesses muitas vezes contraditórios (FERNANDES, 2017, p. 56). Serve como fundamento para a conclusão de que de fato o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro não tem se mostrado apto a solucionar de forma razoável e satisfatória os conflitos coletivos originados das relações de trabalho. De fato, tanto a legislação infraconstitucional quanto as decisões proferidas pelo TST se mostram, primeiramente, contrárias à amplitude dada pela constituição ao exercício do direito de greve e, em segundo plano, protetiva dos interesses dos empregadores, detentores dos meios de produção. Em outras palavras, o arcabouço normativo trabalhista ao limitar injustificadamente a potencialidade do direito de greve, principalmente se utilizando da ideia de abusividade em função de uma suposta natureza política, acaba por praticamente impedir que os trabalhadores brasileiros, possam reivindicar seus interesses e necessidades de forma ampla.

A questão acaba por se tornar emblemática quando se constata que os movimentos de insurgência se encontram em forte modificação de *modus operandi*, principalmente no “Sul global”¹⁴. Na segunda década do século XXI, protestos em diversos países localizados na periferia do capitalismo confirmam que, não obstante o enfraquecimento das

¹⁴ O termo aqui é utilizado no sentido utilizado por Ruy Braga no livro “A rebeldia do precariado”, como sendo “uma metáfora de espoliação social, capaz de agregar tanto os processos de exploração nacional dirigidos pelas forças de financeirização quanto as batalhas por projetos alternativos de mudança social e política. [...] a expressão “Sul global” será utilizado neste livro como uma maneira de localizar as lutas sociais que ocorrem em regiões e países semiperiféricos submetidos às políticas de espoliação impostas pela globalização financeira”. (BRAGA, 2017, p. 30)

atividades sindicais formais, ou da luta organizada pelos partidos de esquerda, os subalternos resistem e se mostram cada vez mais propensos a se insurgirem contra as medidas de austeridade, desemprego estrutural, diminuição da qualidade de vida e demais consequências advindas do neoliberalismo e do capitalismo financeiro que se instalou no final do século passado e início deste.

O sociólogo Ruy Braga faz profunda análise de tais movimentos de rebeldia do precariado¹⁵, concluindo que

[...] o efeito desses movimentos protagonizados pelo precariado urbano é desigual, mas, em geral, tem pressionado as formas tradicionais de organização dos trabalhadores, sobretudo os sindicatos e os partidos políticos, na direção de lutas sociais mais amplas. Trata-se de uma transformação em termos de protagonismo político que, apesar de perder o foco na produção, alcançou certa relevância ao conectar-se à esfera da vida cotidiana das classes subalternas em diferentes contextos nacionais. Das fábricas às ruas do Sul global, o precariado urbano tem desafiado o estilo burocrático e corporativista largamente predominante no movimento sindical. (BRAGA, 2017, p. 34).

E é neste movimento “das fábricas às ruas” que a liberdade de insurgência ganha importância, vez que as reivindicações sociais e trabalhistas não estão cindidas, pelo contrário: a realidade mostra que a cada dia o trabalho tem se tornado uma parte essencial na vida do ser humano, seja temporalmente, seja socialmente falando. Moradia, transporte, alimentação, educação, lazer e demais aspectos da vida

¹⁵ O termo, não obstante a discussão quanto a ser ou não uma nova classe social, foi relacionado por Guy Standing à falta de garantia do emprego e da renda social segura, somada a uma carência de identidade baseada no trabalho. “Ser precarizado é ser sujeito a pressões e experiências que levam a uma existência precariada, de viver no presente, sem uma identidade segura ou um senso de desenvolvimento alcançado por meio do trabalho e do estilo de vida” (STANDING, Guy, 2015, p. 37)

social, para a grande maioria da população tem estreita relação com o trabalho desenvolvido, seja em função da remuneração recebida, do tempo trabalhado ou da localização do posto de trabalho. Em outras palavras, é impossível que se consiga separar as reivindicações sociais gerais em face do Estado, daquelas reivindicações relacionadas estritamente ao contrato de trabalho. Essa conclusão permanece ignorada pelo ordenamento jurídico ao não reconhecer greves como legítimas, pela pecha de serem políticas.

Diante do quadro de insurreições crescentes e cada vez mais intensas promovidas pelo precariado, trabalhadores formais, informais e desempregados, que se veem excluídos das benesses do capitalismo, leia-se a imensa maioria da população brasileira, a liberdade de se insurgir contra o sistema econômico e contra as normas jurídicas que mantém esse sistema econômico vigente ganha um protagonismo nas reflexões e estudos sociológicos e jurídicos. Mas o que seria exatamente essa liberdade de insurgência ora defendido? Seria a possibilidade de lutar com todas as forças e instrumentos disponíveis pela inclusão no sistema? Seria a possibilidade de se insurgir contra o próprio sistema jurídico? Ou parte dele?

Na obra “O direito das lutas”, o professor José Rodrigo Rodriguez apresenta um conceito promissor na tentativa de resposta, não só às perguntas acima feitas, mas à dificuldade do Direito em acolher demandas sociais que estão excluídas da proteção jurídica ou em alguns casos que sejam contra as normas como estão postas. A violência em seu estado puro, segundo Rodriguez, é

[...] neutralizada por regimes políticos que garantam a liberdade de insurreição a qualquer pessoa, ou seja, regimes que protejam a livre subjetivação e a formação constante de grupos que deem origem a formas

de ser e a demandas que ponham em risco as normas postas. (RODRIGUEZ, 2019, p. 105).

Fica evidente a preocupação do autor com o perigo que a violência, mesmo aquela institucionalizada, causa no âmbito social, de modo que, apenas a existência de uma liberdade de ir contra a própria norma, poderia neutralizá-la.

A manutenção da ordem, mesmo nos regimes democráticos não pode ser absoluta a tal ponto que impeça a ação não violenta do sujeito contra a própria ordem, mormente quando a sociedade se apresenta multifacetada e plural, com a existência de inúmeros grupos vulneráveis e minorias, que invariavelmente acabam sendo excluídas dos produtos sociais. O exemplo da classe do precariado e dos recentes movimentos de insurgência, comprova que de fato há necessidade de se garantir uma liberdade tal aos sujeitos e às coletividades, que possibilite a reunião e contestação, dos sistemas político, jurídico ou ainda econômico, sob pena da liberação da violência pura e vingativa.

A liberdade de insurreição teria a função de garantir o autodesenvolvimento e a autodefinição não violenta de todas as pessoas, impedindo que as instituições formais impedissem de forma absoluta tal processo, sendo, portanto, um mínimo institucionalmente garantido no processo de socialização democrático (RODRIGUEZ, 2019, p. 105). Em uma sociedade multinormativa e plural como a brasileira, formada historicamente por diversos povos, religiões e culturas, e onde as relações das mais diversas normatividades oriundas de tais diferenças culturais ainda se mostram conflituosas e difíceis, a liberdade de insurreição garantiria a possibilidade de que tais conflitos se mantivessem dentro do âmbito não violento.

Aproximando tal ideia ao exercício de greve, percebe-se que não basta que a legislação garanta expressamente tal direito, com suas formulações. Há que se possibilitar que mesmo fora dos limites estritamente legais, desde que observada a não violência, os trabalhadores, desempregados, subempregados, prestadores de serviços, terceirizados, enfim, qualquer pessoa que entenda ter algum interesse em determinada relação de trabalho, possa se insurgir e reivindicar tais interesses de forma legítima e reconhecida pelo ordenamento jurídico, ainda que implicitamente, pois tal liberdade de insurreição é o garantidor de que a violência pura e simples não seja uma hipótese para tais pessoas.

Neste sentido, Rodriguez aprofunda o conceito, afirmando que

A liberdade de insurreição, portanto, está na gênese lógica das liberdades em sentido jurídico por garantir, ao mesmo tempo, a livre produção de subjetividades mediante a possibilidade de questionamento das normas postas. O direito de um sujeito se constituir livremente mesmo contra as normas postas em determinado momento histórico. (RODRIGUEZ, 2019, p. 106).

A defesa que se faz é no sentido de que, não obstante ser necessária a absorção do exercício de greve pelo Direito e, consequentemente, a previsão de limites para o seu exercício, há de se ter uma garantia anterior de que, de forma não violenta, possam os indivíduos e muito mais as coletividades se insurgirem contra o próprio ordenamento jurídico pleiteando a sua modificação. No caso específico dos conflitos trabalhistas coletivos brasileiros, seria a liberdade de que, independentemente das formalidades legalmente exigidas na Lei de greve, possam os trabalhadores e demais interessados se organizarem e

se insurgirem contra aspectos relacionados à relação de trabalho, seja direta, seja indiretamente.

Os exemplos de tais tipos de insurreições são inúmeros, seguindo a infinitude proporcionada pelos conflitos sociais. Cita-se o caso de familiares de trabalhadores da segurança pública que se organizam para impedir que as viaturas saiam de suas unidades, pleiteando condições mais seguras para os agentes. Ou ainda, o exemplo de pais e alunos que se organizam em cooperação com professores e funcionários de instituições de educação, para reivindicar melhores condições materiais de ensino. A própria greve de solidariedade que se caracteriza pela greve de uma classe de trabalhadores em apoio a outra classe. Poder-se-ia ainda imaginar, apesar da falta de cultura de protesto no Brasil, uma insurgência de consumidores em apoio a uma greve de motorista e cobradores, por exemplo, em vista de melhores condições de transportes públicos em determinada cidade. Por fim, cita-se ainda o movimento insurrecional mais amplo, que é a greve geral, que no início do século XX teve alta incidência no Brasil, na qual a união de trabalhadores de diversas classes, desempregados, artistas, intelectuais e pessoas das mais variadas classes sociais se unem visando alterações profundas, que de uma forma direta ou indireta, reverberarão nas próprias relações de trabalho existentes.

Todos os exemplos citados acima ultrapassam os limites legais previstos ao exercício do direito de greve e, portanto, fatalmente seriam considerados como movimentos abusivos e ilegítimos pelos tribunais brasileiros. Contudo, não seriam formas democráticas e socialmente aceitáveis de insurgência social? Segundo a ideia de que ora se defende, em consonância com o pensamento do professor José Rodrigo, sim, esta seria “a importância de afirmar a necessidade da garantia da liberdade

de insurreição para caracterizar um regime efetivamente democrático, liberdade esta que protege o sujeito quando ele se torna perigoso para o status quo” (RODRIGUEZ, 2019, p. 108).

A previsão normativa do direito de greve, como analisada no capítulo anterior, com suas limitações e nuances e, principalmente, as interpretações dadas pelos tribunais quanto a sua amplitude, assumem uma importância fulcral na resolução dos conflitos sociais oriundos do trabalho, uma vez que a liberdade, entendida como capacidade de autodeterminação humana, pressupõe a existência da liberdade jurídica e a efetivação da liberdade sociológica, entendida como a ampliação do espaço de escolha dos indivíduos (RODRIGUEZ, 2009, p.87). Para o caso específico da greve, não há como se imaginar trabalhadores verdadeiramente livres e autodeterminados, quando o próprio ordenamento jurídico limita suas manifestações a aspectos meramente formais ou ainda, restringe a pauta de suas reivindicações.

Uma interessante análise que corrobora a importância da liberdade de insurgência apresentada pelo professor Rodriguez, é feita pela psicanalista Suely Rolnik, que defende a operabilidade da insurreição de forma micro e macropolítica. Segundo Rolnik, o modo de operação macropolítica da insurreição se opera por meio de estratégias de combate contra os opressores e suas leis que sustentam as manifestações individuais e coletivas, ou seja, o combate se dá de forma dialética, pois os polos de luta nas relações de poder são antagônicos (ROLNIK, 2018, p. 134). As demandas grevistas por mais direitos trabalhistas, sejam eles relacionados com o próprio contrato de trabalho, como aumentos salariais, ou melhores condições relacionadas ao meio ambiente de trabalho, sejam eles relacionados com o próprio reconhecimento político do trabalhador, como participação em

comissões dentro da empresa, ou maior diálogo no que tange à forma de produção, por exemplo, são a concretização da insurgência na esfera macropolítica. Em outras palavras, o trabalhador busca reequilibrar as posições dentro da relação dialética de opressão e exploração existente

A possibilidade de que o trabalhador consiga expressar suas reivindicações, de forma pacífica, sem que a lei torne essa manifestação ilegal ou ineficaz, como tem ocorrido em inúmeros casos decididos pelos tribunais trabalhistas brasileiros é a garantia de que o direito ainda pode ser uma aposta como instrumento de realização de justiça social e emancipação humana. “Emancipar-se significa conformar e garantir institucionalmente a possibilidade de expressar a insatisfação” (RODRIGUEZ, 2009, p.87).

Com relação ao modo de cooperação, a insurgência macropolítica se dá, por meio da reconhecimento identitária para construir movimentos organizados e/ou partidos políticos, e a construção programática se dá visando reivindicações correspondentes e em função de uma mesma posição subalterna, que “gera uma força de pressão para viabilizar uma reversão efetiva nas relações de poder no plano institucional” (ROLNIK, 2018, p. 140), como, por exemplo, no caso das greves que buscam um reequilíbrio na relação de trabalho, por meio de alteração das normas aplicáveis (sejam elas normas coletivas, contratos individuais, regulamentos internos das empresas e, por que não, da própria legislação trabalhista).

Deste modo, é evidente que o direito de greve possui uma função importante no que diz respeito a efetivação da liberdade dos trabalhadores, desde que o ordenamento jurídico possibilite o seu pleno exercício pacífico, evitando assim que a violência descontrolada assum

a dianteira como forma de resolução dos conflitos sociais oriundos das relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto, abordou-se inicialmente as origens das relações de trabalho no Brasil, demonstrando-se que o passado colonial, determinou de forma marcante os conflitos trabalhistas no Brasil. Neste sentido, constatou-se que os trabalhadores brasileiros, desde a época da colonização, foram explorados e colocados à margem da sociedade. Os trabalhadores escravizados, negros ou indígenas, os trabalhadores libertos, brasileiros natos ou imigrantes, experimentaram, em graus distintos uma exploração nas relações de trabalho existentes, mas também uma marginalização social, econômica e política, esta última de forma acentuada no que se refere às mulheres. Deste modo, o resultado é a existência no Brasil de uma classe trabalhadora atual heterogênea, com interesses e necessidades que ultrapassam a simples luta por direitos trabalhistas de natureza econômica.

Na sequência, passou-se a análise do ordenamento jurídico trabalhista, relacionado especificamente ao exercício do direito de greve. Constatou-se que, não obstante a Constituição Federal brasileira prever de forma ampla o direito ao exercício de greve, tanto as normas infraconstitucionais, quanto as decisões judiciais proferidas pelo TST, promovem uma acentuada e injustificada limitação do direito de greve. As decisões judiciais, sob o argumento de que os movimentos grevistas possuem natureza política, repetidamente vêm declarando-os ilegais,

contendo assim de forma injustificada a liberdade dos trabalhadores em suas manifestações e reivindicações.

Ao final, foi apresentado conceito de liberdade de insurreição, proposto por José Rodrigo Rodriguez, em seu livro “Direito das Lutas”, com o qual se defendeu a ideia de exercício do direito greve da forma pacífica mais ampla possível, principalmente, quanto às reivindicações trabalhistas, de natureza não econômica. Somente por meio da garantia da liberdade de insurreição, o direito mantém sua função emancipadora, bem como sua potência de solução de conflitos sociais. No caso específico do direito de greve, concluiu-se que é a liberdade ampla do seu exercício pacífico que possibilita ao sistema jurídico continuar a ser instrumento de equilíbrio entre trabalhadores e empregadores, mantendo assim a luta de classes dentro da gramática do direito e evitando que a violência pura e total seja usada na solução dos conflitos ali originados.

REFERÊNCIAS

- BOTELHO, Tarcísio Rodrigues. Da escravidão ao trabalho assalariado: uma visão de longo prazo das relações de trabalho no Brasil. In: MATTOS, Marcelo Badaró; TERRA, Paulo; VARELA, Raquel (org.). **História das relações de trabalho: Brasil e Portugal em perspectiva global**. Rio de Janeiro: Consequência, 2017.
- BRAGA, Ruy. **A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global**. São Paulo: Boitempo, 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. **RO-130-66.2017.5.11.0000**. Recurso ordinário em dissídio coletivo de greve. Greve contra as reformas trabalhista e previdenciária (28/04/2017). Não atendimento aos requisitos de que dispõe a lei nº 7.783/1989. Abusividade da greve. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 19/09/2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. **RO-1002589-39.2018.5.02.0000**. Recurso ordinário interposto pelo Estado de São Paulo. Dissídio coletivo de greve ajuizado pelo Sindicato dos trabalhadores nas indústrias de energia elétrica de São Paulo. 2. Greve. Suspensão do processo de privatização. Irregularidades no edital de desestatização. Natureza política da paralisação. Abusividade. Relator Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 12/12/2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2021.

COMITÊ INVISÍVEL. **Aos nossos amigos**: crise e insurreição. Trad. Edições Antipáticas. São Paulo: n-1 edições, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIAS, Everardo. **História das lutas sociais no Brasil**. São Paulo: Editora Edaglit, 1962.

FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Expressão popular co-edição Editora Fundação Perseu Abramo, 2017.

GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho**: crítica da razão econômica. Trad. Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003.

IBGE. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em 20 jan. 2021.

KOWARICK, Lucio. **Trabalho e vadiagem**: a origem do trabalho livre no Brasil. 3ª ed. São Paulo: Editora 34, 2019.

LOPREATO, Christina da Silva Roquette. A greve anarquista de 1917: militância anarquista e redes de solidariedade. In: GRUNER, Clovis. RIBEIRO, Luiz Carlos (org). **Utopias e experiências operárias**: ecos da greve de 1917. São Paulo: Intermeios, 2019.

MENDONÇA, Joseli Maria Nunes; FABRIS, Pamela Beltramin. Os trabalhadores têm cor: militância operária na Curitiba do pós-abolição. In: GRUNER, Clovis. RIBEIRO, Luiz Carlos (org). **Utopias e experiências operárias**: ecos da greve de 1917. São Paulo: Intermeios, 2019.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A história do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho, volume I: parte II. São Paulo: LTr, 2017.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos; CARVALHO, Marcus J. M. de Carvalho. **O alufá Rufino: tráfico, escravidão e liberdade no Atlântico Negro (c. 1822-c 1853)**. 2ªEd. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas: democracia, diversidade, multinormatividade**. São Paulo: Liber Ars, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROLNIK, Suely. **Esferas da insurreição: notas para uma vida não cafetinada**. São Paulo: n-1 edições, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. **DCG-1002589-39.2018.5.02.0000**. Relator Des. Francisco Ferreira Jorge Neto, DEJT 10/11/2018. Disponível em: <https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 10 jan. 2021.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Trad. Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

VILLEN, Patricia. **A crítica de Amílcar Cabral ao colonialismo: Entre a harmonia e a contradição**. São Paulo: Expressão popular, 2013.

9

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E ANTIJURIDICIDADE

*Eduardo Luiz Busatta*¹

1 INTRODUÇÃO

Como toda inovação tecnológica, a atividade de tratamento de dados pessoais é ambivalente, pois, além de possibilitar benefícios sociais, traz consigo inúmeros riscos que, não raro, acabam se transformando em danos efetivos.

Nessa perspectiva, em 14 de agosto de 2018, foi publicada a Lei n. 13.709, intitulada “Lei Geral de Proteção de Dados” (doravante simplesmente LGPD). Com entrada em vigor em agosto de 2020, tal diploma supre o vácuo legislativo existente, passando a disciplinar a atividade de tratamento de dados pessoais. Trata-se de lei com forte caráter preventivo, conforme se vê de seus princípios (Art. 6º) e de inúmeras outras passagens ali presentes. Também se ocupa de disciplinar a responsabilidade em virtude dos danos decorrentes. E, nesse sentido, exige, como pressuposto do dever de reparar danos por parte do agente de tratamento, a ocorrência de violação à legislação de proteção de dados pessoais ao menos em três passagens. (BRASIL, 2018). Primeiramente estabelece, no caput do Art. 42, que:

¹ Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Procurador do Estado do Paraná. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9028666388347459>. E-mail: elbusatta@gmail.com.

O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, *em violação à legislação de proteção de dados pessoais*, é obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2018). (grifo nosso).

Já no Art. 43, ao tratar das excludentes do dever de ressarcir, estabelece que os “[...] agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: [...] II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, *não houve violação à legislação de proteção de dados*”.(BRASIL, 2018). (grifo nosso). Por último, estabelece, no Art. 44, que é irregular o tratamento de dados que “[...] deixar de observar a legislação [...]”.(BRASIL, 2018).

As disposições da LGPD foram claramente inspiradas no Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD (UE) 2016/679 (doravante simplesmente RGPD), que regulamenta a matéria de proteção de dados na União Europeia, ao estabelecer no Art. 82 que:

Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais *devido a uma violação do presente regulamento* tem direito a receber uma indemnização² do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos.(REINO UNIDO, 2016). (grifo nosso).

Trata-se de disposição que se afasta da tradição brasileira de legislar no tocante à responsabilidade civil.³ E isso acaba gerando, na

² Conforme grafia apresentada no documento original – tradução para o português consoante grafia utilizada em Portugal.

³ A tradição legislativa brasileira na matéria, em regra, é bastante clara a respeito da modalidade de responsabilidade – se subjetiva ou objetiva –, fazendo menção expressa à necessidade ou dispensa da culpa como requisito do dever de indenizar. Uma rápida leitura dos Arts. 186 e 927 do Código Civil e dos Arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor não deixam dúvida a respeito. (BRASIL, 2002; BRASIL, 1990).

doutrina, dúvidas sobre o tipo de responsabilidade civil trazida pelo *novel* diploma legislativo – se subjetiva ou objetiva.

O objeto do presente artigo se insere nessa temática, pois visa investigar a definição e os elementos da “violação à legislação de proteção de dados” para fins de proteção de dados pessoais.

Assim, na primeira parte do artigo será investigada a abrangência do ato antijurídico – suas formas e fontes – no tocante à proteção de dados pessoais. Quadra asseverar que não será efetuada uma explanação detalhada de todos os direitos e deveres decorrentes, uma vez que isso exigiria um trabalho bastante mais alentado do que o possível aqui. Na segunda parte do artigo serão feitas incursões a respeito da evolução do conceito de antijuridicidade e seus elementos de configuração, especialmente no que se refere à exclusão da culpa como elemento integrante da antijuridicidade.

É importante ressaltar que não se pretende esgotar a sistemática de responsabilidade civil em matéria de proteção de dados, mas somente contribuir para a verificação da antijuridicidade e sua influência no dever de reparar os danos decorrentes da atividade de tratamento de dados pessoais.

O trabalho foi desenvolvido via o método fenomenológico-hermenêutico, por meio da análise do fenômeno e da interpretação crítica do Direito a ele correspondente, sem olvidar que sujeito e objeto se encontram conectados.

A análise será feita tendo como marco teórico a matriz civil-constitucional, ou seja, a análise dos institutos de direito civil à luz dos princípios e valores da Constituição de 1988, especialmente no que pertine a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.

2 A VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD): FORMAS E FONTES

Como mencionado, a LGPD estabelece como requisito do dever reparatório a violação à legislação de proteção de dados pessoais, o que significa dizer que exige a antijuridicidade, que se dá, na visão de Fernando Noronha (2003, p. 366),

[...] quando um ato ou fato se coloca em contradição com o ordenamento, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém.

É importante esclarecer que há bastante divergência semântica em relação aos conceitos de *antijuridicidade*, *ilicitude* e *ato ilícito* em diversos ordenamentos, inclusive no Brasil.⁴ Após a edição do Código Civil de 2002, configura-se que tais conceitos encontram-se com fronteiras bastante diluídas. Assim, preferiu-se utilizar a expressão *antijuridicidade* na presente pesquisa por entendê-la como mais ampla e mais técnica. Contudo, é importante mencionar, foram feitas algumas citações mediante o uso das expressões *ilicitude* e *ato ilícito*, que o leitor deve entender como sinônimas de *antijuridicidade*, excetuando-se quando devidamente ressalvado em sentido contrário.

Assim, é certo que a LGPD, conforme dispositivos transcritos, estabelece como requisito do dever de reparar o dano a ocorrência de antijuridicidade. E, nessa medida, a antijuridicidade funciona como um “[...] filtro objetivo de seleção das pretensões indenizatórias⁵ procedentes”. (BARBOSA, 2019, p. 223). Opera em sentido negativo, ou

⁴ A respeito da distinção, consultar: SILVA, 2020.

⁵ Grafia conforme texto original.

seja, não havendo antijuridicidade, não haverá o dever de reparar. Em uma primeira análise, pode-se dizer que a caracterização do ato como antijurídico implica um juízo “[...] que comporta não poucas dificuldades”, mas que pode ser reduzida à seguinte fórmula: será jurídico o ato conforme o Direito, e, antijurídico o ato “[...] quando é contrário a normas imperativas, à ordem pública e ao bom costume”. (PERLINGIERI, 2002, p. 91).⁶

O ponto central, então, refere-se ao âmbito da antijuridicidade. Na doutrina portuguesa (que utiliza a expressão *ato ilícito*), mais afeta a tais questões por não ter uma cláusula geral de responsabilidade civil, ao contrário do que ocorre no Brasil (SILVA, 2020), costuma-se afirmar que se verifica o ato ilícito suficiente à caracterização da responsabilidade civil quando da violação de direitos de outrem, ou seja: na violação de direitos subjetivos, especialmente aqueles oponíveis *erga omnes*; na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, e; no abuso de direito visto em seu aspecto objetivo, ou seja, na “[...] desconformidade entre o exercício do direito que formalmente se invoca e [n]os princípios normativos que louvam o sistema”. (BARBOSA, 2019, p. 233).⁷

Trazendo para o âmbito da proteção de dados, verifica-se, portanto, que a primeira hipótese de antijuridicidade residirá no ferimento de qualquer direito da personalidade ligado à proteção de dados pessoais. Anota, concernentemente a isso, Maria Celina Bodin de Moraes que

⁶ Importante asseverar que o referido autor não considera *ato ilícito* como sendo o (ato) que simplesmente não está conforme o Direito, por entender que os atos não conformes ao Direito podem não ser ilícitos na hipótese de contrariarem normas dispositivas.

⁷ No mesmo sentido: COSTA, 2006, p. 514-519.

[...] nas sociedades de informação, como são as sociedades em que vivemos, pode-se dizer que “nós somos as nossas informações”, pois elas nos definem, nos classificam, nos etiquetam; portanto, a privacidade hoje se manifesta essencialmente em ter como controlar a circulação das informações e saber quem as usa significa adquirir, concretamente, um poder sobre si mesmo. Trata-se da concepção, qualitativamente diferente, da privacidade como “direito à autodeterminação informativa”, o qual concede a cada um de nós um real poder sobre nossas próprias informações, nossos próprios dados. (MORAES, 2010, p. 140). (grifo do autor).

É importante ressaltar que, vistos os fatos dessa forma, ou seja, tendo em conta as especificidades dos dados pessoais na sociedade de informação, não há dúvida de que a proteção de dados vai muito além da privacidade, pois confere proteção a diversos direitos fundamentais. De forma efetiva, os dados pessoais traduzem para o mundo digital a pessoa, constituem sua representação, correspondem a seu “corpo digital”. Cada dia mais as ações humanas no “mundo físico” repercutem no “mundo digital”, e vice-versa. Pode-se até mesmo afirmar a ocorrência de uma contínua diluição das fronteiras entre o “real” e o “virtual”. E, nessa medida, a proteção dedicada aos dados pessoais deve abranger todos os outros direitos e liberdades individuais, como a liberdade, a igualdade, a segurança etc., que não cabem no conceito estrito de privacidade, baseado na lógica antagônica privado-público. Assim:

O direito à proteção de dados deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Caso contrário, corre-se o risco de ele não se desprender das amarras conceituais e da dinâmica do direito à privacidade e, em última análise, inviabilizar uma normatização própria para regular o

fluxo informacional como fator promocional da pessoa humana. (BIONI, 2019, p. 100).

De fato, pouca ou nenhuma relevância, em muitos aspectos, possui a discussão do que é *dado público* ou *dado privado* para fins de proteção de dados pessoais. (BIONI, 2019, p. 67). Basta verificar, por exemplo, o direito de acesso (Arts. 6º, IV, e 9º da LGPD) ou o direito de correção (Art. 18, III da LGPD) que fogem da lógica do sigilo. (BRASIL, 2018). Nesse sentido, é necessário pensar a proteção de dados, inclusive, no espaço público.

Assim, é certo que a proteção de dados pessoais tem origem na privacidade, contudo dela se autonomiza, passando a abranger uma série de outros direitos e liberdades públicas além da privacidade, de forma que pode ser fundamentada por intermédio da cláusula geral de proteção à pessoa humana, a qual deve abranger “[...] todas as dimensões da personalidade humana [...]”. (SARLET, 2020, p. 43). No quadro atual, a questão da proteção de dados encontra-se mais ligada à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade do que propriamente à privacidade. Veja-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6387 (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal), reconheceu que a proteção de dados pessoais pode ser considerada como um direito fundamental implícito e autônomo em relação à privacidade. (BRASIL, 2020a).⁸

⁸ Do voto do Ministro Gilmar Mendes extrai-se a seguinte passagem que bem retrata a questão: “A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraio de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do *Habeas Data* enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.” (BRASIL, [2020b]).

A própria LGPD estabelece que a disciplina da proteção de dados tem como fundamentos, conforme Art. 2º: “I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião”, como também “[...] o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade, [os direitos humanos] e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”, dentre outros. (BRASIL, 2018).⁹ Há, portanto, o reconhecimento, pelo legislador, de que o rol de direitos da personalidade protegidos em matéria de dados pessoais vai muito além do direito à privacidade.

Assim, é correta, ao atual estado da matéria, a conclusão de Stefano Rodotà (2008, p. 17) no sentido de que a “[...] proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio”.

Dessarte, restará configurada a antijuridicidade no ferimento de quaisquer dos direitos da personalidade que tenham alguma relação, direta ou indireta, com o tratamento de dados pessoais. As possibilidades são amplas, mas se pode dizer que os principais direitos da personalidade envolvidos são a liberdade (em todos os seus possíveis sentidos, inclusive das escolhas existenciais, altamente influenciadas no ambiente virtual),¹⁰ a igualdade (especialmente no que é pertinente à vedação de discriminação), a privacidade, a honra, a identidade pessoal (incluindo nome, imagem, voz, verdade biográfica), etc. Importante ressaltar que tais direitos, obviamente, não são oponíveis somente em face do Estado, mas também em face de terceiros privados (correspondente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

⁹ Importante asseverar que tramita Proposta de Emenda à Constituição (17/2019), que visa a incluir a proteção de dados entre os direitos fundamentais. (BRASIL, 2019).

¹⁰ Ver a respeito em: PARISER, 2012 e SILVEIRA, 2019.

A segunda modalidade de antijuridicidade configura-se no descumprimento das normas de proteção dos interesses do titular de dados. Veja-se que a LGPD, de forma próxima ao RGPD, fala “[...] em violação à legislação de proteção de dados pessoais [...]” (Art. 42). (BRASIL, 2018). Obviamente, essa disposição deve ser interpretada no sentido de que qualquer violação de direito levará à verificação de antijuridicidade. De fato, não faz sentido exigir que tal violação seja diretamente ligada a uma norma que tenha como finalidade imediata a *proteção de dados*. Tal exigência pode fazer algum sentido no RGPD, dado seu caráter de regulamento comunitário, o que significa dizer, ante a necessária coexistência com as ordens jurídicas nacionais de cada um dos países-membros da União Europeia e suas especificidades. Contudo, não faz qualquer sentido no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, não seria racional defender, por exemplo, que o ferimento de um direito fundamental positivado na Constituição da República de 1988, em decorrência do tratamento de dados pessoais, deveria ser objeto de ação de indenização com base unicamente no Código Civil, somente pelo fato de que não se poderia enquadrar o direito (ou sua violação) como constante da legislação de proteção de dados. É um erro reduzir a tutela aos estreitos limites de não mais que algumas leis ordinárias especialmente voltadas à tutela dos dados pessoais. Nesse sentido, Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva, ao tratarem da responsabilidade civil e da inteligência artificial, mas cuja lição cabe aqui, asseveram que a tutela das vítimas deve ser obtida “[...] no ordenamento jurídico em sua unidade e complexidade”. (TEPEDINO, SILVA, 2019, p. 303).

De qualquer forma, a LGPD traz extensa regulamentação voltada à *proteção dos interesses dos titulares de dados*. Não se trata de uma lei

“neutra”, mas sim um diploma legislativo que visa, da mesma forma que o Código de Defesa do Consumidor (doravante simplesmente CDC), a proteger a parte vulnerável da relação jurídica, no caso, o titular dos dados pessoais. É interessante observar que a LGPD não positivou expressamente a vulnerabilidade do titular dos dados pessoais, como o fez o CDC no Art. 4º, inciso I, em relação ao consumidor. (BRASIL, 1990). Contudo, trata-se de um verdadeiro arquétipo legal¹¹ implícito, já que toda a lei foi estruturada sob tal consideração, a ponto de o substantivo *proteção* ser inserido na própria ementa da lei – “Lei Geral de *Proteção* de Dados Pessoais (LGPD)”. (BRASIL, 2018). (grifo nosso).

A primeira hipótese de descumprimento das normas de proteção dos interesses do titular de dados se dá com o tratamento de dados pessoais sem base legal. A LGPD elenca nos Arts. 7º e 11 (esse último em relação aos dados pessoais sensíveis) as hipóteses exaustivas em que é admissível o tratamento de dados pessoais. Em que pese não ser possível detalhar aqui todas as questões relevantes ligadas ao ponto, dadas as finalidades da presente pesquisa, é certo que assume especial relevância o consentimento do titular autorizando o tratamento de seus dados pessoais (Art. 7º, I).¹² E a hipótese que gera maiores controvérsias dá-se no tratamento de dados pessoais fundado no legítimo interesse do

¹¹ A expressão “arquétipo legal” é utilizada aqui no sentido que lhe dá Jeremy Waldron, ou seja, “[...] a um item específico (ou a vários itens) em um sistema normativo que tem um significado que vai além de seu conteúdo normativo imediato, um significado decorrente do fato de fornecer, resumir ou produzir de forma vívida para nós, ou parece fornecer a chave para o ponto, propósito, política ou princípio (ou um dos pontos, propósitos, políticas ou princípios) de toda uma área do direito”. (tradução nossa). No texto original: “[...] a particular item (or ste of items) in a normative system which has a significance going beyond its immediate normative content, a significance stemming from the fact that it furnishes or sums up or makes vivid to us or seems to provide the key to the point, purpose, policy, or principle (or one of the points, purposes, policies, or principles) of a whole area of law”. (WALDRON, 2004, p. 47).

¹² A respeito disso, consultar: TEPEDINO; TEFFÉ, 2019.

controlador ou de terceiro (Art. 7º, IX) detalhada no Art. 10. (BRASIL, 2018).¹³

Na sequência, importará em ato antijurídico o descumprimento, por parte dos agentes de tratamento de dados, dos deveres decorrentes dos 11 (onze) princípios que devem ser observados na atividade de tratamento de dados pessoais, conforme Art. 6º da LGPD. (BRASIL, 2018).

O dispositivo se inicia com o princípio da boa-fé objetiva, o qual foi inserido já no caput do Art. 6º (BRASIL, 2018), o que já demonstra certa preponderância, provavelmente decorrente de toda a tradição germânica a seu respeito e que vem sendo estudada e aplicada no Brasil de forma bastante substancial nos últimos 30 anos, especialmente em razão de sua positivação no Código de Defesa do Consumidor (Art. 4º) (BRASIL, 1990) e no Código Civil (Arts. 113, 187 e 422) (BRASIL, 2002).¹⁴ Trata-se de importante disposição legal, especialmente por conferir flexibilidade à LGPD, permitindo sua adequação, mesmo diante da rápida evolução tecnológica. De fato, assevera Clóvis Veríssimo do Couto e Silva (1997, p. 39) que:

Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz [e também à autoridade administrativa] a tarefa de adequar a aplicação judicial [e administrativa] às modificações sociais, uma vez que

¹³ A respeito disso, consultar: BUCAR; VIOLA, 2019.

¹⁴ "Atente-se, ainda, para o fato de que além dos princípios literalmente enunciados no art. 6º (em número de dez) e de outros que possam ser deduzidos do texto, o *caput* do referido artigo faz referência expressa, como a um *primus inter pares*, ao princípio da boa-fé. Em tema de proteção de dados pessoais, o radicamento da boa-fé como dever de conduta é de fundamental importância, principalmente ao se levar em conta o caráter massificado de diversos mecanismos de tratamento de dados e da própria opacidade intrínseca a estas operações." (MENDES; DONEDA, 2018, p. 5, grifo do autor.).

os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos.

Assim, impõe-se aos agentes de tratamento de dados a observância da ética em todas as etapas do tratamento. Não basta, portanto (e tão somente), o cumprimento formal das disposições legais previstas na LGPD. A atividade de tratamento de dados pessoais deve ser de igual forma pautada na lealdade, honestidade e probidade, de acordo com o caso concreto e tendo em conta os riscos envolvidos, respeitando sempre a legítima expectativa do titular dos dados.

Apesar de tal princípio ter aplicação em toda atividade voltada a tratamento de dados pessoais, será relevante no que for pertinente ao uso adequado e ético dos dados pelos agentes de tratamento, especialmente no que toca à utilização de inteligência artificial, criação de perfis, estratégias publicitárias etc., bem como ao fornecimento do consentimento para o tratamento dos dados pessoais.

No inciso I do Art. 6º é estabelecido o princípio da *finalidade*, pelo qual somente admite a recolha e o tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas e específicas, expressamente informadas ao titular, vedado qualquer desvio posterior. (BRASIL, 2018).

Na sequência, a LGPD positiva o princípio da *adequação* (inciso II), pelo qual é exigida a contextualização e a “[...] compatibilidade do tratamento [de dados] com as finalidades informadas ao titular [...]”, quando da obtenção da autorização. (BRASIL, 2018).

Já o inciso III estabelece o princípio da *necessidade*, visando à

limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não

excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados. (BRASIL, 2018).

Veda-se, portanto, a recolha de dados além dos (dados) efetivamente necessários para a finalidade informada.

O inciso IV, por sua vez, positiva o princípio do *livre acesso aos dados*, estabelecendo que é garantido aos titulares a consulta gratuita e facilitada sobre todos os aspectos relevantes do tratamento de dados. (BRASIL, 2018).

Positivou-se também o princípio da *qualidade dos dados* (inciso V), que visa a afastar inexactidões, bem como o princípio da *transparência* (inciso VI) que importa em “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. (BRASIL, 2018).

Por sua vez, o princípio da *segurança* (inciso VII) consiste, de acordo com a LGPD, na “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”. (BRASIL, 2018). Nesse entendimento, os “[...] dados organizados eletronicamente devem, portanto, estar em ambiente informacional que disponha de ferramentas adequadas e atualizadas no que se refere à segurança da informação”. (BLUM, 2018, p. 161). O foco desse princípio é a adoção de medidas que sejam aptas a impedir os ataques cibernéticos, realizados por *hackers* e *crackers*, e que têm causado inúmeros prejuízos em todo o mundo.¹⁵ Trata-se, nesse caso, do risco

¹⁵ Estima-se que somente um dos ataques realizados no ano de 2017, denominado *WannaCry*, tenha gerado prejuízos superiores a US\$ 8 bilhões. (PARENTY; DOMET, 2020).

mais visível em matéria de proteção de dados pessoais, até mesmo em razão das reiteradas falhas de segurança.

Já o princípio da *prevenção* (inciso VIII), evoca, nos termos positivados, a “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”. (BRASIL, 2018). Ou seja, traz para o bojo da atividade relativa ao tratamento de dados pessoais a necessidade de atuação pró-ativa, técnica, científica e economicamente voltada à evitabilidade do dano. Cumpre aos agentes de tratamento de dados, nessa perspectiva, a efetiva averiguação dos riscos que recaem sobre sua atividade, o mapeamento dos pontos críticos e a realização das ações necessárias à mitigação dos riscos. Exige-se, dessa forma, do agente de tratamento de dados uma efetiva política de gestão de riscos, em sentido amplo, que vai muito além da segurança de *hardware* e *software*.

Decorrente do princípio da isonomia, o inciso IX traz o princípio da *não discriminação*, vedando o tratamento de dados pessoais com finalidades “[...] discriminatóri[a]s ilícit[a]s ou abusiv[a]s”. (BRASIL, 2018). Interessante e importante decorrência desse princípio é a disposição contida no § 5º do art. 11 (da mesma lei), proibindo “[...] às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários”. (BRASIL, 2018).

Por fim, o princípio da *responsabilização e prestação de contas* (inciso X) que estabelece, conforme os estritos termos da LGPD, a necessária

demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL, 2018).

Assim sendo, o agente de tratamento de dados é o responsável por agir de forma a proteger os interesses do titular dos dados pessoais, tomando as medidas aptas e eficazes contra os riscos envolvidos, podendo ser instado a prestar contas de todos os atos praticados. É certo que esse princípio se desdobra em duas facetas complementares: a *responsabilização* e a *prestação de contas*. A *responsabilização* importa na imposição do dever de efetiva realização das medidas aptas ao cumprimento das normas de proteção de dados, o que importa dizer, em um reforço à concretização factual do respeito devido aos direitos dos titulares dos dados pessoais. Por ele, busca-se a materialização dos direitos, a adoção de medidas de aproximação do *ser* com o *dever ser*. Note-se que a responsabilização em questão difere da responsabilização prevista nos Arts. 42 e seguintes da LGPD. (BRASIL, 2018). Aqui se está a falar de uma “[...] responsabilidade prospectiva (*responsability* em inglês)” (LOUREIRO, 2015, p. 73), que pode ser chamada de responsabilidade de primeiro grau, no sentido de ser responsável pela prática dos atos de proteção de dados pessoais (dever primário). Já a responsabilidade civil, estabelecida nos Arts. 42 e seguintes da LGPD, é pretérita (*liability* em inglês), decorrente do descumprimento do dever primário. Trata-se de uma responsabilidade de segunda ordem, portanto. Já a *prestação de contas* conduz à efetiva demonstração das medidas tomadas. Assim, não basta agir de forma oportuna e adequada. É necessário prestar contas, demonstrar – ao titular dos dados, às autoridades judiciária e administrativa – que medidas foram tomadas e qual é a eficiência destas.

É importante ressaltar que, na atualidade, os “[...] princípios atuam sem intermediários, nas condutas a eles pertinentes, plasmando-as e tornando lícitos ou ilícitos os comportamentos que afirmam ou contrariam suas diretrizes de valor”. (BRAGA NETTO, 2010, p. 184). Logo, se o ato praticado for contrário a um dos princípios acima referidos, fará surgir a antijuridicidade, ainda que não exista regra específica proibindo a conduta.

O Capítulo III da LGPD é inteiramente dedicado a explicitar os “direitos do titular” de dados. O Art. 17 (desse Capítulo) dá uma visão panorâmica¹⁶ e parcial da questão, assegurando a titularidade das pessoas relativamente a seus próprios dados pessoais, bem como tratando da garantia dos “[...] direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade [...]”. (BRASIL, 2018). Apesar da boa intenção do legislador de iniciar o capítulo citando a titularidade e os direitos do titular, é certo que tal dispositivo é passível de críticas. Primeiro, em razão de parecer considerar o regime jurídico da propriedade aos dados pessoais, ao referir-se à titularidade; segundo, por repetir, e de forma meramente parcial, os direitos envolvidos na proteção de dados, o que pode levar ao entendimento de que outros direitos da personalidade não são objeto de proteção.

Por sua vez, o Art. 18 desse Capítulo traz um rol exemplificativo dos direitos que o titular de dados pessoais possui e que pode exigir do agente de tratamento de dados. Destacam-se: confirmação da realização de tratamento (inciso I); acesso aos dados pelo titular (inciso II); correção (inciso III); anonimização e apagamento (inciso IV e VI); portabilidade (inciso V); informações sobre uso e compartilhamento

¹⁶ Para mais dados, leia: SOUZA; SILVA, 2019, p. 261.

(inciso VII); informações ligadas às consequências da negativa de consentimento (inciso VIII), e; exercício do direito de revogação do consentimento (inciso IX). (BRASIL, 2018).

Uma leitura atenta do rol do Art. 18 leva ao entendimento de que, na verdade, são ali elencados *remédios jurídicos*, ou seja, instrumentos criados para a tutela dos efetivos direitos dos titulares de dados consagrados anteriormente. (SOUZA; SILVA, 2019, p. 264).

A terceira modalidade de antijuridicidade é o exercício inadmissível das posições jurídicas, na forma positivada no Art. 187 do Código Civil. Assim, o exercício do direito de tratar dados pessoais alheios conferido pelo ordenamento jurídico aos agentes de tratamento de dados deve ser exercido de modo adequado, não se admitindo, portanto, que se vá além dos limites criados pela boa-fé, bons costumes e fins econômicos e sociais. (BRASIL, 2002).

Feita essa breve exposição das principais hipóteses de antijuridicidade ligada à matéria, é importante ressaltar que não se pode fazer uma interpretação meramente exegética dos direitos e deveres relacionados à atividade de tratamento de dados pessoais, no sentido de restringi-los na lei em seu sentido formal, ou seja, oriunda do parlamento, dentre outras razões, em especial ante sua clara defasagem legislativa em áreas como a proteção de dados pessoais. A assimetria de velocidade entre a tecnologia e o Direito, em especial o legislado, já foi anotada por Stefano Rodotà (DONEDA, 2000, p. 120-121), para quem:

Tem-se a sensação [de] que cresce a distância entre o mundo velocíssimo da inovação tecnológica e o mundo lentíssimo da proteção sócio-institucional (sic). Quase a todo momento percebe-se a rápida obsolescência

das soluções jurídicas reguladoras de um determinado fenômeno técnico, destinadas a (sic) solução de um problema apenas.

Soma-se a isso o fato de que os fenômenos ligados à digitalização, além de serem velozes, desconhecem qualquer tipo de fronteira, de forma que atingem, de modo muito próximo (além de acelerado), pessoas nos mais diversos países. Pode-se mesmo dizer que há uma simetria fática, porém, também, uma assimetria jurídica, no sentido de que ocorre uma multiplicação de ordens jurídicas de diferentes níveis e que geram efeitos sobre a vida das pessoas, conforme assevera José Rodrigo Rodriguez (2019, p. 355), ao declarar que

um usuário da internet sofre os efeitos de uma série de normas produzidas por agências variadas que regulam as diversas dimensões da internet, por exemplo, o funcionamento dos provedores de internet, o registro dos sites, o tipo de conteúdo que pode ser publicado nas redes sociais, e assim por diante.¹⁷

É certo que o Direito emanado de agências, regulamentos internos, contratos, pode representar um grau elevado de “perversão do Direito”, no sentido de que os atores envolvidos venham a se apropriar deste (Direito) de forma não democrática. O contrato firmado entre as partes nesse contexto, por exemplo, pode resultar em um “contrato de

¹⁷ Ainda no mesmo sentido cabe citar Wolfgang Hoffmann-Riem, para quem, nesse âmbito, “[...] a transformação digital se depara com um reajuste já por ela introduzido na relação entre direito estabelecido por privados e pelo Estado, especialmente em consequência de medidas anteriores de desregulação e privatização. Pode-se perceber, em especial, um recuo do direito estabelecido pelo Estado como meio de estruturar situações da vida – e isto não obstante o maior número de regras jurídicas estatais. Particularmente duradouro é – não só, mas também – o deslocamento da responsabilidade para portadores privados nas esferas determinadas pela digitalização, especialmente nas áreas de negócios das grandes empresas de TI que operam no mundo inteiro, como, por exemplo, das chamadas *big five* [cinco grandes]: Alphabet/Google, Facebook, Amazon, Microsoft e Apple. Elas atuam, em grande parte, segundo normas elaboradas por conta própria e, na maioria das vezes, estabelecidas e implementadas unilateralmente, também na medida em que elas atingem terceiros – por exemplo, os usuários de seus serviços”. (HOFFMANN-RIEM, 2019, p. 18. grifo do autor.).

dominação”. (RODRIGUEZ, 2019, p. 365). Além disso, “ordens jurídicas técnicas” podem importar na criação de “zonas de autarquia”¹⁸ em que o determinismo tecnológico é mais importante do que a proteção dos valores consagrados pelo Direito. Porém, também é certo que algumas limitações impostas ao tratamento de dados – seja em contratos, seja por intermédio de estatutos das empresas multinacionais, seja por meio de normas técnicas a respeito (que busquem evitar ou minimizar possíveis riscos), seja em diplomas internacionais ou mesmo em leis nacionais de outros países – podem ser utilizadas para a configuração da antijuridicidade da conduta. Afinal, “[...] as tecnologias digitais utilizadas, suas infraestruturas e modelos de negócios empregados não tem limites regionais – por exemplo, nacionais – ou só os têm em casos excepcionais”, (HOFFMANN-RIEM, 2019, p.27-28) de forma que não faz sentido abdicar da experiência jurídica estrangeira ou técnica para a configuração da antijuridicidade. Obviamente, não se está defendendo aqui a utilização, sem qualquer filtro, a mera transposição de disposições de proteção de dados pessoais constantes de outros diplomas jurídicos. O que se visa é a análise da experiência estrangeira (ou mesmo técnica, ou regulatória em geral), de acordo com os princípios e valores constantes da Constituição da República e da LGPD, a fim de conferir uma maior proteção à pessoa humana, figura central e fundante de todo o ordenamento.¹⁹ Assim, as diversas formas de

¹⁸ “Uma zona de autarquia se caracteriza, insisto, nas situações em que não se possa identificar nenhuma justificação racional, nenhum conjunto de regras que organize a fundamentação da decisão tomada. A zona de autarquia é formada por argumentos sob a aparência de direito, mas que, na prática, não permitem o controle da argumentação pela sociedade, uma vez que não possibilitam a reconstrução organizada do raciocínio que serve de fundamento para a decisão ou para as decisões tomadas.” (RODRIGUEZ, 2019, p. 51).

¹⁹ Nesse sentido é a lição de Wolfgang Hoffmann-Riem: “As inovações tecnológicas estão geralmente disponíveis em todos os lugares. Em contraste, as inovações sociais devem ser adaptadas às culturas específicas da sociedade a menos que elas tomem em conta os problemas decorrentes das

regulação, além da estatal (autorregulamentação social, autorregulação social, autorregulação social regulada pelo Estado, tecnorregulação, padrões éticos, direito transnacional)²⁰ devem ser levadas em consideração a fim de que possa haver uma proteção eficiente ao direito fundamental concernente à proteção de dados pessoais, evitando, com isso, por exemplo, estratégias empresariais de fuga de regulação. Nesse sentido, Rafael Peteffi da Silva assevera que se deve ter em conta uma noção de antijuridicidade de aspecto material, que “[...] é observada na infração do ordenamento jurídico compreendido em sua totalidade, englobando os princípios jurídicos, normas consuetudinárias e, segundo alguns, normas de Direito Natural”. (SILVA, 2020, p. 101). De fato, dada as complexidades das relações sociais e do fenômeno jurídico, não se pode divisar a antijuridicidade unicamente no descumprimento de expressa disposição legal, mas até mesmo em decorrência de “[...] choques entre interesses contrapostos, ambos formalmente lícitos, ou nas quais o exercício do direito é realizado contra o seu conteúdo axiológico”. (SILVA, 2020, p. 101).

Uma noção ampla de antijuridicidade, que abranja além da legislação específica de proteção dados, mas também os preceitos constitucionais, em especial a proteção da pessoa humana em todas as suas dimensões existenciais, é condição de possibilidade para a adequada proteção dos dados pessoais na atualidade.

características regionais, locais ou étnicas, devendo ter em consideração as tradições sociais, os valores específicos ou as estruturas sociais estabelecidas.” (HOFFMANN-RIEM, 2015. p. 13).

²⁰ Ver a respeito em: HOFFMANN-RIEM, 2019.

3 A ANTIJURIDICIDADE E O DEVER DE REPARAR DANOS

É bastante comum, na doutrina tradicional, o entendimento de que a responsabilidade civil objetiva decorre de atos lícitos, enquanto a responsabilidade civil subjetiva decorre de atos ilícitos, caracterizados pelo descumprimento culposo de deveres de cuidado impostos ao agente. De fato, Orlando Gomes (2000, p. 488) conceitua o ato ilícito como a “[...] ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico de Direito Privado, causando-se dano a outrem”. Veja-se que, além da contrariedade ao Direito, exige-se culpa e dano para a caracterização de ato ilícito. No mesmo sentido, é a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira (1995, p. 416-418), a partir de sua obra *Instituições de direito civil – volume 1: Introdução ao direito civil – e Washington de Barros Monteiro* (1995, p. 274-276), em seu *Curso de direito civil – volume 1: Parte geral –*, dentre outros. Mesmo entre doutrinadores mais atuais, tal entendimento é corrente,²¹ o que também pode ser visto na doutrina portuguesa.²²

Nesse sentido, tratando especificamente da LGPD, Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau Meireles defendem que foi adotada a responsabilidade civil subjetiva, justamente em razão de exigir, para fins de compensação do dano, a ocorrência de ato ilícito. Assim:

Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos es[s]es

²¹ Vide: AMARAL, 2003. p. 549 e STOCO, 2010, p. 609.

²² “A ilicitude representa uma qualificação fundamental. Mas não se basta com a mera desconformidade à lei. Supõe uma posição subjetiva do agente, negativamente valorada pela ordem jurídica. Essa posição traduz no dolo ou na negligência” (ASCENSÃO, 2001. p. 70).

deveres. A lógica da responsabilidade objetiva é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa. (GUEDES; MEIRELES, 2019, p. 231).

A inclusão da culpa como requisito do ato ilícito é decorrência, de um lado, da importação da doutrina estrangeira, especialmente a francesa, com seus ensinamentos a respeito do conceito de *faute* para fins de responsabilização,²³ e de outro, do fato de que o Código Civil de 1916, na inadequada redação do Art. 159, permitia a interpretação de que a culpa era requisito de todo e qualquer ato ilícito e não somente do ato ilícito indenizatório culposo. (BRASIL, 1916). Clóvis Bevilacqua já se manifestava a respeito do equívoco de tal visão, o que foi resultado do trâmite legislativo do Código Civil de 1916:

No *Projeto Primitivo*, o ato ilícito aparecia somente como causa geradora de obrigações no livro respectivo. A Comissão Revisora destacou-o, porém, na parte geral, sem atender a que lhe faltava para isso a necessária amplitude conceitual, e alterando, assim, o sistema do Projeto. Alteração mais profunda proveio da emenda do Senado, que introduziu no conceito do ato ilícito a menção da culpa, estranha ao projeto primitivo e que a Câmara não julgara necessário acrescentar ao dispositivo. (BEVILAQUA, 1959, p. 343). (grifo do autor).

Note-se, portanto, que o deslocamento temerário do dispositivo acerca do ato ilícito para a parte geral do Código Civil de 1916, bem como a inclusão da culpa como seu requisito, somado ao exegetismo dominante à época, acabou por fazer com que boa parte da doutrina

²³ “No direito francês, o codificador cogitou da *faute*, figura cuja dificuldade de tradução em estudos comparatistas tornou-se quase lendária, já que congrega não apenas o aspecto culposo (que já se depreende da semântica coloquial do termo) como também a própria conduta de descumprimento de um dever jurídico pre-existente (sic).” (SOUZA, 2018. p. 44).

passasse a entender que somente o ato culposos pode(ria) ser considerado ilícito.²⁴ E eram desnecessárias maiores indagações a respeito, já que a previsão legal no tocante ao ato ilícito somente era voltada à responsabilidade civil,²⁵ e toda a sistemática desta, presente no Código Civil de 1916, era baseada na culpa.

Em outras palavras: para a perspectiva tradicional[,] a ilicitude, para além de restar confundida com a culpa, era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 12).

Logo, a partir de uma visão simplificadora e reducionista, claramente ligada aos valores do Estado e do direito liberal, (MARINONI, 2000, p. 20) somente considerava-se *ato ilícito* o ato culposos e danoso.²⁶

A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificado, des[s]a forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções

²⁴ Pode-se ver claramente uma visão kelseniana do Direito, no sentido de que somente há ato ilícito quando o ordenamento previr uma sanção: "Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta somente pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga a conduta oposta um ato coercitivo como sanção." (KELSEN, 2009. p. 129).

²⁵ "Na concepção que chamaremos, por brevidade, de clássica, o ilícito é pensado e tratado, sempre e sem exceção, como um apêndice da responsabilidade civil. Não haveria, para os que perfilham semelhante concepção, razão maior para diferenciação, porquanto, segundo raciocinam, o ilícito produz sempre, como eficácia, a responsabilidade civil, de modo que estudando essa estaremos, com vantagem, estudando aquele, ainda que nem toda responsabilidade civil advenha de atos ilícitos." (BRAGA NETTO, 2014. p. 32).

²⁶ Isso foi repetido, em grande medida, no Código Civil de 2002, como se percebe do disposto em seu Art. 189. (BRASIL, 2002).

intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento a (sic) outra. (SCHREIBER, 2007, p. 12).

Considerados os fatos dessa forma, a culpa e, conseqüentemente, a responsabilidade civil subjetiva funcionariam como “o penhor da liberdade”. (USTÁRROZ, 2017, p. 88).

Essa “hipertrofia da culpa” ou “primado da culpa” (FRANÇA, 2010, p. 267) acabou por fazer com que a doutrina, ao tratar da responsabilidade objetiva, passasse a sustentar, por vezes, que a responsabilidade civil objetiva não pressupunha a ocorrência de ato ilícito, o que não é totalmente correto. Esta (a responsabilidade civil objetiva) não exige a ocorrência de culpa, porém pode decorrer de atos ilícitos (regra geral) ou de atos lícitos (exceção), chamada de responsabilidade pelo sacrifício.²⁷

O regime de reponsabilidade baseado exclusivamente na culpa passou por transformações importantes no decorrer do século XX, em razão de sua clara insuficiência, já que as “[...] novas situações exigem novo modo de equacionar o problema”. (GOMES, 2005, p. 129).

Na verdade, o entendimento clássico resta superado por três fundamentos em especial, a saber: (i) a culpa não é elemento necessário de antijuridicidade; (ii) a atenção do Direito, visando à proteção da pessoa, deslocou-se da conduta para o dano; (iii) o Código Civil de 2002 desfez o erro existente no Código Civil de 1916.

Tratando do primeiro argumento, é certo que o entendimento de que somente há antijuridicidade (ou ato ilícito) quando constatada a existência de culpa é reducionista, pois limita o fenômeno total à sua

²⁷ Ver a respeito em: USTÁRROZ, 2014.

parte mais evidente, ou seja, confunde o ilícito (gênero) com uma de suas espécies (ilícito subjetivo).

A antijuridicidade é a contrariedade da ação ou omissão ao direito. Dá-se quando um fato não é admitido pelo ordenamento. Sua análise é objetiva, independente da intenção ou da conduta do agente. Segundo Fernando Noronha, “[a]ntijurídicos, ou injurídicos, são os fatos que se colocam em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas”. (NORONHA, 2003, p. 347). Prescinde de “[...] qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém”. (NORONHA, 2003, p. 347).

Ora, “ilícito, na acepção original da palavra, é qualquer comportamento contrário ao Direito (o que inclui o descumprimento de qualquer dever jurídico ou vedação normativa)”. (SOUZA, 2018, p. 44). (grifo do autor). A respeito disso, esclarecedora é a lição de Pontes de Miranda (1954, p. 197):

A explicação de que se tornaram não-contrários (sic) a direito, porque se lhes excluiu a contrariedade a direito, assimila-os às espécies de pré-exclusão da contrariedade, quando, em verdade, só se pré-dispensou a culpa. Foi ao elemento culpa, elemento do suporte fático, que se fez ablação, e não ao elemento contrariedade a direito. À contrariedade a direito não é essencial juntar-se a culpa; há ato contrário a direito sem culpa [...].

A culpa, quando legalmente exigida, é pressuposto de aplicação da sanção (no caso da responsabilidade civil subjetiva, do dever jurídico sucessivo de reparar os danos). Não é integrante da antijuridicidade em si, “[...] não participa da ontologia do ilícito, em direito civil” (BRAGA NETO, 2010, p. 200), que pode existir independente dela. Essa

distinção é importante não só para a questão do dever de reparar os danos (tutela pelo equivalente pecuniário), como também para situações de tutela inibitória ou de remoção do ilícito.

Talvez alguns exemplos ajudem a esclarecer a questão. Um determinado fornecedor, por razões desconhecidas, está colocando no mercado de consumo produtos defeituosos que tem o potencial de lesar a saúde e a segurança dos consumidores. Tal conduta, caso ocorram danos aos consumidores, dá ensejo à reparação, na forma do Art. 12 do CDC. (BRASIL, 1990). Contudo, independentemente da existência de culpa e ocorrência de dano, dúvida não há que a venda de produtos defeituosos importa em antijuridicidade. Tanto é assim que será possível a obtenção de tutela inibitória ou de remoção do ilícito, na forma do Art. 84 do CDC (BRASIL, 1990), a fim de que seja suspensa a venda de tais produtos.

A mesma ação ocorre(rá) em relação a produtos defeituosos, ainda que não sujeitos ao CDC, já que é dever do vendedor fazer boa a coisa. O descumprimento desse dever, por si só, é antijurídico. Inclusive, o Código Civil, ao tratar dos vícios redibitórios nos Arts. 441 a 446, estabelece que o vendedor é responsável por tais vícios sem cogitar da existência de culpa, mencionando somente que deverá indenizar as perdas decorrentes se conhecia o vício ou defeito existente na coisa; se não conhecia, somente está obrigado a restituir o valor recebido e as despesas do contrato (art. 443). (BRASIL, 2002). Nessa hipótese, se se levar em conta a lição clássica, a consequência óbvia seria no sentido de que somente ocorreria ato ilícito no caso de haver efetivo conhecimento do vício por parte do vendedor, afastando-se a ilicitude diante da ausência de conhecimento, o que tornaria sem qualquer justificativa ou fundamento o direito de o comprador devolver o produto, receber o

valor pago e as despesas do contrato, ou o abatimento do equivalente. Obviamente, o direito do comprador de devolver o objeto, receber o valor pago e as despesas do contrato, mesmo quando desconhecido o vício pelo vendedor, decorre da prática de ato antijurídico. Isso também se dá em relação à evicção, em que a antijuridicidade decorre do descumprimento do dever de garantia por parte do alienante.

Da mesma forma, ainda a título de exemplificação, se dá no direito ambiental. Na hipótese de uma empresa produzir poluição acima dos limites previstos legalmente, configurada estará a antijuridicidade, independentemente de qualquer indagação a respeito da culpa da empresa ou de seus dirigentes. E a antijuridicidade poderá ser objeto de tutela inibitória ou mandamental, a fim de que cesse.

Nesses exemplos – venda de produtos defeituosos ou com vícios redibitórios e prática de poluição acima dos níveis admitidos –, como se pode averiguar, não há dúvida de que o ato em si é antijurídico, haja ou não culpa. Afinal, como seria possível defender que tais atos são lícitos ao mesmo tempo em que podem ser obstados judicialmente?

A rigor, ilícita é a conduta contrária à legalidade no direito privado, isto é, a conduta antijurídica; a produção de dano e a existência de culpa são relevantes para o surgimento do dever de indenizar, mas não para a configuração da ilicitude em sentido amplo. (SOUZA, 2018, p. 46).

Logo, a antijuridicidade se dá quando um ato ou fato é contrário ao ordenamento jurídico. A culpa, quando exigida por lei, é pressuposto de aplicação da sanção, mas não (é) integrante da antijuridicidade.

Quanto ao segundo fundamento, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero afirmam que é possível pensar na ocorrência de ato ilícito ante uma “ação em sentido amplo” (conduta omissa ou comissiva) “[...]”

suscetível de ser qualificada deonticamente como obrigatória, proibida”, mas também como “[...] consequência de ações ou omissões, quando essa consequência está deonticamente qualificada” (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2014, p. 24).

Classicamente, no direito civil, o juízo de verificação da ocorrência do ato ilícito centrava-se na ação ou omissão do agente. Contudo, um movimento muito claro em matéria de responsabilidade civil consistiu (e ainda consiste) em deslocar a atenção, o objeto de análise, da conduta para o *resultado da conduta* ou das condutas relevantes. Orlando Gomes (1989, p. 295) chamou de “giro conceitual” o que definiu como sendo uma mudança de foco do *ato ilícito* para o *dano injusto*, o que importaria em noção “mais ampla e mais social”. A influência é claramente italiana, dada a disposição do Art. 2.043 do *Codice Civile* de 1942.²⁸ Assevera Fernando Noronha, acerca disso, que, na “[...] Itália, a generalidade da doutrina e da jurisprudência entende que *danno ingiusto* é aquele resultante de uma conduta *sine jure e contra jus*” (NORONHA, 2003, p. 471). (grifo do autor).

Mafalda Miranda Barbosa (2019, p. 234), após ressaltar que a doutrina da ilicitude do resultado “[...] contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição da ilicitude”, assevera que, no ordenamento jurídico português, há clara inclinação na admissão da teoria da ilicitude do resultado, o que melhor se adequa ao “[...] modelo bipartido entre a ilicitude e a culpa” (BARBOSA, 2019, p. 236) e permite a entrada em cena de “[...] uma ideia

²⁸ “**Art. 2043 Compensação por delito civil** Qualquer ato doloso ou negligente, que cause danos injustos a terceiros, obriga a pessoa que cometeu o ato a ressarcir o dano [...]” (tradução nossa). Texto original: “**Art. 2043** Risarcimento per fatto illecito Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno [...]” (ITÁLIA. 1942).

de imputação objetiva a partir da qual cada um responde por determinadas consequências de sua conduta” (BARBOSA, 2019, p. 237), especialmente em se tratando de direitos absolutos, o “[...] último reduto de afirmação da personalidade”, de forma que, o “[...] agente lesivo, com sua atuação, pretere princípios fundamentais da juridicidade” (BARBOSA, 2019, p. 238).

Dessa forma, o objeto de análise é deslocado da atuação do agente para o resultado contrário à ordem jurídica, o chamado *dano evento*. Passa-se da ideia de punição ou sanção do ofensor, própria do direito penal, para a “reparação da vítima injustamente lesada” (MORAES, 2006, p. 19), muito mais ligada ao direito de danos. Conforme assinala Marcos Catalan (2019, p. 119), é “[...] sobre o dano [...] que a responsabilidade civil deve ser pensada”, o que permite, com maior facilidade, promover a proteção da pessoa humana.

Essa ressignificação (também) foi captada pelo Código Civil argentino de 2014, ao estabelecer que é antijurídica qualquer ação ou omissão que cause danos sem que exista uma causa de justificação.²⁹ Anderson Schreiber ressalta que essa mudança de foco, da causa para o resultado, deve ser pensada especialmente em sede de responsabilidade civil objetiva:

Verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (conduta negligente, conduta criadora de risco etc.), mas pelo resultado (dano), distanciando-se, por conseguinte, de considerações centradas sobre a

²⁹ “ARTIGO 1717.- Antijuricidade. Qualquer ação ou omissão que cause dano a outro é antijurídica se não for justificada”. (tradução nossa). Texto original: “ARTÍCULO 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. (ARGENTINA, 2018).

socialização dos riscos, para desaguar em uma discussão mais finalística sobre a socialização das perdas. (SCHREIBER, 2007, p. 28).

De fato, a importância excessiva à conduta em detrimento das consequências dela decorrentes está muito mais ligada a uma sociedade pré-industrial, em que danos erram decorrentes de acontecimentos extraordinários, verdadeiros desvios de condutas que, como tais, deveriam ser objeto de punições (em sentido amplo).

O acidente, como emerge da sociedade industrial, tem características que impedem de interpretá-lo nos significados anteriores de acaso ou providência. O conceito obedece a um tipo de objetividade específica e decorre do curso natural das atividades coletivas, e não de acontecimentos excepcionais ou extraordinários. O evento danoso deixa, pois, de ser considerado uma fatalidade e passa a ser tido como fenômeno “normal”, estatisticamente calculável. De fato, é na organização coletiva – e devido mesmo a esta organização – que, com regularidade, como demonstram as estatísticas, danos ocorrem para os indivíduos: nenhuma causa, nem transcendente nem pessoal, pode disso dar conta. Trata-se, simplesmente, de danos que “devem acontecer”. (MORAES, 2006, p. 17). (grifo do autor).

De fato, não há dúvida de que, na atualidade, especialmente tendo em conta a centralidade da pessoa no ordenamento jurídico, o foco do direito civil deve deslocar-se da conduta do agente para o dano. Isso não só em relação ao dano já efetivado, momento em que se deve criar instrumentos para a adequada reparação, mas também relativamente ao dano potencial, com estabelecimento de deveres de prevenção e precaução.³⁰ Assim, a simples ocorrência de um dano será considerada como antijurídica, sem qualquer indagação a respeito da culpa.

³⁰ A respeito disso, consultar: BUSATTA, 2020. p. 25-56.

Obviamente, havendo hipóteses de justificação, a antijuridicidade será afastada.

Ainda que pareçam inafastáveis as considerações acima a respeito da dissociação entre ilícito/antijuridicidade e culpa, a doutrina jurídica nacional, em sua grande maioria, ainda defendia o contrário. Contudo, após o Código Civil de 2002, esse entendimento não pode/não pôde subsistir, mesmo em uma interpretação mais exegética. Isso em razão de que esse Código permitiu uma melhor compreensão acerca da antijuridicidade (aqui, já tratando do terceiro argumento relativo à superação do entendimento clássico concernente à relação ilícito/antijuridicidade e culpa), ainda que a redação do Art. 186 seja de todo criticável. (BRASIL, 2002). A sistemática por ele adotada deixa claro que inexistente conexão necessária entre antijuridicidade e culpa.

Isso em razão, especialmente, da construção legislativa a respeito do abuso de direito (leia-se, exercício inadmissível das posições jurídicas) realizada via Art. 187. De fato, tal dispositivo estabelece que: “Também *comete ato ilícito* o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (grifo nosso). (BRASIL, 2002). Soma-se a essa indicação o contido no Art. 927 que estabelece que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002).

À medida que o Art. 187 não faz qualquer menção à culpa como requisito do abuso de direito, é inafastável que o Código Civil consagrou a figura do abuso de direito em sua forma objetiva,³¹ ou seja, que somente tem em conta o exercício do direito além das finalidades para

³¹ Sobre isso, consultar: MARTINS-COSTA, [2014] e TARTUCE, 2018. p. 75.

o qual foi criado. E foi bastante claro no sentido de que também na hipótese de abuso de direito se está diante de ato ilícito.³²

Assim, fato é que restou claramente positivado uma espécie de ato ilícito que prescindia da culpa para sua configuração.

Já pertinente ao campo contratual, o descumprimento da obrigação por parte do devedor importa em ilícito (o chamado ilícito relativo), conforme se extrai dos Arts. 389 e 395. E o entendimento dominante nessa área é que não se discute a existência de culpa,³³ sendo a responsabilidade objetiva somente afastada na hipótese de caso fortuito ou de força maior, na forma do Art. 393, hipóteses de exclusão do nexo de causalidade e não do ato ilícito ou mesmo da culpa (ainda que em sentido presumido). Soma-se a isso o analisado *supra* a respeito dos vícios redibitórios e da evicção. (BRASIL, 2002).

Nessa medida, após o Código Civil de 2002, “[...] ilicitude e culpabilidade não se confundem”. (BORGES; GOMES; ENGELMANN, 2014, p. 40). Logo, além do tradicional ato ilícito culposo, é imprescindível admitir a existência do ato ilícito decorrente do descumprimento do dever de conduta, independentemente da existência de dolo ou culpa, o qual Judith Martins-Costa ([2014], p. 16) designa de ilícito objetivo, caracterizado

pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido [...] como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade [o processo legislativo; a

³² É importante ressaltar que, tamanho era o apego da doutrina à culpa como integrante do ato ilícito, que tal qualificação foi criticada, pois seria apta a permitir que o abuso de direito fosse contaminado pelo subjetivismo. Nesse sentido: “A concepção do abuso de direito como espécie de ato ilícito, permita-se insistir, além de obscurecer seus contornos, caminha no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude”. (CARPENA, 2002. p. 382).

³³ Para um maior aprofundamento, consultar: CATALAN, 2019.

jurisdição; os usos e costumes jurídicos, e; a fonte negocial (expressão da autonomia da vontade)] e destinadas, em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.

É importante ressaltar que não há razões para sustentar que somente na hipótese de abuso de direito admite-se o ilícito objetivo, já que o Código Civil, em momento algum, traz, de forma expressa ou implícita, tal restrição. Ademais, seria contraditório admitir que, no caso de abuso de direito, ilícito atípico (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2014) e, em tese, menos flagrante, a culpa fosse desnecessária e, em todas as demais hipóteses de ilícito típico, portanto, mais diretas, seria a culpa integrante do núcleo do ato ilícito. Assim, mesmo os espíritos mais próximos ao exegetismo devem entender que a culpa não é elemento integrante e indissociável do ato ilícito.

Em conclusão, é certo que o direito civil brasileiro evoluiu consideravelmente, deixando para trás a centralidade da culpa em relação à antijuridicidade e o dever de reparar danos, passando, com isso, a ser muito mais adequado à tutela da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Ao exigir “violação à legislação de proteção de dados pessoais” como requisito da pretensão indenizatória (Art. 42), a LGPD reconhece expressamente a necessidade de antijuridicidade para que o dever de reparar seja imposto ao agente de tratamento de dados pessoais.

Muitas são as possibilidades de antijuridicidade na área de proteção de dados pessoais, ante os direitos personalíssimos envolvidos e as diversas disposições de proteção dos interesses do titular. Contudo, o juízo de antijuridicidade não deve ser formal e estático, mas sim

abrangente e dinâmico para ir além da legislação específica de proteção dados, alcançando os preceitos constitucionais e os valores fundantes do Direito brasileiro. Inclusive, é necessária uma visão multinormativista e policêntrica, a fim de admitir que ordens jurídicas técnicas, contratuais, internacionais sejam utilizadas, mediante filtragem constitucional, no desvelamento da antijuridicidade.

A noção de antijuridicidade, nessa perspectiva, sofreu profunda alteração no direito civil brasileiro, de forma que resta superado o entendimento de que culpa é elemento necessário. Com isso, o Direito voltou sua atenção à vítima, deixando de se preocupar, no campo da responsabilidade civil, com a punição do ofensor.

Assim, é certo que a imensa maioria das hipóteses de responsabilidade civil objetiva decorre de atos antijurídicos. Logo, o entendimento de que a LGPD adotou o regime de responsabilidade civil subjetiva simplesmente por exigir a antijuridicidade para o surgimento do dever de reparar os danos não se mostra correto.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARGENTINA. **Ley n. 26.994/2014**. Código Civil y Comercial de la Nación. Aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. SITEAL-Sistema de Información de Tendencias Educativas en America Latina. Autor Institucional. Poder Legislativo. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 08 de agosto de 2018. 275 p. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_argentina_0837.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Entre a ilicitude e o dano. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (coord.). **Desafios da nova responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019. p. 223-267.

BARBOSA, Mafalda Miranda. O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos sistemas tradicionais e caminhos de solução. **Revista de Direito da Responsabilidade**, ano 2, 2020. p. 280-326. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2020/o-futuro-da-responsabilidade-civil-desafiada-pela-inteligencia-artificial-as-dificuldades-dos-modelos-tradicionais-e-caminhos-de-solucao-mafalda-miranda-barbosa/>. Acesso em: 22 set. 2020.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12. ed. atual. por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1959. v. 1.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O direito à privacidade e a proteção de dados do consumidor**. São Paulo: Almedina, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

BONNA, Alexandre Pereira. Dados pessoais, identidade virtual e a proteção da personalidade. In: SOARES, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 19-38.

BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Ilícito civil, esse desconhecido.... In: DIDIER JUNIOR, Fredie; EHRHARDT, Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175-212.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 479**. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2012]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019**. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal**. Medida Cautelar de Urgência. [...] Cuida-se de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB contra

o inteiro teor da Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020 [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado: Presidente da República. Procurador: Advogado-Geral da União. Relatora: Ministra Rosa Weber, 24 de abril de 2020a. p. 1-13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389 Distrito Federal**. Voto Conjunto ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387. [...] Trata-se de ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de medida cautelar, ajuizadas contra o inteiro teor da Medida Provisória 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre “o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020” [...]. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Intimado: Presidente da República. Procurador: Advogado-geral da União. Relatora: Ministra Rosa Weber, [2020b]. p. 1-32. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pandemia-reforca-necessidade-protecao.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BUCAR, Daniel; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras impressões. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.) **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 465-484.

BUSATTA, Eduardo Luiz. Do dever de prevenção em matéria de proteção de dados pessoais. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 25-56.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARPENA, Heloisa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367-384.

- CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 111-136.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018. p. 45-71.
- FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade civil aquiliana. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 267-287.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). **Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 289-302.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista de Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 121-134, maio/2005. p. 129. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35268>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.) **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 219-241.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavagila P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11-31.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 11-38, nov.-dez. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756>. Acesso em: 01 set. 2020.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 - Approvazione del testo del Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79, 4 aprile 1942. Disponível em: <http://www.rcscuola.it/disciplina/ccivile.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei nº 13.709/2018. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). **Direito civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 413-429.

LLANO, Pablo de; SÁNCHEZ, Álvaro. Vazamento de dados do Facebook causa tempestade política mundial: caso Cambridge Analytica. **El País** [on-line], Miami / Bruxelas, 20 de março de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/internacional/1521500023_469300.html. Acesso em 17 ago. 2020.

LOBEL, Orly, **Coase and the Platform Economy**. Forthcoming in Sharing Economy Handbook 2018. Cambridge University Press. Nestor Davidson, Michele Finck & John Infranca eds. San Diego, EUA, Legal Studies Research Paper No. 17-318, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3083764>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3083764>. Acesso em: 17 ago. 2020.

LOUREIRO, José Carlos. Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COLEHO, Alexandre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33-84.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé**. Lisboa - Universidade de Lisboa, [2014], p. 1-43. Disponível em:

<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Acesso em 19 ago. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Compliance digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados*. In: SOARES, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 263-297.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120/2018, ano 27, São Paulo: **Revista dos Tribunais** [on-line], Thomson Reuters, p. 469-483/p.1-13, nov.-dez. 2018. Disponível em: <http://www.rtonline.com.br/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1: Parte geral.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 854, ano 95, p. 11-37, dez.-2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 121-148.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de inteligência artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 325-348.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais (Lei 13.709/2018). In: SOARES, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil e novas tecnologias**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 109-124.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PARENTY, Thomas J.; DOMET, Jack J. Como avaliar riscos cibernéticos. **Harvard Business Review Brasil**, [Brasil], 03 de abril de 2020.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1: Introdução ao direito civil.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. II.

PÜSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC**: acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REINO UNIDO. EUR-Lex. Parlamento Europeu. Atos Legislativos. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 88 p., 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 30 abr. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). São Paulo: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução de Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul.-set. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade, multinormatividade. São Paulo: Liber Ars, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Fundamentos jusfilosóficos e âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista Direito Público-RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, maio-jun. 2020. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>.

Acesso em: 15 set. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

SILVA, Rafael Peteffi da. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. In: SILVA, Michel Cesar; BRAGA NETO, Felipe Peixoto (coord.). **Direito privado e contemporaneidade**: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 91-123.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Democracia e os códigos invisíveis**: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: Edições Sesc, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexu causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018. p. 33-102.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados pessoais na Lei 13.709/2018: uma abordagem sistemática. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.) **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 243-286.

SPIECKER, Indra. O direito à proteção de dados na internet em caso de colisão. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, PUCRS-Escola de Direito, Revista do PPGD / Mestrado e Doutorado PUC, v. 12, n. 38, p. 17-33, jan.-jun. 2018. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i38.709>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/709>. Acesso em 24 set. 2020.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 607-610.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial e elementos da responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 293-323.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.) **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 287-322.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

WALDRON, Jeremy. **Torture and positive law**: jurisprudence for the White House. *UC Berkeley: Kadish Center for Morality, Law and Public Affairs*. Victoria University of Wellington, New Zealand, Sept. 30, 2004. 66 p. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/23d27577>. Acesso em 01 jun. 2020.

10

A PROPOSTA DE UMA TEORIA REALISTA DO DIREITO EM BRIAN TAMANAHA: REVISITANDO AS BASES DO PRAGMATISMO

*Diogo Lopes Cavalcante*¹

*Fabiane Grando*²

1 INTRODUÇÃO

Desde fins do século XIX, os pragmatistas passaram a estabelecer as bases de uma reconstrução na filosofia, dirigindo sua crítica à abstrativização teórica, sem contato com a experiência.

O ponto central do pragmatismo era a ênfase na utilidade prática da filosofia, ou seja, de que a natureza humana deveria ser compreendida como um conjunto de adaptações e mudanças, tipicamente exercidas pelas práticas sociais, e não por meio de abstrações teóricas.

Tal construção também se deslocou para o direito. A proliferação da crítica jurídica, em um contexto de sociedade pluralista, reposicionou os estudos jurídicos sobre a importância de compreender o complexo de instituições que evoluem ao longo do tempo em conexão

¹ Doutor em Desenvolvimento Econômico pela UNIOESTE. Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Processo Civil pela UNIPAR. Especialista em Direito Público pela Unb. Graduado em Direito pela UFPR e em Economia pela FAE Business School. Procurador da Fazenda Nacional. Ex-advogado da Petrobras. Professor da FAG e da UNIOESTE. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7417042733205654>. E-mail: diogolcavalcante@yahoo.com.br.

² Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Graduada em Direito pela UFPR e em Letras Português-Inglês pela PUCPR. Procuradora Municipal. Professora da FAG e da UNIOESTE. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7138104223540723>. E-mail: gfab2@yahoo.com.br

com fatores sociais, culturais, econômicos, políticos, tecnológicos e ecológicos.

No presente artigo pretende-se revisitar as bases do pragmatismo e analisar a proposta de uma teoria realista do direito em Brian Tamanaha, a qual seria informada pelo pragmatismo na jurisprudência.

Assim, a primeira seção aborda os marcos teóricos do pragmatismo, como forma de traçar os aportes dos denominados pragmatistas clássicos, notadamente Charles Saunders Peirce, William James e John Dewey, bem como analisar suas características.

A segunda seção volta-se à diferenciação com outras abordagens, passando pela influência do pragmatismo no realismo jurídico e sua crítica às teorias jurídicas formalistas e objetivas, destacando a contribuição de Oliver W. Holmes Jr., assim como as sucessivas releituras, que conduziram ao que se denominou de neopragmatismo, pós-virada linguística, o qual teve como grande interlocutor Richard Rorty.

A terceira seção destaca o que se denomina pragmatismo jurídico, e seu enfoque em soluções concretas para problemas concretos, destacando um dos grandes referenciais atuais - Richard Allen Posner - com sua construção particular de pragmatismo, bem como as críticas ao movimento a partir de Ronald Dworkin.

A quarta seção, por fim, destina-se a expor a noção de uma teoria realista do direito de Brian Tamanaha, fundada no naturalismo, historicismo, holismo e construcionismo social, a partir do que ele denomina de reconstrução pragmática na jurisprudência.

2 VOLTANDO ÀS ORIGENS - PRAGMATISMO CLÁSSICO

Em sua etimologia do grego clássico, o termo “pragma” significa resultado de uma ação:

Quando o homem funda o sistema de sobrevivência a que chamou *pólis*, que o obriga a discutir, calcular, decidir, ocupar-se de sua própria sobrevivência em outra perspectiva que não aquela estruturada pelas comunidades familiares, os *géné*, é exatamente nesse momento que começam a incidir nos textos a palavra *pragma* e alguns de seus derivados como *pragmatikós*, *pragmatikós* e *pragmatéia*. Suas ocorrências surgem quando os homens falam de seus problemas imediatos exigentes de soluções ainda desconhecidas e das tarefas que cumprem objetivando algo. (ANDRADE, 2000, p. 5).

O nascimento do pragmatismo costuma ser referido como tendo acontecido por volta de 1870 nos Estados Unidos da América com três norte-americanos: Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952), tendo os dois primeiros participado da fundação do chamado “Clube Metafísico de Harvard” (ARRUDA, 2014, p. 27)³.

A ideia do pragmatismo clássico, em uma visão abrangente, era fornecer uma alternativa às escolas filosóficas até então dominantes: o racionalismo alemão e o empirismo britânico. “Ambas as formas admitem que a verdade seja obtida, quer no mundo sensível, quer num mundo inteligível, num pensamento ou numa razão absolutos. Desta

³ Importante referir que Cornelis de Waal (2007, p. 17) faz um contraponto à origem norte-americana do pragmatismo, bem como analisa a ironia dessa denominação, pois, naquela época, a metafísica era considerada “fora de moda” nos círculos de debates filosóficos. Ademais, o pragmatismo clássico, representado por tais autores, rejeitava justamente a construção da verdade como sendo algo abstrato e metafísico.

forma, a verdade só poderia ser a transcrição de uma realidade exterior” (ARRUDA, 2014, p. 27).

Tendo em conta tal premissa, cabe enfatizar que o pragmatismo clássico apresentou um vínculo entre teoria e prática:

Os pragmatistas clássicos evidenciavam uma necessidade de remodelar a relação passiva e contemplativa entre sujeito e realidade, transformando-a em uma relação ativa e criativa. Ao fazê-lo, concluíram que concepções sobre os fatos são constituídas por nossas atitudes e crenças.

(...)

Foi concebido como um método para determinar o significado das palavras, principalmente dos termos filosóficos e científicos e para mostrar que certos problemas filosóficos centrais eram causados apenas por falta de clareza terminológica, sendo preciso erradicar a “verborragia filosófica” insignificante. (ARRUDA, 2014, p. 28).

Tamanaha (2020, p. 2) destaca que Charles Saunders Peirce, William James, John Dewey e George Herbert Mead foram influenciados pela teoria evolucionista darwiniana, explicação probabilística e o modelo científico de investigação e experimentação, que eles consideravam como contínuos com toda investigação humana:

Os seres humanos se engajam em ações dentro dos ambientes naturais e sociais, seguindo hábitos e costumes, usando ferramentas, atuando em conceitos, crenças e teorias, perseguindo objetivos, aprendendo com as falhas e sucessos, adaptando-se às novas circunstâncias, construindo um corpus de conhecimento coletivo incorporado na linguagem, ideias, conceitos, teorias, hábitos, práticas sociais, normas, regras, princípios, instituições, instrumentos e tecnologia. A qualquer momento, a massa esmagadora do conhecimento na sociedade é o legado de ações anteriores

de sucesso, com novas descobertas adicionadas para modificar ou substituir o que veio antes (TAMANAHA, 2020, pp. 2-3).

O ponto central do pragmatismo clássico era a ênfase na utilidade prática da filosofia, dirigindo sua crítica à abstrativização teórica, sem contato com a experiência⁴.

Os pragmatistas articularam sua posição contra as abordagens filosóficas que buscavam proclamar verdades universais, necessárias e absolutas. O pragmatismo “volta-se contra abstrações e insuficiência, soluções verbais, más razões a priori, princípios fixos, sistemas fechados e verdades absolutas. Ele se dirige para a concretude e adequação, fatos, ações, poder” (JAMES, 1975, *apud* TAMANAHA, 2020, p. 6).

Conforme se depreende da referência feita por Tamanaha, acima transcrita, partindo da própria concepção da teoria darwinista, a natureza humana deveria ser compreendida como um conjunto de adaptações e mudanças, tipicamente exercidas pelas práticas sociais, e não por meio de abstrações teóricas.

Para Peirce o significado de um conceito era dado pelas consequências práticas concebíveis que o objeto de investigação seria capaz de proporcionar e que afetariam a conduta humana. Na concepção de James, por sua vez, o significado pragmático de um termo tem relação com os efeitos práticos que ele provoca na crença do indivíduo, portanto, envolve um método de significação do agir humano e uma teoria da verdade. Peirce pretendia relacionar o significado de uma ideia

⁴ Os fundamentos do empirismo informam o método pragmático e sua concepção de verdade, uma vez que estes são empiricamente orientados na medida em que se baseiam na experiência de testar os rumos de ações voltados para objetivos e a observação das consequências (JAMES, 1975, *apud* TAMANAHA, 2020, p. 3).

ou objeto com as consequências práticas que a ideia ou objeto ocasionam, enquanto James associava o significado de uma ideia ou objeto a sensações e reações particulares (DE WAAL, 2007, p. 53).

De toda forma, tinham como linha comum não atribuir caráter normativo ao pragmatismo, no sentido de que não dizer nada sobre como deve ser o mundo e o conhecimento que se tem dele. Pragmatismo era um método por meio do qual o significado dos conceitos é depurado pelos fatos, pela experiência; sua postura filosófica testava velhas linhas mestras do conhecimento (ARRUDA, 2014, p. 29).

A base das proposições de Pierce era de que o conhecimento seria atividade, e não intuição ou processo racional introspectivo; contudo, para ele, não existia um método de conhecimento *a priori*, pois isso poderia limitar a prática investigativa científica, reforçando a ideia de uma constante inquirição acerca de crenças tidas como incontestáveis, seja por alguma necessidade, carência ou mesmo desconforto da dúvida. “O conhecimento no pragmatismo clássico era participativo, a própria ação humana. Não resulta da observação singela dos fatos, sendo o homem parte de seu próprio conhecimento”. Uma afirmação desconectada da experiência não teria significado; ademais, o significado dos conceitos deveria estar relacionado às suas consequências (ARRUDA, 2014, pp. 29-31).

James atribuía à experiência um viés mais psicológico e individual, no sentido de sensações e reações, ao passo que Dewey enquadrava a experiência em duas categorias: “i) a experiência psíquica, visitada em nossa memória, nossa vida psíquica e situações subjetivas e; ii) a experiência social, referente à nossa vida coletiva, (...) à nossa cultura, ao passado do nosso povo, família ou clã”. Dewey também sinalava a experiência como relação entre os elementos do universo, sendo a

experiência humana parte importante desses relacionamentos (ARRUDA, 2014, p. 31).

Feitas tais considerações, pode-se destacar as seguintes características do pragmatismo filosófico clássico:

i) o antifundacionalismo, que consiste numa rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas etc. (...) Rejeita concepção fundacional epistemológica como uma disciplina a priori, cuja missão seja fornecer a base de todas as reivindicações legítimas do conhecimento. Não nega função prática a conceitos como “liberdade”, “igualdade” e “justiça”, mas acredita, ao revés, que o significado destes termos está nas experiências que vivenciamos sobre eles; ii) o contextualismo, de acordo com o qual as investigações filosóficas devem estar atentas ao papel do contexto em seu desenvolvimento, levando em consideração a cultura de uma sociedade e as suas relações com as instituições e práticas sociais. A esse corpo de crenças o pragmatismo dá o nome de “experiência” (...); iii) o consequencialismo, no sentido de que a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências práticas concebíveis pela experiência. É, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. Tais consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, útil e benéfica. (ARRUDA, 2014, p. 38).

Traçado este panorama do pragmatismo, a partir de suas origens no pragmatismo filosófico clássico, passa-se, na sequência, à diferenciação com outras abordagens para então chegar ao enfoque do pragmatismo jurídico.

3 DIFERENCIANDO AS ABORDAGENS

3.1 A LIGAÇÃO DO PRAGMATISMO COM O REALISMO JURÍDICO

Influenciado pelo pragmatismo clássico, a partir da década de 1920, entrou em cena o realismo jurídico norte-americano.

Segundo Bobbio (2001, pp. 63-65), no século XIX é possível identificar três momentos de emergência de uma maneira peculiar de conceber o direito, que contribuíram para alargar o horizonte da ciência jurídica. O primeiro é representado pela escola histórica do direito, com Savigny, com a mudança de clima do pensamento jurídico derivado da difusão do romantismo; o segundo, de reação antijusnaturalista e também antiformalista, denominado de concepção sociológica do Direito; e o terceiro, considerado o mais violento e radical da revolta antiformalista, que é a concepção realista do direito, que logrou êxito na primeira metade do século XX nos Estados Unidos.

Jorge (2012, p. 18) contextualiza o realismo jurídico como parte das transformações que marcaram o início do século XX, juntamente com o pragmatismo na Filosofia, com a teoria da relatividade de Albert Einstein e a psicanálise de Freud.

Tal movimento teve como precursor Oliver W. Holmes Jr. - juiz da Suprema Corte norte-americana por muitos anos -, seguido por Roscoe Pound - que se voltou ao estudo do direito a partir do que denominou de “jurisprudência sociológica”, referindo-se ao jurista que leva em conta, em sua interpretação e aplicação do direito, os fatos sociais dos quais o direito deriva e que deve regular. A escola realista teve como representante mais radical Jerome Frank, que teria ido bem mais adiante das premissas estabelecidas por seus antecessores (BOBBIO, 2001, p. 66).

Ainda conforme Bobbio (2001, p. 65), Holmes foi o primeiro a repudiar o tradicionalismo jurídico das cortes e a introduzir uma interpretação evolutiva do Direito, mais sensível às mudanças da consciência social.

Holmes (1992, p. 287) defendia que o direito é dinâmico, que não é posto no momento da formação da norma, e que depende do marco temporal de sua interpretação; também alertava que as necessidades morais e políticas se alteram de período a período, a ponto de que mesmo de forma inconsciente os juízes realizam interpretações distintas.

Assim, seu pensamento parte da perspectiva do direito fundamentado na experiência:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos. (HOLMES, 1991, p. 1).

O realismo buscou definir e desacreditar as teorias jurídicas dominantes “(...) formalistas e objetivas, oferecendo em troca jurisprudência com maior embasamento filosófico, mais iluminada e potencialmente orientada para realidade inesperada que se descortinava” (GODOY, 2013, p. 15).

Por serem voltadas para a realidade social, as instituições jurídicas deveriam ser realistas quanto às necessidades sociais que visavam

suprir, reconhecendo-se, assim, o papel central desempenhado pelo juiz no âmbito do direito.

Tal movimento rejeita o formalismo normativo, estuda o Direito aplicado, especificamente o produzido nos tribunais. Para os realistas, não basta a norma ser revestida de validade (esfera do ‘Dever Ser’), ela tem de ser também eficaz (esfera do ‘Ser’), de modo que o direito a ser seguido não é o que está nos livros, mas o direito em ação. A doutrina da escola realista entende o Direito como um conjunto de normas efetivamente seguidas em uma determinada sociedade. Contudo, quando os realistas referem que direito são as normas efetivamente cumpridas, eles não estão se referindo ao comportamento dos cidadãos, mas sim ao comportamento dos juízes no exercício de suas funções, tanto é que não se preocupam tanto com o legislador, mas com o juiz que aplica a lei estabelecida pelo legislador (BOBBIO, 2001, pp. 143-144).

O jurista italiano destaca como principal tese da escola realista:

(...) não existe direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo precedente jurídico: o direito é contínua criação do juiz, é obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia. Cai deste modo o tradicional princípio da certeza jurídica, e de fato, qual pode ser a possibilidade de prever a consequência de um comportamento - nisto consiste a certeza -, se o direito é uma contínua nova criação do juiz? (BOBBIO, 2001, p. 66).

O realismo voltou-se para uma visão aproximativa da realidade social ou pragmática do direito, dando-lhe respaldo a partir de um conhecimento sincrético ou interdisciplinar: “No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar

direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril” (GICO JR, 2012, p. 7).

Assim, os postulados do pragmatismo clássico contribuíram para o desenvolvimento da escola do realismo jurídico e, ao longo do século XX, passaram por sucessivas releituras, conduzindo ao que se denominou de neopragmatismo, cujas características serão analisadas a seguir.

3.2 FUNDAMENTOS DO NEOPRAGMATISMO

Conforme Arruda (2014, p. 50), nos anos 1950, as ideias do pragmatismo clássico começaram a ressurgir, com a substituição da fluida noção de experiência dos pragmatistas clássicos por um determinado “comportamento linguístico”. Para a autora, durante as décadas de 1970 e 1980, Richard Rorty, considerado o grande interlocutor do retorno do pragmatismo, deu maior amplitude à fusão entre este e a filosofia analítica, dando origem a um novo movimento filosófico – neopragmatismo:

Rorty vivenciou a revolução do pós-modernismo, que significou a fragmentação e a descrença nas metanarrativas e o enfraquecimento das teorias filosóficas fundacionais. Viu também que as novas tecnologias da informação democratizaram, em certa medida, o alcance do conhecimento, abrindo os horizontes do cidadão para o mundo e inovações culturais (ARRUDA, 2014, p. 50).

Uma das diferenças de abordagem entre os pragmatistas clássicos e os neopragmatistas é de que o conhecimento era consequência da experiência investigativa para os primeiros, passando no neopragmatismo a ser condicionado linguística e culturalmente. A virada linguística é um elemento fundamental para estabelecer as

diferenças entre o pragmatismo clássico e o neopragmatismo, uma vez que o lugar anteriormente ocupado pela experiência no pragmatismo clássico passou a ser ocupado pela linguagem no neopragmatismo (RORTY, 1991, p. 91).

A virada linguística em Rorty preconiza que não temos contato com nossas crenças em si, mas com sua expressão ou justificação, as quais ocorreriam dentro da linguagem, da prática social conversacional. Cada comunidade linguística terá suas regras epistêmicas, por meio das quais seus membros formulam questões, expressam emoções, formam justificações (DE WAAL, 2007, p. 210).

Em sociedades plurais podem-se identificar objetivos diferentes, todos com desdobramentos morais, sociais e políticos. No neopragmatismo, o padrão de toda investigação deixa de ser a ciência em si, mas a deliberação sobre as atrações relativas a várias alternativas concretas de ação. Rorty rejeita assim o método científico enquanto modelo para assinalarmos como as coisas “realmente são” em favor do aspecto conversacional da investigação (DE WAAL, 2007, p. 211).

Dessa forma, a ausência de preocupação sobre o que seja a investigação ou em quais motivos tenha se declarado, típica do pragmatismo clássico, dá lugar a uma abordagem dos vocabulários que as pessoas usam e em que expressam seus problemas, fins e descobertas (DE WAAL, 2007, p. 212).

Paralelamente, conforme observa Ferraz (2014, p. 7), existe um nítido confronto de Rorty com visões como a do pensador alemão Jürgen Habermas – “calcadas em uma aposta no caráter universalista dos pressupostos idealizantes do discurso, apreensíveis pela razão prática”.

O debate entre Habermas e Rorty permite visualizar bem as diferenças na abordagem filosófica do pragmatismo. “Na verdade,

Habermas lamenta que Rorty, em vez de levar as consequências do giro linguístico até o seu termo pragmatista, fica numa atitude romântica de decepção a respeito de toda metafísica” (BERTEN, 2011, p. 11).

O foco da crítica de Habermas é o radicalismo de Rorty, pois defende que qualquer sorte de representação de algo que existiria no mundo objetivo é uma ilusão perigosa (BERTEN, 2011, p. 11).

Em artigo a respeito da obra de Rorty, intitulado *Richard Rorty's pragmatic turn*, Habermas (2000, p. 37) afirma:

(...) É verdade que com a virada pragmática a autoridade epistêmica da primeira pessoa no singular, que inspeciona seu eu interior, é reposta pela primeira pessoa no plural, pelo nós da comunidade de comunicação diante da qual toda pessoa justifica suas opiniões. No entanto, é apenas a interpretação empirista dessa nova autoridade que leva Rorty a identificar “conhecimento” com o que é aceito como “racional” segundo os parâmetros de nossas respectivas comunidades.

Habermas introduz uma perspectiva pragmática inspirada primeiramente na pragmática linguística. Ele era contrário a uma redução empirista, sustentando que, da mesma maneira que Kant analisava a consciência em geral, pode-se analisar a comunidade de comunicação em geral:

Mas Rorty, que é nominalista, inscreve-se na tradição empirista e transfere a autoridade epistêmica à prática social corrente da comunidade ‘que é a cada vez a nossa’. (...) Na perspectiva de Rorty, uma empreitada do tipo da pragmática formal seria uma recaída no fundamentalismo (HABERMAS, 2001, p. 175).

Para Berten (2011, p. 12), Habermas refere-se a uma ‘filosofia da história’, que fundamenta a noção de que a guinada linguística é uma

aquisição, uma aprendizagem, e não somente uma ‘mudança’ de paradigma ou de perspectiva.

A abordagem dos paradigmas é uma maneira de compreender a história da filosofia que não é uma sucessão contingente de paradigmas incomensuráveis. Ou ainda, o contextualismo - que é uma das características do pragmatismo - “nos faz tomar consciência de um problema para o qual o relativismo cultural apresenta uma falsa solução porque portadora de uma contradição performativa” (HABERMAS, 2001, p. 181).

Berten (2011, p. 13) também analisa a possibilidade de tratar o discurso do direito de um ponto de vista pragmático:

(...) para Habermas, o fato de nós podermos criticar o platonismo de nossa linguagem ordinária implica uma reflexividade que leva a uma aprendizagem, o que mostra que as pretensões à verdade possuem uma certa transcendência que supera as condições estritamente empíricas de nossa situação. Essa reflexividade diz respeito à linguagem em geral e permite estabelecer pontes entre a linguagem ordinária e qualquer linguagem especializada. É nesse sentido que uma pragmática linguística pode mostrar como a linguagem ordinária é e deve ser o último intérprete das linguagens especializadas.

De toda forma, o mesmo autor (BERTEN, 2011, p. 20) traz uma avaliação moderada do pragmatismo na teoria do direito de Habermas:

(...) não há dúvida de que a influência do pragmatismo sobre o pensamento de Habermas foi forte. Mas ela entrou em tensão com a tentação sistêmica ou sistemática de uma filosofia que passou mais por Hegel, Marx e... Peirce, que por James e Dewey. O debate com Rorty mostra claramente as reticências de Habermas em aceitar as teses mais contextualistas e anti-fundacionalistas do pragmatismo.

(...)

Seu pragmatismo vem do fato de que o direito articula-se para a resolução de problemas, mas a sua normatividade vem da exigência de uma participação democrática nessa resolução de problemas. Isso significa que toda transformação histórica do contexto social pode ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito.

Assim, feitas as distinções entre abordagens, passa-se ao enfoque do pragmatismo jurídico.

4 DIREITO E PRAGMATISMO

A perspectiva do pragmatismo de interpretações mais adaptáveis à estrutura social e econômica mostrou-se atraente ao direito. Conforme já referido, esse movimento preconiza a rejeição de reivindicações fundacionais da teoria jurídica, a partir da utilização do método experimental para resolver problemas jurídicos.

Ao passo que a teoria clássica da decisão jurídica enfatiza a coerência com decisões anteriores (respeito ao precedente), no pragmatismo a preocupação se volta para as consequências da decisão jurídica.

Isso é bem sintetizado pela reflexão de Rosenfeld (1996, p. 98): “caracterizado por sua orientação em direção ao futuro, adaptabilidade e fluidez, o pragmatismo jurídico pretende oferecer soluções práticas para problemas concretos”.

Para os pragmáticos a teoria é uma ferramenta que pode ajudar os juízes a resolver tais problemas:

Em linhas gerais, o pragmatismo jurídico, construção da filosofia do direito norte-americana, é uma teoria crítica de outras imagens tradicionais de

direito e, mais especificamente do sistema de decisão judicial. Critica a visão clássica do direito norte-americano, que enfatiza a qualidade universal e fundacional dos fatos jurídicos especificamente, a análise minuciosa do precedente e argumento da analogia. Rejeita a imagem metafísica do processo decisório enquanto busca de fundação que não seja a experiência e os métodos empíricos. O direito, como qualquer outro domínio do saber, é visto como conceito essencialmente aberto, testado e revisado continuamente sendo dispensável qualquer alegação fundacional. (ARRUDA, 2014, p. 15-16).

Conforme já analisado, a primeira expressão pragmática norte-americana nasceu na segunda metade do século XIX e ficou conhecida como pragmatismo clássico. No decorrer do século XX, foram feitas sucessivas releituras de seus postulados, dando origem no direito ao realismo jurídico e na filosofia ao neopragmatismo.

Um dos maiores referenciais do pragmatismo jurídico atualmente é Richard Allen Posner, com um pragmatismo centrado na decisão judicial, que mescla pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo, além de análise econômica do direito⁵, verificando-se matizes de todos esses movimentos ao longo de seu trabalho.

De acordo com Arruda (2014, p. 19), a virada pragmática de Posner está estruturada principalmente em três obras - *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Overcoming Law* (1995) e *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1998), seguidas de três importantes reflexões-síntese:

⁵ Posner é considerado, juntamente com Gary Becker, um dos grandes responsáveis pela disseminação das propostas da Análise Econômica do Direito (AED). Essa referência não será objeto de aprofundamento neste estudo. De toda forma, em linhas gerais, cabe pontuar a AED como o movimento teórico que defende a utilização da economia e seus instrumentos para avaliar a adequação de determinada norma frente às suas reais consequências sobre a sociedade. A ligação da AED com o pragmatismo decorreria justamente do trato jurídico dissociado de questões filosóficas. "O objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas" (POSNER, 2007, p. 520).

Frontiers of Legal Theory (2001), *Law, Pragmatism and Democracy*, (2003) e *How Judges Think* (2008)⁶.

Posner (2007, p. 607) critica dois grandes postulados da teoria geral do direito: a autonomia e a objetividade.

A indiferença à manutenção da autonomia do direito permite uma maior abertura a outras áreas do conhecimento; o pragmatismo jurídico propõe a inclusão no processo decisório de ferramentas metodológicas de outras áreas do conhecimento que possam torná-lo mais claro, devendo ser o direito pensado como uma prática social e política, enraizada em um contexto específico, sem bases seguras, instrumental. Já o questionamento da objetividade conduz à ideia de que o direito não é fonte de respostas determinadas, mas sim questões polêmicas e litigiosas (POSNER, 2003, p. 77).

Tudo o que teoria pragmática defende, desde o pragmatismo clássico e o realismo jurídico, até atualmente, é a rejeição da ideia de que o direito é algo fundado em princípios permanentes e realizado através de manipulações lógicas desses princípios (POSNER, 2009, p. 428).

Refere-se, assim, ao pragmatismo como:

(...) abordagem prática e instrumental, não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente é’ (...) olha para frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro (POSNER, 2009, p. 04).

⁶ Cabe esclarecer que as obras *The Problems of Jurisprudence* e *Overcoming Law*, foram traduzidas para o português como *Problemas de Filosofia do Direito* (2007) e *Para Além do Direito* (2009), respectivamente, as quais foram a fonte de pesquisa para o pensamento de Posner nesse ponto.

Posner (2003, p. 03) considera o pragmatismo como a melhor opção, justamente por sua “disposição para fundamentar julgamentos de políticas públicas em fatos e consequências em vez de conceitualismos, generalidades, devoções e slogans”. Entre as devoções rejeitadas está a ideia de perfeição humana; a concepção pragmatista da natureza humana não tem ilusões. Entre os conceitualismos rejeitados estão teorias morais, jurídicas e políticas, quando estas se oferecem para guiar a tomada de decisões jurídicas e outras formas de decisão.

Arruda (2014, p. 91) assim sintetiza as pretensões pragmáticas do jurista norte-americano:

Em suma, Posner identifica três características principais em seu pragmatismo jurídico: i) a desconfiança de respostas corretas e entidades metafísicas ou abstratas (“verdade”, “natureza”, “realidade” etc.), como garantia de certeza epistemológica, ética ou política; ii) a insistência de que as proposições sejam testadas por suas consequências, pela diferença prática que elas fazem em nossas vidas, e; iii) a insistência em julgar os nossos projetos, de caráter científico, ético, político ou jurídico, de acordo com as necessidades humanas e sociais ao invés de critérios objetivos e impessoais (OL, 2009, p. 417).

Para a autora (ARRUDA, 2014, p. 20), Posner constrói uma visão particular de pragmatismo – o pragmatismo cotidiano:

Posner se afastará dos pragmatistas clássicos ao rejeitar o papel de quaisquer teorias, especialmente da filosofia moral, que não conduzam ao experimentalismo e à satisfação de casos indeterminados, ao mesmo tempo em que se afastará do neopragmatismo ao conceder áreas em que há consenso no direito e na moral, vindo a adotar um ceticismo moderado e um relativismo moral. Nesses termos, construirá uma visão muito particular de pragmatismo, o pragmatismo cotidiano, por meio do qual as

peessoas se valem da razão prática para fazer seus julgamentos e escolhas a partir das consequências de sua ação.

De toda forma, a diversidade de perspectivas sustentadas pelos autores pragmatistas, característica do pragmatismo desde as suas origens, revela a complexidade da tentativa de formular uma definição comum do que seria o pragmatismo jurídico e que tipos de consequências práticas poderiam ser extraídas dele, tanto que não seria possível afirmar se é mais correto falar em pragmatismo ou pragmatismos (ROSENFELD, 1996, p. 98).

Butler (2002, p. 2), discorrendo acerca do pragmatismo jurídico, ressalta a estranheza de autores com matrizes ideológicas das mais variadas fundarem-se em uma concepção pragmática do direito:

Um olhar sobre os autores listados como pragmatistas jurídicos levanta a questão de saber se existe um centro coeso para tal postura. Se juízes de direita e feministas de esquerda podem defender a mesma posição, existe algo de suspeito nela. Pode-se cogitar de que não existe nenhuma integridade em uma postura que possa reivindicar adeptos de tais campos radicalmente opostos. Inevitavelmente é possível imaginar que o conceito seja tão brando ou "banal" a ponto de comandar a aceitação universal ou o projeto funcione como uma cortina de fumaça para agendas individuais.

Na mesma linha, Tamanaha (2006, pp.127-128) observa que uma característica peculiar dessa corrida ao pragmatismo foi a participação de pensadores de todo espectro de posições teóricas e inclinações políticas, reunindo desde leituras economicistas, como a de Richard Posner, até abordagens da teoria jurídica crítica feminista e de minorias raciais, como as de Martha Minow e de Margareth Radin, respectivamente.

Ainda assim, pode se dizer que existe um conjunto de propostas essenciais que definem um traço característico das diversas abordagens do pragmatismo:

Dada a dificuldade de caracterização acima indicada, o pragmatismo jurídico pode ser considerado, em linhas gerais, como uma postura argumentativa que serve primordialmente àqueles que querem legitimar argumentos e decisões juridicamente em dois pilares: i) naquilo que é desejável para a comunidade no futuro e; ii) naquilo que é inevitável para ela no presente, já que o passado constitui parte necessária da compreensão da realidade que se impõe no exercício interpretativo e argumentativo conduzido por seus adeptos (ARRUDA, 2014, p. 60).

Por fim, cabe referir que existem importantes críticas ao pragmatismo jurídico, como a apresentada por Ronald Dworkin, que aplica o conceito de integridade ao direito, com princípios consistentes ao longo do tempo para embasar decisões judiciais, formando a ideia de precedentes judiciais (DWORKIN, 2003, p. 254).

A integridade, portanto, exerce o importante papel de manter a consistência entre a decisão judicial atual e os precedentes. O Juiz Hércules, por meio dos princípios, pode criar direito novo e inovar, mas só poderá fazê-lo na medida em que a decisão que produzir for consistente com a história; algo que o pragmatismo não considera (DWORKIN, 2003, p. 254).

A postulação de que se mantenha a consistência com a história é justamente o ponto de maior embate entre o pensamento de Dworkin e o dos pragmatistas (EISENBERG; POGREBINSCH, 2002, p. 114)

O juiz pragmatista decide de acordo com as consequências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a história, e só o faria estrategicamente. Ao tomar uma

decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, busca certa consistência com o passado não como um fim em si, mas como um meio de atingir os melhores resultados, de formar a melhor decisão (POSNER, p. 1996, p. 4), contrariando o preconizado por Dworkin.

O jusfilósofo norte-americano acusa o pragmatismo de ser uma teoria cética que em nada contribui para a teoria do direito. Os pragmatistas revidam afirmando que Dworkin subestima a complexidade da estrutura interna da prática jurídica e tenta dar-lhe limites que já estão contidos nela mesma (EISENBERG; POGREBINSCH, 2002, p. 114)⁷.

Com efeito, Dworkin não aceita o realismo jurídico, o pragmatismo e, até mesmo, o neopragmatismo:

Dworkin rejeita tanto o realismo jurídico quanto o pragmatismo. Ambos são para ele teorias céticas. Para provar esse ponto ele estabelece uma nítida distinção entre os dois. O primeiro, seria apenas uma teoria semântica do direito (do mesmo modo que o positivismo) e não uma concepção interpretativa, como, pelo menos, seria o caso do pragmatismo. Segundo Dworkin, os realistas não acreditavam nem mesmo na existência do direito, o viam apenas como uma maneira de prever o que os juízes iam fazer, ou seja, meramente como um instrumento. Afirmar ainda que, mais do que reivindicações semânticas, as proposições realistas podem ser entendidas simplesmente como tomada de posições políticas provocativas. Os pragmatistas, por sua vez, segundo Dworkin, são aqueles que acreditam que

⁷ Existe um debate acirrado entre Dworkin e Posner; dentre os argumentos deste, pode-se destacar: "(...) ironia do projeto de Dworkin é que, quanto mais ampla for a definição do direito, menos e não mais seguro se tornará o 'Estado de Direito'. O direito perde a sua nitidez, incorporando-se à moral e depois, quando se reconhece que a sociedade é moralmente diversa, à política, abandonando de vez a esfera do direito. Se este incluir uma ampla amostra de princípios políticos, os juízes poderão fazer política e afirmar, sem problemas de consciência, que o que fazem não é política, mas direito" (POSNER, 2007, p. 32; pp. 263-272).

as pessoas não têm direito a nada além de uma decisão judicial que, apesar de interpretar o direito, desconsidera absolutamente o passado.

O pragmatismo seria assim, no entanto, um adversário poderoso, do qual Dworkin esforça-se para se esquivar ao longo de toda a sua obra.

(...)

Já o neopragmatismo (...) seria, segundo Dworkin, “uma perda de tempo para a teoria do direito”. As proposições dos neopragmatistas seriam, assim, falsas. (...) Dworkin desafia que os neopragmatistas mostrem qual é a diferença entre as proposições teóricas que eles rejeitam e aquelas ordinárias que aceitam; isto é, os provoca a descrever aquelas proposições que normalmente refutam aprioristicamente. Esse é um desafio que ainda espera resposta.(EISENBERG; POGREBINSCH, 2002, p. 114).

Traçado este arcabouço teórico do pragmatismo, com suas variações na filosofia e no direito e suas imbricações conceituais, a seção seguinte se destina a revisitar os aportes de Brian Tamanaha a uma pretensa teoria realista do direito, fundada na reconstrução pragmática na jurisprudência.

5 TEORIA REALISTA DO DIREITO EM BRIAN TAMANAHAN: A RECONSTRUÇÃO PRAGMÁTICA DO DIREITO

O professor Brian Z. Tamanaha publicou em 2017 um livro intitulado *A Realistic Theory of Law*, no qual articula uma teoria do direito com base empiricamente aplicável ao longo da história e em diferentes sociedades. Ao contrário da teoria da lei natural ou jurisprudência analítica, que são estreitas, abstratas, a-históricas e distantes da sociedade, a teoria de Tamanaha apresenta uma visão

holística da lei dentro da sociedade, evoluindo em conexão com fatores sociais, culturais, econômicos, políticos, tecnológicos e ecológicos.

Por meio da obra busca explicar por que a pergunta clássica "o que é lei?" nunca foi resolvida e lança dúvidas acerca das afirmações dos teóricos sobre verdades necessárias e universais sobre o direito. Tamanaha desenvolve uma teoria do direito como uma instituição social com formas e funções variadas, considerando as influências sociais na lei, as influências legais na sociedade, a lei e a dominação, os usos governamentais multifuncionais da lei, o pluralismo jurídico, o direito internacional e outros aspectos jurídicos amplamente esquecidos na jurisprudência.

Em 2020, produziu um ensaio intitulado *Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory*, no qual ele apresenta aquilo que se refere como uma teoria realista do direito informada pelo pragmatismo na jurisprudência contemporânea e que será o foco da análise desenvolvida nesta seção.

Para Tamanaha (2020, p. 1), no século passado, o pragmatismo realizou uma reconstrução na filosofia, assim como está realizando na atualidade com o direito.

Os pressupostos para a pretensa reconstrução das áreas são os mesmos: o elevado teor de abordagens abstratas e o distanciamento de problemas do dia a dia. O direito, portanto, estaria hoje dominado por operadores voltados para análises conceituais e intuitivas, procurando identificar características essenciais e verdades atemporais. Fato que ignora amarras sociais e históricas, reduzindo o direito a uma ferramenta de planejamento coercitivo para problemas morais, o que o afasta da realidade (TAMANAH, 2020, p.1).

Tendo como premissa o que denomina de reconstrução pragmática na jurisprudência, Tamanaha (2020, p. 2) se volta para as características de uma teoria jurídica realista, que “retrata o direito como um complexo de instituições que evoluem ao longo do tempo em conexão com fatores sociais, culturais, econômicos, políticos, tecnológicos e ecológicos circundantes”.

Os seres humanos estão inseridos em ambientes naturais e sociais em decorrência de suas necessidades de sobrevivência, procriação e melhoria das condições de existência; dentro deste ambiente estão figuras como linguagem, conhecimento, valores e instituições sociais. “O pragmatismo apresenta uma visão processual da existência social humana em constante evolução com a acumulação e implantação de conhecimento obtidos no curso de nossas ações em busca de objetivos” (TAMANAHA, 2020, p. 3).

Partindo da constatação da pluralidade de perspectivas, interesses e enquadramentos, Tamanaha (2020, p. 7) reitera a posição dos pragmatistas contra as abordagens filosóficas que buscavam proclamar verdades universais, necessárias e absolutas:

O pragmatismo, em contraste, enfatiza a falibilidade, o pluralismo, a variedade, a contingência, mudança contínua, adaptação e circunstâncias locais. Contra a fixidez e o determinismo, acreditando em um horizonte aberto de possibilidades, os pragmatistas defenderam o melhorismo - esforços de reforma voltados para a melhoria social.

Resgatando a construção de Dewey, ele discorre que “o mundo no qual os filósofos depositam sua confiança era um mundo fechado” (...) “um mundo consistindo internamente de um número limitado de formas fixas, e tendo fronteiras definidas externamente”. Ocorre que, o

que se verifica, atualmente, é um mundo “infinitamente diversificado”, “tão plural e alargado que não pode ser resumido e alcançado em nenhuma fórmula”. Esta é uma “concepção do universo cuja evolução não é terminada, de um universo em processo de criação (...)” (DEWEY, 1963 *apud* TAMANAHA, 2020, p. 7).

Tamanaha (2020, pp. 7-8) destaca que, para a teoria realista do direito, baseia-se em ideias centrais e atitudes amplamente compartilhadas por James, Dewey, Mead e nas abordagens da jurisprudência e da teoria social que se alinham a essas visões ou decorrem de sua aplicação. "A visão pragmática central de verdade e conhecimento de tais autores fornecem os fundamentos epistemológicos da teoria".

Conforme já delineado neste trabalho, o pragmatismo envolve uma infusão de percepções empíricas sobre o direito dentro da sociedade e de outras ciências. "Naturalismo, historicismo, holismo e construcionismo social são aspectos da ontologia social do direito que comportam-se com visões pragmáticas do comportamento humano e da sociedade". A orientação pragmática para questões de interesse social e jurídico também volta a atenção para o instrumentalismo, o poder e os ideais, que são objeto de análise do autor (TAMANAHA, 2020, p. 8).

Assim, Tamanaha (2020, p. 49) busca compor uma estrutura teórica para a compreensão do direito dentro da sociedade, fundada no naturalismo, historicismo, holismo e construcionismo social:

O naturalismo presta atenção às formas como os traços humanos naturais e as demandas sociais influenciam e atuam no direito; o historicismo reconhece que o direito é uma herança temporalmente estendida que estrutura o presente enquanto muda ao longo do tempo; holismo enfatiza

que o direito está interconectado dentro da totalidade social, moldado e constituído por aspectos de um ambiente social, cultural, econômico, político, tecnológico e ecológico mais amplo; o construcionismo social é uma visão de plano que presta atenção em como os funcionários legais e as pessoas compreendem e dão origem ao direito e agem em relação a ele. O primeiro examina as influências naturalísticas fundamentais e imperativos sociais que percorrem o direito, o segundo e o terceiro examinam o direito ao longo do tempo dentro da sociedade, o quarto é uma visão mais próxima do direito em ação. O que os faz aspectos da ontologia social é que cada um é uma condição de existência da lei como instituição social - e mais frequentemente de todas as instituições sociais. Entender as implicações dos quatro no direito dentro da sociedade requer metodologicamente dados de todas as ciências empíricas.

No que diz respeito à reconstrução na jurisprudência contemporânea, Tamanaha (2020, p. 49) enfatiza que a jurisprudência analítica hoje é aquela que encontra espaço entre positivistas jurídicos e teóricos do direito natural, cujos objetivos e métodos ecoam na orientação na filosofia do século XX, que os pragmatistas almejavam reconstruir.

Para Joseph Raz (2009 *apud* TAMANAHA, 2020, p. 8), "uma teoria consiste de verdades necessárias" (...) "apenas verdades necessárias sobre a lei revelam a sua natureza".

As características essenciais e necessárias, de acordo com a jurisprudência analítica, são verdades universais para todas as sociedades; elas são atemporais. "Suas teses, se verdadeiras, aplicam-se universalmente, ou seja, falam de todas as leis, de todos os sistemas jurídicos, daqueles que existem, ou que existirão, e mesmo daqueles que podem existir embora nunca existam" (RAZ, 2009 *apud* TAMANAHA, 2020, p. 9).

O pragmatismo questiona os métodos utilizados pela jurisprudência analítica. Embora os conceitos sejam essenciais, para os pragmáticos a chave para a compreensão não reside no conceito de lei ou intuições sobre a lei, mas em ações feitas em conexão com a lei e suas consequências. "Lei é o que a lei faz: o que as pessoas fazem com e por meio da lei e os resultados dessas ações. Para saber isso, são necessárias informações empíricas sobre o direito" (TAMANAHA, 2020, p. 11).

Assim, o problema com a jurisprudência analítica contemporânea seria justamente a busca teórica do universal:

(...) as características necessárias da lei envolvem abstrações tão distantes da realidade da lei dentro da sociedade que pouca luz é lançada sobre as reais preocupações sociais e jurídicas. A perspectiva teórica empiricamente informada elucidada neste ensaio oferece uma lente sobre a realidade social do direito que pode ajudar a identificar verdades e insights sobre o direito empiricamente fundamentadas (contingentes, falíveis), aumentando nossa compreensão dos fenômenos jurídicos.

Os jurisdudentes analíticos são livres para rejeitar o pragmatismo e continuar com sua preferência por modos e métodos de análise conceitual. O problema é que essas abordagens filosóficas dominam a jurisprudência contemporânea com a exclusão substancial de teorias do direito realistas. (TAMANAHA, 2020, p. 16).

Tamanaha (2020, p. 31) também resgata um importante viés de análise do pragmatismo, que é o da lei como construção social. Tal reflexão aproxima-se da crítica à visão monopolista da lei estatal,

incapaz de explicar o pluralismo jurídico que prevalece em muitas sociedades hoje, assim como em outros períodos da história⁸.

Os pragmatistas clássicos sustentavam que as teorias e crenças moldam os fatos do mundo natural, enquadrando a realidade material através de lentes particulares para dados interesses e propósitos. O mundo social é o produto de nossas ações significativas e de suas consequências intencionais e não intencionais, de tal sorte que pensar a lei como uma construção social envolve pensar nas instituições jurídicas como instituições sociais, observando as interações das pessoas com a lei (TAMANAHA, 2020, p. 31)

Mead (1962 apud TAMANAHA, 2020, p. 32) não sustentou que as ações das pessoas são determinadas por seus papéis institucionais e responsabilidades. Como todos os pragmáticos, ele reconheceu que existe um pluralismo de perspectivas entre os indivíduos e estes padrões permitem “muito escopo por originalidade, flexibilidade, e uma variedade destas condutas.”

Em todas as instituições sociais, inclusive jurídicas, as pessoas atuam em relação a regras e práticas que podem ser modificadas, violadas, ignoradas ou seguidas, e que têm graus de indeterminação e contingência. Ademais, as normas informais circundantes podem ser tão influentes quanto as normas formais na formação de ações (TAMANAHA, 2020, p. 33).

Tampouco Mead acreditava que as organizações sociais funcionassem perfeitamente juntas. Conflitos dentro da sociedade acontecem continuamente. “Cada instituição social, com o bem que ela

⁸ Acerca dessa questão recomenda-se a leitura Tamanaha, Brian Z., *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development* (2011) e Tamanaha, Brian Z., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global* (2007).

subentende, afirma-se e mantém-se, mas encontra a si mesma em conflito com outras instituições e seus bens” (MEAD, 1962 *apud* TAMANAHA 2020, p. 33).

Voltar-se para o reconhecimento coletivo fornece uma perspectiva básica que gera percepções esquecidas pela jurisprudência analítica, que baseia suas análises em intuições e suposições idealizadas. O ponto fundamental na construção social do direito é o reconhecimento dentro de um determinado grupo. Lei é literalmente tudo o que os funcionários legais (legisladores, juízes, etc) dizem que é lei por meio convenções e regras legais reconhecidas coletivamente. A partir de um enfoque de construção social, funcionários legais criam fatos reconhecidos institucionalmente que são lei. Ocorre que a jurisprudência analítica deixa de examinar que o direito é construído socialmente por meio de ações sociais significativas (TAMANAHA, 2020, p. 33).

O conceito reducionista de direito de Hart como sistema social de ordenação composto de regras sobre regras elimina a variedade ilimitada de leis e fatos realmente produzidos por atores jurídicos por meio do reconhecimento coletivo (TAMANAHA, 2017, pp. 120-124).

A jurisprudência analítica costuma projetar uma visão monopolista unificada da lei de cima para baixo. Isso não é apenas incapaz de explicar o pluralismo jurídico que prevalece em muitas sociedades hoje, mas também o período medieval, quando nenhuma forma de lei reivindicou autoridade abrangente suprema (TAMANAHA, 2017, p. 105). Raz se ressentia de tudo isso porque se baseia na ideia de um sistema jurídico estatal administrado por juristas e funcionários legais, ignorando que a lei é socialmente construída não apenas por estes, mas também por membros da comunidade (TAMANAHA, 2020, p. 37).

Em relação às noções de instrumentalismo, poder e ideais, tem-se que o pragmatismo oferece uma visão instrumental de todas as instituições sociais, sendo que “A mudança legal é impulsionada por esta luta perpétua pela lei em conexão com interesses individuais e sociais concorrentes no contexto de desenvolvimentos sociais, culturais, econômicos, políticos, tecnológicos e ecológicos contínuos” (TAMANAH, 2020, p. 39).

Tem-se, assim, um paralelo entre a visão ideal e a crítica, que deve informar a teoria realista:

Na versão ideal, muitas vezes adotada por funcionários legais, bem como teóricos, a lei é um instrumento para promover o bem-estar público e o bem comum, um instrumento que mantém uma justa ordem social - ajudando a coordenar comportamentos e resolver disputas, trazendo ordem, estabilidade, certeza e previsibilidade, e limitando o exercício arbitrário do poder governamental. (...) A visão crítica, em contraste (...), sustenta que a lei opera como um meio de dominação que fortalece e reforça as hierarquias sociais, econômicas e políticas ao longo de várias linhas: casta, raça, riqueza e classe, gênero, religião e outros. Esta função da lei frequentemente não é expressa ou está latente, embora se manifeste em ação. Teorias do direito tendem a enfatizar uma perspectiva sobre a outra. Uma teoria realista de que a lei é o que a lei faz incorpora tanto a visão ideal quanto a crítica.

(...)

Além de reconhecer que a lei é uma forma de poder coercitivo (...), uma teoria realista também reconhece que os ideais defendidos por funcionários legais e pelo público têm um grande impacto na lei. Ideais sobre a lei, particularmente reivindicações de que a lei representa a justiça e o bem comum, além de ideais como liberdade, igualdade, devido processo e justiça, fornecem padrões para avaliar, criticar e reformar a legislação.

(...)

Um conjunto de valores derivados do pragmatismo relaciona-se às normas de inquirição científica eficaz: desafiando posições existentes, avaliando evidências de apoio e contrárias, apresentando hipóteses rivais, respondendo a perguntas e considerando críticas, ouvindo críticas e considerando pontos de vista opostos. (TAMANAHA, 2020, pp. 39;42-43).

Uma teoria realista do direito não incorpora nenhuma visão particular de bem ou conjunto de princípios morais, mas antes vai ao encontro disso, melhorando a compreensão do que é e faz o direito:

Os valores entram em jogo na teoria realista de quatro maneiras. Primeiro, ela adota os valores epistêmicos expressos pelo pragmatismo para a aquisição de verdades - investigação coletiva, abertura para crítica e pontos de vista alternativos, análise de evidências de apoio e contrárias, experimentação e atenção às consequências, etc. Em segundo lugar, uma vez que os valores (como o poder) são centrais para a sociedade e lei, os teóricos devem atentar para as influências naturalísticas, vários usos e empíricos consequências de valores (e poder) como uma questão descritiva ou positiva, observando os fatos da questão dos valores. Terceiro, teóricos, cientistas sociais e outros que utilizam a teoria serão orientados por compromissos normativos sobre quais problemas investigar e quais soluções pode ser desejáveis, então os valores afetam a aplicação da teoria e seus resultados têm implicações valorativas. Finalmente, a visão pragmática de que as teorias devem ser construídas de forma a permitir que as pessoas lidem com problemas existentes é em si uma orientação de valor adotada pela teoria realista (TAMANAHA, 2020, pp. 47-48).

Por fim, Tamanaha (2002, p. 48) sustenta que "a lei envolve uma interação entre as necessidades naturais e tendências dos seres humanos que vivem dentro dos grupos sociais, um complexo de instituições historicamente enraizadas, contingentes e em

desenvolvimento". A influência de fatores sociais, culturais, econômicos, políticos, ecológicos e tecnológicos, em embates contínuos entre interesses sociais conflitantes, sujeitos a poder e ideais, absorvidos pelo conhecimento, instituições e práticas jurídicas, resulta em consequências intencionais e não intencionais. É o que se identifica quando se olha para o que a lei faz, o que as pessoas fazem, pensam e agem em relação à lei e quais as suas consequências.

A crítica de Tamanaha (2002, p. 48) é justamente que essa abordagem teórica produz "insights" sobre o direito contrários ou negligenciados na jurisprudência analítica contemporânea, que é caracterizada por reducionismo e escassa atenção aos fatores naturais e contexto histórico ou social.

"O terreno do direito parece muito mais rico e complexo pelas lentes de uma teoria realista, ajudando a capacitar teóricos e juristas para lidar melhor com questões urgentes do cotidiano" (TAMANAHA, 2020, p. 49).

O pragmatismo se volta a teorias que fornecem maneiras de compreender e enquadrar as coisas no mundo para obter conhecimento e avançar nestes propósitos. As características da teoria realista do direito proposta "são coerentes porque, coletivamente, enquadram-se no domínio do direito dentro da sociedade, e a estrutura que elas produzem funciona, ou seja, nos ajuda a entender o direito, criticar a lei e utilizar a lei para servir aos nossos propósitos" (TAMANAHA, 2020, p. 50).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pragmatismo, desde suas origens, com Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, articulou uma postura contrária às abordagens filosóficas que buscavam proclamar verdades universais, necessárias e absolutas.

As principais características do pragmatismo filosófico clássico repousam, assim, sobre as noções de antifundacionalismo, por meio da qual rejeita uma concepção fundacional epistemológica como uma disciplina a priori, cuja missão seja fornecer a base de todas as reivindicações legítimas do conhecimento; contextualismo, de acordo com o qual as investigações filosóficas devem estar atentas ao papel do contexto em seu desenvolvimento, levando em consideração a cultura de uma sociedade e as suas relações com as instituições e práticas sociais; e consequencialismo, no sentido de que a escolha das soluções para os problemas deve ser feita a partir das consequências práticas concebíveis pela experiência.

Tais postulados contribuíram para o desenvolvimento da escola do realismo jurídico, que teve como precursor Oliver W. Holmes Jr., preconizando a perspectiva do direito fundamentado na experiência.

Ademais, por serem voltadas para a realidade social, as instituições jurídicas deveriam ser realistas quanto às necessidades sociais que visavam suprir, reconhecendo-se, assim, o papel central desempenhado pelo juiz no âmbito do direito.

As sucessivas releituras das premissas pragmatistas também conduziram ao que se denominou de neopragmatismo, principalmente por meio de Richard Rorty.

A virada linguística aparece como o elemento fundamental para estabelecer as distinções diferenças com o movimento em sua forma clássica - o lugar anteriormente ocupado pela experiência no pragmatismo clássico passou a ser ocupado pela linguagem no neopragmatismo.

Com seu enfoque em interpretações mais adaptáveis à estrutura social e econômica, o pragmatismo acabou sendo canalizado ao direito. O pragmatismo jurídico aparece, nessa linha, como uma crítica a reivindicações fundacionais da teoria jurídica, a partir do método experimental para resolver problemas jurídicos, voltando especial atenção à teoria da decisão judicial.

Em que pese um dos maiores referenciais do pragmatismo jurídico atual seja Richard Allen Posner, o jurista norte-americano acabou construindo uma visão particular de pragmatismo - o pragmatismo cotidiano, que preconiza que as pessoas se valem da razão prática para fazer seus julgamentos e escolhas a partir das consequências de sua ação.

Dessa forma, apesar de existir um conjunto de propostas essenciais que definem um traço característico das diversas abordagens do pragmatismo, a diversidade de perspectivas sustentadas por pensadores pragmatistas foi objeto de constatação e estudo por vários autores dedicados ao tema. A isso somam-se importantes críticas ao movimento, com destaque para as formulações de Ronald Dworkin.

Por fim, tendo em conta a sistematização teórica levada a efeito nas seções iniciais deste trabalho, voltou-se à análise da proposta do professor Brian Z. Tamanaha em relação ao que denomina de uma teoria realista do direito informada pelo pragmatismo na jurisprudência.

Tamanaha defende que, da mesma forma que, no século passado, o pragmatismo realizou uma reconstrução na filosofia, assim está realizando na atualidade com o direito, a partir dos mesmos pressupostos: elevado teor de abordagens abstratas e conceituais, que afastam o direito da realidade.

Questionando os problemas da jurisprudência analítica contemporânea e sua busca teórica pelo universal, Tamanaha se volta para as características de uma teoria jurídica realista, que retrata o direito como um complexo de instituições que evoluem ao longo do tempo em conexão com fatores sociais, culturais, econômicos, políticos, tecnológicos e ecológicos circundantes.

O professor delinea, assim, uma estrutura teórica para a compreensão do direito dentro da sociedade, fundada no naturalismo, historicismo, holismo e construcionismo social.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 172, p. 34-43, jan. 2010.
- ANDRADE, Rachel Gazolla de. Considerações sobre a palavra *pragma*. **Cognitio Revista de Filosofia**. Ano I, n. I, 2º sem 2000, São Paulo, pp 8-18.
- ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Juruá, Curitiba, 2014.
- BERTEN, André Jacques Louis Adrien. Habermas, Direito e Pragmatismo. **Anais do I Congresso de Filosofia do Direito**. Artigos de Palestrantes. PUC Minas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sucatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BUTLER, Brian E. Legal pragmatism: banal or beneficial as a jurisprudential position? **Essays in Philosophy**, v. 3: Iss. 2, Article 14, 2002.

DE WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Pragmatism, right answers and true banality. In: **Pragmatism in Law and Society**, 359-88. Michael Brint & William Weaver eds, 1991.

FERRAZ, Sérgio Eduardo. O neopragmatismo de Richard Rorty e a reflexão política contemporânea. **Revista de Sociologia e Política**. v.22 n. 49, Curitiba jan./mar. 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: edição do autor, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Richard Rorty's pragmatic turn. In: BRANDON, R. (ed.) **Rorty and his critics**. Oxford: Blackwell, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. **The essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. **The common law**. Reprint. Originally published: Boston: Little, Brown, 1881. Copyright 1991 by Sheldon N. Novick.

JORGE, Cláudia Chaves Martins. **Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

- MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012.
- MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e política. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.
- POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.
- ROSENFELD, Michel. **Pragmatism, pluralism, and legal interpretation**: Posner's and Rorty's justice without metaphysics meets hate speech, 18 Cardozo Law Review 97 (1996).
- RORTY, Richard. The banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In: BRINT, Michael; WEAVER, William. **Pragmatism in law and society**. San Francisco: Westview, 1991. p. 89-97.
- TAMANAH, Brian Z. **Law as a means to an end**: threat to the rule of law. Oxford: Cambridge University Press, 2006.
- TAMANAH, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, Vol. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper n. 07-0080.
- TAMANAH, Brian Z. The Rule of Law and Legal Pluralism in Development (July 1, 2011). **Legal Pluralism and Development**: Scholars and Practitioners in Dialogue, Caroline Sage, Michael Woolcock, Brian Z. Tamanaha, eds., Cambridge University Press, 2012, Hague Journal on the Rule of Law, Vol. 3, p. 1, 2011, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 11-07-01.
- TAMANAH, Brian Z. **A Realistic Theory of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAHA, Brian Z. Pragmatic Reconstruction in Jurisprudence: Features of a Realistic Legal Theory (March 23, 2020). **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, forthcoming 2021, Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper n. 20-03-11.

11

A FALTA DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DEU CAUSA A TEORIAS COMO A DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: O QUE MAIS PODE VIR ELA FRENTE SE NÃO HOUVER RAZOABILIDADE NAS LEIS?

*Leonardo Ribas Tavares*¹

1 A TEORIA E A CRÍTICA

Nesta primeira etapa, como uma espécie de introdução incorporada ao texto (e sem uma tradicional segmentação), a abordagem servirá para compreender o *Direito Penal do Inimigo* e algumas ideias das principais críticas a essa teoria.

1.1 A TEORIA: DIREITO PENAL DO INIMIGO

Não é difícil encontrar produções científicas, dos mais variados níveis, que critiquem o pensamento de Günther Jakobs (professor catedrático aposentado de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Alemanha), especialmente na teorização do *Direito Penal do Inimigo*.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (1996). Especialista. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutorando pela Unisinos. Já foi professor de graduação e pós-graduação em várias instituições de ensino. Atualmente é professor de pós-graduação na EMAP - Escola da Magistratura do Paraná (na qual já foi Diretor - Núcleo de Cascavel/PR). Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Criminal de Cascavel/PR - TJPR. Já foi Advogado da União e ocupou a função de Procurador-Chefe da União (substituto) em Santa Catarina. Já foi Técnico Judiciário no TRF/4ª Região, ocupando as funções de Oficial de Gabinete e Diretor de Secretaria Substituto. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7305817036591737>. E-mail: leoribastavares@gmail.com.

Adepto de um sistema penal funcionalista, usou a expressão pela primeira vez numa palestra, em 1985 (Frankfurt), justamente para criticar a legislação e a dogmática alemã que, na época, afastavam-se do modelo penal clássico de inspiração iluminista e passavam a considerar o infrator, em alguns casos, como um verdadeiro ‘inimigo’, flexibilizando suas garantias individuais. Não à toa, portanto, a perspectiva pejorativa da expressão, concebida que foi, inicialmente, como censura. Pois bem, aquilo que outrora consubstanciava uma crítica genérica (talvez à falta de coerência da dogmática), principalmente a partir de 2003, passou a ser defendido e teorizado pelo eminente professor como uma resposta necessária no combate ao terrorismo.

O artigo de 1985 cunha, portanto, o conceito de direito penal do inimigo com propósitos primariamente críticos: a opinião dominante é atacada por sua atitude "despreocupadamente positivista". O direito penal do inimigo "só se mostra legítimo como um direito penal de emergência, vigendo em caráter excepcional", e deve ser também visivelmente segregado do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação. Na discussão que se seguiu à conferência, declarou Jakobs mesmo sua esperança em que o direito constitucional avançasse a ponto de tornar o direito penal do inimigo impossível, considerando uma tal interpretação da constituição já atualmente aceitável, se bem que não como a única que se poderia defender.

Não foram, porém, estas manifestações que acenderam a atual polêmica, e sim os estudos mais recentes, que parecem relativizar em muito o tom crítico e, segundo a interpretação que se lhes costuma dar, buscam mesmo uma extensa legitimação do direito penal do inimigo. (GRECO, 2005).

Era preciso efetividade no combate ao terrorismo. Os instrumentos jurídicos clássicos dos Estados nacionais mostravam-se ineficientes e o

Direito Penal do Inimigo começou, justamente, a elaborar um suporte científico-acadêmico para o tratamento diferenciado em relação a essas situações de extrema gravidade.

O trampolim do belicismo penal para a ordem da discussão dogmática emerge de uma primeira intervenção de Günther Jakobs, em Frankfurt, em 1985, em que critica as reminiscências do Direito penal schmittiano na teoria da criminalização de atos prévios de lesão ao bem jurídico na Alemanha, considerando o Autor que se processava a uma deslegitimação do Direito penal. Em Berlim, 1999, Günther Jakobs defende que o Direito penal do Estado de direito material e democrático não é capaz de prevenir e fazer frente a uma determinada criminalidade: criminalidade organizada, em especial o terrorismo. Os agentes dessa criminalidade, que ameaçam a sociedade liberal de um Estado liberal, devem ser tratados como «não-pessoas», como inimigos, como «coisa». Só mantêm o direito a serem tratadas como pessoas aquelas que tenham comportamento de pessoas, mesmo que delinquam. (VALENTE, 2020).

Para a teoria de Jakobs, em linhas gerais, deve existir e ocorrer uma divisão dentro do Direito Penal: de um lado os ‘cidadãos’, estes destinatários de normas criminais clássicas, com todos os direitos e garantias individuais inerentes; de outro os ‘inimigos’, para os quais o sistema penal deveria reservar respostas prontas e enérgicas, com afastamento ou relativização de prerrogativas pessoais para efeito de afastar perigos potenciais e concretos trazidos por aqueles que se colocam completamente à margem de Estados Democráticos de Direito.

Como dito, a separação seria necessária para fazer frente ao terrorismo; não por acaso, a criação teórica ganhou força a partir de 2001, após os atentados terroristas nos EUA contra as Torres Gêmeas e a superveniente ‘Guerra ao Terror’.

Resgatando fundamentos em teorias contratualistas de concepção do Estado (Rosseau, Hobbes, Kant), o professor alemão identificava determinada categoria de pessoas como totalmente alheias ao pacto social, inatingíveis pelos mecanismos penais ordinários de repressão e, mais que isso, sem qualquer submissão cognitiva a bens e normas jurídicas dos ordenamentos jurídicos democráticos.

Para ser pessoa, diz Jakobs, é preciso participar, ou seja, demonstrar um mínimo de lealdade jurídica, e quem não age assim deve ser tratado como não pessoa.

A falta total de confiabilidade é sentida com a constatação das atitudes ou tendências ilícitas do sujeito que traem completamente a imagem que se tinha dele. Por esta ótica, em certa medida o inimigo reúne as características de um psicopata, aquele cuja conduta na vida caracteriza-se como total incompatibilidade entre a persona confiável (e o psicopata a sustenta como ninguém) e a realidade de seu caráter. A formulação de Jakobs, quer ele queira ou não, viabiliza a compreensão de existirem autores especiais, sobre os quais a reação penal deve ser utilitária, algo próximo da filosofia penal, marcadamente da Escola de Kiel, a respeito dos tipos de autor, para quem o fundamento da punição era de defesa de um sistema bem determinado. (VELO, 2010).

A teoria aponta a absoluta falibilidade da persecução penal acusatória e democrática no combate ao terrorismo, inclusive pelo fato de ela (a persecução penal) ter sido toda elaborada com a pretensão de punir atos passados, já cometidos, e não propriamente para evitar atos futuros.

Günther Jakobs considera que o Direito penal do cidadão é demasiado suave para defender a normatividade jurídico-criminal – e por conseguinte a tutela de bens jurídicos – face aos riscos futuros e, que a opção passa por

recorrer ao Direito penal do inimigo com a ampliação da intervenção penal para fazer cessar preventivamente as fontes de perigo e de intimidação da vivência em comunidade. Exige-se uma criminalização de condutas caracterizadas por uma perigosidade abstrata e de afetação da segurança da sociedade: condutas prévias ao facto ou à efetiva lesão do bem jurídico. (VALENTE, 2020).

A própria pena, eventualmente aplicada em relação aos terroristas, teria questionável utilidade (dentre aquelas usualmente admitidas pela dogmática clássica). Afinal, em muitos casos, o terrorista (por mais que condenado e punido) não se arrepende, se pudesse faria novamente e vê em seu ato um gesto glorioso ou de elevação espiritual fundamentalista. Então, não haveria como se esperar *retribuição*, *prevenção* ou *ressocialização* nessas situações.

Disso, então, resultaria a necessidade de a persecução penal ser prospectiva, antecipando-se a possíveis crimes e atentados, tratando seus potenciais causadores como ‘fonte de perigo’, submetidos que devem ser a medidas de segurança, de contenção e de penalização antecipadas, inclusive em relação a atos preparatórios.

Nesse ponto, revela-se uma característica importante dessa doutrina de combate: enquanto o Direito Penal ordinário dos cidadãos possui função simbólica de reafirmação da norma violada, em caráter nitidamente retrospectivo, o Direito Penal especial reservado aos inimigos, por outro lado, exerce uma função muito mais coativa, de prevenção a riscos futuros, de caráter prospectivo. Cancio Meliá, por seu turno, aponta os elementos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo: (i) adiantamento da punição, alterando a perspectiva jurídico-penal de retrospectiva para prospectiva, colocando em referência eventos futuros; (ii) elevação das penas cominadas em abstrato de forma desproporcional; e (iii) relativização ou mesmo supressão de garantias processuais. (ANDRADE, 2020).

O extremismo desses agentes teria o condão de os afastar do próprio Estado de Direito e do arcabouço normativo que lhe é inerente; como se nessa condição de ‘distanciamento’ retornassem então, por opção e voluntariamente, a um estado natural, com ausência de normas que lhes pudessem tutelar no Direito Penal. Nisso uma ‘auto-exclusão’ ou ‘hetero-administração’, medidas necessárias para a própria sobrevivência do Estado.

Com essa perspectiva de auto-exclusão (os próprios agentes que voluntariamente se colocaram nessa situação), não haveria problema em tratar os ‘inimigos’ de forma diferenciada (como se fossem despersonalizados), inclusive com uma normatização própria e alheia ao devido processo legal, mas ainda dentro do Estado de Direito. Seriam duas órbitas distintas de aplicação do Direito Penal: para os cidadãos e, por exceção, para os inimigos.

1.2 A CRÍTICA

A crítica – que não é difícil – normalmente encontra embasamento jurídico consistente; desde a dignidade da pessoa humana, passando pela comparação da teoria de Jakobs com o Direito Penal ‘do Autor’ e chegando aos próprios fins do Estado, este que deveria adotar (na visão da crítica), sempre e em qualquer caso, uma política criminal humanista e isonômica – jamais segmentária e coisificante.

A própria separação entre os destinatários da lei, muitas vezes habitando um mesmo território nacional, é estranha e imediatamente incongruente com a igualdade e a isonomia que se se espera dentro de um Estado Democrático de Direito. Afinal, qual a legitimidade para se fazer distinções entre os cidadãos? Lembre-se, aqui, do art. 5º da

Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Mesmo que se encontre legitimidade para distinções (que Jakobs sustenta), quais os critérios a serem usados para isso? É realmente muito difícil achar uma resposta satisfatória para essa questão.

Por outro lado, na medida em que o *Direito Penal do Inimigo* se torna prospectivo, antecipa a punibilidade, mira o ‘autor’ e sua periculosidade e não o ‘fato’ em si, não há como se controlar a proporcionalidade das penas. Nesse contexto, inevitável a comparação com Estados ditatoriais ou mesmo com as atrocidades do nazismo.

A clássica obra de Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, é citada como uma das fontes da crítica:

[...] a única e verdadeira medida dos delitos é o dano que fazem à nação, e, assim, erraram aqueles que consideraram verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete. Essa intenção depende da impressão atual dos objetos e da precedente disposição da mente: ambas variam em todos dos homens e em cada homem com a velocíssima sucessão das ideias, das paixões e das circunstâncias. Seria, portanto, necessário formar não só um código particular para cada cidadão, mas também uma nova lei para cada delito. Às vezes, os homens com a melhor intenção fazem o maior mal à sociedade; outras vezes, com a pior vontade fazem-lhe o maior bem. (BECCARIA, 2020).

Constante da terceira velocidade do Direito Penal² – que prega um procedimento flexível e sumário, com penas consistentes e privativas de liberdade –, a censura jurídica também se estabelece no abandono que isso implica em relação ao *devido processo legal* e às garantias processuais, traduzido num sistema de justiça criminal autoritário que

² Classificação criada por Jesús-Maria Silva Sánchez.

coloca a segurança acima de outros valores como a liberdade e a justiça. Assim, ter-se-ia um Direito Penal de funções muito reduzidas (garantia absoluta da segurança), alheio à perspectiva humanitária, como referencial e vetor de políticas públicas voltadas ao bem comum. Nesse sentido:

En términos generales, el derecho penal posmoderno no acoge entre sus finalidades la protección de la persona humana, de ahí su carencia de legitimidad; se ha convertido en un puro instrumento político, no de reafirmación de los propios valores, sino que se le han asignado tareas que no puede cumplir, pervirtiendo su función y engañando a la opinión pública. Surge así un derecho penal como instrumento de la política estructural proactiva en lugar de reactivo y orientado a la responsabilidad individual, con lo cual se observa que la prevención siempre ha sido una herramienta relevante en cualquier política de seguridad, pero no cabe duda de que el actualizado léxico del riesgo le otorga un nuevo protagonismo, siendo un aspecto prioritario de las renovadas demandas securitarias hacia el Estado y la comunidad internacional. (PALACIOS-VALENCIA, 2013).

Crítico ferrenho do *Direito Penal do Inimigo*, assim pontua o português Manuel Monteiro Guedes Valente:

Se o terrorista, o traficante de armas, o traficante de droga, o traficante de seres humanos, o traficante de órgãos humanos, o corrupto, o que branqueia, o que favorece uns em prejuízo da sociedade (etc.), são inimigos da comunidade e se devemos atuar belicamente, não faz sentido falar de Direito penal do inimigo, mas do Direito da Guerra e aplicar aos prisioneiros de guerra as Convenções de Genebra. Esta é a lógica mais lúcida e simples que qualquer cidadão devia tecer na sua mente, antes de defender qualquer trituração da dignidade da pessoa humana.

Acresce a este fundamento jus internacional positivo, referir que o Direito penal do inimigo carece de fundamento dogmático: todo e qualquer Direito se funda no carácter histórico e relativo dos conteúdos materiais das ordens ético-sociais e, neste sentido, opõe-se à ideia de exclusão dos seres humanos, reduzidos a indivíduos, como se fossem «inimigos»; o Direito penal do inimigo não se dirige à pessoa normativa, mas à pessoa empírica – de carne e osso, dotada de personalidade e de dignidade –, sendo inaceitável uma construção dogmática punitiva que trate o agente do crime como coisa ou não-pessoa; e, ainda, o valor da dignidade da pessoa humana, cujo respeito se impõe e cuja garantia se exige contra a coação estatal, apresenta-se como reduto inultrapassável e incompatível com um Direito penal do inimigo.

É uma política criminal de exceção e que assenta na ideia de uma suspensão da vigência da Constituição, sem que a mesma deixe de estar em vigor, da suspensão da ordem jurídica como uma unidade teleológica, epistemológica e axiológica, assim como as leis inferiores se sobrepõem às leis superiores com base no princípio de força de lei em detrimento do princípio eficácia de lei.

[...] a opção por um Direito penal belicista é a manifestação da falácia do Estado de direito material democrático e da inversão da concepção de Estado que passa a ser um fim em si mesmo e não um fim de proteção do Ser Humano e da humanidade. [...]

O Direito penal não pode abandonar a ideia de ser humano como indivíduo, como cidadão e como ser comunicacional social inato, cujo exercício da liberdade se materializa em uma intercomunicabilidade e intersubjetividade com o exercício da liberdade dos demais. O Direito penal é uma manifestação de liberdade e de afirmação do ser humano como pessoa digna de igualdade de tratamento seja ou não delinquente. Mesmo que seja um terrorista. (VALENTE, 2020).

Axiomas do Direito Penal são trazidos em contrariedade à teoria de Jakobs, diante da sua propensão de antecipar fatos e punir atos preparatórios. Cite-se como exemplo (e por todas) a máxima *nulla poena sine crimine*. Em relação a ela, assim pontua Ferrajoli:

Trata-se do *princípio de retribuição* ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*. [...]

Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status* como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes [...]. (FERRAJOLI, 2010).

Na visão do mestre, existe um fundamento para o caráter retributivo da pena (pessoa só pode ser punida pelo que fez e não pelo que é): evitar ou excluir, “à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado *de per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc.”. (FERRAJOLI, 2010).

Muito se poderia falar em relação a equívocos da teoria de Jakobs; muitos são também os seus críticos, com desconstruções teóricas consistentes. Mas não é essa a pretensão deste conciso trabalho, de maneira que uma nova abordagem, a partir de agora, deve ser feita.

2 A COERÊNCIA DA TEORIA

Aqui nesta etapa do trabalho, interessa verificar o ‘lado bom’ da teoria do *Direito Penal do Inimigo*, desvendando eventual busca pela coerência diante da contaminação da dogmática e do sistema criminal.

2.1 ASPECTOS POSITIVOS NA TEORIZAÇÃO DE GÜNTHER JAKOBS

Apontar defeitos epistemológicos na teoria do referido professor alemão não é tarefa difícil, na medida em que ela tenta construir bases na desnaturação de muito do que já se produziu em termos de cientificidade e sistematização do Direito Penal e Processual Penal. Há quase um senso comum na crítica; são muitas produções com esse viés. Mas não é disso que cuida o presente artigo.

Interessa agora verificar o que levou Jakobs a mudar de opinião; o que o fez transformar uma expressão inicialmente crítica, em início de uma construção teórica favorável ao chamado *Direito Penal do Inimigo*. E mais, interessa apontar os aspectos positivos dessa construção, aproveitando-os para uma reflexão atual e não restrita a determinada categoria de pessoas (terroristas).

Já quando usou a expressão em forma de crítica, em 1985, Jakobs identificava uma espécie de contaminação do Direito Penal e Processual Penal por normas que os deturpavam. Apontava ele leis e uma nova dogmática alemã que desvirtuava o sistema criminal clássico, construído em bases do iluminismo. Sustentava ele que o Estado, muitas vezes, não estaria se voltando às pessoas como cidadãos, mas sim como ‘inimigos’, especialmente quando criminalizava condutas que não lesavam bens jurídicos.

Partia ele de uma constatação inicial e sumária que, ao longo do tempo, se mostrou e provou verdadeira, qual seja: nem sempre o Estado observa o princípio da retribuição; nem sempre as medidas criminais são consequência de atos já praticados; muitas vezes o Estado se antecipa, em prol da segurança, procurando evitar perigos e penalizando atos preparatórios.

Percebeu que muitas medidas do sistema criminal não se enquadravam num perfeito Estado de Direito e que este, por sua vez, não pode preponderar somente em situações ordinárias, sendo em boa medida abandonado em momentos críticos e de reafirmação da segurança. Não se conformou o mestre com ‘dois pesos e duas medidas’: ou bem se seguia a dogmática penal em situações normais e anormais, ou era necessário criar bases teóricas para não dissimular regras como exceções.

Também há se reconhecer como pertinente a distinção que o professor faz entre expectativa normativa e orientação cognitiva, mostrando que a primeira não persiste muito tempo quando desacompanhada da segunda. Ou seja: as pessoas não condicionam suas ações pelas normas se estas não se mostrarem efetivas na realidade; se não houver uma “presunção de comportamento futuro conforme à lei”. (JAKOBS, 2009).

O Direito, para Jakobs, não pode ser um sistema puramente normativo, que leve “uma vida própria na qual a única coisa que interessa é se as normas jurídicas e suas concreções foram inferidas de modo formalmente correto”. Pouco importa ao proprietário de um valioso notebook que o Direito proteja a sua propriedade, estabelecendo que ela não deve ser furtada ou roubada; ele ainda assim evitará caminhar à noite em uma região de grande incidência de assaltos. O exemplo se presta a ilustrar algo que, para Jakobs,

é fundamental: um ordenamento jurídico evoluído deve ser capaz de garantir às pessoas “não somente um Direito nu, mas também o uso do Direito”. (DARCIE, 2018).

Günther Jakobs reconhecia as limitações empíricas na atuação estatal e sustentava que “quem acredita que no Estado de direito tudo deveria ser efetivado, sempre e sem restrições, deveria saber que, na realidade concreta, este ‘tudo’ é acompanhado por um ‘ou nada’” (JAKOBS, 2009). A efetividade era uma de suas preocupações, sabendo distinguir postulações e normas de realizações, observando o sistema jurídico ‘de fora’ e pretendendo compreender as razões de ser ‘como realmente é’.

Em verdade, o professor identificou exceções (de direito material e processual) e com elas se preocupou, principalmente para efeito de manter a integridade da dogmática penal clássica. Criou toda uma teoria (*Direito Penal do Inimigo*), justamente com a finalidade de manter a harmonia e tratar as exceções tal como são, sem que contaminassem e evitando confusão com o ‘Direito penal do cidadão’.

Diferença de Jakobs para muitos juristas da atualidade é que ao invés de tão somente identificar as exceções, apenas criticar e recomendar a extirpação, reconhece as limitações do Estado de Direito e a realidade que muitas vezes impõem a escolha de medidas possíveis em detrimento das medidas que seriam ideais para a dogmática iluminista. Nesse sentido:

Por último, formulo una tesis: un máximo de Estado de Derecho presupone ideales condiciones de existencia, que no se dan en un momento como el actual en el que el terrorismo se encuentra especialmente activo en el plano internacional. Bajo condiciones no ideales, el Estado de Derecho, si no quiere rendirse completamente, ha de conformarse con lo máximo que

pueda alcanzar. Ello disminuye su *propia figura de Estado de Derecho*, pero en cambio ofrece una seguridad que resulta imprescindible para la orientación jurídica. (JAKOBS, GÜNTHER; POLAINO-ORTS, 2009).

Pois bem. Dentro dos aspectos positivos que podem ser encontrados no pensamento do professor alemão, cumpre verificar eventual coerência.

2.2 COERÊNCIA NA TEORIA

Como aponta Streck, a “tese de que o Direito deve ter coerência e integridade é do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que foi um dos grandes críticos do positivismo jurídico” (STRECK, 2017). Hoje, a exigência se estabelece inclusive em relação à jurisprudência, nos termos do art. 926 do Código de Processo Civil: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Integridade tem relação com o todo, com a harmonia no conjunto das normas, constituindo garantia em relação a normas excepcionais e arbitrárias. Por outro lado, observando as lições de Streck (2016), a coerência assegura a igualdade; prega que os casos e os agentes sejam tratados com paridade, com os mesmos princípios e preceitos, em situações idênticas. “A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade”. Há se “fazer da aplicação do Direito um ‘jogo limpo’ (*fairness* – que também quer dizer: tratar a todos os casos equanimemente)”. (STRECK, 2017).

Trazendo essas definições para o pensamento de Jakobs, é possível dizer que foi a identificação da falta de coerência e de integridade de várias normas em relação ao Direito Penal (ou em relação à dogmática clássica) que levou o professor alemão a buscar uma teoria que

restabelecesse essas condições. Pode-se dizer – observada a crítica de que se falou anteriormente – que a teoria, em si, não resolve o problema, mas não se pode negar essa intenção no pensamento justificante da tese. Em outras palavras: o inconformismo com a falta de coerência e integridade foi a ‘mola propulsora’ para a teorização que se seguiu.

A constatação é de que não se conformou o mestre alemão com a utilização, pelos Estados nacionais e na esfera criminal, de ‘dois pesos e duas medidas’; não, pelo menos, sem uma explicação teórica que justificasse o tratamento desigual. Partiu de uma constatação (a contaminação do Direito Penal e a desigualdade de tratamento para determinados crimes e casos), seguiu pela crítica (quando surgiu a expressão *Direito Penal do Inimigo*) para, num segundo momento, percebendo a inevitabilidade do fenômeno (ainda mais diante do terrorismo do início do século XXI), buscar uma explicação teórica que o legitimasse.

‘Jogo limpo’ pressupõe regras claras e uniformes. Para Jakobs, diante da necessidade e das limitações dos Estados nacionais frente ao terrorismo; considerando que não se concebiam medidas outras que não aquelas na época intentadas (‘Guerra ao Terror’, ‘Patriot Act’ etc.), fez-se necessário criar uma teoria que resgatasse a coerência e a integridade do sistema penal e que legitimasse a segmentação já existente entre os cidadãos e os terroristas – estes que, então, passaram a ser vistos como ‘inimigos’. Em suma: como se a dogmática devesse se ajustar ao que a realidade impunha.

Não há como se negar que o *Direito Penal do Inimigo* é uma teoria concebida a partir da realidade; não se restringiu o professor a reclamar das contaminações do Direito Penal pelo direito policial. Ao contrário, investigou se “no tratamento de terroristas, entre outros, devem ser

consideradas particularidades que tornam tal contaminação francamente necessária” (JAKOBS, 2009) e, também por isso, legitimadas.

A preocupação com a coerência e a integridade parece muito clara, dentre outras, em passagem em que Jakobs se refere à lei de segurança aérea e sua permissão para abate de aeronaves que ‘possam ser usadas’ para atentar contra a vida das pessoas. Esse tipo de norma aceita danos colaterais e “pressupõe que se aceite a morte de passageiros que não poderiam ser responsabilizados de modo algum pelo conflito”. Em assim se permitindo, “vítimas civis são despersonalizadas e seu direito à vida é retirado em proveito do direito dos outros”.

Isso sendo admitido, para que não haja paradoxo, em situações extremas de emergência, com base no dever de proteção, o Estado não poderia renunciar a nenhum meio de fazer afastar o perigo, mesmo que sem observância de direitos e garantias individuais. Como se medidas extremas de um lado merecessem a contrapartida de outro. Arremata:

Seria absurdo demais admitir que o Estado, neste caso de exceção, tenha que deixar o terrorista em total ‘liberdade de decisão e exercício da vontade’ (§136StPO) a respeito do cumprimento de seus deveres, ao mesmo tempo em que ele, o Estado, tenha que matar emergencialmente os não responsáveis a fim de evitar um dano máximo. (JAKOBS, 2009).

A “hetero-administração no limite do necessário”; a diferenciação entre aquilo que se aplica e vige apenas para ‘o inimigo’ (seja ele o terrorista ou outro grande dissidente do Estado de Direito) e aquilo que é adotado para ‘os outros’ foi a equação necessária, em Jakobs, para evitar que o *Direito Penal do Inimigo* contaminasse o direito penal dos cidadãos (JAKOBS, 2009). Em outros termos e ao largo do seu mérito: a

teoria procurou ser o ‘antídoto’ em relação à falta de coerência e integridade que se vislumbravam nas normas e métodos excepcionais que já eram explicitamente adotados.

Isso não ocorre mais? Isso acontece em território nacional? Qual é o diagnóstico atual em relação à persecução penal brasileira? Ela é íntegra e coerente em relação a qualquer agente? As leis criminais recrudesceram após o Pacote Anticrime? Eis algumas questões que contextualizam o próximo ponto.

3 O DIAGNÓSTICO BRASILEIRO DECORRENTE DO PACOTE ANTICRIME

Neste capítulo do trabalho, com conclusões incorporadas ao texto, queremos nos colocar³ na posição de um observador interno⁴, para efeito de averiguar, sinteticamente, o sistema criminal brasileiro, em especial sua situação com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), e constatar se:

- ele incorre em ‘contaminações’ semelhantes às aquelas verificadas pelo professor Jakobs;
- ele conta com leis mais rígidas e direcionadas aos ‘inimigos’ após a edição da Pacote Anticrime;
- ele observa coerência e integridade em disposições recentes.

³ Permitam-nos, a partir daqui, usar primeira pessoa, porquanto as constatações e conclusões são nossas e não podem ser confundidas com as de terceiros, para efeito de originalidade.

⁴ Dizemos ‘interno’ porque somos operadores do Direito, na condição de magistrado.

3.1 CONTAMINAÇÕES TRAZIDAS COM O PACOTE ANTICRIME

Começando pelo primeiro ponto, temos a impressão de que se o professor analisasse a persecução penal brasileira, na atualidade e pós Pacote Anticrime, para averiguar sobre eventuais ‘desvios’ em relação ao modelo criminal clássico, chegaria à mesma conclusão de outrora, na Alemanha. Qual seja: temos inúmeras contaminações pelo *Direito Penal do Inimigo* e a Lei 13.964/2019 recrudescer isso. A diferença é que no Brasil, embora encontremos normas em relação ao terrorismo⁵, o ‘inimigo’ é usualmente identificado nos agentes de determinados crimes e em relação a associações e grupos criminosos. Traremos alguns exemplos, sem qualquer pretensão de esgotar as situações.

Começemos pelo primeiro e talvez mais catedrático: o regime disciplinar diferenciado (RDD), instituto previsto no art. 52 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), aplicável a presos provisórios e definitivos, que implica numa disciplina carcerária mais rígida. Aliás, essa disciplina ficou ainda mais restritiva com o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019).

Falando em Pacote Anticrime, podemos constatar que a nova redação do § 2º do art. 310 do CPP proíbe a liberdade provisória para os agentes reincidentes ou que integrem organização criminosa armada ou milícia, ou portem arma de fogo de uso restrito.

A mesma Lei 13.964/2019 majorou a pena e tornou o roubo crime hediondo em algumas situações, além de, para todos as infrações, ter aumentado o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade – 40 anos (art. 75 do Código Penal). Exigiu mais prazo para

⁵ Vide Lei 13.260, de 16 de março de 2016.

progressões de regime, além de ter restringido benefícios da execução penal. Permitiu o ‘confisco alargado’ no caso de patrimônio incompatível (art. 91-A do CP).

Também foram objeto de recrudescimento algumas leis extravagantes, a exemplo da 12.850/2013, que trata das organizações criminosas; no art. 2º, §§ 8º e 9º, ela estabeleceu o início de cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, além de restringir livramento condicional e progressão se houver manutenção do vínculo associativo.

Sem dificuldade e numa análise sumária, podemos seguramente concluir que, em alguns pontos, principalmente em relação a leis materiais, o Pacote Anticrime recrudescer o sistema criminal. Não só isso e para vislumbrar a ‘contaminação’ de que tratamos ao longo do trabalho, podemos perceber que o tratamento não foi uniforme, mas sim pontual, em relação a determinadas categorias de crimes ou agentes, para os quais os direitos e garantias individuais foram, então, flexibilizados⁶.

É fato, portanto, que a nossa produção legislativa mais atual (não que isso só aconteça recentemente) tem identificado determinados ‘inimigos’ e em relação a eles erigido normas ‘diferenciadas’ ou excepcionais, normalmente mais rígidas e com mais restrições, algumas vezes em detrimento de direitos e garantias individuais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro teoricamente para todos os cidadãos.

⁶ Para não ir muito longe, basta lembrar que o sujeito que supostamente integre organização criminosa terá proibida a liberdade (art. 310, § 2º do CPP), contemporizando-se a sua presunção de inocência em caso de prisão em flagrante.

O fenômeno não é recente; também não podemos dizer que não seja necessário. Tendemos a concordar com o professor Jakobs quando, em outras palavras, reconhece que o Estado de Direito ideal só se atingirá com condições e circunstâncias ideais, o que está longe de ser a realidade brasileira. Não é preciso muito esforço (e aqui, por brevidade, vamos evitar levantamentos e estatísticas e recorrer à notoriedade) para reconhecer que a criminalidade brasileira é crescente, em boa medida ocasionada por associações criminosas muito bem estruturadas.

3.2 RIGIDEZ DAS LEIS APÓS O PACOTE ANTICRIME

Eis a questão inicial para retomada do raciocínio e contextualização: com o advento da Lei 13.964, que entrou em vigência em 23 de janeiro de 2020, podemos concluir que o nosso sistema criminal ficou mais rigoroso? Que flexibilizou ainda mais direitos e garantias individuais?

No ponto anterior, é fato, apontamos algumas disposições legais que realmente ficaram mais rigorosas e em boa medida flexibilizaram prerrogativas dos acusados. Mas um detalhe importante não pode passar despercebido: esse rigor adotado pelo Pacote Anticrime se restringiu a uma outra disposição de direito material ou regra de execução penal; o mesmo não ocorreu em relação às normas processuais. Ao contrário: o processo penal, em si, sobrevalorizou e deu mais vazão ainda a direitos e garantias individuais.

Precisamos demonstrar essa afirmação – é uma premissa de raciocínio; para isso faremos remissão e algumas ponderações em relação a determinados dispositivos legais.

Comecemos pelo mais gritante: juiz das garantias. O Pacote Anticrime, por intervenção do Congresso que alterou o projeto inicial, instituiu em lei esse novel instituto adotado em alguns países. Ele mexe em toda a estrutura da persecução penal, fazendo com que onde antes essencialmente atuava um juiz, tenham de atuar dois. Com isso, passaremos a ter um magistrado que atuará na fase de investigação e outro, necessariamente diferente, que só cuidará da fase de processo.

Não vamos aqui esmiuçar o instituto; não é caso e o espaço não nos permitiria. Para os fins desta abordagem, basta consignar que são dezenas de dispositivos incorporados no Código de Processo Penal (artigo 3º se desdobrou em várias letras) apenas com a finalidade de tutelar mais e melhor os direitos individuais dos investigados e controlar a legalidade das investigações, inclusive para efeito de favorecer a imparcialidade do juiz que irá colher as provas e julgar o processo (que passaria a não ter contado com os elementos informativos do inquérito). Foi toda uma estrutura alterada na persecução penal, com essa finalidade.

Também se criou a cadeia de custódia da prova. Passamos de ‘zero’ regulamentação legal sobre isso para uma regulamentação extensa e muito detalhada. Nos termos do art. 158-A do CPP, é “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio [...]”. Embora a segurança jurídica e a preservação da prova estejam na base dessa alteração, somos obrigados a reconhecer (como são os agentes públicos os responsáveis pela custódia das provas e que terão de cumprir as inúmeras exigências) que essa cadeia atende muito mais aos interesses dos investigados ou acusados.

A audiência de custódia, que até então não tinha previsão legal expressa, por força da Lei 13.964/2019, foi incorporada no art. 310 do CPP. Nitidamente um ato de tutela de garantias do preso, que deverá ser levado à presença do juiz numa audiência concebida justamente para essa finalidade, sob pena de ilegalidade da prisão e responsabilização dos agentes públicos.

No que se refere a medidas cautelares, além de se expressar a regra do contraditório prévio com prazo certo para manifestação da defesa (art. 282, § 3º do CPP), proibiu-se o juiz de decretá-las de ofício (art. 282, § 2º c/c art. 311 do CPP), embora possa revogá-las independentemente de requerimento (art. 316). Consignou-se prazo legal de 90 dias para revisão da prisão preventiva (art. 316, parágrafo único do CPP), além de se aumentarem as exigências para a fundamentação (art. 315, §§ 1º e 2º do CPP), sob pena de nulidade (art. 564, inc. V do CPP) e se expressarem requisitos restritivos em relação à decretação (art. 312, *caput*, parte final, § 2º e art. 313, § 2º do CPP).

Criou-se mais um benefício despenalizador, além dos já existentes⁷: o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), que permite evitar processo, condenação e pena para crimes de relativa gravidade (pena mínima inferior a 4 anos). É voluntário, depende do cumprimento de algumas condições, mas implica em extinção da punibilidade.

Tudo isso e mais um pouco veio acompanhado da vedação de iniciativa do juiz na fase de investigação; da consolidação legal da estrutura acusatória do processo penal (art. 3º-A do CPP); e, da

⁷ Já tínhamos, sem falar dos benefícios da execução, a composição civil dos danos (art. 74 da Lei 9.099/1995), a transação (art. 76 da Lei 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995).

reafirmação legal de impossibilidade de execução provisória da pena (art. 283 do CPP).

Diante desse apanhado de alterações – e sem fazer qualquer juízo de valor com relação às disposições específicas –, seguramente podemos concluir que o Pacote Anticrime sobrevalorizou direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Se de um lado, no direito material, algumas normas trataram de forma mais rígida os agentes do crime; por outro, no direito processual, o caminho foi o oposto.

Alguém pode estar lembrando da proibição de liberdade provisória do art. 310, § 2º do CPP e – disso ainda não tínhamos falado – da execução provisória da pena para os crimes dolosos contra vida com condenação igual ou superior a 15 anos (art. 492, inc. I, ‘e’ do CPP). Rapidamente em relação a essas disposições: é muito provável que a primeira seja declarada inconstitucional, assim que for avaliada pelos tribunais superiores (entendimento consolidado); a segunda tem boas chances de ser declarada inconstitucional também, a depender da aceitação ou não da execução provisória da pena.

Ou seja: as poucas disposições processuais (identificamos apenas duas) que poderiam recrudescer o tratamento dos acusados processados têm grande probabilidade de não terem aplicação diante de jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.

Diante desses ‘caminhos’ opostos adotados pelo Pacote Anticrime – no geral, de um lado recrudesendo leis materiais e de outro tornando o processo penal mais garantista –, precisamos verificar se isso implica em incongruências ou falta de integridade do sistema criminal brasileiro.

3.3 PACOTE ANTICRIME E LEIS ATUAIS: COERÊNCIA E INTEGRIDADE

Não vemos problema no fato de reformas legislativas alterarem disposições legais, deixando algumas mais rígidas e outras mais garantistas. É natural que isso ocorra e eventualmente esses tratamentos diferenciados podem até ser salutares para a congruência e integridade do sistema, como um todo, além de facilitarem a correção de problemas pontuais. Muito bem.

Ocorre que a tendência de uma legislação simbólica no direito material não é de hoje; persiste e vem se avolumando desde a Constituição Federal de 1988 (para adotarmos um marco). Significa dizer: o legislador tem aumentado penas e alterado disposições legais de forma açodada e sem o necessário cuidado com a razoabilidade e as consequências. Isso acontece como uma forma de resposta rápida do Congresso a pressões populares sazonais, em reclamo por maior efetividade do direito penal (aqui e acolá) e pela manutenção da segurança pública.

Se procurássemos um denominador comum a todas as concepções sobre o que seja o direito penal simbólico, poderíamos afirmar que residiria no predomínio que nele se produz dos efeitos simbólicos sobre os efeitos instrumentais. [...]

O denominado "direito penal simbólico" constitui um caso de superação dos limites utilitários que o princípio teleológico da sanção penal assinala à intervenção penal. Caracteriza-se, de um modo geral, por se produzirem através da pena efeitos sócio-pessoais expressivo-integradores que carecem de legitimidade não por sua natureza, mas porque não se ajustam às decisões político-criminais que fundamentam a pena. (RIPOLLÉS, 2004).

O resultado disso são normas desproporcionais, que não observam a equivalência ou discrepância entre bens jurídicos merecedores de tutela penal. Um breve exemplo disso, muito atual, é a ‘Lei Sansão’ (Lei 14.064, de 29/9/2020), que ampliou a pena de maus-tratos contra cães e gatos. Fazemos um comparativo pontual para melhor compreensão:

- Maus-tratos contra pessoa: pena – detenção, de 2 meses a 1 ano, ou multa (art. 136, CP); se for contra criança, aumenta a pena em um terço (§ 3º). Cabem benefícios despenalizadores (arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95).
- Maus-tratos contra idoso: pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa (art. 99, Lei 10.741/03). Cabem benefícios despenalizadores (arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95).
- Maus tratos contra cachorro: pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco anos). Não cabem os benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95.

Podemos trazer mais, no intuito de apenas demonstrar as incoerências dentro da própria legislação material, sem qualquer juízo de valor quanto ao acerto ou não do aumento das penas de maus-tratos:

- Ferir uma pessoa: pena mínima – detenção de 3 meses (art. 129, CP).
- Causar lesão grave numa pessoa: pena mínima – reclusão de 1 ano (art. 129, § 1º, CP).
- Mutilar uma pessoa: pena mínima – reclusão de 2 anos (art. 129, § 2º, CP).
- Ferir um cão ou gato: pena mínima – reclusão de 2 anos (Lei 14.064/2020).

Não é o único caso, mas diante desse mais atual exemplo, fica claro que nossa legislação material não tem sido razoável e coerente na proteção de bens jurídicos relevantes. Em suma: caso nosso sistema

persista dessa forma em relação aos dispositivos legais acima citados (o que é a tendência), teremos verdadeira ‘inversão de valores’. Sim, porque a integridade física das pessoas (inclusive mulheres, crianças e idosos) terá menos valia se comparada à integridade física de determinados animais (cães e gatos). Na lição de Ihering, lembre-se que o valor dos bens jurídicos tutelados, em direito penal, é conferido pela pena cominada.⁸

Não podemos aqui perder o foco, mas nos parece evidente, dispensando maiores digressões, a falta de critérios e de razoabilidade na edição de várias leis. Em relação à Lei Sansão, não conseguimos concordar com o fato (isso é concreto) que a pena mínima de alguém que arranque o braço de uma pessoa seja a mesma daquele que dá uma chinelada num cachorro. Não há qualquer coerência nisso.

E isso acontece, a nosso ver, dentre outras coisas, porque as alterações legislativas são feitas de maneira açodada, por pessoas, no geral, leigas na área jurídica, que são movidas por ‘paixões’ momentâneas fomentadas pela pressão popular e das redes sociais e que não averigam sobre as consequências dessas leis ou mesmo avaliam sobre a coerência e integridade do sistema penal.

Muitas vezes, além da incongruência, a legislação tem carregado antinomias em relação ao mesmo instituto jurídico; vejamos. O Pacote Anticrime, ao alterar a redação do art. 311 do CPP, proibiu a prisão preventiva de ofício. Isso levou muitos a compreender⁹ que não haveria mais possibilidade de converter o flagrante em preventiva sem

⁸ Por outro lado, se a intenção do legislador era proteger os ‘pets’, por que a proteção não se estendeu a outros animais de estimação e se restringiu somente a essas duas espécies (cães e gatos)?

⁹ Inclusive a 2ª Turma do STF, em recente julgamento do dia 06/10/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/converter-flagrante-preventiva-oficio-ilegal-turma-stf>

representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

Certo. Mas se for assim, como compatibilizar essa impossibilidade de conversão da prisão com a proibição de liberdade provisória, constante do § 2º do art. 310 do CPP, nos casos em que não existe a representação e o requerimento? Lembre-se que a negativa de liberdade passa necessariamente pela decretação da preventiva; afinal, não existe outra forma de o agente ficar preso provisoriamente.

São questões técnicas que, infelizmente, têm passado ao largo da compreensão dos legisladores. O resultado é um só: antinomias, leis burocráticas e não efetivas, incongruentes e que retiram integridade do sistema penal.

Finalmente, chamamos atenção para outro tipo de incongruência: aquela que não está dentro, propriamente, de cada um dos sistemas: o material ou o processual. Mas aquela que se manifesta na prática quando as normas materiais ‘tomam um rumo’ diverso das normas processuais. Referimo-nos à falta de integridade e coerência entre os sistemas, na inter-relação entre eles; cogitamos da falta da uniformidade de tratamento.

Exemplos: pouco ou nada adianta aumentar as penas de determinados crimes, restringir benefícios da execução da pena, ao mesmo tempo em que se torna o processo penal (que é instrumento de aplicação do direito material e sem o qual nunca se chega a uma sanção) mais burocrático, custoso e demorado; pouco resolve aumentar penas de crimes graves, ao mesmo tempo em que se restringe ou se dificulta a aplicação de medidas cautelares; também não faz muito sentido criar mecanismos de investigação, ao mesmo tempo em que se criam muitas ‘brechas’ de nulidades com uma cadeia de custódia muito custosa e

detalhada; é pouco produtivo aumentar penas quando ao mesmo tempo se criam benefícios despenalizadores (como foi o caso do acordo de não persecução penal).

Vivenciamos um sistema criminal ‘esquizofrênico’ e de ‘dupla personalidade’, que sofre com os infindáveis percalços de uma produção legislativa que parece não saber exatamente o que quer ou onde pretende chegar. Fala-se do custo dos processos, mas se elaboram leis que deixam eles mais caros; questiona-se a efetividade e a eficiência da persecução penal, mas cada vez a tornam mais burocrática e demorada; de um lado aumentam as penas, mas de outro criam-se cada vez mais benefícios despenalizadores.¹⁰ Reconhece-se que a justiça está sobrecarregada, entretanto erigem mais atribuições.¹¹ Pensando no todo do sistema criminal (normas materiais e processuais), é como se de um lado o legislador ‘mordesse’ e de outro ‘assoprasse’.

Nessas situações, gera-se uma aparente resposta social com a promulgação de leis penais simbólicas que, na sequência, deixam de ter efetividade e concretude em razão de uma estrutura processual incompatível com a efetividade e rapidez que se espera na repressão dos crimes e na responsabilização dos culpados.

La noción de símbolo en el derecho penal constituye así un mecanismo o dispositivo de engaño, de inexistente efectividad y eficacia, como cualidad objetiva de la norma. Por ello, resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas, las que obedecen al fin falaz, prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática. (OORDT, 2017).

¹⁰ Só lembrar do recente acordo de não persecução penal, constante do art. 28-A do CPP.

¹¹ Basta ver a exigência de um magistrado somente para cuidar da investigação (juiz das garantias) ou mesmo a obrigatoriedade legal de audiência de custódia.

Se no direito material podemos reconhecer o acerto do pensamento de Beccaria, no sentido de que não é exacerbação da pena que evita o crime e sim a convicção da punição, no direito processual somos levados a pensar que não é o excesso de direitos e garantidas individuais que salvaguarda um *devido processo legal*, mas sim a efetividade desses direitos e garantias, por mais que a lista deles, em determinado Estado nacional, não seja tão extensa.

Aliás, a extensão e o exagero, como sói acontecer, só leva à burocracia, ao custo, ao descrédito, à inobservância e ao afastamento jurisprudencial desses direitos e garantias individuais. Cite-se como exemplo recente (são muitos casos) a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal em relação ao parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal.

Art. 316. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Primeiro veio o Pacote Anticrime e vislumbrando a necessidade de revisão periódica das prisões preventivas (o que compreendemos como medida acertada), assim exigiu no referido dispositivo legal; todavia, ‘exagerou na dose’, não colocou limites nessas revisões, determinando que ela acontecesse (por não delimitar) em toda a persecução penal, mesmo em grau de recurso e após sentença e acórdãos confirmatórios de condenação, em verdadeira sobreposição de decisões sobre a mesma questão e ainda estipulando consequência grave para os casos de inobservância do prazo (ilegalidade da prisão).

Depois, diante do aparente exagero do legislador ao tutelar o direito de liberdade do acusado, a Suprema Corte do país, no famoso ‘caso do André do Rap’ (HC 191.836), quase que por unanimidade (vencido o Ministro Marco Aurélio), restringiu bastante a consequência legal supostamente existente no dispositivo (ilegalidade da prisão e soltura imediata), fixando o entendimento “de que a inobservância da reavaliação no prazo de 90 dias, [...] não implica a revogação automática da prisão preventiva: o juízo competente deve ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”¹².

Se de um lado o STF delimitou o dispositivo no conteúdo, de outro o Superior Tribunal de Justiça tem restringido na extensão. Compreendeu o último que a obrigação de revisar a prisão cautelar vai somente até o momento em que é proferida a sentença condenatória (ou o acórdão, no caso de ações originárias)¹³.

A propósito, a decisão em referência, por unanimidade, consignou expressamente na ementa sobre a falta de razoabilidade da lei:

[...] 3. Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação - de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos - seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e de *habeas corpus*) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexequível, sob pena de tornar a prisão preventiva "ilegal", data maxima venia, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

¹² Decisão não publicada. Notícia do site oficial, de 15/10/2020: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1>

¹³ Nesse sentido o HC 589.544-SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/09/2020.

Ressaltamos que não é nosso objetivo avaliar ou fazer juízo de valor em relação a cada uma das disposições legais citadas; algumas podem ser boas na individualidade dos seus preceitos. Pretendemos, isso sim, demonstrar a falta de coerência e integridade, que se traduz num sistema criminal de idas e voltas, de prognóstico praticamente impossível e sem um planejamento de médio e longo prazo.

O resultado disso é uma inflação legislativa crescente, com o *Direito Penal do Inimigo* convivendo com normas processuais para a Noruega (e não para um país com grande criminalidade e com uma taxa anual aproximada de 30 homicídios por 100 mil habitantes¹⁴), inviabilizando políticas criminais sólidas, uniformes e de longa duração, para determinados períodos históricos e conforme a realidade se apresente.

Enfim, antes de editarmos as leis, precisamos racionalizar o sistema; a falta de coerência e de integridade – que na Alemanha já foi incentivo para a criação de uma teoria que colocava os criminosos ou terroristas como ‘inimigos’ e não como cidadãos, desprovidos de direitos e garantias individuais –, aqui no Brasil, pode dar margem a teorias e tratamentos legislativos cada vez mais arbitrários e de exceção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Panizza de. Aplicação da coerção processual, condição de inimigo do imputado e o tratamento do cidadão durante a perseguição. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 28, n. 171, p. 251-279, set. 2020.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2020.

¹⁴ Segundo o atlas da violência 2020, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>

DARCIE, S. D. “Processo Penal do Inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 149, p. 259–298, nov. 2018.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, L. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 56, p. 80–112, 2005.

JAKOBS, Günther; POLAINO-ORTS, M. **Terrorismo y Estado de derecho**. Colombia: Universidad Externado, 2009.

JAKOBS, G. Terroristas como pessoas no direito? **Novos Estudos CEBRAP**, n. 83, p. 27–36, 2009.

OORDT, L. Z. VAN. El derecho penal simbólico y la ineficacia del estado de emergencia constitucional para combatir la criminalidad. **Vox Juris**, Lima, v. 33, n. 1, p. 123–133, 2017.

PALACIOS-VALENCIA, Y. Erecho penal y castigo: una excusa para la protección de los derechos humanos en la sociedad del riesgo. **Díkaion**, Chia, Colombia, v. 22, n. 1, p. 131–157, junho 2013.

RIPOLLÉS, J. L. D. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. **Revista de Estudos Criminais**, v. 0, n. 21, p. 24–49, 2004.

STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, L. L. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 12 abr. 2021.

VALENTE, M. M. G. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.

VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais** [recurso eletrônico], São Paulo, v. 99, n. 894, p. 349–381, abr. 2010.

12

DUAS TIPOLOGIAS DE PERVERSÃO DO DIREITO: A AUTORREGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS E A DESRREGULAMENTAÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO DIREITO BRASILEIRO

*Eduardo Hoffmann*¹

*Lucas Paulo Orlando de Oliveira*²

1 INTRODUÇÃO

Há um conto, de autoria desconhecida, que afirma que logo após uma hecatombe, todos os humanos foram ceifados da terra. Remanesceram as baratas. O mundo se acabou, em vista da ganância humana e de sua beligerância; as baratas acompanharam tudo isso. Pois bem, tempos depois da hecatombe, as baratas começam a observar uma vez mais, a formação de uma bolsa líquida no solo; dentro dela, veem aminoácidos e partículas que começam a se unir; eis então que outra forma de vida, para além das baratas, está ali surgindo. Milhares de anos depois, as baratas são vistosas e respeitadas por todos os animais, pois são os mais antigos espécimes sob a terra. Após algumas formas de vida

¹ Advogado. Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Toledo. Professor na Centro Universitário FAG. Mestre em Direito Processual Civil pela Unipar. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7905296019375832>. E-mail: adv.hoffmann@hotmail.com.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), linha de Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos (2019-). Mestre em Processo Civil e Cidadania, linha de Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais pela Universidade Paranaense (2017-2018). Membro do Grupo de Estudos Culturais Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça: atores, fatores e processos entre mundialização e cosmopolitismo jurídico, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2020-). Membro do grupo de pesquisas Jurisdição, Mercados e Fronteiras do Centro Universitário FAG (2021 -). Professor no Centro Universitário FAG (2015-). Professor na Faculdade Focus (2021-). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6555859877740673>. E-mail: lucasoliveira_90@hotmail.com.

estranhas, os macacos se desenvolvem a passam a habitar o topo das árvores; as baratas os observam diariamente, até que, um dia, um casal de macacos desce das árvores e, então, passam a andar sob duas pernas. As baratas, se entreolham e pensam: vai começar tudo outra vez!

É com base nesta pequena história, aliás, em tempos em que se pretende escrever a história, à base de *fake news*, que se propõe neste artigo a reflexão da necessária compreensão histórica dos fatos e de sua repetição, para se evitar o cometimento de novas hecatombes.

A partir dos estudos desenvolvidos pelo Professor José Rodrigo Rodrigues, em especial, às questões ligadas a ‘perversão do direito (e da democracia)’, é que se busca demonstrar que estamos, mais uma vez, a repetir o que se pode observar no documentário, recém-lançado ‘O dilema das redes’, isto é, na crença desenfreada de que a autorregulação é a única solução. Neste ponto, cumpre tratar do ‘direito democrático’ e do ‘direito autárquico’ assim definidos pelo professor José Rodrigo.

As perversões do direito são compreendidas quando uma instituição passa a cumprir um papel diverso daquele que legitimamente pode se esperar. Assim, pretende-se analisar se o atual cenário de desregulamentação das redes sociais pode implicar uma situação de perversão. Também propõe a reflexão se a atual situação de desregulamentação da matéria de meio ambiente no direito brasileiro pode ser compreendida como perversão. A definição de perversão pode ser entendida como “uma mudança radical no sentido estabelecido de determinada instituição, uma mudança tão radical que priva tal instituição de suas características conhecidas e faz com que ela funcione em sentido completamente diverso de seu seu corrente” (RODRIGUEZ, 2019, p. 361).

A valia da consideração dos dois fenômenos sob essa égide se justifica porque no primeiro caso tem-se uma situação de ausência de regulamentação e que se discute a sua necessidade ou mesmo em que termos eventual deva ocorrer. Em fluxo diverso, o meio ambiente possui um amplo tratamento no direito brasileiro. Dessa estrutura rígida, sob o argumento de incentivo às relações de mercado, há uma franco movimento de desregulamentação. Da ausência de normas para o debate sobre a criação de regulamentação e da existência de normas para um cenário de flexibilização, pretende-se analisar um eventual ponto de convergência e de possível identificação a partir da compreensão do direito em um viés de multinormatividade democrática.

Para o cumprimento desse desiderato, em um primeiro (capítulo 2) momento tem-se o desenvolvimento de reflexões comuns aos fenômenos das redes sociais e do tratamento dispensado ao meio ambiente. Em um segundo (capítulo 3) há a abordagem discricional a respeito da situação da desregulamentação das redes sociais e em seguida um breve apanhado de elementos que subsidiem a análise em relação à questão ambiental brasileira. Por fim, tem-se a pretensão do delineamento de algumas bases que a atividade regulamentar possa ser exercida de forma a cumprir seu propósito democrático e reconhecimento de um contexto multinormativo.

2 O BUG DE BOOLE: SÃO AS REDES SOCIAIS A NOVA FORMA CARNAVALESCA DE EXTRAVASAMENTO?

Michael Heim, em 1993 lançou a obra *The metaphysics of virtual reality*, momento em que afirmou que o ser humano da última década do século XX está se preparando para decolar da natureza para outro

espaço, o espaço eletrônico. Um aspecto da nova realidade é o poderoso mecanismo de *feedback* que agora sustenta a cultura, pois que, a mídia usa computadores, em todo o mundo, acelerando as comunicações por rádio, jornais e televisão. As ideias voam de frente e para trás, circulando o globo na velocidade da eletricidade, formando um *loop de feedback*, não visto até então. (HEIM, 1993, p. xiii).

Em sua narrativa, fixa que o computador não apenas coloca outra ferramenta na ponta dos dedos dos seres humanos, mas sim, constrói um ambiente totalmente novo, ambiente de informação em que a mente respira uma atmosfera diferente, mas que diante do grande volume de dados, logo se tornaria poluído por informações.

É claro que, o próprio computador irá facilitar, num outro ponto, a pesquisa pela informação precisa, ou como o próprio autor definiu, o computador irá levá-lo para fora deste pântano gerado pelos próprios computadores. No entanto, se faz necessário a presença de uma lógica nesta pesquisa.

Eis que, então entra em cena a lógica booleana, responsável pelo processamento das informações a partir do sistema binário de zeros e uns; a partir disso, se questiona: como a lógica de pesquisa booleana afeta nossos processos de pensamento e vida mental?

A lógica booleana para o mundo dos computadores, em geral, mostra o mundo de acordo com os termos da própria pergunta, de modo que a resposta é determinada pelos próprios parâmetros dos termos perguntados. Assim, a busca booleana então orienta o subconsciente por processos pelos quais modelamos caracteristicamente o mundo.

A lógica de pesquisa booleana em um computador marca um passo gigante na relação do espécime humano com o pensamento e a língua; esta é uma nova estrutura psíquica de texto eletrônico tecida à volta dos

humanos por computadores. Com o texto eletrônico, acelera-se ao longo de uma superestrada no mundo de formação e, a lógica booleana muda a vida mental para uma marcha ainda mais alta.

Isto está evidenciado, pelo fato de que a pesquisa booleana mostra a maneira característica que colocamos às questões no mundo da informação; quando se realiza uma pergunta no mundo booleano, se usam palavras chaves, chavões e bits de pensamento para varrer o vasto estoque de conhecimento; de modo que são configurados pequenos funis para capturar o fluxo de dados. Estes funis, a seu turno, filtram os acessos acionados pelas palavras-chaves pesquisadas. Deste modo, se cobre uma enorme quantidade de material em um tempo incrivelmente curto, mas o que se vê, é fluido por canais estreitos de pensamento de quem pesquisa.

Assim, Heim (1993, p. 12/27) considera que a lógica da pesquisa booleana afeta a visão mental da mesma forma que longas horas na frente da tela do computador afetam a própria visão; em um estado relaxado, os olhos aceitam o mundo passivamente como um espetáculo de descoberta; é só quando se esforça para ver, que os olhos perdem a surpresa das percepções; o esforço constante induz uma miopia, na qual se precisa esforçar para ver melhor o que se deseja ver; perde-se muito da visão periférica. A mesma coisa ocorre com os olhos da mente; a pesquisa booleana corta a visão periférica do olho da mente; a interface do computador pode funcionar como uma lente artificial que reitera preconceitos.

Passados pouco mais de 26 anos, Giuliano Da Empoli (2019, p. 11) apresenta a obra *Engenheiros do Caos*. O autor inicia retratando o Carnaval vivenciado por Goethe, em 19 de fevereiro de 1787, momento em que “os cocheiros se fantasiam de senhores e os senhores, de

cocheiros, tem-se ali, que não se trata de uma celebração oferecida ao povo pelas autoridades, mas sim uma ‘festa que o povo oferece a si mesmo’. Assim é que o Carnaval se apresenta como a “ocasião para o povo derrubar, de forma simbólica e por um tempo limitado, toda as hierarquias instituídas entre o poder e os dominados, entre o nobre e o trivial, entre o alto e o baixo, entre o refinado e o vulgar, entre o sagrado e o profano”. (EMPOLI, 2019, p. 12).

Neste ponto destaca que a distinção clara entre o que é lúdico e o que é político pode ser considerada um desafio. O autor ressalta que em vários episódios a festa se converteu em revolta popular, quando em vez da destituição simbólica dos poderosos a situação progredia para uma real tentativa de ruptura. Diante disso, não surpreende que o Carnaval tenha sido abolido em muitas cidades. Explica que este espírito subversivo do Carnaval ao longo dos séculos “percorreu infatigavelmente as ruas para se estampar nos panfletos e nas caricaturas dos jornais populares e, de forma mais recente, nas sátiras dos shows de TV e nos ataques de trolls na internet” (EMPOLI, 2019, p. 13).

Assim, mais de dois séculos após a visita de Goethe, o *Carnaval reconquista seus direitos*, pois em 1º de julho de 2018, um novo governo assume Roma. O presidente do conselho de ministros é um anônimo, que possui um currículo questionado, que rui diante da negativa de várias instituições de ensino de que ele tenha sido aluno delas. Seus dois vice-presidentes, são respectivamente, um jovem de 30 anos, que teve como única experiência, ter sido guia do estádio San Paolo. De outro lado, há “o verdadeiro homem forte, que desde que assumiu sua função, dá vida ao espetáculo de um ministro do Interior que tuita diariamente para espalhar medo e incitar o ódio racial” (EMPOLI, 2019, p. 15).

Esta pequena demonstração da forma de tomada de poder é, apenas uma dentre as várias formas, de “crescimento dos populismos que tomou a forma de uma dança frenética que atropela e vira do avesso todas as regras estabelecidas, de modo que, os defeitos e vícios dos líderes populistas se transformam, aos olhos dos eleitores, em qualidades” (EMPOLI, 2019, p. 17).

Em suma, a in experiência destes seria a prova que não “*pertencem ao círculo corrompido das elites e, a incompetência é vista como garantia de autenticidade*”. Assim, “*as tensões que eles produzem em nível internacional ilustram sua independência, e as fake news que balizam sua propaganda são a marca e sua liberdade de espírito*” (EMPOLI, 2019, p. 17-18).

Em sua apresentação arremata que neste mundo de “*Donald Trump, de Boris Johnson e de Jair Bolsonaro, cada novo dia nasce com uma gafe, uma polêmica, a eclosão de um escândalo*”. Avisa, no entanto, que “*por trás das aparências extremadas do Carnaval populista, esconde-se o trabalho feros de dezenas de spin doctors, ideólogos e, cada vez mais, cientistas especializados em Big Data, sem os quais os líderes do novo populismo jamais teriam chegado ao poder*” (EMPOLI, 2019, p. 12).

Giuliano, apresenta sua obra, como sendo a história do especialista em marketing, que compreende, ainda no ano de 2000, que a política será revolucionada pela internet; exemplifica isso, que com a fundação do Movimento 5 Estrelas na Itália, foi contratado o primeiro avatar político; no caso, foi contratado um comediante, chamado Beppe Grillo; a base de sua campanha se “*pauta na coleta de dados de eleitores sobre a satisfação de suas demandas, independentemente de qualquer base ideológica*”.

A parte disto, assinala que os engenheiros do caos, neste momento são Dominic Cummings da Brexit; Steve Bannon, condutor de Donald Trump à vitória nos Estados Unidos; de Milo Yiannopoulos que tem como desiderato a quebra dos códigos de esquerda e do politicamente correto e de Arthur Finkelstein, eficaz conselheiro de Victor Orban, da Hungria. Todos eles *“estão em vias de reinventar uma propaganda adaptada à era dos selfies e das redes sociais, e, como consequência de transformar a própria natureza do jogo democrático”*. A ação destes é a real tradução política do Facebook e do Google. Assim, estes são naturalmente populistas, como as redes sociais, de modo que não suportam intermediários, e *“situa todo mundo no mesmo plano, com um só parâmetro de avaliação: os likes, ou curtidas”*. As ações são indiferentes aos conteúdos, pois que, assim como nas redes sociais, o objetivo é único: *“aquilo que os pequenos gênios do Vale do Silício chamam de ‘engajamento’ e que, em política, significa adesão imediata”* (EMPOLI, 2019, p. 13).

Eis aqui o vínculo com a obra de Michael Heim; a pesquisa booleana, que até então, diante da limitação das perguntas que lhe era efetuada, retornava os resultados esperados, de acordo com as perguntas, tem na atualidade um novo patamar preditivo; tem-se que os algoritmos *“das redes sociais são programados para oferecer ao usuário qualquer conteúdo capaz de atraí-lo com maior frequência e por mais tempo à plataforma; neste mesmo sentido, o algoritmo dos engenheiros do caos os força a sustentar não importa que posição razoável ou absurda, realista ou intergaláctica, desde que ela intercepte as aspirações e os medos – principalmente os medos – dos eleitores”*.

Enquanto Heim falava da potencialização dos nossos preconceitos, hoje, as redes sociais impulsionam estes – os preconceitos – para além; agora, são os medos potencializados, com o fito de se gerar a adesão

imediatamente à causa populista política; e, a ferramenta utilizada é a mesma base de pesquisa booleana; isto é, quais são os interesses das pessoas; o que elas pesquisam; o que elas fazem; o que gostam; do que tem medo; como elas se engajam nas redes sociais e, a quais causas estão predispostas à aderir imediatamente.

Estes *Doutores Fantásticos*, explica Giuliano Da Empoli, não consistem mais na união de pessoas em torno de um denominador comum, mas, ao contrário, em inflamar as paixões do maior número possível de grupelhos para, em seguida, adicioná-los, mesmo à revelia. É, muito bem resumido pelo autor que, para conquistar uma maioria, eles não vão convergir ao centro, e sim unir-se aos extremos.

Cultiva-se a cólera individual sem a preocupação com a coerência do coletivo; estes engenheiros do caos, diluem as antigas barreiras ideológicas e rearticulam o conflito político tendo como base uma simples oposição entre ‘o povo’ e ‘as elites’.

Tudo isto resta impulsionado pelas redes sociais, que alimentam sobretudo emoções negativas, já que estas garantem maior participação, como no caso das *fake news* e das teorias da conspiração.

A tudo isto, adiciona-se a pitada carnavalesca; outra ferramenta, considerada eficaz, é o escárnio, que vem sendo utilizado para dissolver as hierarquias. Assim, nada é mais devastador para a autoridade que o impertinente, que a transforma em objeto de ridículo. (EMPOLI, 2019, p. 14).³

³ Neste ponto, cabe citar o caso retratado na série de *Black Mirror*, contida na base da Netflix; no episódio 03 da segunda temporada, é apresentado o candidato chamado ‘*The Waldo Moment*’, que é um pequeno urso azul, que apenas existe no mundo digital; sua forma de abordagem dos demais candidatos é pelo escárnio e o enxovalhamento público. Claro que, por trás da figura eletrônica de Waldo, há um ‘engenheiro do caos’; sem querer dar qualquer spoiler a respeito deste ponto da trama, ao final, Waldo chega, com o uso destas ferramentas de mídia, ao poder totalitário.

Rememorando às regras carnavalescas: não há espectadores, pois todos participam juntos da celebração desvairada do mundo ao avesso, e nenhum insulto ou piada é vulgar se contribui para a demolição da ordem dominante e sua substituição por alguma dimensão de liberdade e fraternidade. Aliás, um dos efeitos do Carnaval é a produção de intensa sensação naqueles que dele participam, de plenitude e renascimento, de pertencimento a um corpo coletivo. *De espectador, cada um se torna ator, sem nenhuma distinção baseada em grau de instrução.* Isto significa que a opinião do primeiro vale tanto quanto ou mais que a do expert; neste momento, a máscara coletiva se mudou para a internet, em que o anonimato tem o mesmo efeito de desinibição que, tempos atrás, nascia no momento de se vestir a fantasia. Assim, os trolls são, os novos polichinelos, que jogam gasolina no fogo libertador do Carnaval populista.

Eis que, os líderes populistas consideram que as ‘verdades alternativas’ para além de um instrumento de propaganda, são um formidável vetor de coesão, pois por ‘vários ângulos, o absurdo é uma ferramenta organizacional mais eficaz que a verdade’ ou então, de que ‘qualquer um pode crer na verdade, enquanto acreditar no absurdo é uma real demonstração de lealdade – e que possui uniforme, e um exército’ (EMPOLI, 2019, p. 15).

Conclui Giuliano que o Carnaval contemporâneo se alimenta de dois ingredientes que nada têm de irracional, sendo o primeiro deles, a cólera de alguns meios populares, que se fundamenta sobre causas sociais e econômicas reais e, o segundo, e objeto de estudo deste artigo, é a máquina de comunicação superpotente, concebida em sua origem para fins comerciais, transformada em instrumento privilegiado de todos aqueles que têm por meta multiplicar o caos. (EMPOLI, 2019, p. 15).

E como pudemos criar esta máquina de comunicação superpotente? Ou mesmo, como pudemos permitir que ela fosse gestada a tal ponto?

3 DUAS PERVERSÕES EM FLUXOS DISTINTOS: A QUESTÃO DAS REDES SOCIAIS NO MUNDO E O MEIO AMBIENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Esse capítulo tem por objetivo delinear dois fenômenos em sentido distinto. Em um primeiro momento, tem-se o desenvolvimento da situação das redes sociais, que se desenvolveram sem qualquer tipo de referência normativa para as novas realidades que implicaram, conforme exposto no tópico anterior.

Em um segundo momento, faz-se uma breve exposição em relação ao projeto de desregulamentação das questões ambientais no direito brasileiro, a partir da política adotada pelo então Ministro Ricardo Salles.

Ao tratar sobre espécies de perversão do direito, Rodriguez (2019, p. 218) alerta elas podem se manifestar como estratégia deliberada para conferir forma jurídica à uma estratégia deliberada de desvinculação da soberania popular. Ou, ainda, é possível identificar as perversões como práticas de naturalização de elementos estruturais da sociedade capitalista.

Essa pretensão de classificação, não implica, necessariamente, que haja a identificação de uma intenção explícita, mas apenas a constatação de que “o direito é chamado a autenticar, chancelar, práticas que delimitam as fronteiras entre o possível e o impossível, entre o que podemos afirmar que seja a efetividade do mundo como se apresenta hoje e o que poderia ser um mundo diferente, um outra realidade possível” (RODRIGUEZ, 2019, p. 218).

3.1 A PERVERSÃO PELA AUTORREGULAMENTAÇÃO: O CASO DAS REDES SOCIAIS

Gunther Teubner tratando de uma série de escândalos pelo mundo, afirma existir uma nova questão constitucional, perceptível especialmente na economia, mas também na *ciência e tecnologia, na medicina e nos novos meios de comunicação em massa*; ditas energias são descarregadas, nos *espaços sociais para além do Estado Nacional*; no presente caso, para além, inclusive, do espaço terrestre. Assim, salienta que os *problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do estado, em processos políticos transnacionais*; onde se encontram *fora do setor político institucionalizado, nos setores 'privados' da sociedade mundial*. (TEUBNER, 2003, p. 24-25).

Ao observar o deslocamento da norma, do espaço estatal para outros espaços, salienta que o foco na elaboração de leis está mudando para regimes privados, isto é, acordos vinculativos entre atores globais, regulamentação do mercado privado por meio de empresas multinacionais, elaboração de regras internas dentro de organizações internacionais, sistemas de negociação interorganizacional e de padronização mundial, de modo que, as fontes de direito dominantes encontram-se agora nas periferias do direito, nas fronteiras com outros setores da sociedade mundial que estão engajando-se com sucesso na competição regional com os centros existentes de parlamentos nacionais legisladores, instituições legislativas globais e acordos intergovernamentais. Em verdade, estão se transformando em tribunais de justiça privada, agindo como um subsistema organizado da

lei mundial, ainda que desprovidos de provisão prévia de infraestrutura governamental.⁴ (TEUBNER, 2004).

Em escala mundial, no entanto, a regulamentação legal das atividades sociais por atores privados está efetivamente escapando das condições estruturais institucionalizadas dos Estados-nação, sem que condições estruturais comparáveis cresçam, ou mesmo estejam à vista desta nova regulamentação. (TEUBNER, 2004).

Nestas circunstâncias atuais, os regimes privados globais, decorrem de uma combinação típica de elaboração de normas sociais organizadas e processos espontâneos de elaboração de leis; a produção de normas é descentralizada para uma multiplicidade de atores políticos e privados, sem que seja possível estabelecer um centro claro de tomada de decisões. (TEUBNER, 2004).

Nesse ponto as teorias sobre a 'cultura global' e a 'sociedade civil global', chamam a atenção para uma pluralidade de instituições globais entre a economia e a política, que convergem com as análises da teoria dos sistemas da sociedade mundial policontextural. Somente aqui é possível encontrar uma dinâmica social com chance de autonomia em relação aos mercados mundiais e arenas políticas globais.

Os subsistemas sociais seguem seu próprio caminho de globalização, em sua racionalidade autônoma; em primeiro lugar, formam a base social relativamente independente dos processos políticos e econômicos, a partir dos quais grupos de interesse,

⁴ Exemplo desta situação é a decisão do Twitter e do Facebook de derrubar/impedir o compartilhamento de notícia do *New York Post* acerca do candidato à presidência dos Estados Unidos, Joe Biden. A medida foi tomada independente de um *fast checking* da informação; as plataformas em verdadeiros juízes censores impediram a propagação da notícia de um reconhecido órgão da imprensa; foram verdadeiros juízes do caso. De se ver a notícia: <https://nypost.com/2020/10/16/twitter-still-holding-the-posts-account-hostage-over-hunter-biden-links/>. Acessado em 16 out. 2020, às 20h47m.

organizações não-governamentais e regimes de governança privada, por um lado, e movimentos sociais, por outro, podem desenvolver suas atividades. O ponto é, portanto, uma combinação de esferas sociais de autonomia e correspondentes formalidades.

A globalização significa que muitos setores sociais têm a chance de se libertar das restrições impostas pela política do Estado-nação. Pois que, *se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.* (TEUBNER, 2003, p. 11).

Neste relacionamento entre os subsistemas, as cartas estão sendo renegociadas: pesquisa, educação, sistema de saúde, mídia e artes, afirma Teubner - *para esses setores sociais* -, o processo de globalização está abrindo uma chance, não apenas de afirmar a autonomia de suas atividades, mas também para estabelecer um regime autônomo.

Na economia, a relação entre um setor espontâneo constituído pelo mercado e um setor organizado de empresas, também está firmemente estabelecido globalmente. Embora empresas econômicas altamente organizadas possam aprimorar enormemente o conhecimento técnico, as capacidades organizacionais e as técnicas de financiamento, o setor corporativo não consegue sujeitar a esfera econômica como um todo a seu controle. A própria globalização expôs os maiores grupos corporativos a uma dinâmica dos mercados mundiais incontrolável para eles, o qual, inclusive não será removido nem pelas megafusões.⁵

⁵ A guisa de exemplo, as fusões no setor agrícola entre a *Syngenta-ChemChina* e *DuPont-Dow* também seguem em negociação sob o escrutínio das autoridades anti-monopólio em muitos países. Se as fusões se concretizarem, as três empresas resultantes irão controlar 60% do mercado mundial de sementes comerciais (incluindo quase 100% de sementes geneticamente modificadas) e 71% dos agrotóxicos a nível global, níveis de concentração que superam amplamente as regras **antimonopólio** de qualquer país. Disponível em:

Pois bem; como advertiu Teubner (2003, p. 10-11), nos *dias de hoje estão se constituindo em “autonomia relativa” diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais sui generis*. Aponta que, dentre os candidatos para um tal “direito mundial sem Estado” são inicialmente os ordenamentos jurídicos de grupos empresarias multinacionais.

É neste ponto, que se observa a independência das redes sociais de qualquer Estado-nação e/ou mesmo de regramento próprio. Está-se diante de uma completa ausência de tratamento legal, pelas estruturas clássicas do ordenamento, é exatamente a proliferação da expansão de conglomerados multinacionais, longe de qualquer regulação, que Teubner (2003, p. 11), salienta que *o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, e.g., de natureza por assim dizer parlamentar. Mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se ‘acopla estruturalmente’ a discursos altamente especializado, isolados*.

As redes sociais, como sistemas altamente especializados caminharam nesta última década para a autorregulação ou, a fixação das regras por si próprias; como agir, o que oferecer, o que pedir e como atuar no mercado, foram premissas fixadas por seus próprios agentes; o Estado, foi incapaz de acompanhar tamanha evolução.

A prova da incapacidade do Estado e/ou convivência dele, - vez que, como se observou na obra de Giuliano Da Empoli, hoje vários governantes se valem desta ferramenta potencializada que são as redes

sociais, para impingir o medo e adensar o preconceito, - permitiu que as redes sociais, fossem o que são, sem qualquer espécie de regulação.

Esta evidência, foi bem retratada no drama/documentário “O dilema das redes” dirigido por Jeff Orlowski, em que narra a partir da oitiva de envolvidos na criação das redes sociais de como eles descobriram que podem afetar comportamentos e emoções no mundo real sem que os usuários se deem conta disso. O documentário é permeado de entrevistas com os envolvidos na criação de muitas ferramentas das redes sociais, com a dramatização de uma típica família americana e seu envolvimento coma as redes sociais.

Em termos práticos, a questão é como 50 designers do Vale do Silício, entre 20 e 35 anos de idade, homens brancos da Califórnia, tomavam decisões que impactavam em dois bilhões de pessoas; ou seja, como estas duas bilhões de pessoas teriam pensamentos que não teriam normalmente por que um designer do Google disse: ‘É assim que as notificações aparecerão na tela que você olha quando acorda’.

O documentário apresenta que o Vale do Silício, nos primeiros 50 anos, a indústria criava produtos, hardware e software eram vendidos aos clientes, de forma simples; hoje, as maiores empresas operam vendendo seus usuários. Ora, com não se paga pelos produtos que são utilizados, os anunciantes é que pagam por isso, de modo que, os anunciantes são os clientes e os usuários são o produto; em resumo: ‘se você não está pagando pelo produto, então você é o produto’. Deste modo, todas estas companhias trabalham para manter o usuário o máximo de tempo em suas plataformas. Seu negócio é garantir que o anúncio publicado será bem-sucedido, pois que, elas vendem a certeza aos anunciantes. Como? Através das previsões assertivas! E como isso se faz? Através de muitos dados dos usuários! É o capitalismo de

vigilância, abaixo melhor tratado pela obra de Shoshana Zuboff (2019), *The age of surveillance capitalism*, de janeiro de 2019. Este é um novo mercado, o mercado que negocia o futuro do ser humano e, em larga escala!

Todos estes dados são entregues às redes sociais, espontaneamente por seus usuários, e estão sendo usados para alimentar sistemas sem quase nenhuma supervisão humana, realizando previsões cada vez melhores sobre o que cada um irá fazer ou sobre que o é. A partir destes dados, são criados os modelos de cada usuário, para o fim de descobrir o que você irá querer. A tecnologia deixou de ter papel de ferramenta para se tornar um vício e um meio de manipulação, afirmou Tristan Harris, principal personagem do documentário.

Eis que o resultado disso, a incitação ao ódio e a polarização, afeta a todos, mesmo os que não usam estes produtos; essas coisas viraram Frankensteins digitais que estão transformando o mundo em seu pior, seja na saúde mental de crianças, seja na política e nos discursos políticos, sem assumir responsabilidade por tais ações, afirma Tristan Harris; assim, diz que as plataformas devem ser responsabilizadas, pois permitem a política e também a propaganda para crianças, portanto, devem ser responsabilizadas nestes campos.

Neste ponto, o documentário, se inclina no sentido de que o modelo de negócio é o problema e, que não há como destruir tudo e recomeçar do zero; as empresas irão manter suas plataformas na busca do lucro, o que também, não é visto como um erro; o problema é não ter regulamentação, regras e concorrência. Pois que as empresas estão agindo como se fossem governos.

3.2 A PERVERSÃO PELA DESREGULAMENTAÇÃO: A QUESTÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

Em reunião no dia 22 de abril de 2020, o então Presidente da República Jair Bolsonaro dialogava com seus ministros diferentes assuntos relacionados aos interesses do Poder Executivo. Em uma de suas intervenções, o Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, assinalou categoricamente os marcos de sua atuação frente à pasta durante a Pandemia da COVID-19:

Então pra isso precisa ter um esforço nosso aqui enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de COVID e ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas. De IPHAN, de ministério da Agricultura, de ministério de Meio Ambiente, de ministério disso, de ministério daquilo. Agora é hora de unir esforços pra dar de baciada a simplificação regulam ... é de regulatório que nós precisamos, em todos os aspectos (...) Não precisamos de congresso. Porque coisa que precisa de congresso também, nesse, nesse fuzuê que está aí, nós não vamos conseguir apo ... após . . . é ... aprovar. Agora tem um monte de coisa que é só, parecer, caneta, parecer, caneta (sic). (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

A pretensão era retirar a proteção estatal normativa em relação ao meio ambiente. De forma a aproveitar que a opinião pública estava direcionada ao problema da pandemia e, de forma unilateral, utilizar a caneta ministerial para enfraquecimento da intervenção estatal em relação à matéria ambiental.

O projeto de desregulamentação acobertado pela pandemia não ficou apenas no discurso da reunião ministerial. Foi efetivado mediante várias decisões subsequentes. No dia 28 de setembro, ainda em meio ao enfrentamento da pandemia, houve a convocação por iniciativa do

Ministro do Meio Ambiente, que cumula a função de Presidente do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, da 135ª Reunião do órgão. (BRASIL, 2020b).

No item 7 da pauta constava a possibilidade de revogação da Resolução CONAMA n.º 284/2001, que determinava um procedimento de três fases para o licenciamento de projetos de irrigação; Resolução n.º 302/2002 determinava a necessidade de observância de uma área de 30 metros ao redor de represas e reservatórios artificiais como área de preservação permanente; a Resolução n.º 303/2002 que tratava do reconhecimento das vegetações litorâneas como objeto de área de preservação permanente; e, por fim, uma proposta de resolução para permitir o uso de resíduos tóxicos e de agrotóxicos para a alimentação dos fornos de produção de cimento.

Como resultado da deliberação, as resoluções 284/2001, 302/2002 e 303/2002 foram revogadas. Já a proposta de coprocessamento de resíduos em fornos destinados à produção de cimento tornou-se a Resolução n.º 499/2020, sendo autorizada a prática⁶.

O movimento de relativização da tutela estatal em relação ao meio ambiente se contextualiza em um plano maior, de forma que não se trata apenas de uma ação isolada, mas de uma verdadeira política de governo, muito antes do período de pandemia. Ações de ruptura de diálogo com o Fundo Amazônia e mesmo a inércia na execução de multas ambientais, são informações que denotam que está sendo dada de “baciada” a desregulamentação e que a “boiada” está avançando frente ao sistema de proteção ambiental do Estado brasileiro.

⁶ A deliberação tornou-se a Resolução 499/2020. (BRASIL, 2020a).

O avanço da desregulamentação estatal em favor do setor privado é tamanho que mesmo em situações de desastres, como o caso envolvendo a mineradora Vale e a ruptura da barragem no Município de Brumadinho-MG, a gestão dos recursos oriundos das multas aplicadas ocorrerá pela própria mineradora que fará a gestão das unidades de conservação, sem a participação do poder público⁷.

A declinação de tutela em favor do setor privado é acompanhada de uma relativização da participação da sociedade nos processos de tomada de decisão. Tal afirmativa é corroborada pela reforma realizada no próprio CONAMA, de modo a viabilizar que o projeto de desregulamentação obtivesse maior êxito.

Até 27 de maio de 2019 o CONAMA contava com a participação de 96 integrantes, teve sua composição reduzida para 23. As entidades ambientalistas tiveram sua representação reduzida de 22 cadeiras para 4. Ao mesmo tempo, as Confederações de atividades econômicas possuem representação de 10 integrantes. Assim, as confederações e o Governo passam a ter controle de ao menos 52,5% da composição total, permitindo que a “boiada” passe facilmente. (G1, 2020).

Dessa forma, constata-se que o meio ambiente sobre um processo inverso ao das Internet. Enquanto se discute a necessidade de regulamentação estatal no ciberespaço, em relação ao meio ambiente há um movimento de ampla desregulamentação, de modo a se evidenciar contrafluxos concomitantes em relação aos diferentes setores. Tal fenômeno será melhor pontuado no próximo tópico a partir da análise do Estado de Direito e suas perversões.

⁷ Nesse caso há pretensão do próprio Ministério Público Federal em anular o acordo realizado entre o Ministério do Meio Ambiente, por meio do IBAMA e a empresa. (PONTES, data).

4 AS CARACTERÍSTICAS DAS PERVERSÕES E SUAS SUPERAÇÕES

José Rodrigo Rodrigues (2020, p. 375) entende “que essas figuras de perversão funcionam como instrumentos propícios para que agentes interessados procurem criar ordens normativas autárquicas, inclusive, com pretensões totalizantes”, no que conceitua, como “ordens normativas que produzam suas normas unilateralmente, sem passar por procedimentos democráticos de formação da vontade”. Ressalta, que algumas dessas ordens “podem pretender instituir explicitamente, sem a mediação do Estado ou do parlamento, formas de vida hierárquicas, contrárias à ideia de igualdade de direitos, contrárias à tradição iluminista, e muitas vezes pretendem, explicitamente, enfraquecer o poder do Estado, como os grandes negócios capitalistas transnacionais”.

Eis que conceitua tudo isto como perversões do direito; e tais, “tem sido fundamental para viabilizar a estratégia de globalização das trocas comerciais e da atividade financeira nas últimas décadas”. Vê que a “disciplina jurídica dos negócios capitalistas tem deixado de lado o constrangimento das leis nacionais e suas exigências, como a cobrança de impostos e o respeito a direitos fundamentais, direitos sociais inclusive, para assumirem formas contratuais que constituem verdadeiros regimes privados de regulação, imunes à influência das sociedades civis estatais e aos instrumentos coercitivos à disposição dos Estados”. E, nesses “regimes contratuais radicalmente privados, um eventual equilíbrio de poder entre as partes depende apenas de seu poder econômico e não do direito, que fica privado da capacidade de promover a igualdade das partes”. Cita, como exemplo, de partes contratuais com poder muito “desigual, por exemplo, empresas monopolistas como Google, Facebook, Uber ou bancos e fundos de investimento bilionários”, ressaltando que nestes contratos foi perdido o

“caráter de troca de equivalentes”, tornando-se “mera justificação formal para a imposição unilateral e autárquica de determinadas normas”. Assim, o contrato deixa de “expressar uma troca de equivalentes e se torna mero instrumento de dominação, um ‘contrato de dominação’, para dizer de forma mais sucinta, mediante o qual todas as cláusulas são impostas unilateralmente e podem ser alteradas sem nenhum aviso, eis então, o estabelecimento de uma espécie de ditadura na esfera privada que elimina completamente a autonomia individual” (RODRIGUEZ, 2020, p. 375).

As redes sociais, como se vê no documentário o Dilema das Redes, preferiram *“adotar estratégias de dominação furtivas, isto é, sem entrar em conflito aberto e violento com algum Estado ou com outras ordens normativas” (RODRIGUEZ, 2020, p. 376).* Ora, de fato, estes *“modelos são valorativamente indiferentes aos rumos que a sociedade irá tomar”. E, “o surgimento de ordens normativas é algo normal em uma democracia, de modo, que o Estado não deva ser totalizante, devendo abrir espaço para várias formas de vida em um contexto de multinormatividade”. No entanto, estas “ordens normativas autárquicas que pretendem configurar as normas que regulam a vida social à sua imagem e semelhança, acabam por destruir qualquer possibilidade de alteridade no interior de seus domínios e estabelecem formas de vida hierárquicas e narrativas irracionais, impassíveis de verificação” (RODRIGUEZ, 2020, p. 384).*

À guisa de exemplo, como forma de *“favorecer a expansão das transações econômicas internacionais, a estratégia foi de criar espaços de autorregulação livres da influência dos Estados e dos cidadãos, cujas regras sejam estabelecidas unilateralmente pelas empresas transnacionais e pelas instituições financeiras”, o que na visão de José Rodrigo Rodrigues é “uma forma de perversão do direito, de perversão da forma contratual”, por ele denominada de “zona de autarquia”.*

E isto o que se viu com as redes sociais; elas criaram uma ferramenta que afeta mais de 2 bilhões de pessoas; no início, a pesquisa booleana retornava com uma resposta esperada; com o desenvolvimento dos algoritmos, a resposta não é mais dada como se pergunta, mas sim, a quem pergunta; como dito no documentário, a resposta para aquecimento global, pelo Google, será dada de forma diferente, de acordo com a localização da pessoa e seu histórico de navegação, pesquisa, comportamentos!

Ora, a isto tudo não foi dado permissão ou, se foi, implicitamente, não foi a todos os usuários alertados acerca do risco do compartilhamento de tais informações.

Este comportamento das redes sociais, como dito, visa aumentar o engajamento do usuário, isto é, aumentar o tempo que cada pessoa passa dentro da rede social, pois que, isto aumenta a lucratividade da rede com os anúncios.

Está evidente, portanto, que foi criada uma ordem autárquica própria por cada uma das redes sociais e grandes empresas do Vale do Silício e, dita forma de agir, está deturpado a sociedade, não apenas na esfera política, ponto ressaltado pela obra “Os Engenheiros do Caos”; mas também, deturpado na esfera social, de convivência das pessoas, ao como dramatizado no documentário, uma família ‘normal’ estadunidense, não conseguir, ficar longe de seu celular, durante um simples jantar em família e, mais, retratada como o direcionamento de informações, pode acentuar as diferenças e gerar o ódio, entre aqueles que, nem mesmo, mantiveram qualquer diálogo.

Esta situação, inclusive, é muito bem retratada por Shoshana Zuboff, em sua obra *The age of surveillance capitalism*, de janeiro de 2019. (ZUBOFF, 2019). Aliás, em sua breve, mas profunda aparição no

documentário da Netflix, “Dilema das Redes”, inclusive prega pela proibição das redes sociais; utiliza-se de um raciocínio muito coerente e, acima de tudo, convincente, ao afirmar que os Estados, em momento anterior, chegou a proibir determinadas atividades econômicas, como o foi em relação à escravidão; ora, como ressalta, se se deixasse aos traficantes de escravos a regulação e/ou a modelagem do negócio, por certo que, até os dias presentes ainda se veria este negócio em funcionamento.

Zuboff (2019) afirma existir algo de errado, pois que os capitalistas de vigilância, empregam vigorosamente justificativas centenárias para sua liberdade, rejeitando regulamentações, legislativas, judiciais, sociais ou qualquer outra forma de interferência pública em seus métodos de operação.

O capitalismo de vigilância não é o antigo capitalismo; sob este regime, liberdade e ignorância não são mais gêmeos nascidos, não são mais dois lados da mesma moeda. O capitalismo de vigilância é definido por uma convergência sem precedentes de liberdade e conhecimento. Este acúmulo desimpedido de poder efetivamente sequestra a divisão da aprendizagem na sociedade, instituindo a dinâmica de inclusão e exclusão das quais dependem as receitas de vigilância. Vigilância capitalistas reivindicam a liberdade de ordenar o conhecimento, e então eles alavancam a vantagem do conhecimento a fim de proteger e expandir sua liberdade, eis a grande verdade. Consequência disto é que, a nova ordem social instrumentária privatizada é uma nova forma de coletividade, em que é o mercado e não o Estado, que concentra o conhecimento e a liberdade dentro de seu domínio. (ZUBOFF, 2019).

Shoshana Zuboff, em um opinativo no The New York Times, de 24 de janeiro de 2020, uma vez mais foi eloquente de que os Executivos da

indústria de tecnologia ‘argumentaram que eram capazes de se autorregular e que a intervenção do governo seria cara e contraproducente. Ressalta que sem lei, estamos lutando para nos esconder em nossas próprias vidas. Assim, na ausência de novas declarações de direitos e legislação, o capitalismo de vigilância ameaça refazer a sociedade ao desfazer a democracia. Visto de baixo, usurpa a privacidade, diminuindo a autonomia e privando os indivíduos do direito de combater. Visto de cima, a desigualdade e a injustiça são fundamentalmente incompatíveis com as aspirações de um povo democrático. Os legisladores americanos relutam em enfrentar esses desafios por vários motivos. Afirma existir uma política não escrita de “excepcionalismo de vigilância”, forjada na sequência dos ataques terroristas de 11 de setembro, quando as preocupações do governo mudaram de proteções de privacidade online para um novo zelo pela “consciência total da informação”. Naquele ambiente político, as novas capacidades de vigilância emergentes do Vale do Silício pareciam ser uma grande promessa.

Em sua história de regulamentação premiada, o historiador Thomas McCraw faz um alerta. Ao longo dos séculos, os reguladores falharam quando não elaboraram "estratégias apropriadas para os setores específicos que estavam regulando". As leis de privacidade e antitruste existentes são vitais, mas nenhuma delas será totalmente adequada aos novos desafios de reverter a desigualdade.

Um desafio semelhante, por ocorrer em meio a um mesmo contexto, pode ser destacado em meio aos movimentos de desmonte das políticas ambientais no Brasil. Ao revogar Resoluções protetivas e técnicas permite-se que a própria dinâmica de mercado realize a proteção ambiental nos estritos termos de seus próprios interesses e

conveniências, sem qualquer tipo de interdição popular e democrática. Tanto a blindagem contra a regulamentação das empresas envolvidas nas redes sociais, como também o movimento de desregulamentação ambiental encontra variáveis que permite sua consideração enquanto manifestações de perversões do direito como também possuem fortes elementos que permitem sua compreensão a partir das variáveis descritas do capitalismo de vigilância.

Em apoio a um novo cenário competitivo, os legisladores precisarão defender novas formas de ação coletiva, assim como há quase um século as proteções legais para os direitos de organizar, fazer greve e negociar com os trabalhadores coletivamente unidos para limitar os poderes dos capitalistas monopolistas.

Prega, que os legisladores devem buscar alianças com cidadãos que estão profundamente preocupados com o poder desenfreado dos capitalistas de vigilância e com trabalhadores que buscam salários justos e segurança razoável em desafio às condições de trabalho precárias que definem a economia de vigilância. (ZUBOFF, 2020). O que desperta o debate é que, em ambos os casos, o mercado tende a se autorregular. No entanto, esse verniz de legalidade privada é insuficiente.

Em ambas as situações o Estado está sendo chamado para regulamentar os setores; fixar regras de modo a permitir a continuidade da atividade, mas com respeito, em especial a privacidade dos agentes, no caso dos agentes, e na sustentabilidade, no caso do meio ambiente. Para a primeira hipótese, como foi sugerido no documentário, quanto maior for o número de informações exigidas do usuário, maior deve ser a taxa de tributação sobre a empresa, de molde a desestimular o acúmulo de dados; é uma saída! Já para o caso da

política ambiental brasileira, seria necessária a retomada de suas bases democráticas e representativas que podem ser apontadas como raiz da perversão naquele caso, de forma a atender o desenvolvimento de manifestações predatórias do capitalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do advento das redes sociais a lógica de funcionamento dos algoritmos propiciou o reforço de perspectivas informacionais limitadas e condicionadas aos próprios interesses dos usuários. Em virtude dos parâmetros de busca serem os próprios condicionantes do horizonte de compressão, tem-se um exercício narcísico de conhecimento, implicando o enfraquecimento de uma racionalidade intersubjetiva, elementar para o processo democrático.

Por certo que não se pressupõe que o consenso seja o ideal democrático. Ainda que se reconheça o dissenso como carácter inarredável da circunstância democrática, o que a lógica de *boole* implica é a impossibilidade do diálogo, ainda que divergente. A ruptura dos espaços de diálogo leva a ascensão de perversões no direito.

Assim, a dinâmica das redes sociais possui uma relação sinalagmática com essa conjuntura, uma vez que além de alimentarem esse processo, são blindadas de um controle democrática, em virtude dos espaços de autorregulamentação que são conferidos às próprias empresas.

Por sua vez, a questão ambiental brasileira se notabiliza pela ruptura do diálogo democrático. Não apenas nas decisões unilaterais da gestão do Ministro Ricardo Salles, mas também na maquinação e

usurpação da representatividade do principal órgão normativo do Ministério, o CONAMA.

Tanto no primeiro como no segundo caso a caracterização da ocorrência da perversão do direito está devidamente configurada, uma vez que às redes sociais em vez de comunicar e aproximar as pessoas tornam-se potencializadoras e um isolacionismo epistêmico que afasta inclusive os debates de um controle democrático e multinormativo de seu funcionamento. Por sua vez, no caso da questão ambiental, a perversão está no fato de que o Ministério do Meio Ambiente, por meio de ruptura do diálogo institucional promovido no âmbito do CONAMA, presta-se mais à legitimação das práticas de destruição ambiental do que o fomento e efetivação de políticas de sustentabilidade e de proteção do meio ambiente como um fim em si.

A alternativa para a superação dos quadros de perversão pela autorregulação e pela desregulamentação passa pela retomada das bases democráticas, tanto em relação ao controle concorrencial e controle da produção de normas e proteção de dados, no primeiro caso, como da retomada da representatividade e efetiva participação dos diversos segmentos da sociedade na elaboração de políticas públicas ambientais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução CONAMA/MMA Nº 499, de 6 de outubro de 2020.** Disponível em: <https://fehoesp360.org.br/noticia/7246/resolucao-conama-licenciamento-da-atividade-de-coprocessamento-de-residuos-em-fornos-rotativos-de-producao-de-clinquer>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Pauta da 135ª Reunião Ordinária do CONAMA.**

Data: 28 de setembro de 2020, às 10h. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/09/Pauta_135RO.pdf. Acesso: em 24 out. 2020.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. Tradução Arnaldo Bloch. 1ª ed. São Paulo: Vestígio, 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. Leia a íntegra das falas de Bolsonaro e ministros em reunião ministerial gravada. São Paulo, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/leia-a-integra-das-falas-de-bolsonaro-e-ministros-em-reuniao-ministerial-gravada.shtml>. Acesso em: 25 out. 2020.

G1. Governo diminui participação da sociedade civil no Conselho Nacional do Meio Ambiente. [S. l.], 29 maio 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/05/29/ministerio-diminui-participacao-da-sociedade-civil-no-conselho-nacional-do-meio-ambiente.ghtml>. Acesso em 24.10.2020.

HEIM, Michael. **The metaphysics of virtual reality**. New York. Oxford University Press, 1993.

PONTES, Felipe. Brumadinho: MPF quer anular acordo que prevê multa de R\$ 250 mi a Vale. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-09/brumadinho-mpf-quer-anular-acordo-que-preve-multa-de-r-250-mi-vale>. Acesso em: 24 out. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Perversões”: estratégias de dominação do novo ciclo autoritário. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 39, n. 2, p. 371-393, Ago. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002020000200371&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 out. 2020.

Rodriguez, José Rodrigo. **Direito das lutas**: democracia, diversidade e multinormatividade. São Paulo: LiberArs, 2019.

TEUBNER, Gunther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Revista Impulso**, Piracicaba, 2003.

TEUBNER, Gunther. Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors? In: **Public Governance in the Age of Globalization**. Edited by Karl-Heinz Ladeur. Routledge. Nova York, 2004.

ZUBOFF, Shoshana. Disponível em <<https://www.nytimes.com/2020/01/24/opinion/sunday/surveillance-capitalism.html>>. Acessado em 17 out. 2020, às 14h59m.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism**. New York: PublicAffairs, 2019.

13

O CONCEITO DE POLÍTICO EM SCHMITT COMO UMA FORMA DE DOIS LADOS: A LÓGICA DA IDENTIDADE E A EXCLUSÃO DO OUTRO POR MEIO DA COMUNICAÇÃO SUBVERSIVA ¹

David Denner de Lima Braga ²

Selmar José Maia ³

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte do pressuposto de que existem sistemas sociais diferenciados dentre os quais o Direito e a Política, cada um com o seu código próprio, mas ligados por uma constituição. Adota-se uma posição a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos e isso implica entre outras coisas, aceitar que a sociedade mundial é formada de comunicação e especificamente reconhecer que embora Direito e

¹ Texto publicado originalmente na Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica. Ver: BRAGA, David Denner de Lima. MAIA, Selmar José. O conceito de político em Schmitt como uma forma de dois lados: a lógica da identidade e a exclusão do outro por meio da comunicação subversiva. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 01-17, Encontro Virtual, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/8108/pdf>. Acesso em: 16 maio 2022.

² Doutorando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e Mestre em Direito em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7062843998510569>. E-mail: daviddlbraga@yahoo.com.br

³ Doutorando e Mestre em Direito Público pela Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Empresarial pela Damásio Educacional de São Paulo - SP. Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha - FSG. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito e Diferenciação Social, registrado no CNPq e vinculado ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Juiz de Paz suplente na segunda zona de Caxias do Sul - RS, 2012-2023. Escritor de vários artigos científicos em revistas e livros Jurídicos. Advogado e Consultor Jurídico. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4660334694235498>. E-mail: selmar@maiaadvocaciaporativa.com.br.

Política sejam sistemas distintos, há nexos estreitos e evidentes que tornam ambos os sistemas muito próximos (LUHMANN, 2003, p. 291). Direito e Política são sistemas fechados que compõem cada qual a seu turno o ambiente um do outro, cuja relação se faz através do conceito de acoplamento estrutural, que se caracteriza por uma relação mais estável, do que a que ocorre com acoplamentos operativos. Essa relação estável entre o Direito e a Política é dada pela constituição.

A despeito, portanto, de serem sistemas distintos e operativamente fechados não se pode negar que irritações recíprocas existem entre o Direito e a Política. São fechados no nível operacional, mas abertos no nível cognitivo. A teoria de Luhmann assinala ao Direito o código operacional direito-não direito, e à política o código governo-oposição.

A teoria de Schmitt também faz uso de uma codificação para definir o político que é a codificação amigo-inimigo. Cuida-se de uma forma, no sentido de Spencer Brown, que retrata uma distinção compatível com a época em que o texto foi escrito, em 1932, mas que é mais antiga que a forma governo-oposição, e é incompatível com uma ordem jurídica, que como a brasileira, se pretende pluralista e democrática.

Nesse estudo se argumenta a respeito da tensão que existe quando uma ordem jurídica democrática passa a conviver com um sistema político que deixa de operar no campo do código governo-oposição para atuar com o código amigo-inimigo. Como dito, Direito e Política estão muito próximos, estabilizados pelo acoplamento estrutural que é constituição. Sugere-se que a forma amigo-inimigo compromete a ordem democrática e ameaça Direitos fundamentais. O poder tende a

estabelecer espaços autárquicos e a acolhida de novas demandas desestabiliza os interesses dos grupos incluídos (RODRIGUEZ, 2019).

Essa tensão faz parte da composição da democracia e é difícil imaginar uma situação real onde ela seja eliminada. A distinção de Rodriguez (2019) entre zonas democráticas e zonas de autarquia permite, além da leitura analítica dos movimentos políticos e sociais, enquadrar o conceito de Carl Schmitt de político, ou seja, daquele que decide pela diferenciação amigo-inimigo, dentro de uma concepção de direito autárquica, no sentido de antidemocrática e avessa às diferenças. Faz sentido, então, falar em *toxic turn*, nos tempos negros que presenciam essas duas décadas iniciais do séc. XXI.

Atualmente, inclusive durante a Pandemia do Covid, pôde ser observado, por exemplo nas democracias americana e brasileira, um recrudescimento do discurso que resgata, mesmo sem o saber, a divisão do mundo schmittiana entre amigo-inimigo. A estratégia de Trump, principalmente durante as eleições, de atacar a China e conseguir apoio popular, utilizando-se da lógica do “nós contra eles”, bem como a construção do muro na fronteira do México, e aqui no Brasil, para não alongar os exemplos, a fala do Ministro das Relações Exteriores, denominando o vírus de *Comunavírus*, ou vírus chinês, ilustram a decisão política de definir inimigos no plano externo. Além disso, os ataques dos presidentes americano e brasileiro à imprensa definem no plano interno o inimigo a ser combatido.

Não se trata em nenhum desses casos de uma definição política com base no código luhmanniano governo-oposição, trata-se do código schmittiano amigo-inimigo.

As consequências do descompasso entre Política e Direito são instabilidade política e desgovernabilidade, agravadas pelo contexto da crise sanitária. No caso brasileiro, aparece ainda um constante apelo às forças armadas como instância decisória da (des)continuidade democrática. Esse apelo ficou bastante evidente nas mobilizações do dia 07 de setembro de 2021, quando houve pedidos de intervenção militar e ataques às instituições democráticas.

Desde a promulgação da Constituição de 1988 (CF/88) com o fim da ditadura militar foi alterada a relação da sociedade brasileira com suas instituições democráticas, de maneira que o direito não é meramente um instrumento para o exercício poder que possa ser utilizado para atacar as instituições (RODRIGUEZ, 2009). Nesse sentido, muito embora não tenha havido relato de violência ou depredações do patrimônio público as manifestações de 7 de setembro podem ser interpretadas como um retrocesso institucional ao período anterior a outubro de 1988, porque demandam uma intervenção militar que parte do pressuposto de que as instituições democráticas atrapalham o desenvolvimento do País, num claro movimento autoritário e populista, que já se apresentou em vários outros países e momentos históricos, como no caso da Itália de Mussolini.

De mais a mais, nas faixas dos manifestantes (em português e inglês, numa clara tentativa de transnacionalização das reivindicações) e, também, nos discursos do Presidente Jair Bolsonaro foi gerado um ruído antidemocrático, que não se coaduna com a harmonia entre os três poderes, pois contém uma ameaça de disruptura institucional com o Poder Judiciário, através de pedidos de *impeachment* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no Senado Federal.

No mesmo sentido, nesses protestos, também se presenciou um ruído no sentido do descumprimento das decisões normativas do STF, como aquelas proferidas pelo Ministro Alexandre de Moraes para tentar conter atividades de desinformação da população mediante *fake news*.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, Rocha (2013a, p.35) ao comentar a teoria luhmanniana, destaca que a comunicação é elemento primordial da sociedade conectada em rede e nesse sentido, para Luhmann, a comunicação é uma síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão. Isto é, ao observarmos o discurso que aparece nas mobilizações do dia 7 de setembro é possível concluir que existe um descompasso entre esses três elementos pilares da comunicação (informação, comunicação e compreensão) posto que, se de um lado, a comunicação referente a manifestações públicas e pacíficas têm proteção constitucional, de outro, a comunicação autoritária e antidemocrática não tem.

Portanto, a priori, observa-se que o discurso apresenta-se como democrático na roupagem, na medida em que afirma estar contido dentro da liberdade constitucional de expressão, todavia, subverte a compreensão da própria comunicação quando ataca as instituições democráticas que lhes asseguram a manifestação ao requerer intervenção militar, fazer apologia ao AI-5, exigir o fechamento do STF, e atacar a legitimidade da urna eletrônica para as eleições presidenciais de 2022, com a exigência do voto impresso e auditável.

Essa posição política entrechoca-se com o ordenamento jurídico democrático e esse descompasso precisa ser resolvido ou com a ordem democrática se convertendo em autarquia ou com a readequação dos movimentos políticos ao ordenamento democrático.

Essa teoria política, portanto, é refratária, avessa às diferenças. Pressupõe certa homogeneidade das pessoas, um conceito de povo e de nação, que não se adequam com a sociedade complexa e multicultural do Séc. XXI, nem mesmo com a evolução do Direito em direção ao pluralismo jurídico, que é uma realidade. Nesse sentido, a *forma inimigo*⁴ trabalha na lógica da identidade, mas não na lógica da diferença, conforme verificar-se-á no decorrer da presente pesquisa.

Ao revisitar a distinção schmittiana de maneira crítica, o presente trabalho tenta demonstrar que mesmo uma teoria antidemocrática, que não dá conta da multinormatividade e complexidade do mundo atual e que pressupõe a lógica da identidade pode ser atual para a descrição de vários aspectos que compõem o espaço político mundial de modo geral e o brasileiro em específico. Serve para alertar ao risco da criação de zonas de autarquia e da corrosão da forma de Direito democrático.

Por fim, em aportes finais, demonstrar-se-á que existe um caráter polêmico de todos os conceitos políticos (SCHMITT, 2020). Por mais que a teoria de Schmitt possa causar aversão não se pode negar que a partir dela muitas reflexões são possíveis, as quais permitem aumentar o entendimento e a compreensão a respeito do estado de coisas atual.

2 O CONCEITO DE POLÍTICO

Uma nota interessante do texto de Schmitt é a maneira como ele perpassa de maneira transversal dois temas fundamentais da teoria dos

⁴ Poderia ser usada a expressão invertida, inimigo-amigo, para destacar a partir de qual lado se iniciam as operações, seguindo o cálculo das formas de Spencer Brown, ou mesmo apenas usar a expressão a forma inimigo, subtendendo que haverá um valor reflexivo, evidente no contexto do presente texto, que é o outro lado, "amigo".

sistemas: a questão da diferenciação funcional e o assinalamento de um único código ao sistema funcionalmente diferenciado da política.

Com respeito à diferenciação funcional precisa ficar claro que, na fase pré-moderna, havia um amálgama da política e da moral religiosa no topo da pirâmide social, ou seja, uma estrutura política de dominação (diferenciada em superior e inferior) somada a uma semântica moral-religiosa (NEVES, 2009). As observações de Neves ressaltam que a Constituição é condição de possibilidade e de asseguramento da distinção entre as esferas política e jurídica. Quando há a vontade de predominância do sistema político sobre os demais sistemas, a exemplo do jurídico, arrisca-se a dizer que se está próximo da “morte da democracia”.

Aliás, sobre o conceito de morte de democracia oportunas são as contribuições de Levistky e Ziblatt (2018, p.11) no aclamado livro *Como as democracias morrem*, ao destacarem que “estamos atravessando desde 2013 um momento turbulento e que nos faz ter a sensação de que algo está fora da ordem em nossa democracia”. Eles sustentam também em sua pesquisa que “o processo de subversão das democracias muitas vezes começa com palavras”, isto é, nas palavras dos autores, “demagogos atacam seus críticos com termos ásperos e provocativos – como inimigos, subversivos e até mesmo terroristas” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 79), algo muito próximo com o discurso presidencial do dia 7 de setembro de 2021.

Entretanto, como ressaltado por Rocha (2009, p20), no contexto da diferenciação funcional:

Um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, operativamente fechado, para manter a sua unidade, e cognitivamente aberto, para poder

observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações, diferenciando-se das suas observações. A tomada de decisões produz tempo dentro da sociedade. Nesta perspectiva, não é o consenso que possui o sentido das decisões, mas a diferenciação.

Com isso se pode destacar que malgrado a política de um lado e o direito do outro sejam sistemas operativamente fechados, no sentido de que realizam suas operações internamente ao mesmo tempo em que delimitam suas fronteiras, eles são cognitivamente abertos ao que ocorre no seu ambiente, dentro do qual existem outros sistemas.

Rocha (2009, p. 23) prossegue explicando que:

As organizações são as estruturas burocráticas encarregadas de tomar decisões coletivas a partir da programação e do código dos sentidos. Os sistemas adquirem a sua identidade numa permanente diferenciação com o ambiente e com os outros sistemas, graças as decisões das organizações. O Poder Judiciário pode ser visto como uma organização voltada à consecução das decisões do sistema do direito. A produção do diferente em cada processo de tomada de decisões gera o tempo. Quando a diferenciação ocorre numa metaobservação do sistema, surgem paradoxos que constituem a efetiva matriz da história.

Relevante o papel das organizações, sobretudo as de envergadura política para a sociedade. Um embate entre as instituições, Poder Judiciário e Poder Executivo tende a forçar um desequilíbrio das forças, mediante a tentativa de se alcançar o primado de um sistema sobre o outro. Assume-se nesse trabalho que o primado sistêmico ameaça a própria diferenciação funcional, com possibilidade de retorno àquele amálgama referido anteriormente, onde as decisões são tomadas com bases alheias ao sistema em questão. Por exemplo, decidir politicamente

com base no sistema religioso, o que levaria de um Estado laico a um Estado confessional, ou decidir juridicamente mediante o código amigo-inimigo, o que corromperia o código do sistema jurídico.

Sugere-se que o modo como a política na sociedade mundial tem se comportado nos últimos anos, com um *backlash* contra o multiculturalismo e o *toxic turn*, pode ser descrito com acurácia a partir do modelo schmittiano.

Propõe-se, portanto, a leitura de Schmitt a partir de um referencial sistêmico, com ênfase na parte analítica da teoria dos sistemas, que é o cálculo das formas de Spencer Brown (1972). Segundo esse autor, quando um espaço é recortado (*severed*) ou separado (*taken apart*) nasce um mundo (BROWN, 1972, p. v). A distinção entre dois lados, uma vez realizada, permite que se faça a indicação de um dos lados (e não do outro lado). O mundo político que Schmitt cria parte da distinção amigo-inimigo, que compõe uma forma, composta de um valor indicado e de um valor reflexivo. Sustenta-se que o lado de onde parte a composição schmittiana é o lado “inimigo”, assumindo o outro lado, “amigo”, valor meramente reflexivo. É preciso buscar entender as implicações disso e como ele chegou até esse critério.

Na mesma esteira, esses conceitos de amigo-inimigo, ou “nós contra eles”, também podem ser identificados na obra de Thornhill (2021, p. 305):

Muito claramente, o populismo convida os membros individuais da sociedade a se unirem em torno de novas coletividades políticas, definidas, não por uma representação equilibrada, mas por seu compromisso com seu compartilhamento da ação soberana. O foco no exercício da soberania tem permitido, frequentemente, aos partidos populistas incitar determinados grupos sociais dos sistemas nacionais de inclusão, e a mobilizá-los de

maneira enfaticamente solidária, muitas vezes acentuando a oposição a outros grupos políticos. É por esta razão que o populismo frequentemente concebe “a vontade do povo” em termos nacionalistas em oposição aos grupos de minorias, e como um rechaço vingativo da proteção às minorias baseadas em direitos individuais. Conforme mencionado, a tendência nacionalista não é universal entre os populistas, e não há uma convergência necessária entre populismo e nacionalismo. Em alguns casos, governos que podem ser caracterizados como populistas são apoiados por comunidades de minorias, e projetaram uma concepção de povo soberano que abrange grupos étnicos múltiplos. Um exemplo importante disso é encontrado na história recente da Bolívia, com Evo Morales. Na maioria dos casos, porém, o apoio populista é sustentado pela capacidade dos partidos políticos de projetar identidades nacionais ligados a sentimentos antiminorias. Isto fica claro na retórica discriminatória usada contra migrantes e minorias no Brasil, nos EUA, na Polônia, no Reino Unido e na Hungria.

Com base nesse autor afirma-se que o caso das mobilizações de 7 de setembro de 2021 apresentam os traços característicos de governos populistas onde os ataques às instituições democráticas e a necessidade de combater inimigos, muitas vezes invisíveis, legitimam um embate para assegurar a unidade da “nação”, que surge como conceito para forçar a hegemonia dos grupos de situação, da suposta maioria, sobre demais grupos minoritários, mediante a política “nós versus eles”.

De outra parte, no âmbito de sua teoria dos sistemas, Luhmann também buscou encontrar um código binário para o poder, meio de comunicação simbolicamente generalizado do sistema político da sociedade. Ele buscou avançar a teoria de Parsons com respeito aos meios de comunicação, especialmente o Poder, ao ligá-la com o conceito

de diferenciação social (LUHMANN, 2017, p. 120)⁵. Nesse passo a distinção ensaiada para a codificação do sistema político foi progressista/conservador. Mais tarde, em trabalhos posteriores já se encontra a formulação governo/oposição (LUHMANN, 1989).

Quando critica o equívoco de equiparar o político ao estatal, em busca de um critério de definição do político (SCHMITT, 2020, p. 46), o autor é categórico em dizer que não existem assuntos neutrais, ou seja, apenas sociais ou apenas estatais. Nada é neutro no sentido de não ser político ou não ser estatal. Com isso se consegue eliminar a referência ao Estado como possível critério. Não é o fato de uma questão ser estatal ou deixar de sê-lo que fará dela uma questão política, e nisso assiste razão ao autor. Ao mesmo tempo a referência que ele tem aos demais sistemas sociais (SCHMITT, 2020, p. 47), religioso como contraposto ao político, cultural, econômico, jurídico, científico como contraposto ao político dão sinais de que uma das bases de onde parte sua teoria é a diferenciação funcional da sociedade moderna.

Isso fica ainda mais claro, quando Schmitt afirma que (2020, p. 49-50):

Daí que o político se tenha de encontrar em diferenciações últimas que lhe são próprias, às quais se pode reconduzir todo o agir político em sentido específico. Assumamos que, no âmbito do moral, as diferenciações últimas são bom e mau; no estético, belo e feio; no econômico, útil e nocivo, ou, por exemplo rentável e não rentável

⁵ No prefácio da reedição inglesa do livro, Michael King esclarece que “publicado em 1975, o texto alemão sobre Macht (Poder) representa a culminação de enormes esforços. O livro pode ser visto como a primeira aplicação da recentemente desenvolvida, ou em desenvolvimento, teoria dos meios de comunicação simbolicamente generalizados”. Ele destaca também que nesse momento Luhmann ainda não havia iniciado a fase autopoietica. Tradução nossa. Cf. (LUHMANN, 2017, p. XIV).

Essa percepção, que é crucial para a teoria dos sistemas elaborada por Luhmann, de assinalar a cada sistema social um código binário, permite fazer uma leitura de Schmitt, que a adapte aos elementos da teoria dos sistemas autopoieticos, ao mesmo tempo em que confere ao texto uma nota de atualidade. Schmitt consegue ser preciso em estabelecer logo de início o procedimento que vai utilizar para encontrar “o” critério de distinção do político, como ele mesmo diz, “uma diferenciação particular, [...] independente [...] autônoma e, enquanto tal, elucidativa sem mais enquanto critério simples do político” (SCHMITT, 2020, p. 50). O resultado é a famosa distinção amigo-inimigo, que é complementada com o seguinte esclarecimento, fundamental para o desenvolvimento do item subsequente (SCHMITT, 2020, p. 51 e 52):

O inimigo político não precisa de ser moralmente mau, não precisa de ser esteticamente feio; não tem de surgir como concorrente econômico e até talvez possa parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o estrangeiro, e é suficiente, para a sua essência, que ele seja existencialmente, num sentido particularmente intensivo, algo outro e estrangeiro [...].

Com essa explicação o autor busca destacar como o critério do político difere e é independente dos critérios das demais esferas diferenciadas da sociedade. Mas ao mesmo tempo ele produz algo significativo e que aparece explícito no texto: a exclusão do outro, a exclusão do estrangeiro⁶.

⁶ Que será trabalhada no item seguinte.

Koselleck (2020, p. 312 e ss.) ao tratar dos conceitos (e contraconceitos) de inimigo alerta que todas as esferas da vida dos seres humanos conhecem um aqui e um ali, um lado de cá e de lá, mas que certo limiar é ultrapassado quando se conceitua o outro, o estrangeiro, como inimigo. Nesse caso se abre uma trilha sangrenta. Ele destaca três limiares do conceito de inimigo: iniciando-se com o bárbaro, passando pelo pagão e herege até atingir o inumano, que pode e merece ser eliminado. Dentro dessa visão, o sistema político fica em choque com o sistema jurídico e se consegue assumir a primazia o resultado é a vulneração dos direitos fundamentais.

Ao Estado cabe o *jus belli*, ou seja, determinar o inimigo em virtude de uma decisão própria e combatê-lo (SCHMITT, 2020, p.83). Decerto que se o inimigo ultrapassa o limiar que o faz inumano, o recurso à violência física, no limite a própria guerra, se faz justificável para buscar a sua eliminação.

Essa referência ao Estado não afasta que, em qualquer âmbito, se o critério utilizado for amigo-inimigo, a decisão é política, seja numa organização, seja numa Igreja. Chama atenção o fato de Carl Schmitt dizer que os conceitos de amigo e inimigo não devem ser tomados meramente como metáforas, mas no sentido existencial, e nesse sentido o inimigo não é apenas o concorrente (na esfera econômica) ou o opositor (na esfera ética, das discussões) (SCHMITT, 2020, p. 54). A forma amigo-inimigo é uma forma criada a partir do lado inimigo⁷. Como toda operação dessa lógica, o cruzamento para o lado oposto, para o lado amigo, consome tempo e vem a partir da homogeneização, ou

⁷ Ver Brown (1972).

seja, da integração aos valores, ritos e costumes que conformam a unidade de um povo.

Pode-se assim perguntar se o discurso político atual poderia realmente se enquadrar dentro da teoria schmittiana, isto é, se quando o Brasil repercute o discurso americano anti-chinês, por exemplo, se ele estaria realmente acreditando na necessidade de combater a China, como quando entram questões econômicas a respeito do 5G ou a respeito da cooperação para criação de uma vacina. A pergunta é pertinente pois é duvidoso que o governo brasileiro pense em um conflito real, em uma guerra contra a China.

Um exemplo real, no sentido existencial, é dado pela história brasileira do período da ditadura militar, de definição no âmbito interno de um inimigo. Os desaparecidos políticos dessa época indicam que a declaração de inimizade implicava a eliminação desse outro, desse estranho. Trata-se de um momento histórico sujeito a muitas tentativas de reescrita. Como na distopia de Orwell, onde o Ministério da Verdade cuidava de reescrever constantemente a história, há polêmicas recentes, como a ocorrida entre o Presidente da República e o Presidente da OAB a respeito da morte do pai desse último durante o regime militar. As comissões da verdade, a Lei da Anistia e as polêmicas recentes remetem a um tempo onde o discurso do inimigo e as ações para combate dos subversivos se uniam. Hoje, parece haver apenas o discurso e é preciso atenção para que o discurso não se convole em ação.

Esse é o quadro que combina a teoria schmittiana com a teoria dos sistemas no âmbito do sistema político. É preciso atentar para quais implicações isso pode ter para o sistema jurídico e para as cidadãs e os cidadãos.

3 ORDENS AUTÁRQUICAS E ORDENS DEMOCRÁTICAS

Um enquadramento do momento atual pode ser buscado nas linhas iniciais de Berman (2018) que destacam:

We are living in dark, dark times. In Europe and the United States, the institutions of interlocking governance and democratic coexistence that have been carefully nurtured since 1945 are under attack. Nationalism, tribalism, xenophobia, and racism are fueling right-wing populist revolts against this legal order despite the fact that the period since 1945 has seen rises in health, longevity, prosperity, and peace that are perhaps unparalleled in human history.

Nacionalismo, tribalismo, xenofobia e racismo alimentam os ataques à ordem jurídica. A versão brasileira dessa onda vem com exaltação das cores nacionais e o abuso da palavra patriota. No Brasil a ordem jurídica foi colocada sob suspeita de contribuir para a decadência da nação causando uma polarização de dois lados irrazoáveis. E assim, o discurso do inimigo, daquele que deve ser combatido, eliminado, metralhado, assume o primeiro plano.

O mundo ajustado na ótica amigo-inimigo remete ao sonho de pureza, do desejo de ordem de que fala Bauman (1997, local. 171) onde cada coisa deve ocupar o seu lugar. Em dado momento o autor reflete que:

There are, however, things for which the 'right place' has not been reserved in any fragment of man-made order. They are 'out of place' everywhere; that is, in all places for which the model of purity has been designed. The world of the purity- seekers is simply too small to accommodate them. It won't be enough to move them to another place; one needs to get rid of

them once and for all – to burn them out, poison them, shatter them in pieces, put them to the sword.

O exemplo trágico de algo sem lugar possível é o povo judeu no mundo nazista. Nesse mundo apequenado por um ideal de ordem, a criação do ordenamento procura o desfazimento do diferente, daquele que em certo momento era marcado para a aniquilação (BAUMAN, 1997, local. 705) mas que em dado momento pareceu conquistar o direito de permanecer.

A tese de Neumann, do Direito como uma faca de dois gumes (NEUMANN, 2013, p. 40), é uma chave para a compreensão das disputas pelos direitos. Permite entender que a mudança e a transformação do Direito não necessitam sempre vir através de reformas, da proposta de mudança ou ruptura radical com o sistema (RODRIGUEZ, 2019, p. 72), não é necessário e nem viável desprezar as instituições, inclusive para modificar o sistema.

Um uso abusivo dessa tática está em curso. A política tributária da fórmula amigo-inimigo usa do sistema constitucional para subvertê-lo. Demonstrações não faltam, como o paradoxo de atacar a imprensa livre e alegar o direito de liberdade de expressão; ou defender o AI-5 e ao mesmo tempo reclamar direitos constitucionais.

Ao final, o Direito democrático acaba sendo utilizado para a composição de um direito autoritário, essa é a pretensão. “O sonho do poder autárquico é suprimir a sociedade ou qualquer outro entrave que impeça seu livre exercício” (RODRIGUEZ, 2019, p.75). E a constituição no sentido do constitucionalismo⁸, como acoplamento entre os sistemas

⁸ Ver (NEVES, 2009), sobre a noção moderna de constituição e a respeito da construção de pontes de transição entre a racionalidade própria da política (democracia) e a do direito (o princípio da igualdade).

diferenciados da política e do direito corre o risco de desaparecer se ocorrer a desdiferenciação do sistema jurídico subjugado pelo político.

A política baseada na distinção amigo-inimigo tem subjacente um poder que se pretende autárquico, no sentido de estar imune ao direito, de fugir do direito como define Rodriguez, e que se possível buscará se legitimar através da reserva de espaços de autarquia. Afinal, demandas de grupos diferentes geram instabilidade ao *status quo*, e o poder autárquico luta contra isso.

O inimigo, o diferente, o outro ou o estrangeiro, precisam ser integrados para o franqueamento à cidadania e aos direitos. A integração é uma violência, uma tentativa de supressão da diferença. Rodriguez (2019), Baseado em Young, aponta que a política moderna é dominada pela “lógica da identidade”, uma identidade baseada ao final no homem branco europeu (MEISSNER; HEIL, 2020), que provoca muitas exclusões.

Houve um momento, lembra Habermas (2002, p. 134), em que a unidade de um povo mais ou menos homogêneo comportava a acomodação cultural da cidadania jurídica bem definida, mas nas sociedades pluralistas atuais cada vez mais se está afastado de um modelo de Estado nacional com população homogênea. “Não há qualquer alternativa a isso, a não ser que se pague o preço normativamente insuportável de purificações étnicas” (HABERMAS, 2002, p. 134). O desafio é encontrar uma alternativa que permita suportar a diferença, sem que seja preciso etiquetar o outro como algo sem lugar no mundo.

A integração é uma solução enganosa na opinião de Heil e Meissner (2020) e em seu lugar propõe-se o conceito de desintegração amistosa,

que significa engajamento na diferença. Para os autores, enquanto a integração reproduz a assimetria de poder e impõe um fardo pesado aos imigrantes não brancos, a desintegração favorece a superdiversidade e aumenta a consciência das complicadas posições relativas nas sociedades multiculturais.

O conceito de Heil foi cunhado em vista da questão migratória, onde a retórica concernente à conter e restringir os migrantes tornou-se regular, onde o migrante é retratado como tendo de ser eliminado ou subjugado (MEISSNER; HEIL, 2020). Mas ele pode ser ampliado para abarcar além dos migrantes, os grupos vulneráveis, que têm sofrido com o backlash contra o multiculturalismo. Para abarcar todos aqueles que aparecem como “inimigos” no sentido schmittiano, e que devem por tal razão ser eliminados.

Essa questão tornou-se premente porque nunca o discurso do inimigo foi tão claro e contundente, no Brasil, como agora. Não existe nenhum pudor em aparecer na arena pública e fazer declarações, que soariam como criminosas até há pouco tempo. Schmitt, como explica Franco de Sá na apresentação de *O Conceito do Político* (SCHMITT, 2020), entende a política como um fenômeno essencialmente humano, baseado na possibilidade de conflito. A atualidade dessa teoria é sintoma de retrocesso das conquistas havidas desde o final da 2ª Guerra, momento em que a distinção da forma amigo-inimigo apareceu em toda sua crueza.

O código do sistema político pode ser encontrado a partir de diferentes distinções, como a democrática distinção governo-oposição, poder/ não poder, progressista/conservador e a autoritária amigo-inimigo. Fora da distinção política governo-oposição a tendência é o

autoritarismo. A forma amigo-inimigo tornou-se a fórmula corrente das posições radicais no Brasil.

Portanto, a política entra em colisão com a ordem brasileira constitucional-democrática. A relação da Política e Direito envolvidos em tensão levanta a pergunta de como a tensão irá se resolver, se com a reação da ordem normativa sobre a política, contendo os arroubos autoritários, ou com a expansão de espaços autárquicos que arriscam ultrapassar o espectro democrático. Os dois movimentos são possíveis, de modo que o pluralismo jurídico, consequência da diversidade pode perder espaço, e assim, não resta aos que são diferentes, senão a integração, ou assumir o risco de serem capitulados como inimigos, não existe opção de engajamento na diferença, para a desintegração amistosa dentro do conceito político de Schmitt.

CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs uma leitura sistêmico-autopoiética de O Conceito do Político de Carl Schmitt, buscando conectar as consequências dessa visão política para o Estado de Direito Democrático. Argumenta-se que um conceito baseado no código amigo-inimigo tem como correlato jurídico um direito antidemocrático. Assim, a formação de zonas de autarquia, no sentido de Rodriguez, torna-se inevitável, caso persista o descompasso no tempo entre um sistema político autoritário e um direito democrático.

Schmitt trabalha a composição do conceito de maneira rigorosa. A resultante schmittiana do político, contudo, é autoritária. A distinção amigo-inimigo evoluiu, desde meados do século passado pelo menos, para distinção governo-oposição. Mas a situação da política nas duas

últimas décadas revelou que essa visão de mundo construída nunca foi totalmente erradicada. Além de conseguir persistir ela se expandiu para além de grupos radicais, e agora ela ocupa espaços centrais de poder institucionalizado. Pode-se querer acreditar que esse discurso do inimigo é mera forma de expressão. Não obstante é bom lembrar que o inimigo deve ser combatido não apenas figurativamente, mas existencialmente.

Nesse viés, conclui-se que manifestações, como as do dia 7 de setembro, embora pacíficas na execução, contém em seu discurso e em suas reivindicações, traços totalitários e antidemocráticos, na medida em que fazem apologia ao período ditatorial, pedem o *impeachment* de Ministros da Suprema Corte brasileira, recrudescem o discurso da intervenção militar e carregam o anseio de que o presidente rompa com o diálogo democrático entre as instituições e passe a não mais respeitar as decisões do STF, tal como constata-se do próprio discurso do Presidente Jair Bolsonaro no dia do evento.

No mesmo sentido, embasado em Levitsky e Ziblatt, os discursos podem ser vistos de uma maneira subversiva pois não contêm traços de comunicação democrática. Eles tentam desgarnecer as instituições, deslegitimar o Direito na ameaça ao descumprimento das decisões jurídicas, e fazer predominar a lógica da política do amigo-inimigo, tal como demonstrado na teoria de Carl Schmitt.

Portanto, comunica-se uma pretensão por meio de uma roupagem democrática, que prega a liberdade de expressão, e o cumprimento da constituição e do dever de ordem, mas o que se transmite e se pode compreender resulta no oposto, o fim da liberdade de expressão e a destruição da ordem constitucional, resultando num fechamento

operativo comunicacional do sistema da política para com os demais sistemas, com a criação de uma zona de autarquia onde a política tenta adquirir o primado sobre os demais sistemas, em especial, sobre o sistema jurídico.

Deve-se sempre ressaltar que a liberdade de expressão, como qualquer outro direito, não possui um caráter absoluto, tal como diversas vezes manifestado pela Suprema Corte brasileira nos casos em que o tema foi invocado para legitimar o direito de expressão do cidadão que atenta contra o Estado Democrático de Direito.

Foi visto também, que sem espaço no mundo político para a pluralidade e dada a relação estável existente entre o Direito e a Política, a tendência de abertura do Direito para a diferença e o pluralismo começa a ruir. Berman destacou o retorno da xenofobia no contexto americano e europeu, a ordem jurídica configura-se espaço de autarquia. Foi visto que, no limite, tratar o outro como inimigo cria uma situação cujo preço é demasiado alto. De mais a mais, e isso está presente em Bauman, não se deve acreditar que inexiste lugar próprio para a existência do diferente, pois isso bastaria para que se perseguisse a sua aniquilação.

Em síntese, o que se propõe é o contraste seguinte. A teoria dos sistemas assinala ao sistema político o código binário governo-oposição, o qual opera na modernidade no contexto dos Estados Democráticos de Direito. O conceito de Carl Schmitt, da forma inimigo, faz a democracia operar nos seus limites, na zona cinzenta entre democracia e autarquia, mas o seu campo próprio é fora do espectro democrático. Em outras palavras, a forma inimigo quando trazida para dentro da democracia por meio do discurso antidemocrático desloca

perigosamente o Estado de Direito para a fronteira do Estado Totalitário, com o enfraquecimento das instituições e com o aumento da tensão entre o “nós”, ou seja, a nação, e os “outros”, ou seja, todos aqueles que não pactuam com o programa político pregado e praticado pelo governo.

Talvez seja possível levantar a hipótese, a ser analisada e verificada em outro contexto, de que o código da política não é fixo. Neste estudo viu-se duas possibilidades que parecem se alternar. Em contextos bélicos ou quando o Estado começa a dar demonstrações de autoritarismo, a operação do sistema político se baseia na forma amigo-inimigo. Em contextos democráticos o código governo-oposição é que opera.

Embora seja uma teoria inadequada para a ordem jurídica democrática e para o pluralismo jurídico, e seja uma teorização de uma realidade indesejável, a teoria de Schmitt possui valor reflexivo fundamental para a descrição da *onda nebulosa e indeterminada* que envolveu grande parte dos Estados e dos discursos políticos mais recentes no País.

Prestar atenção na sua análise política e nas consequências que lhe são inerentes tem potencial para fazer com que não se ignore os riscos e perigos, nem que se tenham como certas as conquistas evolutivas do Direito.

A despeito desta questão, observa-se que a produção de dissenso é uma realidade da sociedade diferenciada funcionalmente e os *movimentos de observação* serão aqueles que apontam problemas e sugerem soluções. Não é possível prever o que vai acontecer no futuro, mas podemos afiar nossas ferramentas analíticas para estudar esses

eventos quando de fato ocorrerem, pois, as comunicações estratégicas entre movimentos sociais, processos judiciais, mídia, governos e seus alvos não parecem ter seus dias findados no Brasil, pelo menos em curto prazo.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Postmodernity and its Discontents**. Cambrigde: Polity Press, 1997.
- BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism as a Normative Project. **UC Irvine L. Review SSRN Electronic Journal**, [s. l.], v. 149, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3288690>.
- BRAGA, David Denner de Lima. MAIA, Selmar José. O conceito de político em Schmitt como uma forma de dois lados: a lógica da identidade e a exclusão do outro por meio da comunicação subversiva. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 01-17, Encontro Virtual, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/8108/pdf>. Acesso em: 16 maio 2022.
- BROWN, George Spencer. **Laws of form**. New York: The Julian Press, Inc, 1972.
- HABERMAS, Jurgen. **A inclusao do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- KOSELLECK, Reinhart. Tradutor Markus Hediger. **Histórias de Conceitos: Estudos sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social**. Rio de Janeiro: CONTRAPONTO, 2020.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LUHMANN, NIKLAS; TRANSLATED BY HOWARD DAVIES, John Raffan and Kathryn Rooney. **Trust and power**. 2nd. ed. Cambrigde: Polity Press, 2017.
- LUHMANN, Niklas; Translated by John Bednarz Jr. **Ecological Communication**. Chicago; Cambridge: Polity Press; The University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, Niklas. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Brunhilde Erker. Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. **El Derecho de la Sociedad**. México DC: Universidad Iberoamericana e Herder Editorial, 2005.

MEISSNER, Fran; HEIL, Tilmann. Deromanticising integration: On the importance of convivial disintegration. **Migration Studies**, [s. l.], v. 0, n. 0, p. 1–19, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/migration/mnz056>.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia normativista ao construtivismo sistêmico II. In: **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. **A verdade sobre a autopoiese do Direito**/ Leonel Severo Rocha, Michael King, Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das Lutas**. 1ª ed. São Paulo: Liber Ars, 2019.

SCHMITT, Carl. Tradução de Alexandre Franco de Sá. **O Conceito do político**. 1ª ed. Lisboa: Edições 70, 2020.

THORNHILL, Chris. **Crise democrática e direito constitucional global**. Tradução de Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente, 2021.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org

contato@editorafi.org