

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS  
(ORGANIZADOR)

# ESTADO & CONSTITUIÇÃO

O “FIM” DO ESTADO DE DIREITO





Copyright© 2018 by Jose Luis Bolzan de Morais

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

#### CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

##### EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

##### JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

##### LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

##### OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

##### TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

#### CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

E82

Estado & constituição [recurso eletrônico] : o "fim" do estado de direito / organização Jose Luis Bolzan de Morais. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Tirant Lo Blanch, 2018.  
recurso digital : 3 MB

Formato: epdf  
Requisitos do sistema: adobe acrobat reader  
Modo de acesso: world wide web  
Inclui bibliografia e índice  
ISBN 978-85-9477-208-4 (recurso eletrônico)

1. Direito constitucional. 2. Estado democrático. 3. Livros eletrônicos. I. Morais, Jose Luis Bolzan de.

18-51576

CDU: 342.4(81)

Vanessa Mafra Xavier Salgado - Bibliotecária - CRB-7/6644

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Jose Luis Bolzan de Morais  
(Organizador)

# ESTADO & CONSTITUIÇÃO

## O "FIM" DO ESTADO DE DIREITO

XIª REUNIÃO DA REDE DE PESQUISA  
ESTADO & CONSTITUIÇÃO  
(UNICHRISTUS - PPGD - 28 A 30/9/2017)



## SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b> .....	7
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes	
<b>O FIM DA <i>GEOGRAFIA INSTITUCIONAL</i> DO ESTADO. A “CRISE” DO ESTADO DE DIREITO!</b> .....	17
Jose Luis Bolzan de Moraes	
<b>O <i>ESTADO</i> DO DIREITO NO ESTADO DE DIREITO: POR UMA ECOLOGIA DE SUAS POSSIBILIDADES</b> .....	39
Wálber Araujo Carneiro	
<b>DIREITO E POLÍTICA ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS, INDICADORES E STANDARDS: FIM DO ESTADO DE DIREITO?</b> .....	75
Nelson Camatta Moreira Rodrigo Francisco de Paula	
<b>O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA <i>DATAVEILLANCE</i> NA UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	85
Elias Jacob Neto	
<b>O FIM DO ESTADO-JURISDIÇÃO: UMA ANÁLISE DA TRANSPOSIÇÃO DOS CÂMBIOS GERENCIAIS À ATIVIDADE JURISDICIONAL</b> .....	105
Marcelo Oliveira de Moura Daiane Moura de Aguiar	
<b>ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA HISTÓRICA: A GUERRA COLONIAL PORTUGUESA</b> .....	117
Bruno Sena Martins	
<b>O CAPITALISMO COMO RELIGIÃO: UM DIÁLOGO ENTRE BENJAMIN E AGAMBEN</b> .....	139
Alfredo Copetti Neto José Ricardo Maciel Nerling Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth	
<b>LA CRISIS DE LEGITIMIDAD EN LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS. PARTIDOS POLÍTICOS, MOVIMIENTOS SOCIALES Y CIUDADANÍA RESPONSABLE</b> .....	157
Alfonso de Julios-Campuzano	

**“NOVO” CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COM  
“VELHOS” PROBLEMAS DO ESTADO DE DIREITO ..... 187**

Gustavo Oliveira Vieira

**DO DIREITO *SOFT* AO DIREITO *HARD* EM MATÉRIA  
DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS  
TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. .... 207**

Jânia Saldanha

## PREFÁCIO

Em setembro de 2017, estivemos reunidos – os membros permanentes e convidados da Rede de Pesquisa Estado & Constituição (REPE&C) – em Fortaleza, recepcionados pela coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICHRISTUS, para a XIª Reunião da REPE&C, que teve por tema de debate “O *fim* do Estado de Direito”.

Nesta oportunidade reunimos os colegas das universidades e grupos de pesquisa brasileiros, italianos, espanhóis e portugueses, tendo a oportunidade, com o apoio imprescindível da CAPES, no apoio a eventos, e do CNPQ, no apoio de participantes como pesquisadores em produtividade (PQs), em três dias de intensos trabalhos, ouvir e debater propostas de leitura do tema central derivadas de olhares, saberes e culturas distintas.

Estiveram, na reunião, os professores Alfonso de Julios-Campuzano (Universidad de Sevilla/Es), Alfredo Copetti Neto (UNOESTE/BR), Bruno Sena Martins (CES-UC/PT), Carlos Marden Cabral Coutinho (UNICHRISTUS/BR), Daiane Moura de Aguiar (ENT/BR), Flaviane de Magalhães Barros (PUCMG e UFOP/BR), Filomeno Morais (UNIFOR/BR), Jose Luis Bolzan de Morais (FDV, ESDHC, UIT/BR), Jose Adercio Leite Sampaio (PUCMG e ESDHC/BR), Jania Maria Lopes Saldanha (UFSM/BR), Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS/BR), Marcelo Labanca (UNICAP/BR), Martonio Montalverne Barreto Lima (UNIFOR/BR), Nelson Camatta Moreira (FDV/BR), Roberto Miccú (UNIROMA I – La Sapienza/IT) e Walber Araújo Carneiro (UFBA/BR).

O grupo reunido em torno às preocupações quanto às circunstâncias que envolvem a experiência do Estado de Direito contemporaneamente promoveu um escrutínio amplo em torno às condições e possibilidades que cercam e constituem esta fórmula jurídico-política, o que pode ser, parcialmente, observado com a leitura dos trabalhos que formam esta obra coletiva. Nela podemos perceber algumas das preocupações postas em discussão

naquele momento e que sofreram o embate travado nas sessões de discussão que caracterizam as reuniões desta Rede de Pesquisa (REPE&C).

Para se ter uma ideia geral acerca do que foi discutido, retomo aqui os relatórios das sessões, publicados na coluna Sconfinato, no sítio do Empório do Direito ([www.emporiiododireito.com.br](http://www.emporiiododireito.com.br)), ainda em 2017.

Iniciando pelo relato da Profa. Flaviane de Magalhães Barros, relativo à primeira sessão, como segue

Nos dias 28, 29 e 30 de outubro de 2017 foi realizada a XIª Reunião da Rede de Pesquisa Estado & Constituição – REPE&C, nas dependências do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICHRISTUS, em Fortaleza/CE/Brasil e sob os auspícios financeiros da CAPES e do CNPQ, com a presença de membros do Brasil, Portugal, Itália e Espanha, para discutir o tema geral: “Fim do Estado de Direito (?)”.

Como forma de compartilhar com os leitores da coluna Sconfinato buscou-se organizar uma relatoria para cada uma das sessões da reunião.

Coube a mim a relatoria da primeira sessão em que interviam Jose Luis Bolzan de Moraes, Walber Araújo Carneiro e Alfonso de Julios-Campuzano.

Quando se discute o fim do Estado de Direito pode-se pensar muitas coisas e diversos pontos podem ser levantados desde uma perspectiva política, sociológica, econômica, filosófica e, no caso, principalmente jurídica. Na reunião da Rede vários aspectos como esses foram discutidos.

Partindo da proposta desenvolvida por Bolzan de Moraes que retoma o conceito waratiano de “senso comum teórico dos juristas” buscou-se reforçar essa noção já que a própria pergunta sobre o fim ou mesmo a existência do Estado de Direito para muitos juristas parece um verdadeiro absurdo ou uma irresponsabilidade em tempos tão difíceis como os atuais onde, em todos os Estados-Nação, o Estado de Direito e suas instituições estão sendo postos à prova. O que pretendeu Bolzan, com isso, foi chamar à atenção para que não fiquemos paralisados diante de uma noção mítica de Estado de Direito, até mesmo como estratégia de reforço do seu projeto inacabado.

Discutir sobre a existência do Estado de Direito é colocar em prova, certamente, a compreensão do conceito de Estado-Nação, em razão das novas territorialidades e das fraturas e fragilidades da compreensão da soberania, elementos base da referida proposta. A todo tempo eles estão sendo colocados em cheque na atualidade o que permite que se questione a perenidade do Estado de Direito, diante do esboroamento de tais pressupostos da própria forma estatal moderna, o Estado.

Ou, ainda, se mergulharmos fundo na questão, como proposto na discussão de abertura da Reunião da Rede de Pesquisa Estado & Constituição, é possível discutir se o Estado de Direito verdadeiramente existiu, especialmente, quando

a análise é feita a partir dos direitos sociais confrontados com dados divulgados por diversas fontes, desde organismos internacionais até ONGs.

Buscando alinhar um diálogo entre as três intervenções apresentadas na manhã de quinta-feira (28 de outubro de 2017), na Reunião de Fortaleza, podemos perceber que a implicações da discussão sobre Estado de Direito permitem várias miradas, seja no âmbito econômico, seja a partir dos impactos das novas tecnologias, seja por um viés político ou ainda por problemas considerados a partir da própria ciência do direito, relacionados aos direitos fundamentais. Essas perspectivas foram analisadas e debatidas por Bolzan de Moraes, Carneiro e Julios-Campuzano.

Desse debate tomei um ponto que considero importante destacar que é a vinculação que o Estado de Direito tem como a Democracia. Democracia essa que exigiria um compromisso do Estado Democrático de Direito com a redução das desigualdades sociais e concretização de direitos fundamentais sociais. Para que se alcance tais propósitos seria importante que o Direito e algumas das instituições do Estado Democrático de Direito assumissem verdadeiramente o seu papel contramajoritário, que permitisse garantir direitos fundamentais de minorias atacados por uma maioria que é contingente, porque é fluida, e muda conforme a atuação dos sujeitos políticos, dependendo de determinadas pautas. Ela exige também que se discuta o próprio papel dos políticos e como os partidos políticos se organizam e se apresentam.

Tomando essa três análises, apropriadas das intervenções da sessão matutina da reunião, creio que é possível vislumbrar que a noção de Estado Democrático de Direito não se representa por uma perspectiva de formação de consenso mas pelo contrário. Explica-se, o Estado Democrático de Direito para ser compreendido ante as contingências atuais e ante o seu continente estrutural somente pode ser analisado a partir dos dissensos e da capacidade de se constituir e se manter, mesmo com fraturas ou retrocessos.

Logo, não estaria em crise mas se constituiria pela crise, já que sempre haverá desigualdades, posto que inerentes ao capitalismo – pelo menos enquanto este modelo econômico subsistir -, haverá sempre forças políticas de se desigualam ou movimentos sociais que buscam pautas dissonantes, bem como a própria discussão da busca de direitos fundamentais pode se constituir a partir de discordâncias geradas entre maiorias e minorias fluidas.

Pode parecer singela a diferença, mas pensar o dissenso, ao invés do consenso, como a base da questão democrática, pode permitir que o debate sobre as desigualdades ou mesmo sobre a ausência ou redução de direitos ou garantias fique mais claro.

Se a contradição é fundante do próprio Estado de Direito, pautas como pleno emprego ou igualdade de direitos se apresentam como uma falácia ou utopia dentro do discurso político, jurídico ou filosófico. A desigualdade entre os sujeitos, a noção de que ao incluir alguma nova pauta ou novo direito se exclui alguém que discorda ou tem outras reivindicações é formadora desse dissenso.

Ao se fazer uma análise da questão, desde o meu lugar de fala (professora de processo penal) e pela minha própria formação teórica e profissional, me parece que uma pergunta ainda permaneceria:

Se não há igualdade nos direitos e nas possibilidades de sua concretização, se sempre haverá sujeitos à margem, haveria como reconhecer ao menos um conjunto de garantias e direitos fundamentais mínimos para esses sujeitos que ficaram à margem?

Me explico. Se não é possível concretizar os direitos sociais para todos, pelo menos haveria um padrão mínimo de garantias que não poderia ser ultrapassado, mesmo reconhecendo que o dissenso é fundante. Ou, quando se atinge garantias mínimas, dentre elas exemplifico com a garantia de não tortura, a presunção de inocência, a proibição de discursos de ódio, ou políticas de extermínio, aí estaríamos no âmbito dos à margem, reconhecidos e aceitos no Estado de Direito ou, nesse caso, ultrapassaríamos as fronteiras do Estado de Direito e chegaríamos no Estado de Polícia?

Ainda, nessa toada, a fratura atual no sistema de garantias do Estado de Direito não é uma abertura ao Estado de Polícia, que sempre existiu e sempre existirá para aqueles que estão à margem...

E, por aí, o debate continuou...

Na sequência, o Prof. Walber Carneiro relatou a segunda sessão:

“O aspecto exterior pode ser o menos importante: o mundo ainda é enganado por ornamentos. Na Lei, qual causa ruim e corrupta, em que o tempero de uma voz graciosa não obscureça a prova do mal? Na Religião, qual o erro danado que algum sobrolho sóbrio não abençoe e aprove com uma citação, escondendo a rudeza com belos ornatos? Não há vício mais simples que não assuma alguma marca de virtude na sua forma exterior. Quando cobardes, de coração tão falso como escadas de areias, não usam no queixo as barbas de Hércules e do feroz Marte? Se vistos por dentro, tem o fígado de leite, e apenas assumem o excremento do valor para se tornarem destemidos!”<sup>1</sup>. Assim indagava Bassânio quando, diante de um enigma, precisava escolher entre as caixas de chumbo, ouro e prata aquela que abrigava a “chave” para o amor de Pórcia. Teria sido o Estado de Direito apenas uma aparência? A *Constituição*, o *Império da Lei*, a *divisão de poderes* e os *direitos fundamentais*, destacados por Marcelo Labanca, seriam apenas caixas enigmáticas que, se “vistas por dentro”, revelariam sua causa “ruim e corrupta”? O enigma da escolha, que busca no feio, o belo; na simplicidade, a riqueza; sugerem o paradoxo que reivindica na insegurança da política a segurança do direito, conforme apontou Roberto Miccu? Diante do enigma, devemos enfrentar os *deficits* do Estado de Direito a partir do pessimismo realista de Alfredo Copetti Neto? Ou, nas sendas cosmopolitas de Jânia Saldanha, apostar nas

reservas de um racionalismo otimista? “*To be or not to be, that is the question*”.

O Estado de Direito é um enigma que comporta muitas apostas. Entre a lei deliberada pela política democrática e os direitos fundamentais de uma Constituição contramajoritária, a melhor escolha vem passando pelas mãos de diferentes Poderes. O Legislador e a aposta na segurança do chumbo; o Executivo e a aposta na capacidade refletora da prata. E, ultimamente, o Judiciário e a aposta na riqueza das vestes bordadas a ouro. Marcelo Labanca nos fala de uma “democracia da toga” e questiona as possibilidades hermenêuticas do Poder Judiciário diante da Constituição e de seus direitos fundamentais. Revela como a aposta na qualidade dourada das togas corrói os quatro pilares do Estado de Direito: desvirtua a Constituição quando a interpreta; corrói o império da lei quando ignora a vontade geral; invade poderes quando legisla, e viola direitos fundamentais quando se vale de recursos constitucionais para desvirtuar a própria Constituição. O ciclo vicioso de suas virtudes, que se omite quando deveria defender a democracia em processos como o do Impeachment, revelando sua face conservadora. A mesma que considerou os “negros como semoventes” e que conferiu legitimidade ao golpe civil-militar de 1964. Togas que reluzem como “arautos da moralidade” e que moralizam o discurso jurídico sob o disfarce de técnicas ponderativas ou sob a pretensa legitimidade de audiências que publicizam razões que deveriam circular pelo Legislativo. A “democracia da toga”, aponta Labanca, coloniza as possibilidades de um “constitucionalismo sub-nacional” e de afirmação de seus direitos fundamentais, pois “federaliza” o discurso jurídico.

A “federalização” promovida pelo Judiciário converge para aquilo que Roberto Miccu chamou de “federalismo horizontal”, característica da metamorfose pela qual o Estado de Direito tem passado. O Estado de Direito seria uma realidade paradoxal, algo próximo daquilo que Rudolf Wiethölter chamou de “fórmula mágica”. Inseto na tensão paradoxal entre política e direito, a divisão de poderes que Labanca aponta como uma de suas “caixas”, a rigor, nunca teria existido. Para além das formas heterárquicas do federalismo horizontal, esse déficit na definição dos poderes se revela sob novos “estados” do direito, a exemplo da *governance*, que significa essa ideia de que não há uma divisão definida entre os poderes. Um segundo paradoxo também atinge as caixas enigmáticas dessa fórmula mágica: o fenômeno constitucional se fragmenta e produz formas jurídicas similares que quebram a ideia de unidade clássica do Estado de Direito, a exemplo dos Tratados que “constituem” a União Europeia. Tratam de direitos fundamentais, de divisão de poderes e, tal qual o Estado “clássico” de Direito, revelam-se também em crise. Seria essa uma crise do “constitucionalismo” em todas as suas formas, inclusive nas mais recentes metamorfoses?

Essa crise seria, na opinião de Alfredo Copetti, uma crise onde o “direito” sucumbe a uma “racionalidade das escolhas econômicas”. Neste sentido, onde observarmos “imperativos jurídicos”, observaremos também a crise. Copetti nos lembra do alerta de Ferrajoli: “o Estado é muito pequeno para resolver coisas grandes, e muito grande para resolver coisas pequenas”. Para o seu direito há, portanto, um

1. SHAKESPEARE, Willian. O mercador de Veneza. Trad. Helena Barbas. Água Forte: Almada, 2002.

limite. Sua energia deve estar voltada para impedir que as “escolhas racionais” sobre o ganho represente uma aposta paralela em perdas auto-destrutivas. E isso só funcionará se a intervenção for capaz de retirar a “racionalidade” da escolha: “*fight fire with fire, fight power with power, fight money with money*”. Mas, e se as estratégias de disputa pelas “escolhas racionais” produzirem um direito autônomo? Esse direito, mesmo possuindo essa “causa ruim e corrupta”, poderia ser utilizado pelo Estado para enfrentar as “coisas gandes”? É nesse sentido que se apresenta o cosmopolitismo otimista de Jânia Saldanha.

À luz dos problemas que envolvem os danos causados pela barragem de Mariana – caso Samarco –, Jânia indaga sobre as possibilidades do Estado na prevenção e responsabilização por danos ambientais em um contexto no qual ele já não é o principal ator. Empresas transnacionais leiloam os custos de proteção e rifam o risco. Mineradoras violam direitos humanos diante de um Estado impotente e de cortes internacionais colonizadas por perspectivas reducionistas desses direitos. É perceptível a influência do global no local, seja na produção de leis que sucumbem aos interesses de empresas transnacionais, seja em políticas privatistas. Inclusive naquela onde as fundações de Mariana começariam a ruir: a privatização da Valle. Mas, se é “perto do perigo que está salvação”, o otimismo cosmopolita de Jânia aponta para experiências positivas no plano global. Na audiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, realizada no Chile, o Brasil foi chamado a atenção quanto à reparação dos danos causados a Mariana, bem como pela flexibilização dos licenciamentos. Se no plano nacional assistimos ao que ela denominou de “caricatura de um consenso”, isto é, um TAC que ignora importantes atores na fiscalização e controle ambiental. Uma “dupla projeção do local no global” que revela a irresponsabilidade da empresa local e lança desafios para um marco normativo global que deve se impor diante da falha do Estado. Se o lado diabólico das aparências engana, o simbólico pode ser reforçado. Endurecer a *soft Law* quando ela puder ser melhor e se colocar a serviço do Estado. Essas transversalidades normativas e as possibilidades de aprendizado e reforço recíproco parece ser um caminho. Afinal, *fight law with law!*

O esvaziamento do Estado de Direito, a desterritorialização e a privatização de ordens jurídicas prejudicam as estratégias clássicas de funcionamento emancipatório do direito. Alternativas de emancipação jurídica compensatórias costumam se preocupar com as possibilidades do Estado, mas talvez devessem prestar mais atenção às possibilidades do direito. Afinal, se o capitalismo financeiro global pode abrir mão do Estado, não poderá abrir mão do direito. “O duque não pode impedir o curso da Lei; por causa dos privilégios que os estrangeiros têm conosco em Veneza. Porque, se a negar, em muito prejudicará a justiça neste Estado, visto que o negócio e o lucro na cidade compreendem o de todas as nações”<sup>2</sup>.

Nas terceira e quarta sessões, os Profs. Alfredo Copetti Neto e Nelson Camatta Moreira, anotaram as discussões:

2. SHAKESPEARE, Willian. O mercador de Veneza. Trad. Helena Barbas. Água Forte: Almada, 2002

Na sequência das discussões sobre o tema central (“fim do Estado de Direito?”) da XIª Reunião da Rede de Pesquisa Estado & Constituição – REPE&C, já num terceiro turno das rodadas de apresentações e debates, os professores seguiram buscando enfrentar assuntos cruciais do panorama contemporâneo como a globalização, a normatividade jurídica e as crises multifacetadas do Direito e da Política brasileiros.

Neste sentido, apesar de, algumas vezes, dissonantes entre si, as abordagens dos professores serviram, dentre outras coisas, para chamar a atenção para os múltiplos aspectos que devem ser considerados no enfrentamento acerca do fim (no duplo sentido: término e finalidade) do Estado de Direito.

### O ESTADO DE DIREITO, A NORMA E O ORDENAMENTO JURÍDICOS

Como exemplo da afirmação acima, podemos mencionar a abordagem de *Juraci M. Lopes Filho*, que abriu os trabalhos da manhã do dia 29.09, enfatizando a questão das “crises e rupturas do “Direito”, seja por conta de questões *infraestruturais*, diante dos poderes selvagens que se destacam pela transcendência tecnológica da qual se vale a questão econômica, seja por um aspecto superficial, que não atinge, ou que fica aquém, das necessidades de normatização de sociedades complexas. O “fim” do direito, portanto, pode ser lido de modo ambíguo. A construção da proposta de Lopes Filho, porém, pauta-se pela reestruturação teórica e ideológica do direito, ou, num primeiro momento, pelo reconhecimento da sua falta. Segundo ele, a crise, própria da situação contemporânea do “Estado de Direito”, estabelece-se pela dificuldade de compreensão das “novas realidades”, como, por exemplo: dos “novos valores da moral política”. Assim, rediscutir a Teoria da Norma e a Teoria do Ordenamento por meio da *Teoria Analítica Americana* é seu ponto chave à proposta do debate. Não obstante, ressalta que a discussão da moral política, pela Analítica, não é, necessariamente, uma discussão constitucional. Sintetizando a proposta, o Professor da Unichristus, propõe a superação de Regras e Princípios a partir de um raciocínio processual que se estabelece como um mecanismo próprio (meio) de criação de regras, a fim de corresponder-se com uma teoria dos sistemas complexos.

### O ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Por outro lado, diferente da análise tradicional da teoria da norma e do ordenamento no Estado de Direito, *Martonio Mont'Alverne* aborda o problema do estado de exceção, desde a clássica distinção difundida na República de Weimar, e questiona se a exceção está dentro ou fora do direito. Segundo ele, a exceção está no patamar externo ao direito, não pertencendo à sua estrutura, somente vinculada à política, ou melhor ao conceito de político que dele se vale. Aponta como fator preponderante da crise a questão econômica, sobremodo do liberalismo econômico, que sempre esteve no comando do Estado, mesmo do Estado Nacional-Socialista. A discussão com Martonio se

profunda nessa área e muitos divergem sobre seu ponto de partida. *Alfredo Copetti*, por exemplo, afirma que a exceção pode até estar fora do Estado de Direito, mas enquadra-se internamente no formalismo estrutural do próprio direito. Complementando e ampliando o debate, *Nelson Camatta Moreira* faz uma abordagem sobre o conceito a partir da leitura de Agambem e Walter Benjamin e Derrida, mostrando que a exceção está dentro-fora do direito.

### ESTADO DE DIREITO E POLÍTICA

Ainda relacionando Estado de Direito e Política, *Filomeno Moraes* afirma que estamos diante, ainda, de um Estado de classes, agora qualificado. Para fundamentar seu argumento ele resgata a história do Estado Brasileiro e das Constituições. Enfatiza o processo de internacionalização do país, bem como aponta a Constituição de 1988 como a melhor de nossa história. Não obstante, ressalta que o Brasil tem um método oligárquico de fazer política. Segundo ele, vivemos em uma sociedade moderna com déficits extremos de republicanismo. Aponta para os partidos e suas lideranças como o olho do furacão de tal problema, bem como o assenhoreamento do Estado e da Sociedade ao sistema de justiça. Exemplifica a discussão com a proposta de “distritão”, em tramitação no congresso, cuja realidade somente se apresenta no Afeganistão. Fala, ainda, das possibilidades estabelecidas no texto constitucional para a atuação do Estado em momentos de instabilidade político-social, como: Estado de Defesa, Estado de Sítio, Intervenção Federal, cuja atuação necessita de uma *questão de fato*.

Estas foram, portanto, as sínteses de diferentes pontos de vista apresentadas no penúltimo turno de discussões sobre o tema de base. Que sigam os diálogos.

No quarto e último turno de uma acerca do debate sobre o fim do Estado de Direito, no âmbito das reuniões do XIª Reunião da Rede de Pesquisa CNPq Estado & Constituição, destacaram-se os debates sobre os aspectos ideológicos e políticos, com graves consequências sociais, na atuação do Estado de Direito.

### ESTADO DE DIREITO E ESTADO INFRADIREITO

Neste sentido, merece destaque o enfoque na busca de um (re)pensar do Estado de Direito, no qual *José Adercio Sampaio Leite* sugere o estabelecimento de uma “tópica” assentada numa tríade: teleologia da distorção; ideologia do Estado de Direito; metodologia constitucional. Essa perspectiva se problematiza sob uma diversidade de ordens jurídicas, aquilo que Sampaio Leite chamou de “Estado infradireito”, cujos exemplos podem ser elencados, por um lado, no processo penal, por conta de sua ineficácia de acesso à castas, mesmo nas suas atuais manifestações, que rompem, de modo peculiar e diverso os amálgamas do devido processo e, por outro lado, estabelecendo as peculiaridades da operação Lavajato, o Professor da Dom Helder Câmara coloca duas críticas: uma, aguda, sobre o poder, e, outra, a respeito das nossas “condições periféricas”.

### ESTADO DE DIREITO ENTRE STANDARDS E INDICADORES

Buscando situar um “novo” discurso na relação “Estado e Direito”, a fim de discutir o suposto “fim do Estado de Direito”, *Nelson Camatta Moreira* traz um outro âmbito de sua pesquisa ancorada na crítica empreendida pelo autor Benoit Friedman que pode ser resumida na ideia de que a “normatividade” baseada na lei elaborada por um órgão competente do Estado, hoje, encontra-se totalmente impactada por aquilo que o autor belga chama de standards e indicadores de uma racionalidade que (pre)domina nas tomadas de decisões do Estado. Os standards e indicadores, neste sentido, tendo como símbolo maior os diversos “ISOs”, acabam por determinar a maneira como a norma jurídica deverá ou não ser aplicada em diferentes situações envolvendo o meio ambiente, a economia, a política, afetando, em geral, a vida das pessoas. Neste sentido, torna-se fundamental entendermos como se desenvolve este fenômeno frente os “Estados de Direito”.

### ESTADO DE DIREITO, PODER E OPRESSÃO

Nesta perspectiva de preocupação com a “questão periférica” brasileira, *Flaviane de Magalhães* converte a discussão da(s) crise(s) do Estado de Direito no sistema criminal brasileiro, enfocando a dinâmica da relação processual para as estruturas mais fragilizadas da sociedade e refere-se ao processo atual, que busca dar uma resposta ao “poder pelo poder”, sem com isso respeitar os ditames estabelecidos constitucionalmente. Tempera a discussão com os “novos standards” e indicadores que tornam-se normativos para o direito, a partir da eficiência e da padronização. Traz os exemplos da política das delações e dos acordos de leniência, que estão sendo discutidos no cenário atual da República, bem como as angústias daqueles que sofrem com a seletividade do sistema penal.

### OS OUTSIDERS DO ESTADO DE DIREITO

Nessa esteira de pensamento, preocupado com os excluídos, “que sofrem a opressão do Estado”, *Bruno Sena*, nos indaga sobre o que significa “Estado de Direito” para estas pessoas. Traz ainda aspectos importantes oriundos de suas pesquisas em Guiné Bissau, financiada pelo Centro de Estudos Sociais de Coimbra. Em síntese conclusiva, apresenta perguntas/provoações em torno de: (1) a “falácia do desenvolvimento sustentável”; (2) as promessas não cumpridas do Estado de Direito e a necessidade de se confrontar as suas contradições; (3) a necessidade de compreensão das supostas conquistas e salvaguarda do Estado de Direito, que muitas vezes se fazem de forma ambígua e excludente.

E, assim, sob o enfoque de diferentes pesquisadores e pesquisas, finalizamos, após este quarto turno apresentações e debates, a riquíssima XIª Reunião da Rede de Pesquisa Estado & Constituição. Neste sentido, a diversidade de formações acadêmicas oriundas de diferentes Centros de Pesquisas do Brasil e do mundo acabou por ser fundamental no enfrentamento de temas tão complexos que se apresentam (e se representam) num só: as crises e o fim(?)



do Estado de Direito.

Destes relatos tem-se o perfil do debate produzido e, agora, nos textos que seguem, tem-se outros resultados, agora organizados a partir de uma recomposição dos problemas propostos pelos autores, alguns deles, juntamente com suas equipes de pesquisa das Instituições de origem e/ou de parcerias acadêmicas para além daquelas já presentes na XIª REPE&C.

Cremos que, mais uma vez, disponibilizamos à comunidade acadêmica um material importante para o desenvolvimento de objetos de pesquisa que contribuam para o enfrentamento das dificuldades experimentadas pela experiência do “Estado de Direito”, naquilo que melhor possa propor para um projeto civilizatório apto a dar conta dos déficits históricos e das dificuldades presente e futuras.

Boa leitura!

Ouro Preto, inverno de 2018.

**Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes**

Coordenador da REPE&C  
Organizador

## O FIM DA GEOGRAFIA INSTITUCIONAL DO ESTADO. A “CRISE” DO ESTADO DE DIREITO!<sup>1</sup>

**Jose Luis Bolzan de Moraes<sup>2</sup>**

*“Pour sortir du Pot au noir,  
il faut s’adapter aux sautes de vents,  
se laisser porter quand les vents son favorables,  
mais aussi louvoyer face aux vents contraires,  
survivre au calme plat et résister aux coups de vent.”*

*(Mireille Delmas-Marty. Aux Quatre Vents du Monde..., p. 143 )*

### I. NOTAS INAUGURAIS EXPLICATIVAS

Este texto constitui-se como um mosaico. Ele resulta de várias pequenas reflexões produzidas em parceria com membros do Grupo de Pesquisa Estado & Constituição e que foram publicadas em uma versão primeira e pontual na coluna *Sconfinato* que mantemos junto ao site Empório do Direito ([www.emporiiododireito.com.br](http://www.emporiiododireito.com.br)), bem como da continuidade das questões apresentadas no texto “Estado e Constituição e o ‘fim da geografia’”<sup>3</sup>. Aqui reunimos, com o beneplácito dos coautores dos textos primitivos, três pequenas abordagens, a partir das quais podemos dar a conhecer aquilo que estamos nomeando como *o fim da geografia institucional*

1. Este texto reúne reflexões produzidas no âmbito do Grupo de Pesquisa CNPQ Estado & Constituição, como indicado nas notas seguintes, a partir dos quais se construiu este mosaico provisório e parcial em torno às crises do Estado de Direito, para apresentação e discussão no II Congresso Novos Direitos: a interdisciplinariedade do Direito na sociedade contemporânea, em outubro de 2017, na UFSCAR. Aqui se desenvolvem aspectos ligados ao desenvolvimento do projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ por meio de bolsa de pesquisa – PQ.
2. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV/ES. Pesquisador Produtividade CNPQ. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
3. Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado e Constituição e o “fim da geografia”**. IN: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. N. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016. Pp. 69-82

do Estado com a consequente *crise do Estado de Direito*.

Assim, no tópico III (O Fim do Sistema de Direitos e Garantias) recuperamos um texto intitulado “REPE&C 21 – Poderes Selvagens: o caso da Constituição e da Política!”, no qual repercutimos a ideia dos *poderes selvagens* de Luigi Ferrajoli<sup>4</sup> e dela fazemos surgir a ideia de um déficit de capacidade regulatória e de garantias. Já, no tópico IV (O Fim do Estado de Direito ante a Exceção e a Urgência), enfrentamos a questão do combate ao terror e as novas formas de *surveillance*<sup>5</sup> a partir das quais o Estado de Direito parece ser subvertido em Estado de Medo, onde a *sécurité* confronta todo o sistema de garantias que lhe caracteriza. Por fim, no tópico V (O fim do próprio Estado Direito pelo “estado de direitos”), confrontamos a repercussão das fórmulas da globalização econômica neoliberal sobre o modelo tradicional de Estado de Direito, com a subversão do sistema de fontes e a supremacia dos *standards* e indicadores<sup>6</sup>.

De tudo isso, podemos propor, ao final (VI–Para sair do *pot au noir*...), a necessidade de, diante da inafastabilidade daquilo que constitui a complexidade da experiência contemporânea, buscar um equilíbrio que permita a sobrevivência da ideia de Estado de Direito como instrumento civilizatório.

## II. PREMISSAS

Desde algum tempo o tema da “geografia” do Estado tem sido confrontado com algumas questões que afetam diretamente a fórmula estatal da modernidade, alicerçada que está, dentre outros pilares – soberania e povo –, em uma base territorial definida como um espaço físico delimitado. O

4. Este tema foi inauguralmente tratado em: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo. **REPE&C 21 – Poderes Selvagens: o caso da Constituição e da Política!**. <http://emporiiodireito.com.br/repec-21-poderes-selvagens/> Publicado em 04/04/2016. Ver, também: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Vale. **REPE&C 25 – Bom Governo, Poderes Selvagens e Juristocracia**. <http://emporiiodireito.com.br/repec-25/>. Publicado em 07/06/2016. Também: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo; BRUM, Guilherme Valle. **Crisis (del poder) constituyente, Corte (in)constitucional y poderes salvajes. Ensayo sobre Estado y Constitución**. In: Alfonso de Julios Campuzano. (Org.). *Itinerarios Constitucionales para un Nuevo Mundo Convulso*. Madrid: Dykinson SL, 2016, v. 1, p. 95-111.
5. **Aqui, ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob de**. Liberté, égalité, fraternité et ... “surveillé”: O leviatã contra-ataca. <http://emporiiodireito.com.br/liberte-egalite-fraternite-et-surveille-o-leviata-contra-ataca-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/>. Publicado em 18/05/2015. Ver, dos mesmos autores: A “liquidez” da surveillance cabe nos limites da “solidez” do marco civil da Internet? <http://emporiiodireito.com.br/a-liquidez-da-surveillance-cabe-nos-limites-da-solidez-do-marco-civil-da-internet-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/>. Publicado em 08/05/2016
6. Neste ponto ver: **BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MOURA, Marcelo Oliveira**. REPE&C 30 – O “fim” do estado de direito(?). <http://emporiiodireito.com.br/repec-29-o-fim-do-estado-de-direito-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-marcelo-oliveira-de-moura/>. Publicado em 04/10/2016

território tem servido não apenas para fixar o exercício do poder político como também para estabelecer as fronteiras de aplicação de sua ordem jurídica e de fixação da própria segurança interna pela possibilidade de evitar ou afastar quaisquer riscos advindos do “mundo exterior”, do “estrangeiro”.

Com a voga global, em suas diversas vertentes, tem-se uma afetação profunda da territorialidade, podendo-se dizer que esta perde significado, sugerindo a ideia de “fim da geografia”, como bem apanhado por Stefano Rodotà (2013), quando chama a atenção para as transformações que se operam, sobretudo com a perda dos “confinos” ou dos limites tradicionalmente reconhecidos ao Estado, em especial, para ele, com a “Revolução da Internet”<sup>7</sup>.

Esta “perda de limites”, para este autor, sugere a possibilidade de uma “outra globalização possível”, na qual se poderia pensar os direitos, eles também, *in una dimensione sconfinata* (RODOTÀ, 2013, 22,23), tendo presente que, mesmo fragmentado, o território, como “espaço local” dialoga com o âmbito ilimitado do global. Há uma co-implicação babélica, onde “tempos e lugares distintos” convivem, mesmo se separados por uma distância física, agora apenas aparente em razão das possibilidades de instantaneidade tecnológica.

A Babel, como tratado por Giacomo Marramao<sup>8</sup>, interconecta lugares, pessoas e formas político-jurídicas com linguagens distintas, pondo lado a lado o que está “separado” por quilômetros ou por eras de experiências jurídico-políticas diversas.

Com isso, poder-se-ia falar em um Estado de Direito Global, ainda não adequadamente desenhado e, muito menos, estruturado tal e qual a fórmula do Estado de Direito conexas à do Estado Nacional na tradição liberal? Ou seja, a perda dos limites geográficos (territoriais) abriria a possibilidade para uma “expansão” do *rule of law*, a sua “globalização”?

Ou seja, a fragmentação da territorialidade abriria espaço – literalmente – para a expansão da fórmula Estado de Direito, deixando esta de estar “confinada” pelas fronteiras do Estado Nação?

Esta seria a oportunidade para a universalização da experiência do *Rule of Law*, com sua “imposição” como modelo definitivo de projeto civilizatório

7. Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado e Constituição e o “fim da geografia”**. IN: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. N. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016. Pp. 69-82
8. MARRAMAIO, Giacomo. Dopo babele. Per un cosmopolitismo della differenza. *Eikasia. Revista de Filosofia*, año IV, 25 (Mayo 2009). <http://www.revistadefilosofia.org>

ou, assistimos ao fim da geografia institucional do Estado de Direito?

No ambiente dos Estados Nacionais, para o que aqui importa, o que se percebe é uma ruptura da fórmula liberal do Estado de Direito, o que produz um fenômeno que podemos nomear de “*fim da geografia institucional*”, tomando-se aqui o termo geografia para dar o significado de limitação, classicamente incorporado a este modelo, agora no que respeita às possibilidades de atuação da “autoridade pública”, como limitação político-jurídica para e ao exercício do poder (político).

Desde a dinâmica expansionista e contraditória, própria da história do Estado de Direito que experimentou a passagem da ideia de proteção (Estado de Direito Clássico) para a de promoção (Estado Social de Direito) e, por fim, para a de transformação (Estado Democrático de Direito), nos confrontamos, hoje, para além da incapacidade de ser tornado efetivo, em termos de promoção e transformação social – por nós nomeada “crise estrutural”<sup>9</sup>, com a afetação – fratura – de sua fórmula de garantias tradicionais.

Dito de outra forma, sequer o “velho” Estado de Direito Clássico, como Estado de Garantias, já não tem seus limites protetivos observados. Em nome do combate à corrupção, ao terror – assim como, no campo dos direitos sociais, da eficiência econômica -, até mesmo aos fluxos migratórios, põe-se abaixo o sistema de direitos e garantias advindos das revoluções liberais.

Ou seja, o Estado de Direito, como “Estado de limites” já não limita. A sua institucionalidade já não se presta a proteger o cidadão em face de uma autoridade pública que subverte direitos e garantias reconhecidos constitucionalmente.

E isto fica bem caracterizado não só por sua incapacidade de funcionar como fórmula de controle, como também diante da subversão de sua estrutura normativa tradicional, como se constata, exemplificativamente, na retomada da fórmula do Estado de Exceção que ganha força e, em nome de uma excepcionalidade subvertida, afasta os limites até mesmo daquela fórmula clássica do Estado de Direito, como Estado de Garantias.

O combate à corrupção e ao terror têm, inclusive com o beneplácito de novas subjetividades, oportunizado que, até mesmo instituições de garantia se utilizem da “exceção” como regra. Os “securitizados” e os “mediatizados”, na

9. Desde 1996 temos tratado deste tema. Para tanto, ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado Contemporâneo**. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). América Latina: cidadania, desenvolvimento e Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996

concepção de Hardt e Negri (2012), têm legitimado tal “perda dos confins” do Estado de Direito, aceitando a produção de legislações que subvertem direitos e garantias<sup>10</sup>, da mesma forma que subscrevendo práticas postas em ação pelo Sistema de Justiça que desrespeitam limites do Estado de Direito e recepcionam estas fraturas ao sistema de direitos e garantias, como, e.g., na experiência brasileira da nomeada “operação lava-jato”.

Além disso, com a fratura do “sistema de fontes” emergem formas regulatórias cuja legitimação não se submete aos esquemas subsuntivos da democracia moderna.

Estas circunstâncias nos confrontam com o estereótipo do Estado de Direito da tradição liberal, exigindo um enfrentamento que permita, compreendendo o(s) fenômeno(s), que não são isolados, perceber, de um lado, os limites do próprio Estado de Direito e, de outro, buscar alternativas possíveis.

### III. O FIM DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS<sup>11</sup>

Como sustenta Luigi Ferrajoli, tomando emprestada a análise que fez da era Berlusconi na Itália, vive-se um processo de desconstitucionalização (2011).

Para Ferrajoli, esse *processo de desconstitucionalização* se instaura, grosso modo, pela ausência de uma verdadeira esfera pública, autônoma e supra-ordenada à esfera privada. Com isso, tem-se um esfacelamento dos parâmetros de atuação das diversas instâncias de poder e, particularmente, para o problema aqui posto, daquelas instituições que, originariamente, compõem o que o mesmo autor denomina “instituições de garantia”, tal qual o Poder Judiciário e, com a ênfase que dá Ferrajoli – tomando como referência as atribuições constitucionais – o Ministério Público.

Em sua análise, Ferrajoli chama a atenção para uma longa série de violações da letra ou do próprio espírito da Constituição Italiana de 1948, na era Berlusconi. Na verdade, ele ressalta que a questão está inclusive para além da

10. “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001”. Também, no caso francês: LOI n°2015-912 du 24 juillet 2015 e alterações da LOI n°2016-731 du 3 juin 2016–LIVRE VIII: DU RENSEIGNEMENT. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=228894118E432245219704D44B00FBED.tpdila14v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000030934655&cidTexte=LEGITEXT000025503132&dateTexte=20161124](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=228894118E432245219704D44B00FBED.tpdila14v_3?idSectionTA=LEGISCTA000030934655&cidTexte=LEGITEXT000025503132&dateTexte=20161124).

11. Sobre esse tema, há uma versão ampliada desta discussão em: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo; BRUM, Guilherme Valle. **Crisis (del poder) constituyente, Corte (in) constitucional y poderes salvajes. Ensayo sobre Estado y Constitución**. In: Alfonso de Julios Campuzano. (Org.). Itinerarios Constitucionales para un Nuevo Mundo Convulso. Madrid: Dykinson SL, 2016, v. 1, p. 95-111.

Constituição de 1948, e se instaura na ideia de constitucionalismo mesmo, isto é nos limites e nos vínculos constitucionais impostos às instituições, públicas (representativas) e privadas (negociais) (FERRAJOLI, 2011, p. VII).

Como reitera, ainda, Ferrajoli:

L'intero edificio della democrazia costituzionale ne risulta minato alla radice: dall'insofferenza per il pluralismo politico e istituzionale; dalla sovravalutazione delle regole; dagli attacchi alla separazione dei poteri, alle istituzioni di garanzia, all'opposizione parlamentare, al sindacato e alla libera stampa; dal rifiuto, in breve, del paradigma dello Stato costituzionale di diritto quale sistema di vincoli legali imposti a qualunque potere... Il processo decostituente si è d'altro canto sviluppato anche a livello sociale e culturale, con il venir meno dei valori costituzionali nelle coscienze di una larga parte dell'elettorato; per indifferenza, per mancanza de senso civico o per il mutamento nell'immaginario collettivo della concezione stessa della democrazia (FERRAJOLI, 2011, p. VIII).

Conjugando uma concepção formal de democracia àquela substancial, Ferrajoli vai, ao longo do trabalho, expor o que nomeia como *crises da democracia política* – “do alto” e “de baixo”. “Do alto” refere o populismo e a ideia do líder como encarnação da vontade popular, o patrimonialismo populista, a perda do papel dos partidos políticos e o controle da informação. “De baixo” aponta a despolitização das massas e a dissolução da opinião pública, a crise na participação política, a manipulação das informações etc... E, conjugando-as, apresenta, ao final, um conjunto de possibilidades – remédios – para superá-las.

Ainda, agregando à reflexão de Ferrajoli, a partir da experiência brasileira contemporânea, podemos sugerir incluir um outro viés dessas *crises* – algo que não vem “do alto” nem “de baixo”, nos sentidos postos por Ferrajoli, mas “do lado”, uma vez serem, os ataques à democracia constitucional e, conseqüentemente, ao seu sistema de direitos e garantias, ao Estado de Direito, enfim, provenientes daquelas instituições, como dito, responsáveis por sua proteção, a partir da garantia de seus próprios limites – as nomeadas *instituições de garantia*<sup>12</sup>.

Temos, assim, um esgarçamento das fórmulas e conteúdos do Estado de Direito, patrocinado, inclusive por instituições de garantia caras à Ferrajoli, como o Ministério Público, ladeado por um sistema de meios de comunicação

12. Se confrontarmos, de um lado, o tema do combate à corrupção com o apoio às práticas inconstitucionais e, de outro, a ausência de um sistema democrático de acesso e de construção da informação podemos antever as crises da democracia constitucional brasileira – e que, de resto, não se restringem ao Brasil.

que operam numa orbita empresarial e não republicana, manipulando as informações e fabricando consensos – produzindo aqueles *sujeitos mediatizados*<sup>13</sup>, como nomeados por Hardt e Negri, que, incapazes de perceber os riscos, assumem uma postura messiânica frente às desventuras da vida pública.

De um lado, a “corrupção” do sistema constitucional, fortemente expressa nas práticas institucionais inconstitucionais que, em nome do combate à corrupção – como condutas tipificadas ou previstas pelo direito pátrio, é por dever de ofício, objeto de persecução por todos aqueles a quem incumbe fazer funcionar o sistema jurídico, desde as polícias até a magistratura pode ser útil para entendermos as práticas dos “poderes selvagens” e a prática dos novos “golpes” à Constituição e ao constitucionalismo – as garantias constitucionais.

O resultado parcial desta situação atual é, na verdade, o retorno a uma nova *Grundnorm* civilizacional. Se a crise não é mais meramente econômica, mas democrática; se é uma crise do próprio modelo constitucional contemporâneo, temos é que, na verdade, construir um diagnóstico que passa, necessariamente, por um duplo aspecto: por um lado, pela *impotência da política* para resolver problemas de caráter cultural e econômico; por outro, pela *onipotência da política* com vista a construir uma esfera pública de interesses privados, esfacelando a *constituição econômica* e desenvolvendo um populismo regido por aquilo que se pode chamar de *antipolítica*.

O descredito para com a classe política é evidente e com ele se esfacela o próprio papel de garantia do Direito. A ideia de redução das promessas constitucionais e a própria ventilação da tentação à remoção da Constituição para que seja resolvido o problema da (in)governabilidade são extremamente significativos e apontam para um vazio de direito público e para a exacerbação desse *processo desconstituente*.

Dito de outra forma, diante da perda de limites é preciso restaurá-los, sendo, para isso, talvez, necessário “inventar” novos instrumentos, para além de reforçar aqueles já consagrados. O que não se pode é deixar sucumbir o sistema de garantias em nome de quaisquer que sejam os valores circunstanciais que pareçam prevalecer.

Tal como Ferrajoli(2011), na experiência brasileira atual percebe-se com clareza a ocorrência deste fenômeno – crise do sistema de garantias próprio

13. Para Michael Hardt e Antonio Negri, dentre outras, temos quatro formas dominantes de subjetividade produzidas no contexto da crise social e política atual: o endividado, o mediatizado, o representado e o securitizado. Ver: HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Declaração. Isto não é um manifesto**. São Paulo. N-1 editores. 2014

ao Estado de Direito, com o quanto o fim de sua geografia institucional—de afetação de todo o sistema de direitos e garantias, produzindo-se fraturas promovidas, inclusive, por aquelas instituições de garantia que deveriam ser os seus asseguradores.<sup>14</sup>

Cabe, assim, nos perguntarmos: o que sobra do sistema constitucional, em especial quando nos confrontamos com uma perda dos “limites” do constitucionalismo, seja pela “corrupção” do sistema de reconhecimento de direitos e de garantias nela estabelecido, seja, por fim, pela “manipulação” da informação patrocinada pelos grandes meios de comunicação?

Diante de tais poderes “selvagens”, seja por agirem corrompendo o sistema constitucional, seja por atuarem como foco de construção de consensos, o combate que se tem pela frente impõe a luta pela *(re)civilização* do Estado (de Direito). Há que se combater a “corrupção” da Constituição e do constitucionalismo com mais Constituição e constitucionalismo. Contra “poderes selvagens”, como alerta Ferrajoli, é preciso *rafforzare la rigidità costituzionale* (FERRAJOLI, 2012, 85).<sup>15</sup>

#### IV. O FIM DO ESTADO DE DIREITO ANTE A SURVEILLANCE

Se, de um lado, o Estado de Direito se confronta com sua corrupção, de outro vê-se a sua subversão. E isto fica evidente quando nos confrontamos com as estratégias de combate ao terrorismo no pós 11 de setembro de 2001.

A *surveillance*<sup>16</sup> é, mais que simples vigilância, é uma característica intrínseca das sociedades contemporâneas hiperconectadas<sup>17</sup>. Nesse sentido, há

14. A releitura desta obra nos permite traçar alguns paralelos com a situação vivenciada no Brasil nestes dias interessantemente trágicos – a tragédia como modelo literário tem muito a nos ensinar acerca das existência humana e de suas catástrofes – quando, em nome do combate à corrupção, no particular, temos vivenciado um sem número de práticas em desrespeito ao sistema de direitos e garantias, a ponto de constituir-se uma “legitimação” baseada na excepcionalidade – Estado de Exceção –, como decidiu o judiciário federal (TRF4) no caso P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS ou, como quando Juíza Estadual autorizou que a polícia faça buscas e apreensões coletivas na Cidade de Deus, bairro do Rio de Janeiro.

15. *Il superamento della crisi attuale richiede lo sviluppo, a livello politico e sociale, di una cultura costituzionale e di una concezione della democrazia come sistema fragile e complesso di separazioni e di equilibri tra poteri, di limiti e garanzie, alternativa a quella della destra, oggi purtutto egemone perché in gran parte condivisa anche da molti esponenti della sinistra. Richiede, in secondo luogo, che il nesso tra forma e sostanza della democrazia, che caratterizza il paradigma normativo della democrazia costituzionale, venga quanto più compiutamente realizzato attraverso la costruzione di un sistema di garanzie e di istituzioni di garanzia in grado di colmare la divaricazione, in questi anni diventata patologica, tra il “dover essere costituzionale” e l’“essere” effettivo del diritto e del sistema politico.* (FERRAJOLI, 2011, p. 85)

16. Sobre este tema, ver: MENEZES NETO, Elias. *Surveillance, Democracia e Direitos Humanos: os limites do Estado de Direito na Era do Big Data*. Tese de Doutorado. UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2016.

17. Ver: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob de. A “liquidez” da surveillance cabe nos limites da “solidez” do marco civil da Internet?. [http://emporiiodireito.com.br/a-](http://emporiiodireito.com.br/a-liquidez-da-surveillance-cabe-nos-limites-da-solidez-do-marco-civil-da-internet-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/)

uma desestabilização das tradicionais estruturas estatais (cuja força depende de um esquema centrípeto), uma vez que o poder acaba sendo “dispersado” no em uma rede extremamente flexível e em constante modificação.

Assim, é possível afirmar que a “revolução da internet”, como dito antes, ignora as tradicionais fronteiras do Estado-Nação, uma vez que a localização de uma informação armazenada não necessariamente corresponde ao local de violação de um direito fundamental ou ao lugar de sede da empresa que guarda esses dados. Na realidade, na maioria das vezes esses dados são armazenados simultaneamente em diversos pontos do globo com o intuito de fornecer redundância e acesso mais rápido aos usuários, independente de onde eles estejam localizados geograficamente.

Neste quadro desde as denúncias de Edward Snowden o mundo percebeu não apenas uma assimetria na capacidade de interceptar e utilizar os dados que circulam pela internet, como também se viu confrontado com as possibilidades daí advindas.

Os Estados Unidos, em virtude de sua posição militar e tecnológica estratégica, demonstrou ser uma exceção à regra da “incontrolabilidade” dos fluxos de dados, ou, conforme Manuel Castells<sup>18</sup>, induzindo a uma situação de desequilíbrio que só pode ser temporária, em virtude da estrutura de respostas fornecidas pela rede dos *players* globais da tecnologia da informação.

O *motto* para a coleta e análise massiva de dados naquele país, como se sabe, é a “guerra contra o terror”, muito embora não se tenha evidências de nenhum caso concreto em que esse uso da tecnologia tenha efetivamente abortado uma ameaça terrorista iminente, embora tenha servido para outros fins.

Embora tenha demonstrado ser pouco eficiente para prever e neutralizar ataques terroristas, esse mau exemplo parece ter se espalhado pelo globo.

A Alemanha, por exemplo, país que foi considerado “vítima” da coleta massiva de dados da NSA – inclusive com diversos discursos de autoridades públicas de repúdio ao fato – foi também acusada de não só realizar o mesmo tipo de atividade, mas de ser uma parceira da NSA no fornecimento dessas informações<sup>19</sup>. Nesse caso em particular, ficou evidente que

[liquidez-da-surveillance-cabe-nos-limites-da-solidez-do-marco-civil-da-internet-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/](http://emporiiodireito.com.br/a-liquidez-da-surveillance-cabe-nos-limites-da-solidez-do-marco-civil-da-internet-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/)

18. CASTELLS, Manuel. *The power of identity*. Wiley-Blackwell Publishing, 2010.

19. [http://www.theregister.co.uk/2015/02/04/germany\\_bnd\\_muscles\\_in\\_on\\_metadata\\_mass\\_surveillance/](http://www.theregister.co.uk/2015/02/04/germany_bnd_muscles_in_on_metadata_mass_surveillance/)

a *Bundesnachrichtendienst* (BND), a agência de inteligência alemã, coletou, armazenou e catalogou – com critérios desconhecidos – os metadados<sup>20</sup> de comunicações telefônicas e de internet de usuários dentro e fora da Alemanha.

Além disso, no próprio escândalo envolvendo Edward Snowden ficou claro que outros países, como o Reino Unido, a Austrália, o Canadá e a Nova Zelândia, participam dessa coleta massiva de dados, compartilham e utilizam essas informações.

Essas posturas, contudo, baseiam-se em atividades dos serviços secretos, muitas vezes sem amparo legal ou, quando este existe, fundamentam-se em legislações de exceção, de regra produzidas em períodos de grande comoção social possuindo, como traço comum, as ideias de “segurança nacional”, “proteção contra o terror”, além de estarem calcadas no dualismo “nós *versus* eles”, amigo/inimigo. Nesse sentido, três exemplos são de grande relevância para análise do fenômeno: Brasil, Rússia e França.

O caso brasileiro é bem peculiar. Após o escândalo envolvendo Edward Snowden no início de 2013, ficou-se sabendo que virtualmente todo o tráfego da internet no Brasil era processado em servidores nos EUA pela NSA e, com isso, além da análise massiva dos dados, alguns alvos específicos recebiam atenção especial, inclusive com o acesso não autorizado às comunicações da Presidente da República e de agentes públicos e empregados de empresas estatais, como a Petrobrás.

Diante dos fatos, o Senado Federal resolveu abrir uma “CPI da Espionagem” que, concluiu que seria necessário investir em agências de inteligência. Particularmente relevante foi que a proposta de lei resultado da CPI também envolvia a mesma ideia que existia no anteprojeto do Marco Civil da internet e que não logrou êxito: a obrigação que provedores de conteúdo e serviços de internet tivessem servidores em território nacional. Obviamente, a justificativa era que, com servidores no Brasil, seria possível controlar o uso que tais empresas fariam desses dados.<sup>21</sup>

20. Metadados são informações a respeito de outras informações. De modo grosseiro, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência – e, portanto, protegidos contra violação –, os metadados seriam informações sobre aquela carta: tipo do papel utilizado, tamanho do envelope, dados do remetente e destinatário, data e local de postagem, traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, tipo e cor da tinta utilizada para escrever a carta, tamanho da correspondência, número de letras e palavras, peso da carta, traços de substâncias impregnadas no papel, informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc. Ver: KOSINSKI, Michal *et al.* Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Washington, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 9 abr. 2013).

21. Grandes empresas como Facebook, Google, Apple, Dropbox e Amazon, por exemplo, contam com

No mesmo sentido, a Rússia aprovou em Julho de 2014 a Lei Federal nº 242-FZ alterando, dentre outras, a Lei Federal nº 152-FZ, exigindo que os operadores de internet mantivessem exclusivamente em território russo a gravação, sistematização, acumulação, guarda, atualização e acesso aos bancos de dados dos cidadãos russos.

Esta parece se tratar de uma expansão da SORM (Система Оперативно-Розыскных Мероприятий), o “primo” russo do PRISM. Ocorre que, ao contrário do PRISM, o SORM tem abrangência limitada aos servidores que, por lei, são obrigados a instalar “*backdoors*”, ou seja, aqueles fisicamente localizado na Rússia. Porém, com a Lei Federal nº 242-FZ, ampliou-se incrivelmente as capacidades de intervenção estatal nos dados das grandes empresas da internet, uma vez que serão obrigadas a cumprir os requisitos técnicos que possibilitam a interceptação de dados pelo governo russo, ou seja, a instalação de “blackboxes”.

Um dos casos mais emblemáticos, todavia, vem da França. Lá, por iniciativa do Chefe de Governo promoveu-se mudanças no código de segurança interna, incorporando um novo livro, intitulado «Du renseignement», com a finalidade de, através da coleta de informações, conhecer os desafios e prevenir os riscos a que estão submetidos os franceses, cuja garantia dos direitos fundamentais depende da manutenção da ordem pública sendo que, no atual contexto das políticas nacional e internacional, é imprescindível reforçar as políticas de inteligência de dados.<sup>22</sup>

Com isso, os órgãos de inteligência franceses grampeiem telefones, interceptem comunicações eletrônicas e forcem empresas de internet a viabilizar maneiras para que a autoridade estatal intercepte todas as informações dos seus usuários (franceses ou estrangeiros, dentro ou fora da França), assim como ocorre na Rússia.

A legislação também permite a coleta e o uso massivo de metadados nos mesmos moldes da NSA, mas indo muito além dela, já que o projeto

múltiplos servidores em diversos locais do mundo. Isso garante que, em caso de falha catastrófica do sistema em um determinado lugar, a integridade dos dados possa ser mantida. Em outras palavras: um conjunto de dados armazenados em um servidor no Brasil, por exemplo, está também armazenado na Islândia, Austrália, EUA etc. Assim, pouco importa, para fins de proteção de dados dos brasileiros, se existe um servidor dessas empresas no Brasil. Disso podemos inferir que o motivo para “nacionalizar” servidores não pode ser jamais o de “proteção dos dados brasileiros”.

22. Le renseignement permet de connaître et de prévenir les risques et les menaces pesant sur notre pays et sa population, ainsi que de mieux appréhender les grands enjeux auxquels ils sont confrontés. Par là-même, il participe de la garantie des droits des citoyens, qui dépend notamment de l’ordre public pour être pleinement assurée. Dans le contexte actuel, international aussi bien qu’intérieur, le renforcement de la politique du renseignement, dans le strict respect des libertés individuelles, est nécessaire.

também indica que aqueles mesmos órgãos de inteligência poderão instalar microfones escondidos em objetos, veículos e residências, além de instalar dispositivos capazes de interceptar comunicações de celulares e mensagens de texto, inclusive com abrangência extraterritorial

Ainda, cria uma agência reguladora – como autoridade administrativa independente – para “gerir” tudo aquilo que ali consta pela Assembleia Nacional francesa.

O que se vê nos três casos mencionados (Brasil, Rússia, França) é que as situações de emergência estão “contaminando” as legislações de controle de coleta e uso de dados por parte dos Estados. O recurso amplo e indiscriminado à “guerra contra o terror” possibilita um campo fértil para a multiplicação desse tipo de legislação. Afinal, em virtude da indeterminação do terrorismo, todos são potencialmente suspeitos e a única forma de “filtrar” essa ameaça é através da análise de todos, independente de existir uma suspeita prévia. A análise prévia de todos os dados. Sob essa perspectiva, é a forma de antecipar os resultados desastrosos e impedir ameaças terroristas.

Ao que parece, o combate ao terrorismo inaugurou uma nova era, aquela da urgência e da exceção, onde os instrumentos tecnológicos desempenham um papel fundamental, aumentando os poderes do Estado na coleta e processamento de informações e, indo de encontro aos limites do próprio Estado de Direito. Uma novidade<sup>23</sup> que, se utilizando de instrumentos legais põe em xeque as garantias, fazendo surgir uma nova subjetividade – aquela do *securitizado* (2014). Este *sujeito* aceita estar numa sociedade prisional porque fora parece mais perigoso.” (p. 34), uma figura oprimida pelo medo e sequiosa de proteção (p.21)–“atualmente,..., a vigilância total é cada vez mais a condição geral da sociedade...”–que, com isso, justifica e aceita um estado de exceção que se constrói por sobre “nossa servidão voluntária” (p. 35).

Tal circunstância leva a crer que a produção destas legislações dialoga, muitas vezes, e utiliza, este “medo generalizado” e, a partir dele, forja um modelo de *surveillance* em tudo contraditório com as conquistas produzidas ao longo dos últimos séculos, em particular no que respeita às garantias

23. Aqui vale a ideia de Saskia Sassen, para quem “the ‘new’ in history is rarely simply ex nihilo. It is deeply imbricated with the past, notably through path dependence, and, I will argue, through a tipping dynamic that obscures such connections to the past. The new is messier, more conditioned, and with older lineages than the grand new global institutions and globalizing capabilities suggest.” SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton University Press, 2006. p. 4.

presentes na concepção substancial de Estado de Direito.

No berço da mais consagrada revolução liberal – a França -, sustentada nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, instala-se o *surveillé* como seu quarto elemento. Um elemento, aparentemente em contradição com os demais.

Em nome da segurança instala-se um regime de exceção, quando o *inimigo* pode ser qualquer um e estar em qualquer lugar. Por meios tecnológicos, todos podem se tornar suspeitos, perigosos, bastando o uso de uma palavra catalogada nas “caixas pretas” a serem instaladas pelos fornecedores de acesso às redes de informação. E, tudo, sem a “intromissão” dos sistemas de garantia. Legaliza-se os serviços de informação, vinculados apenas a uma autoridade administrativa independente, a promoverem todo o tipo de “classificação” dos cidadãos, utilizando-se, para isso, de interceptação das comunicações, dos acessos à Internet, da radiografia dos telefones celulares, da instalação de microfones em áreas privadas, da supervisão dos metadados, da instalação de aparelhos nos carros e até recorrer aos chamados IMSI Catcher<sup>24</sup>.

Onde foram parar as garantias constitucionais, tão duramente conquistadas? Em nome da “securitização do cotidiano” assiste-se “bestializado” à produção – legitimada por representantes eleitos – de leis que transformam e autorizam o que até agora tínhamos como conquistas civilizatórias da modernidade para assegurar um padrão mínimo de convívio.

Assim, estamos entre a incapacidade de as instituições político-jurídicas funcionarem como limites, respeitando as garantias (*poderes selvagens*) e a instalação de uma “sociedade da *surveillance*”, onde afastam-se as garantias e as instituições que lhe devem assegurar em troca de uma aparente *sécurité* e, em nome do próprio Estado de Direito.

Ao mesmo tempo em que ingressamos em uma nova “era dos direitos” – dos bens comuns – deixamo-nos submeter ao fim da era do Estado de Direito?

24. (...)a geografia da lei é tão ampla e os serviços de inteligência têm as mãos tão livres que é lícito se perguntar o que acontecerá com um empresário que vier fazer negócios em Paris e se comunicar com a sede de sua empresa. Por acaso, não será espionado em nome dos “interesses econômicos, industriais e científicos” da França? E as empresas instaladas em Paris que competem com empresas francesas no mercado internacional não são, por acaso, um perigo para esses interesses? O impacto da barbárie terrorista serviu de bandeja para a construção de uma lei totalmente assimétrica, sem garantias de que seus extensos meios não sejam utilizados contra inocentes, sindicalistas, militantes pelos direitos civis, científicos ou empresariais de qualquer parte do planeta que, por uma ou outra razão, vem à França. O Grande Irmão será no futuro nosso mais zeloso guardião. Retirado da reportagem publicada no Página/12, de 06/05/15, cuja tradução foi veiculada no IHU on line, de 07/05/15.

## V. O FIM DO PRÓPRIO ESTADO DE DIREITO PELO “ESTADO DE DIREITOS”

Para além destas “práticas selvagens” é preciso incluir um outro aspecto, talvez ainda mais significativo. Algo que até mesmo poderia ser inserido na previsão de Ferrajoli deste processo de desconstitucionalização, na ausência de uma esfera pública.

Como apontam Dardot e Laval em seu *The New Way Of The World: On Neoliberal Society*, setores significativos dos movimentos de resistência ao neoliberalismo incorreram em um erro de diagnóstico, constituído a partir do obscurecimento de sua dimensão regulatória ou governamental, no sentido atribuído por Michel Foucault. Equívocada apreciação que se conformou com base em uma percepção de que a ideologia neoliberal, fundada na fé fanática na naturalidade do mercado, se materializaria como um programa anti-intervencionista, de políticas de destruição das regulamentações e instituições, revitalizando as perspectivas liberais clássicas e o minimalismo estatal.<sup>25</sup>

Esse olhar redutor da complexidade do processo de globalização (neoliberal) contemporâneo, que é compartilhado por amplos setores da ciência jurídica, repercute de maneira significativa nas reflexões sobre o conjunto de transformações do Estado e do Direito, impedindo de alcançar sua radicalidade, em especial como Estado de Direito.

O neoliberalismo em sua real complexidade não destrói apenas regras, instituições, direitos. Ele tem uma dimensão prescritiva. Trata-se de uma racionalidade (conjunto de discursos, práticas e dispositivos) que faz da lógica do mercado uma lógica normativa, regendo desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade humana. Por meio da generalização da concorrência, como norma de conduta, e da empresa, como modelo de subjetivação, avança como uma razão constitutiva da existência humana: uma nova razão do mundo. Nesse cenário, deve-se reconhecer que ele “não procura tanto à retirada do Estado e ampliação dos domínios da acumulação do capitalismo quanto à *transformação da ação pública*.” (DARDOT e LAVAL, 2016, P. 272), sua fratura, sua fragmentação, sua transversalidade por formas e fórmulas regulatórias originadas em lugares diversos daqueles peculiares à esfera pública estatal.

A principal instituição político-jurídica da modernidade, neste contexto,

25. Na edição brasileira: DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 15-16

vem passando por uma “mutação empresarial”, que se faz com a transposição das normas do mercado para o setor público, processo no qual se “subverte radicalmente os fundamentos modernos da democracia.” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 274). Estas novas regulações, advindas de atores privados, especialmente, daqueles globais, contribuem para aquilo que vimos nomeando como fraturas do e no Estado de Direito, como resultado de uma ação pública compartilhada e construída democraticamente.

Deste modo, o “Estado neoliberal é “governamentalizado”, no sentido de que os novos dispositivos institucionais que o distinguem, visam criar situações de concorrência, introduzir lógicas de escolha, desenvolver medidas de desempenho, cujo efeito é modificar a conduta dos indivíduos, mudar sua relação com as instituições e, mais precisamente, transformá-los em consumidores e empreendedores.” (ANDRADE e OTA, 2015, p. 288).

Vale destacar, que tal processo é dinamizado na esteira de mudanças significativas da estrutura do Estado de Direito, especialmente, em sua característica de supremacia da lei no cenário da regulação, princípio fundante da estrutura de governo *per legis e sub legis*. O “velho” *Rule of Law* se vê constrangido por algo novo, algo que poderíamos em paralelo nomear *Rule of Standards and Indicators*(?).

Como nos alerta Benoit Frydman, em sua obra “O fim do Estado de Direito: governar por *standards e indicadores*”, observamos, no atual contexto, a lógica empresarial, sem substituir às regras do direito e de processo, sobrepor-se a elas para cumprir os objetivos de racionalização administrativa, impondo-se às formas clássicas do Estado de Direito sob o pretexto de reforçar sua *eficiência* (FRYDMAN, 2016, p. 72).

Assim, confirma-se a perspectiva de “governança-*management*”, na qual em um plano da internormatividade (concorrência regulatória) promove-se a potencialização da força normativa das normas de gestão “que depois de terem sido por muito tempo auxiliares das regras jurídicas, encarregadas das medidas técnicas e dos detalhes, tornaram presentes instrumentos de pilotagem do próprio direito.” (FRYDMAN, 2016, p. 76)

Nesse sentido, pode-se acrescentar que:

*Le management n'est pas, en dépit du modeste costume dans lequel il s'est présenté souvent jusqu'ici, une simple technique, une collection de recettes. C'est une nouvelle logique, un ensemble organisé de dispositifs stratégiques, qui a la vocation et peut-être la puissance de réguler l'ensemble des comportements, par le recours à*



*des normes et à des instruments radicalement différents des règles et des procédures juridiques. En d'autres termes, le management pourrait constituer un «équivalent fonctionnel» du droit pour reprendre en l'élargissant un concept des comparatistes*<sup>26</sup>

O *Rule of Law*, deste modo, vai sendo sucedido por um modelo de “governança” no qual a sustentação dos atos do poder é conferida pelo respeito à *standars* e indicadores administrativos e não mais aos conteúdos tradicionais do Estado de Direito estabelecidos por meio de procedimentos legitimados democraticamente.

Assim, no seio do *mathematical turn*,<sup>27</sup> dá-se o aprofundamento da mercadorização da instituição pública.

A *eficiência* neoliberal vem contribuindo para uma redefinição da justiça, a qual se torna um produto desta “imensa empresa de serviços” que está se transformando o Estado. Tudo isso desde um “modelo de compreensão” que apresenta o efeito perverso de reduzir toda avaliação por aquilo que é mensurável pelo tempo e pelo dinheiro. Os limites do Estado de Direito constrangidos pelas imposições econômicas; suas garantias fraturadas por valores; sua efetividade avaliada por indicadores; etc...

Nesta perspectiva pode-se dizer que o modelo neoliberal “substitui traiçoeiramente aos princípios da justiça clássica, por outros critérios como a eficiência, as vantagens comparativas ou a segurança. Nessa competição entre o direito e a eficiência, essa última tem uma vantagem certa, haja vista que ela é metamoral. Como consequência, ela conserva seu próprio princípio de justiça: o princípio do interesse ou da utilidade se apresenta como o princípio normativo supremo, como o único natural, o único possível, o único evidente. Ele se impõe às sociedades e aos homens e deve se tornar o guia da reforma geral das instituições. [...] A racionalidade neoliberal instala, inevitavelmente, uma laicização das instituições, revaloradas com

26. FRYDMAN. Benoit. **Le management comme alternative à la procédure**. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=Le+management+comme+alternative+%C3%A0+la+proc%C3%A9dure>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

27. “On constate une tendance de plus en plus marquée vers la quantification du droit et le calcul de sa performance. Nous pensons que cette évolution est si importante qu'on peut l'apparenter à un mathematical turn qui s'inscrirait dans le prolongement des tournants linguistique, interprétatif et historiographique qui ont dominé la théorie et la philosophie du droit au cours des deux derniers siècles. Ce mathematical turn fait appel à plusieurs techniques de recherche parmi lesquelles les méthodologies quantitatives des sciences sociales et les modèles statistiques et économétriques occupent une place centrale. Toutefois, il est surtout caractérisé par la montée en puissance de la rationalité mathématique dont nous supposons un développement similaire à celui constaté dans les sciences exactes. AMARILES. Restrepo. **The mathematical turn : l'indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale**.” Disponível em: [https://www.academia.edu/5751766/The\\_Mathematical\\_Turn\\_Lindicator\\_Rule\\_of\\_Law\\_dans\\_la\\_politique\\_de\\_d%C3%A9veloppement\\_de\\_la\\_Banque\\_Mondiale?auto=download](https://www.academia.edu/5751766/The_Mathematical_Turn_Lindicator_Rule_of_Law_dans_la_politique_de_d%C3%A9veloppement_de_la_Banque_Mondiale?auto=download). Acesso em 29 de setembro de 2016.

uma racionalidade que lhe é totalmente estranha – a concorrência e o empreendimento.” (GARAPON, 1996, p. 23)

Sob o olhar de Hinkelammert pode-se ver esse fenômeno a partir de um quadro de critérios que orientam, em termos axiológicos, o mundo das relações modernas, quais sejam, valores da competitividade, da eficiência, da racionalização e funcionalização dos processos institucionais e técnicos: os valores da ética do mercado. Diretrizes que marcam uma racionalidade reduzida à dimensão econômica que se “*han impuesto en nuestra sociedad actual con su estrategia de globalización como nunca antes en ninguna sociedad humana, inclusive el período capitalista anterior*”. (HIKELAMMERT, 2012, p. 176). Aquilo que pode ser sintetizado como valor do *cálculo de utilidade própria*, que parte do pressuposto de monetarização de todos os espaços da vida, no qual tudo é transformado em objeto – tudo é reduzido a um preço. Tal cálculo surge no interior da contabilidade empresarial onde impera uma visão do mundo como mecanismo de funcionamento: a empresa e seu cálculo de custos e benefícios (HIKELAMMERT, 2012, p. 186)<sup>28</sup>.

Nesse contexto, todas as instituições são mecanismos de funcionamento por aperfeiçoar. Não apenas a empresa, mas o Estado (como Estado de Direito) – assim como a família, a Igreja e, mesmo, os indivíduos em suas relações – “calcula” suas possibilidades em termos de custo benefício, regulados por *standards* e indicadores e não mais submetido aos conteúdos da clássica fórmula do *Rule of Law*.

Assim, são resignificados o Estado, o Direito e o próprio Estado de Direito, pelo discurso da gestão empresarial pautado por uma visão formal, abstrata e hedonista da eficiência, que despreza qualquer elemento que transcende a esfera econômica e monetária (HIKELAMMERT, 2012, p. 190).

Aqui, substitui-se as regras (do Direito) pelas normas (da Técnica) e o Estado de Direito se confronta com a perda de sua legitimidade clássica, talvez com o seu desaparecimento como tal, substituído por um “estado de direitos” – em minúsculas – cuja legitimação não está nem nas suas formas de produção, muito menos em seus conteúdos, sobretudo, de garantias, mas na eficiência dos resultados.

28. Como afirma HIKELAMMERT (2012): Este surgimiento de los mecanismos de funcionamiento da al cálculo de utilidad propia una nueva especificación. Surge ahora como cálculo de perfeccionamiento de estos mecanismos y este perfeccionamiento se llama **eficiencia**. Aparece como cálculo de eficiencia en función del perfeccionamiento del mecanismo de funcionamiento, que opera por medio **del cálculo de costo y beneficio**. Surgido desde la empresa económica, transforma toda la institucionalidad. (p. 190)(grifamos)

## VI. PARA SAIR DO POT AU NOIR....(?)

Tudo isso nos põe frente a três, dentre outras, situações limites: 1) o Estado de Direito não submete sua própria autoridade, sob o signo de *pouvoirs selvagens*; 2) o Estado de Direito é submetido ao medo e à urgência e, com isso, admite sua própria redução, sob o signo da *sécurité* e da *surveillance*; 3) o Estado de Direito é transformado em “estado de direitos” inaugurados sob o signo neoliberal da eficiência.

No seu último livro – *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation* (Paris: Seuil. 2016) – Mireille Delmas-Marty constrói sua reflexão partindo da representação feita por navegadores, já no período das Grandes Navegações, e por aviadores, quando confrontados com a completa ausência de ventos ou, diversamente, quando submetidos a um turbilhão de ventos contrários. Nesta situação, a incapacidade de lidar com a situação pode levar ao afundamento do navio ou a queda da aeronave. Por isso, velejadores e aviadores precisam ser capazes de fazer a “composição” destes ventos para manterem seus equipamentos singrando os mares ou cruzando os céus.

Desde esta perspectiva, constrói a autora um conjunto de reflexões que nos seriam úteis para a compreensão e o enfrentamento dos tensionamentos que se apresentam em razão dos “ventos” contraditórios que compõem não só o fenômeno da mundialização – objeto das reflexões da autora – mas, também, a experiência do Estado de Direito, como antes desenhada.

Para ela, contemporaneamente nos vemos confrontados com quatro “ventos” principais e contraditórios – liberdade, segurança (*sécurité*...), competição e cooperação – aos quais se interpõem quatro “espíritos” – inovação, conservação, exclusão e integração -, também eles em oposição. E, isto, tanto quanto para os navegadores e aviadores, põe em pauta – para os juristas, em especial – a necessidade de sermos capazes de contornar estes tensionamentos, forjando uma composição entre estes “ventos” e “espíritos” em contradição, a partir de “princípios” – dignidade humana, solidariedade planetária, precaução/antecipação e pluralismo ordenado -, que permitam que se ajuste a tensão, promovendo o equilíbrio desta “rosa dos ventos” jurídica. Para isso, diz a autora, não se pode pretender sobrevalorizar um em detrimento do outro, pois a cada situação ter-se-ia, como consequência, resultados trágicos.

Contudo, para que se possa fazer esta composição é preciso, desde

logo, o reconhecimento de que as fórmulas tradicionais do Direito, como pensado nos últimos séculos, não conseguem mais dar respostas adequadas e suficientes. Não se pode mais pensá-las a partir de esquemas conceituais assentados em pressupostos de estabilidade, quando vivemos na *instabilidade*, de hierarquia, quando o que se tem é a *interatividade*, em um contexto de interdependências e diversidade de atores, o que dá origem a *formas complexas*.

Ou seja, os campos jurídicos encontram-se profundamente transformados, não mais podendo ser pensados em termos conceituais, mas *processuais*; estáticos, mas *dinâmicos*; a partir de modelos, mas *em movimento*.

E isto tudo implicaria a transformação do Direito, não mais vigorando sua clássica fórmula precisa, obrigatória e sancionadora, agora substituída por um direito *impreciso, facultativo e não sancionado*.

A fórmula construída pela autora advém do reconhecimento das transformações experimentadas pela complexa sociedade contemporânea, que se vê confrontada com a ‘expiração’ de suas fórmulas e incapaz de lidar com as crises e dilemas que lhe são impostos pelo contexto da mundialização.

Como enfrentar a crise ambiental, o terrorismo, o desenvolvimento tecnológico, o problema social conseqüente da economia globalizada, entre outros, se não nos permitirmos pensar estratégias mais flexíveis de regulação que consigam tirar proveito dos momentos de *calmaria* e, também, sejam capazes de enfrentar os *golpes* de ventos contraditórios.

Ao longo do livro ela se questiona e vai construindo respostas, a partir dos *princípios* que elenca, por exemplo, de como evitar que uma sobrevalorização da segurança em face da liberdade, como se percebe na dita “guerra ao terror”, leve a formas totalitárias, assim como, ao contrário, um privilegiamento da liberdade....

E, talvez este seja um bom caminho para enfrentar a crise do Estado de Direito – sua corrupção pelos “pouvoirs selvagens”, sua subversão pela *surveillance* e sua extinção pelo.

## REFERÊNCIAS

AMARILES. Restrepo. **The mathematical turn: l’indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale.** Disponível em: [https://www.academia.edu/5751766/The\\_Mathematical\\_Turn\\_Lindicator\\_Rule\\_of\\_Law\\_dans\\_la\\_politique\\_de\\_d%C3%A9veloppement\\_de\\_la\\_Banque\\_Mondiale?auto=download](https://www.academia.edu/5751766/The_Mathematical_Turn_Lindicator_Rule_of_Law_dans_la_politique_de_d%C3%A9veloppement_de_la_Banque_Mondiale?auto=download). Acesso em 29 de setembro de 2016.

ANDRADE, Daniel Pereira; OTA, Nilton Ken. **Uma Alternativa ao neoliberalismo. Entrevista com**

- Pierre Dardot e Christian Laval.** Tempo Social. Revista de Sociologia da USP. Vol. 27. N.1. 2015.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Costituzione o Barbarie.** Collana Costituzionalimi difficili. Lecce: Pensa editore. 2004
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos.** 2ª ed. Col. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado e Constituição e o “fim da geografia”.** IN: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. N. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2016. Pp. 69-82
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado Contemporâneo.** In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). América Latina: cidadania, desenvolvimento e Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo. REPE&C 21 – Poderes Selvagens: o caso da Constituição e da Política!. Coluna Sconfinato. <http://emporiiodireito.com.br/repec-21-poderes-selvagens/> Publicado em 04/04/2016.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Vale. REPE&C 25 – Bom Governo, Poderes Selvagens e Juristocracia. Coluna Sconfinato. <http://emporiiodireito.com.br/repec-25/>. Publicado em 07/06/2016
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo; BRUM, Guilherme Valle. Crisis (del poder) constituyente, Corte (in)constitucional y poderes salvajes. Ensayo sobre Estado y Constitución. In: Alfonso de Julios Campuzano. (Org.). Itinerarios Constitucionales para un Nuevo Mundo Convulso. Madrid: Dykinson SL, 2016, v. 1, p. 95-111.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob de.** A “liquidez” da surveillance cabe nos limites da “solidez” do marco civil da Internet? . <http://emporiiodireito.com.br/a-liquidez-da-surveillance-cabe-nos-limites-da-solidez-do-marco-civil-da-internet-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/>. Publicado em 08/05/2016
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberté, égalité, fraternité et ... “surveillance”: O leviatã contra-ataca. <http://emporiiodireito.com.br/liberte-egalite-fraternite-et-surveillance-o-leviata-contra-ataca-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-elias-jacob-de-menezes-neto/>. Coluna Sconfinato. Publicado em 18/05/2015.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MOURA, Marcelo Oliveira.** REPE&C 30 – O “fim” do estado de direito(?). Coluna Sconfinato. <http://emporiiodireito.com.br/repec-29-o-fim-do-estado-de-direito-por-jose-luis-bolzan-de-morais-e-marcelo-oliveira-de-moura/>. Publicado em 04/10/2016
- CASTELLS, Manuel. **The power of identity.** Wiley-Blackwell Publishing, 2010.
- DARDO, Pierre. LAVAL, Christian. **The New Way of the World: On Neoliberal Society.** London: Verso. 2013
- DARDO, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo. 2016
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l’océan de la mondialisation.** Paris: Seuil. 2016
- FERRAJOLI, Luigi. **Poteri Selvaggi. La crisi dela democrazia italiana.** Roma-Bari: Laterza. 2011.
- FERRAJOLI, Lugi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Col. Estado e Constituição. N. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo.** Uma conversación. Madrid: Trotta, 2012.
- FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores.** Col. Estado

- & Constituição. n. 17. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- FRYDMAN, Benoit. **Le management comme alternative à la procédure.** Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=Le+management+comme+alternative+%C3%A0+la+proc%C3%A9dure>. Acesso em 28 de setembro de 2016.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- HARDT, M.; NEGRI, A. **Comune. Oltre il privato e il pubblico.** Milano: Rizzoli. 2010.
- HARDT, M.; NEGRI, A. **Declaration.** Kindle edition. amazon.com. 2013
- HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Declaração. Isto não é um manifesto.** São Paulo. N-1 editores. 2014
- HIKELAMMERT, Franz. **Lo indispensable es inútil: hacia una espiritualidad de la liberación.** San José: Editorial Arlekin, 2012.
- KOSINSKI, Michal *et al.* Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America,** Washington, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 9 abr. 2013
- MARRAMAIO, Giacomo. Dopo babele. Per un cosmopolitismo della differenza. **Eikasia. Revista de Filosofia,** año IV, 25 (Mayo 2009). <http://www.revistadefilosofia.org>
- MENEZES NETO, Elias. **Surveillance, Democracia e Direitos Humanos: os limites do Estado de Direito na Era do Big Data.** Tese de Doutorado. UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2016.
- RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Laterza: Roma, 2013.
- SASSEN, Saskia. **Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages.** Princeton University Press, 2006.
- TEUBNER, Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali.** Tradução de Ludovica Zampino. Milano: Pearson Italia, 2012.

# O ESTADO DO DIREITO NO ESTADO DE DIREITO: POR UMA ECOLOGIA DE SUAS POSSIBILIDADES<sup>1</sup>

Wálber Araujo Carneiro<sup>2</sup>

## I. INTRODUÇÃO

Muitas questões problemáticas giram em torno da noção de Estado de Direito. Se analisamos o problema sobre a perspectiva do Estado, constatamos que tais problemas se encontram no centro da crise do próprio Estado nacional<sup>3</sup>. Fatores de desagregação do Estado afetam o Estado de Direito a partir do momento em que se ligam à relativização de sua soberania, ao esvaziamento de suas funções promocionais, à delegação de suas funções normativas, dentre outros fatores. Se observarmos pelo prisma do Direito, encontraremos a outra face da moeda. A capacidade de auto-determinação do Direito estatal em face de interferências ou imposições globais; a redução de garantias e a falta de eficácia de direitos fundamentais; e a presença de um direito produzido por agências que não encontram legitimidade direta na representação política. Tudo isso nos leva à pergunta: estaríamos diante do fim do Estado de Direito?

Mas, a questão se torna ainda mais problemática se considerarmos que a própria avaliação sobre o seu fim ou sua crise exige uma reflexão prévia: a noção de Estado de Direito que tomamos como referência seria capaz de apontar os caminhos para a reconstrução do Estado de Direito? Aquilo que

1. This work was conducted during a scholarship supported by the International Cooperation Program CAPES/COFECUB at the University of Brasília / Goethe Frankfurt University. Financed by CAPES – Brazilian Federal Agency for Support and Evaluation of Graduate Education within the Ministry of Education of Brazil. O resumo deste trabalho foi apresentado no XI Encontro da REPE&C – Rede de Pesquisa Estado e Constituição, na UNICHRISTUS, em setembro de 2017.
2. Professor de Teoria e Filosofia do Direito da Universidade Federal da Bahia–UFBA. Professor Pesquisador no Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Pós-doutor em Direito pela UNISINOS, pela UnB – Universidade de Brasília e pela *Goethe Universität de Frankfurt am Main (Gastwissenschaftler)*.
3. Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos, 2011.

intencionamos observar não exigiria uma reformulação na própria noção que utilizamos? Para além da crise do Estado de Direito, não estaríamos diante de uma crise da própria noção de Estado de Direito? Considerando que esse debate não considere um determinado Estado de Direito, mas diferentes formas que se apresentam como tal na sociedade global, possuímos uma noção compartilhada de Estado de Direito capaz de ser considerada como parâmetro para a própria análise crítica?

A tese que sustentamos neste capítulo é a de que a reflexão sobre as condições do Estado de Direito exige uma revisão da própria noção que devemos tomar como referência para a análise. A pergunta pelo Estado de Direito sempre esteve de alguma forma relacionada ao *estado* (do latim *status*: modo de estar, situação, condição em que se encontra) do Direito do Estado em relação ao poder político que o produz. Essa pergunta não encontrará respostas adequadas se, a partir dela, formos levados para o interior desse Estado, onde não será possível avaliar as condições ambientais nas quais o Direito é produzido. As condições empíricas em que se processam a comunicação da política e do direito da sociedade não estão mais restritas a sinalizadores nacionais ou territorializados, o que exige desse novo referencial uma observação do Estado de Direito em face seu ambiente. E mesmo que não se admita a dissolução do Estado nacional, é preciso assumir a sociedade global como o lugar a partir do qual se observam e se constroem as generalizações.

Nesse sentido, será necessário (item 2) avaliar as diferentes tradições de *rule of law* e o modo como elas interagiram na sociedade global, a ponto de permitir (item 3) a reconstrução da noção generalizada. Quais as dimensões que essa noção generalizada de Estado de Direito assume na sociedade global? Até que ponto essa generalização depende de revisões paradigmáticas que permitirão a análise do estado do Direito em diferentes Estados nacionais presentes no globo? Em seguida, após a reflexão sobre o paradigma, será possível avaliar (item 4) o *estado* do Direito no Estado de Direito da sociedade global. A própria aferição do estado de *legitimidade política* (item 4.1), de *autonomia do direito* (item 4.2) e de *integridade de direitos fundamentais* (item 4.3) – sustentados aqui como característicos do Estado de Direito da sociedade global – será mascarada, afetando a capacidade de análise da crise enfrentada. A fragmentação da comunicação em nível global afeta a reprodução do poder (e, portanto, da política e do direito), cria novos imperativos sistêmicos e exige observações que considerem novas diferenças que não são

observadas por lentes que observam a política do parlamento, o ordenamento do Estado e os direitos fundamentais da Constituição nacional. A pergunta pela crise do Estado do Direito exige uma observação que considere o *estado* dos direitos em diferentes unidades complexas e não, necessariamente, territorializadas, mas que ainda seja capaz de avaliar o estado do *direito* também nos “velhos” Estados nacionais.

O fluxo de poder global assume formas que escapam à análise da velha fórmula de Estado de Direito, embora venham sendo determinantes para a afetação das três dimensões que serão avaliadas. Uma *ecologia* (social) *do Estado de Direito* se torna necessária para avaliar o *estado* no qual o Direito se encontra no Estado ou em qualquer outro sistema que assuma condições performáticas equivalentes. Essa é a missão do texto: elaborar uma reconstrução *ecológica* das possibilidades do Estado de Direito.

## II. AS DIFERENTES FORMAS DO ESTADO DE DIREITO

A noção de Estado de Direito está longe de ser uníssona. Diferentes tradições marcam esse postulado com variados contornos semânticos, o que acabou por estimular o uso de versões fluidas e generalizadas na comunicação jurídica e política da sociedade global<sup>4</sup>. Essa crescente generalização e esvaziamento semântico da noção de Estado de Direito permitiu, por outro lado, que ela adquirisse, paulatinamente, força simbólica capaz de se colocar como um lugar comum para a análise crítica de regimes democráticos ocidentais. E com o compartilhamento da noção de Estado de Direito para além das tradições às quais estava vinculada, abriu-se a possibilidade de construção de significados comuns e, conseqüentemente, de observação desses significados no uso recursivo desse princípio em diferentes sistemas da sociedade global. Quais seriam, então, as tradições que orientaram a reconstrução semântica da noção de Estado de Direito? E, para além dessas tradições, quais as dimensões que o Estado de Direito assume na utilização recursiva desse princípio na comunicação jurídica e política da sociedade global? Essas são as duas perguntas

4. “A hipótese da sociedade mundial não se destina a uma compreensão analítica (ou seja, não é deduzida de procedimentos conceituais) e tampouco deve ser interpretada como uma espécie de utopia. Em vez disso, ela afirma empiricamente a ocorrência de circunstâncias na história das sociedades que são singulares e dependentes de formas de interconectividade e interdependência mundial qualitativamente novas. Conectividade e interdependência são, portanto, conceitos-chave em uma teoria da sociedade mundial. A sociedade mundial baseia-se na conectividade global, mas isso não significa que tudo esteja conectado a tudo e que as dependências sejam onipresentes. A formação de estruturas da sociedade mundial é realizada por meio de conectividade seletiva e por meio de interrupções de dependência.” STICHWEH, Rudolf. A sociedade mundial, 2018.

que pretendemos responder nesta parte.

O ponto de partida para a concepção de Estado de Direito está associada à diferenciação entre direito e política ocorrida na modernidade ocidental europeia. Na Magna Carta de 1215, por exemplo, já é possível observar o embrião da *Rule of Law* inglesa, uma vez que nela – independentemente dos déficits de efetividade e de um modelo de legitimação ainda estranho ao constitucionalismo burguês do final do séc. XVIII – já estavam previstas a limitação do poder político pelo direito, com algumas garantias “constitucionais” e regras de *due process of law*. Mais tarde, a teoria política desenvolvida na Europa ocidental, impulsionada pela consolidação de Estados Nacionais e pela crescente demanda por segurança jurídica, traduziu esse conjunto de limitações ao poder político da época como *rule of law*.

The American John Adams, followed the Englishman James Harrington, in quoting the Florentine Donato Giannotti, who divided the whole history of law and politics into a battle between two parties: those fighting for the rule of law (or government “*de jure*”) and those fighting for the rule of certain particular men (or government “*de facto*”). This descent of authority, back from America and France to England, Venice, Florence, and ultimately Rome, illustrates the high points of the modern rule of law tradition, which sought to work out in practice what the rule of law requires in principle. The conflict between the “*de facto*” theory of law as the instrument of power, and the “*de jure*” conception of law as the product of reason and justice, has been the driving force of legal modernity, and the development of constitutional government throughout the world.<sup>5</sup>

A ideia de um governo das leis em contraposição a um governo imposto pela força de um homem é reforçado nas perspectivas liberais e, no período de ebulição das revoluções burguesas, será possível perceber ao menos quatro diferentes tradições da *rule of law*.

A ideia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de *rule of law* («regra do direito» ou «império do direito»). Na França emergiu a exigência do *Estado de legalidade* (*État légal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do *Estado constitucional*, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do *Estado de direito* (*Rechtsstaat*), isto é, um

5. SELLERS, Mortimer N. S. What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?, 2014.

Estado subordinado ao direito.<sup>6</sup>

Cada uma delas assume, em resposta ao ambiente no qual estavam imersos, diferentes características e programas normativos. A *Rule of Law* inglesa<sup>7</sup> é uma construção do *Common Law*, que reconhece e estabiliza nas decisões dos Tribunais regras da tradição política e que, segundo Dicey, constitui, juntamente com a *Sovereignty of Parliament*, princípios conformadores do *law of the constitution*.

That “rule of law,” then, which forms a fundamental principle of summary of meaning the constitution, has three meanings, or may be regarded from of Rule law three different points of view. It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; a man may with us be punished for a breach of law, but he can be punished for nothing else. It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts; the “rule of law” in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals (...) The “rule of law,” lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land.<sup>8</sup>

Em síntese, a *Rule of Law* inglesa significa a) ausência de discricionariedade do poder político executivo; b) ausência de privilégios perante a Lei e os Tribunais e c) fórmula usada para expressar o fato de que, na Inglaterra, as regras constitucionais não são a fonte, mas a consequência dos direitos dos indivíduos, como definido e executado pelos Tribunais. Ainda segundo Dicey, o modo de institucionalização judicial da *Common Law* viabiliza a compatibilidade entre a *Sovereignty of Parliament* e a *Rule of Law* mediante a adequação hermenêutica dos *Acts* parlamentares, conformando um modelo harmônico.

Em contraposição à tradição inglesa, o *État légal* da França revolucionário

6. CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito, 1999.

7. DICEY, Albert Venn. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1980.

8. Idem. Ibidem.

não aposta na tradição como garantidora de uma relação harmônica entre os poderes. Rompendo com o *ancién regime*, essa versão de Estado de Direito exige uma radical divisão entre os poderes e um catálogo de direitos fundamentais voltado para a proteção de liberdades individuais. A soberania da Lei decorre do fato de ser ela a expressão de uma “vontade geral” encerrada na representação parlamentar, o que afasta a possibilidade de controle ou institucionalização do Direito por Tribunais. Em França, prevalece a ideia de Rousseau segundo a qual as liberdades individuais dos cidadãos só podem ser garantidas por uma conexão muito estreita entre a legislação e a vontade geral, sendo o monopólio legislativo do Parlamento o caminho legítimo para a proteção adequada da liberdade individual<sup>9</sup>. Mas, embora restem enaltecidos o respeito à ordem jurídica e a garantia de direitos civis, o problema da legitimidade primária restará submersa e “implodida” na unidade da *volonté générale*<sup>10</sup>.

Já o modelo alemão do *Rechtsstaat* será, por um lado, influenciado pelo liberalismo kantiano<sup>11</sup>, mas se desenvolverá em um ambiente hostil para esses ideais individualistas, tendo em vista a derrota dos movimentos liberais na Alemanha do séc. XIX. Havia sempre um monarca que ditava regras, e a influência dos parlamentos se limitava a funções de consulta ou consentimento<sup>12</sup>. A expressão *Rechtsstaat* fora cunhado por Christian Theodor Welcker em 1813, e deveria explicar como seria possível proteger a liberdade de cidadãos contra o poder absoluto de um regime autocrático e sem controle democrático<sup>13</sup>. Assim, em sua versão original, a noção de *Rechtsstaat* foi uma contribuição doutrinária que visava à domesticação dos poderes monárquicos, restringindo seu exercício à proteção da vida, da liberdade e da propriedade dos membros da sociedade<sup>14</sup>. Em Welcker, sua formulação mais complexa indicava, ao menos, quatro diretrizes: um arranjo “constitucional” capaz de garantir segurança mediante um sistema legal previsível; a sacralização dos direitos públicos subjetivos na lei positiva; a despersonalização do direito e o reconhecimento de suas normas como obrigações dirigidas tanto ao

9. TIEDEMANN, Paul. The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning Until Now, 2014, p. 172.

10. NEDZEL, Nadia E. Rule of Law v. Legal State: Where Have We Come from, Where Are We Going To?, 2014, p. 295-296.

11. Neste sentido, considera-se que Johan Wilhelm Placidus, no seu Litteratur der Staatslehre, Ein Versuch, de 1798, um precursor do desenvolvimento da teoria.

12. TIEDEMANN, Paul. The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning Until Now, 2014, p. 172.

13. Idem. Ibidem, p. 172.

14. GROTE, Rainer. The German Rechtsstaat in a Comparative Perspective, 2014, p. 193-194.

governante quanto ao governado e, por último, a participação do cidadão, ainda que indireta, no processo legislativo<sup>15</sup>. Com Robert von Mohl, a liberdade kantiana se dá através do Estado e, após a fracassada revolução de 1848, o *Rechtsstaat* é redefinido em um compromisso político entre autoritarismo monárquico e constitucionalismo liberal, baseando-se na teoria da autolimitação do Estado, na teoria dos direitos subjetivos e na teoria do primado da Lei advinda do positivismo<sup>16</sup>. O *Rechtsstaat* representava, portanto, uma alternativa tanto ao *Polizeistaat* – o Estado do bem-estar do despotismo esclarecido – dos séculos XVII e XVIII quanto ao modelo liberal-burguês de origem francesa<sup>17</sup>, embora ainda estivesse muito distante da *Rulle of Law* inglesa.

A noção de *rule of law* que se desenvolve nos EUA deriva da tradição inglesa e, nessa linha, incorpora controles e contrapesos estruturais semelhantes, e deposita no Judiciário um relevante papel na institucionalização do Direito<sup>18</sup>. Todavia, substitui a legitimidade da tradição pela vontade popular que se institucionalizou na Constituição de 1787. O “*We the people*” acrescenta à noção de Estado de Direito uma legitimação constitucional que pressupõe o *poder constituinte do povo* e a vinculação aos arranjos organizacionais e limites de exercício do poder descritos na carta, bem como a colocação do Judiciário como aquele que exerce a justiça em nome do povo<sup>19</sup>.

Essas quatro variantes do Estado de Direito explicam muitas das diferentes programações que esse princípio assume em diferentes Estados. A forma inglesa do *Rule of Law* depende de um processo de institucionalização judicial que, refletindo a tradição da *Land*, é harmonizada com os *Acts* da soberania parlamentar, um aparato de institucionalização constitucional que tornou possível prescindir de um texto sistematizado. Mecanismos que não serão observados na radical separação de poderes da França, que enaltece a Lei e chega a impedir a atuação judicial no seu controle de constitucionalidade, não obstante à força dos direitos individuais. Direitos que encontram paralelos no constitucionalismo dos EUA, mas que, ao contrário da França, é marcado por um sistema de *check and balance* e por uma secular

15. MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo: antigo e moderno, 1991, p. 133.

16. NEDZEL, Nadia E. Rule of Law v. Legal State: Where Have We Come from, Where Are We Going To?, 2014, p. 296-297.

17. TIEDEMANN, Paul. The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning Until Now, 2014, p. 172.

18. NEDZEL, Nadia E. Rule of Law v. Legal State: Where Have We Come from, Where Are We Going To?, 2014, p. 299.

19. CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito, 1999.

estabilidade constitucional. Já a forma germânica do *Rechtsstaat*, ainda que tenha a sua origem relacionada a proteções liberais, seria aquela que mais se distanciou do eixo comum que poderia ser traçado entre essas variantes clássicas, embora tenha sido a forma de Estado de Direito que mais se modificou e que, desde o pós-guerra, mais influenciou a expansão do Estado de Direito na sociedade global.

O *Rechtsstaat* alemão foi profundamente alterado no pós-guerra. Distanciando-se da noção formal à qual tinha se resumido e na qual tinha se dissolvido, assume, nos moldes da Constituição de Bonn de 1949, ideais substantivos de justiça<sup>20</sup> e um modelo de jurisdição constitucional que aumenta consideravelmente o poder de intervenção do *Bundesverfassungsgericht*. Nessa “ordem objetiva de valores”, terá destaque um retorno às origens com a proteção da dignidade humana e uma percepção de direitos fundamentais como direitos de defesa em face do Estado<sup>21</sup>. O controle de constitucionalidade germânico se transformará em um importante elemento da democracia reflexiva alemã e, ao lado do crescente impacto de tratados internacionais sobre direitos humanos, influenciará reformas que atingem tanto a tradicionalíssima Inglaterra quanto a radical França. Na Inglaterra, destaque para a *declaration of incompatibility*, que incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos no Direito interno do Reino Unido. Na França, uma reforma constitucional de 2008 introduziu a possibilidade de controle de constitucionalidade posterior à promulgação de uma Lei pelo parlamento. Regulamentada em 2009 por uma *Loi Organique*, a *question prioritaire de constitutionnalité* permitiu a qualquer pessoa que seja parte em um processo, judicial ou administrativo, o direito de questionar um dispositivo legal que atente contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, cabendo ao já existente Conselho Constitucional, se reunidas as condições de admissibilidade, pronunciar-se sobre a eventual revogação da Lei. Nos EUA, a “Corte de *Warren*” marca um período de ativa intervenção da Suprema Corte em prol de garantias constitucionais de cunho liberal, potencializando a utilização da antiga jurisdição constitucional e abrindo espaço para um amplo – e ainda inacabado<sup>22</sup> – debate em torno do ativismo judicial e dos limites na interpretação da Constituição.

Essa rede transconstitucional de interferências recíprocas que conecta a sociedade global atingirá países da América Latina a partir dos anos 1980,

20. GROTE, Rainer. *The German Rechtsstaat in a Comparative Perspective*, 2014, p. 197.

21. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, 2006.

22. Cf. ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, 1980.

quando ditaduras civis ou militares e inúmeros regimes de repressão foram, paulatinamente, sendo substituídos por regimes democráticos. A reconstrução do Estado de Direito na América Latina se dará mediante os desenhos constitucionais que serão incorporados pelas cartas pós-ditatoriais. Encontrarão, todavia, dificuldades na sua afirmação, pois as condições econômicas e institucionais não favoreciam sua efetividade. Os *deficits* de modernização, estruturas quase-estamentais, grande desigualdade social e escassez de recursos tendem a transformar o Estado de Direito latino-americano em simulacros periféricos<sup>23</sup> de um constitucionalismo tardio<sup>24</sup>. Diferentemente das quatro variantes analisadas, a América Latina não produziu uma noção positiva de Estado de Direito, tendo sido, em razão de sua história de dominação, mais frequente falar no Estado de Exceção<sup>25</sup> caracterizável a partir da ausência de legitimidade no exercício do poder político, da violação de liberdades fundamentais e da ausência do devido processo legal. Mas, se a generalização das diferentes noções de *rule of law* serviram para caracterizar o Estado de Exceção vivido na América Latina, a efetiva construção de Estados Democráticos de Direito latino-americanos demandaria uma percepção adequada aos “países de modernidade tardia”<sup>26</sup>.

Nessa linha, o lado positivo da noção de Estado de Direito na América Latina é conduzido pela categoria do constitucionalismo, o que se revela problemático. Não em razão de uma suposta irrelevância dos modelos constitucionais adotados, responsáveis por estabelecer os programas que estão recursivamente associados ao Estado de Direito, mas em razão do *deficit* na análise histórica e sociológica das condições de possibilidade do constitucionalismo latino-americano. O constitucionalismo latino-americano se desenvolve sob forte influência de concepções teóricas que, por um lado, implodem a legitimidade do direito na decisão democrática do constituinte e, por outro, delegam a conformidade constitucional à semântica aberta dos princípios constitucionais. O problema é que nenhum país da América Latina viveu as condições revolucionárias norte-americanas que sustentam, até hoje, a fórmula “*We the people*”, tampouco é possível transferir a noção de soberania da Lei nos moldes do *État légal* para a soberania da Constituição, pois isso

23. Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 2007.

24. Tomo emprestado a expressão que Manoel Jorge e Silva Neto utiliza para se referir, no singular, ao constitucionalismo brasileiro. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*, 2016.

25. Sobre a forma atual do Estado de Exceção, vide: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, 2004.

26. Cf. STRECK, Lenio. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*, 2002.



demandaria – como, de fato, demandou – uma sustentação metodológica que, nos moldes do *Rechtsstaat* do pós-guerra, levaria – como, de fato, levou – ao ativismo discricionário do Judiciário, sem que tivéssemos o peso da tradição da *Rule of Law* inglesa ou as boas condições políticas e econômicas da Alemanha do pós-guerra para impedir o descontrole dos Juízes e Tribunais. O resultado nos conduziria – como, de fato, vem conduzindo – à morte antecipada de um Estado de Direito latino-americano.

Some-se a isso um elemento adicional que é central à tese defendida neste texto. Todas as noções de Estado de Direito analisadas representam *standards* voltados para a autoavaliação de sistemas jurídicos estatais, que consideram as condições de sua realização a partir de variáveis ainda vinculadas à soberania territorial<sup>27</sup> do Estado moderno. As condições de realização para o Estado de Direito dependem, todavia, de variáveis externas vinculadas a um fluxo de poder desterritorializado e despersonificado, fatores que mascaram a autoavaliação conduzida por tais *standards*. A real taxa de deslocamento de uma aeronave não pode ser medida por instrumentos que observem a velocidade a partir do corpo que se movimenta, pois a velocidade do vento altera a taxa de deslocamento. Somente sabermos a real taxa de deslocamento de um corpo e suas diferentes velocidades relativas se for possível observarmos esse deslocamento a partir de fora (em um satélite, por exemplo), embora não seja possível medirmos de fora da nossa órbita “global”. Eis a questão. Se quisermos medir o grau de impessoalidade do direito, que busca a eliminação de paradoxos mediante inúmeras formas de diferenciação e programas constitucionais, precisaremos observar o *estado* no qual o direito se encontra no Estado de Direito observando-o na relação com o seu ambiente. É necessária, portanto, uma *ecologia*<sup>28</sup> do direito no Estado de Direito.

Sob a perspectiva da latino-americana, é possível constatar avanços nas leituras estimuladas por experiências constitucionais mais recentes, a exemplo da assimilação e preocupação com o pluralismo étnico presente nas

27. Uma crítica equivalente a que pretendemos empreender neste texto, mas que se dirige à categoria de soberania pode ser encontrada em PRIBAN, Jiri. Soberania e pós-soberania: uma perspectiva a partir dos Sistemas Autopoiéticos, 2015.

28. “(...) una ecología de la ignorancia, es decir, orientar la descripción precisamente a la forma tras de la cual yace actualmente el «unmarked space»” LUHMANN, Niklas. Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, 1997, p. 152. Já Teubner nos alerta que a sustentabilidade deve ser vista como uma orientação presente em todos os âmbitos que envolvem a administração do risco de autodestruição social. TEUBNER, Gunther. Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, p. 272. Ver também: DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, 2017.

comunidades andinas<sup>29</sup>. Todavia, muitas das categorias do chamado novo constitucionalismo latino-americano<sup>30</sup> permanecem vinculadas às experiências europeias, que só funcionam – se é que ainda funcionam – no centro da sociedade global porque a inércia da descentralização dos sistemas funcionais faz com que as medições da “taxa de deslocamento” do Direito interno em relação às formas institucionalizadas do poder territorializado permaneçam próximas da “taxa de deslocamento” desse mesmo Direito em relação ao poder global. O chamado novo constitucionalismo latino-americano precisa ser observado enquanto tal desde a perspectiva de uma sociedade global, caso contrário jamais saberemos se a demarcação de terras indígenas no Brasil e o estabelecimento de um marco temporal para a caracterização da posse<sup>31</sup>, por exemplo, foram uma solução legítima para a incontornável colisão de sistemas jurídicos plurais ou se não passaram de um simulacro diabólico decorrente da corrupção econômica promovida pela indústria global do agronegócio. É preciso reconstruir a teoria do Estado de Direito a fim de que seja possível observar as condições sócio-ambientais do *estado* do direito produzido no Estado, ainda responsável por legitimar com sua força simbólico-institucional a solução localizada dos conflitos. O objetivo desse texto é, justamente, desenhar um esboço dessa reconstrução *ecológica* da noção de Estado de Direito adequado à periferia da sociedade global.

### III. O ESTADO DE DIREITO DA SOCIEDADE GLOBAL

Normalmente, as reflexões que associam o Estado de Direito à sociedade global caminham no sentido de sua desvinculação com as fontes estatais, viabilizando a avaliação do *estado* de sistemas desterritorializados. Neste sentido, a sociedade global e fragmentada deveria assumir, em cada um de seus sistemas, exigências equivalentes à da *rule of law* a fim de que não só o direito produzido pelo Estado, mas também aqueles criados em sistemas não-estatais, se legitimassem através de exigências procedimentais e de respeito a direitos fundamentais.

To contain and check the exercise of authority, to ensure the rule of justice rather than of individual caprice, and to render ruling bodies institutionally and normatively compatible with international governance structures—it is

29. Cf. MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador, 2010.

30. Cf. VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. El nuevo Constitucionalismo latinoamericano, 2010.

31. Cf. BRAGATO, FERNANDA FRIZZO; NETO, PEDRO BIGOLIN. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção, 2017.

with these promises that the rule of law has become an international model for nonviolent, effective system-building and conflict resolution. This is the basis of “Rule of Law Promotion”, the central policy in international development cooperation today. Conceptually, this policy draws on the same domestic constitutional debates over the rule of law that it itself has initiated in certain countries. At the same time, the policy cannot be separated from a shift toward the law and the concept of the rule of law in international relations and discourses on global governance, tied to the search for legitimate and stable structures. The discussion of authority and governance in relation to a bundle of issues and principles conventionally associated with the rule of law has increasingly become the *lingua franca* among actors in these loosely linked political fields. (...) in contexts “beyond the state,” where state institutions do not have a monopoly on the setting and enforcement of rules, non-state entities produce (legal) norms that can fulfill the functions of the rule of law. The rule of law’s expanded scope beyond state law manifests itself in all three discourses addressed here: constitutional law, law and development, and global governance. When non-state norms contribute to system-building and conflict resolution, when their validity has institutional foundations, and when they normatively and institutionally reflect a general understanding of justice, it is productive to recognize them as the rule of law. At the same time, informal legal norms that replace state law as its functional equivalent must be measured according to the same standards as state law. In this sense, rule of law principles can provide a general yardstick to evaluate even these norm-building processes that occur beyond the state.<sup>32</sup>

A reflexão que propomos segue, todavia, uma outra direção. Isso porque o problema da *rule of law* não está no seu direcionamento exclusivo aos Estados nacionais e, conseqüentemente, a solução não se resumiria ao aproveitamento de uma de suas matrizes como um “*yardstick*” para diferentes fontes de produção do direito. Embora também não resida no fato de ser essa expansão algo desprovido de sentido. Uma direção diferente é exigida pela incapacidade de a *rule of law* representar uma lente de auto-observação *ecológica*, o que pressupõe observações de segunda ordem e modelos teóricos que funcionem no acoplamento entre o direito e o poder que flui de seu ambiente. A colocação da “velha” *rule of law* como um “*general yardstick*” não resolverá o problema que a própria expansão busca resolver: garantir legitimidade e ausência de arbitrariedade para o direito, protegendo sistemas, organizações, sujeitos e indivíduos afetados.

Se a comunicação política é global, mas as decisões que administram a colisão de sistemas são, por vezes, locais, essas últimas estarão, em alguma

32. KÖTTER, Matthias; SCHUPPERT, Gunnar Folke. Applying the Rule of Law to Contexts Beyond the State, 2014, p. 89.

medida, afetadas por variáveis políticas, jurídicas, econômicas, dentre outras, igualmente globais. Ou seja, as variáveis ambientais relevantes para a decisão não estarão à disposição da política local. Desse modo, como acreditar que o *estado* do direito estaria sendo corretamente aferido se o *yardstick* considera, exclusivamente, condições de fechamento intra-sistêmico na institucionalização desse direito, seja ele do Estado ou de outra *Village*? Teorias Fundamentais do Direito – em contraposição à auto-observação típica da dogmática – só lograrão êxito na sociedade complexa se duas condições forem satisfeitas. Em primeiro lugar, abrir mão da pretensão de “generalidade” – por exemplo, a da velha Teoria Geral do Direito –, pois a busca por esse atributo nos levaria a duas possibilidades. Na primeira, a uma microscópica descrição sintático-estrutural do fenômeno jurídico que, além de demasiado vaga, já não conseguiria descrever um padrão universal para a sociedade global (TGD como Teoria da Norma, por exemplo). Na segunda, recuaríamos tanto a nossa lente para uma análise “geral” que, de tão panorâmica, já não seria mais uma teoria sobre o Direito propriamente dito, mas uma epistemologia ou uma sociologia da sociedade global. Em segundo lugar, precisa ser uma teoria que seja capaz de funcionar no acoplamento entre o direito e o seu ambiente, controlando o fluxo de sentido e avaliando as condições de abertura e fechamento dos diferentes sistemas conectados na rede. Somente abrindo mão das pretensões de “generalidade” e assumindo a posição de uma *ecologia* do não-saber<sup>33</sup>, será possível elaborar *generalizações* localizadas, sem pretensões de universalidade, capazes de funcionar e contribuir normativamente na dinâmica do Direito da sociedade da sociedade global. Uma teoria sobre o *estado* do direito no Estado de Direito precisa ser, como uma dentre outras *Ecologias Jurídicas Fundamentais*, capaz de medir como e em que medida as variáveis globais (ambiente) afetam a produção local do direito (sistema). Essa demanda, portanto, nos leva à tentativa de, a partir das tradições estudadas e das interferências recíprocas que elas produziram, estabelecer generalizações capazes de observar o *estado* ecológico do direito em sistemas jurídicos que exigem para suas operações internas performances típicas da *rule of law*.

Assim, se considerarmos a autodescrição das teorias que analisamos, será possível constatar que o Estado de Direito exige o atendimento de determinadas condições estruturais. A tarefa é identificar generalizações

33. LUHMANN, Niklas. Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, 1997.

que consigam se aproveitar da força simbólica que cada uma das tradições assume, sem se comprometer com as diferentes programações que a forma assume nos mais variados sistemas jurídicos estatais – ao menos para aqueles que se auto-observam como compatíveis com o Estado de Direito. Consequentemente, colocá-las na perspectiva *ecológica* a fim de que acelerem a comunicação jurídica tanto em relação ao seu ambiente quanto em relação ao interior do sistema. Quais seriam as dimensões de tais condições estruturais para o direito no Estado de Direito? Em outras palavras, qual o *estado* em que o Direito no Estado de Direito deve se encontrar? De certo modo, essa resposta já se encontra latente na comunicação jurídica da sociedade global, pois, como foi dito acima, os diferentes programas assumidos por diferentes democracias ocidentais forçaram, no intuito de manter a força simbólico-institucional da forma, a generalização. Diferenciações da regra básica da impessoalidade do exercício do poder na *rule of law*, o *estado* do direito compatível com o Estado de Direito exige:

- a. legitimidade das agências que decidem politicamente a formulação do direito;
- b. separação de poderes e respeito aos critérios de administração das fronteiras que os separam;
- c. observância de limites de fundamentalidade no exercício do poder de produzir, administrar ou decidir/aplicar conforme o direito;
- d. possibilidade de acesso e controle judicial da legalidade e da fundamentalidade;

Diferentes sistemas que se autodescrevem como adequados ao *estado* do Estado de Direito estabelecem diferentes programas para cada uma desses *standards*, sendo possível observar diferentes fundamentos para a legitimidade, diferentes desenhos institucionais para a separação de três ou mais poderes; diferentes gerações, dimensões e formas de institucionalização dos direitos fundamentais, bem como diferentes formas e possibilidades de controle judicial da legalidade de atos administrativos e constitucionalidade de normas gerais, etc. A colocação desses *standards* na estrutura de uma teoria *ecológica* sugere a verificação do estado do direito a partir de três âmbitos da relação sistema-ambiente. Um âmbito externo (heterônomo) correspondente ao (I) *estado de legitimidade política*; um âmbito interno (autônomo) relativo ao (II) *estado de autonomia do direito* e, por fim, um terceiro âmbito que observa o acoplamento entre os dois outros âmbitos, referente ao (III) *estado de integridade dos direitos fundamentais*. A caracterização do Estado de Direito – ou de

sistemas não estatais que se auto-observem a partir de standards equivalentes – exige a verificação do *estado* do Direito nesses três âmbitos.

## IV. ÂMBITOS DE VERIFICAÇÃO DO ESTADO DO DIREITO DA SOCIEDADE GLOBAL

### 4.1. ESTADO DE LEGITIMIDADE POLÍTICA

O *estado de legitimidade política* do Direito não é, a rigor, aquele para o qual a noção de Estado de Direito esteve a serviço. A *Rule of Law* inglesa não questionava quem era o Rei, mas como ele deveria governar, restando a questão da legitimidade – pelo menos após a Revolução Gloriosa – mais afeita ao princípio do *parliamentary sovereignty*. O *État de droit* e o *Rechtsstaat* primitivo também revelam esse *deficit*, pois não questionavam nem a *volonté general* nem a tradição despótica, exigindo o respeito a um e a domesticação esclarecida ao outro. Somente com o constitucionalismo estadunidense é que essa dimensão se torna central à caracterização do Estado de Direito, pois a fórmula “*We the people*” foi tomada como condição necessária para a legitimidade do programa inscrito na carta constitucional. De todo modo, a complexidade dos programas provoca uma tendência, inclusive no constitucionalismo dos EUA, de redução do problema à legitimação procedimental. Desde a legitimação democrática pelo voto, que se expande na sociedade global mediante a fórmula “*one man, one vote*” a partir do séc. XIX, até a legitimidade do processo judicial, o *estado* de legitimidade vai se firmando pela caracterização procedimental. Todavia, lentes que observam o problema da legitimidade reduzindo-a ao problema da participação e representação na produção de leis gerais abstratas, bem como no respeito aos procedimentos e competências do devido processo legal, não captam vícios situados nas assimetrias estruturais da sociedade. Não captam a interferência do poder econômico nas campanhas eleitorais, nem as razões corporativas que movem as autoridades judiciárias. Não dão conta de âmbitos dominados pela escolha da técnica, a exemplo da produção do direito regulatório e autônomo das agências reguladoras<sup>34</sup>. Não são capazes de medir o grau de submissão da política nacional a imperativos do ambiente social global e fragmentado, a exemplo da imposição velada do *soft law* nos critérios de governança<sup>35</sup> e da incontornável aceitação de *standards*

34. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática, 2006.

35. Cf. MATTEI, Ugo; Laura Nader. Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal, 2013.

normativos e padrões tecnológicos necessários à conexão com a economia global<sup>36</sup>. A própria dinâmica de uma democracia representativa que obedece à lógica majoritária não é capaz de dar conta das exigências contra-majoritárias de democracias plurais<sup>37</sup>, problema que acaba sendo deslocado para o *estado de integridade dos direitos fundamentais*. A implosão da legitimidade da política que produz o direito na conformidade com o procedimento auto-observada pelo próprio sistema (Ex.: quando uma decisão judicial decide se uma outra decisão judicial atendeu a regras de competência) não permite observar o complexo fluxo de poder que transita entre o ambiente e os sistemas político e jurídico no Estado de Direito<sup>38</sup>.

No âmbito de uma *ecologia social*, a legitimidade da política que produz o direito precisa ser pensada como “legitimidade ‘do’ político” e não, apenas, como “legitimidade ‘da’ política”<sup>39</sup>. Isso significa que a verificação do *estado do direito* em um sistema merece avaliações qualitativas que observam como o “poder” político flui nos fragmentos da sociedade global antes de produzir o direito. A alternativa mais “próxima” estaria na utilização de uma métrica externa que medisse a *legitimidade* da legitimação procedimental. É neste sentido que Habermas chamará atenção para o fato de que, não sendo possível a um sistema jurídico adquirir autonomia sozinho, dependerá ele de procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição que garantam a formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionem uma racionalidade ético-procedimental que, ingressando igualmente no direito e na política, garanta uma democracia real<sup>40</sup>.

Especialmente nesse ponto, emergem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e a concepção ético-procedimental do direito proposta por Habermas. Para Luhmann, à positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos “donos do poder”, mas também a neutralização moral do sistema jurídico. Habermas reconhece que as fronteiras entre direito e moral existem, considerando que a racionalidade procedimental do discurso moral não regulado juridicamente é incompleta, eis que inexistente um

36. Cf. FRYDMAN, Benoit. O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores, 2016; SALDANHA, J. M. L.; MELLO, R. C.; LIMBERGER, T.. Do governo por leis à governança por números: breve análise do *Trade in Service Agreement*, 2016.

37. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales, 1993.

38. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial, 2011.

39. Cf. TEUBNER, Gunther. Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012.

40. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, 2001.

terceiro encarregado de decidir as questões entre as partes<sup>41</sup>.

Embora o mecanismo de verificação da “legitimidade da legitimação” proposto por Habermas já se coloque em uma perspectiva de acoplamento entre os sistemas político e jurídico, o faz mediante a análise dos padrões de comunicação existente entre os sujeitos “presentes” no diálogo. Tais procedimentos, além de não estarem reduzidos à política parlamentar (entidades representantes da sociedade civil presente no espaço público, representantes parlamentares, etc.), deve considerar o fato de que a comunicação social entre presentes está previamente condicionada aos espaços de possibilidade e jogo de uma comunicação entre ausentes (entre sistemas). A rigor, as decisões políticas tomadas entre sujeitos “presentes” não são capazes de esgotar e/ou corrigir a legitimação das decisões que vão ser tomadas a partir dos critérios ali decididos, pois a performance esconderá o “não-dito” a ser observado em uma perspectiva *ecológica*. O modo de observação sistêmica de Luhmann, por sua vez, seria capaz de observar em uma perspectiva de segunda ordem (sociológica) as variáveis que estão irritando o sistema político para produzir um determinado direito, o que representa um *plus* qualitativo para o modelo. Todavia, há de se levar a sério a crítica que o próprio Habermas levanta contra o modelo luhmanniano, uma vez que esse só seria capaz de observar as irritações entre sistemas, não se mostrando preocupado com o estímulo e aceleração do diálogo entre eles. Há no modelo luhmanniano um forte *deficit* na observação da comunicação “entre os sistemas”, razão pela qual Marcelo Neves aponta a insuficiência das descrições luhmannianas sobre o “acoplamento estrutural” e assimila, para esse âmbito, as exigências da racionalidade transversal de Welsh<sup>42</sup>.

O *estado de legitimidade política* e sua contribuição para a caracterização do Estado de Direito depende, portanto, de observações que sejam capazes de avaliar a qualidade da comunicação entre sistemas, bem como contribuir para a aceleração heterorreflexiva no acoplamento Direito com o seu ambiente. Como o político não flui, apenas, pelo sistema funcional da política territorializada da sociedade, mas também na corrupção silenciosa que outros sistemas provocam nessa política e nos espaços perdidos para os imperativos da técnica e dos *standards* globais, essa observação não pode pressupor uma relação *point-to-point* entre política e direito, mas considerar o entrelaçamento

41. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito, 1996.

42. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, 2009, p. 38-50.

transversal de diversos sistemas nacionais e desterritorializados por onde flui o poder “das” políticas.

Mas, sem prejuízo da necessária *ecologia* dos fluxos de poder que aqui sustamos, Marcelo Neves apontava que já não era suficiente “a previsão textual de procedimentos típicos do Estado de direito – o judicial, baseado no *due process of law*; o legislativo-parlamentar, construído através da discussão livre entre oposição e situação; e o eleitoral, mobilizador das mais diversas forças políticas em luta pelo poder estatal” – sendo também imprescindível que as decisões deliberadas – e, acrescento, usurpadas da política – não fossem “deturpados impunemente no processo de concretização constitucional”, o que exigiria “condições sociais que possibilitem, de maneira generalizada, a identificação de sentido e o consenso efetivos em torno dos mesmos”<sup>43</sup>. Nesse ponto, somos levados a dois outros âmbitos de verificação do *estado* do direito necessário e característico do Estado de Direito.

## 4.2 ESTADO DE AUTONOMIA DO DIREITO

A autonomia é o *estado* clássico da *rule of law*. Aqui, tanto a administração pública quanto a jurisdição devem estar vinculados ao “império da lei”. Mas essa vinculação ao direito objetivo posto não pode ser simplificada e reduzida ao respeito a limites semânticos de textos normativos, *estado* basal do direito exigido no velho *État de droit* revolucionário-burguês. Tanto a jurisdição quanto à administração pública está imersa em um ambiente de elevada complexidade, o que amplia a contingência e o risco das decisões judiciais e administrativas, transformando o ideal da necessária vinculação à lei em um grande desafio para a realização do Estado de Direito. Não sendo ao sistema possível prever todas as possibilidades de aplicação, seria possível dizer o direito sem que, com isso, se crie um direito personificado? Seria possível administrar conforme o direito sem que a tomada do administrador mantivesse a impessoalidade da administração?

A primeira tentativa de solução para esse problema passará, ao menos na tradição do *civil law*, pela maior abertura semântica da lei, de modo que o espectro da descrição factual do texto permita a flexibilidade de sua aplicação, mantendo-se viva a estrutura hipotética-condicional do silogismo. O espaço de discricionariedade interna nessa “moldura” se legitimaria, por fim, nos aspectos formais da validade, mediante a vinculação de competências e

43. NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito, 1996.

procedimentos, mais adequados à correspondência semântica. A abordagem sintática de Kelsen na Teoria do Direito<sup>44</sup>, assim como o uso legislativo de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais<sup>45</sup>, representam mecanismos voltados para salvar o *État de droit* originário de suas impossibilidades a partir de alguma solução menos fantasiosa que as teorias sintáticas da interpretação, da qual a Escola de Exegese é a principal e mais mítica representante. Essa maior abertura também afetará a necessária vinculação dos atos administrativos à Lei. O desenvolvimento de teorias que tratam das aproximações e distanciamentos entre atos administrativos discricionários e vinculados revela, por um lado, a forte presença de normas dotadas de elevada abertura semântica – uma resposta à complexidade da Administração Pública – e, por outro, as preocupações quanto a atuação impessoal do administrador<sup>46</sup>.

A partir do momento em que o controle semântico da vinculação de decisões e atos administrativos ao sistema jurídico vai se revelando frágil, as alternativas que restam ao modelo de *civil law* estarão, de um lado, no reconhecimento da discricionariedade antitética ao Estado de Direito<sup>47</sup> e, de outro, na adoção de modelos finalísticos que substituem os limites semânticos por referências axiológicas ou teleológicas<sup>48</sup>. As soluções propostas, todavia, não nos parece satisfatórias para a garantia de autonomia do direito em condições complexas de aplicação. Primeiramente, a abertura da fundamentação externa ao sistema jurídico, legitimada por concepções filosóficas concebiam tanto existente quanto cognoscível uma “ordem objetiva de valores”<sup>49</sup> a partir da qual seria possível avançar no espaço de indeterminação semântica do direito se mostrará incompatível com a paulatina afirmação da sociedade plural<sup>50</sup>. Por essa razão, será perceptível que a crença nessa “ordem objetiva de valores” acabará sendo deslocada para uma “deontologia dos princípios”<sup>51</sup>, embora a substituição do *axiológico* pelo *deontológico* não tenha conseguido eliminar as dificuldades *epistemológicas* decorrentes da colisão dos princípios

44. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 1998.

45. Cf. KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial, 2004.

46. Cf. Idem. Ibidem.

47. SCHIMITT, Carl. Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 1921.

48. HECK, Philipp. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1912.

49. SMEND, Rudolf von. Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.

50. HÄBERLE, Peter. Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Königstein, 1980.

51. ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte, 1986.

presentes no sistema<sup>52</sup>. Já solução para as dificuldades epistemológicas no âmbito de formulações hermenêuticas metódicas se mostraram inconsistentes<sup>53</sup>, sendo necessário transportar para o campo da decisão/aplicação aquelas soluções que haviam sido construídas para o *âmbito da legitimidade* de exercício do poder político<sup>54</sup>. Por essa razão, o problema hermenêutico que estaria resolvido mediante uma correta compreensão da norma tende a ser enfrentado mediante a busca por uma “justa” argumentação sobre o modo como um determinado caso deve ser resolvido a partir das normas integrantes do sistema. A argumentação passa a receber um tratamento procedimental na tentativa que, desse modo, fosse possível controlar, em um ambiente plural, a adequação de um direito legítimo a situações concretas inesperadas, sem que isso colocasse em risco o *estado* de legitimidade democrática da norma abstrata e, conseqüentemente, o Estado de Direito. Todavia, mesmo que superássemos as dificuldades quanto à adesão a esse procedimento argumentativo, a solução legítima não garante que os próximos casos receberão o mesmo tratamento, diferenças que revelam *estado* de um direito de difícil compatibilização com o Estado de Direito<sup>55</sup>.

No âmbito do controle finalístico da administração pública, além de todas as dificuldades epistêmicas que acabamos de descrever, sequer seria possível admitir que ações administrativas possuiriam um único vetor finalístico, o que nos leva de volta ao velho problema da “ponderação de interesses” e, inexoravelmente, das decisões políticas sobre tal ponderação<sup>56</sup>. No Brasil, ainda assim, é possível observar que a legitimação finalística da administração pública é fortemente influenciada pelo crescente discurso da força normativa dos princípios conformadores da administração pública<sup>57</sup>. De todo modo, menos pela evidência das dificuldades epistêmicas e mais pelo apelo democrático, é também possível observar o uso de alternativas procedimentais para legitimar decisões políticas da administração pública. Audiências públicas, criação de conselhos, consulta e participação direta na elaboração de orçamentos são

52. LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – Apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais, 2016.

53. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales, 1993.

54. ALEXY, Robert. Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1983; GÜNTHER, Klaus. Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, 1988.

55. Cf. STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2017.

56. LADEUR, Karl-Heinz; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens, 2016.

57. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 2010.

medidas comumente adotadas para a criação e legitimação de decisões administrativas<sup>58</sup>. Embora o formato de legitimação procedimental encontre aqui um ambiente mais adequado para a sua utilização, ela enfrentará problemas e *deficits* semelhantes aos que foram descritos na crítica à legitimidade no âmbito da produção legislativa do Direito. As assimetrias entre os âmbitos organizado e espontâneo da sociedade (entre Estado e cidadão, SUS e pacientes, Escola e alunos, etc) impede a isonomia dos debates e, mesmo com o auxílio de representantes da sociedade civil organizada, restará limitada ao diálogo entre presentes e não substituirá a complexa máquina administrativa no cotidiano de suas ações. Isso tem aberto espaço para modelos de governança, manifestados em contratos internos de gestão governamental, ouvidorias, avaliações a partir de *standards*, especialmente quando envolve mecanismos de terceirização, parcerias público-privadas ou privatização do serviço público<sup>59</sup>. Esses mecanismos, entretanto, não eliminam os *deficits* de legitimidade democrática, apenas os desloca para a formulação dos parâmetros.

Neste aspecto, tanto o controle principiológico da administração pública quanto a fundamentação principiológica da jurisdição ignora que a força simbólica de validade de tais meios de comunicação do direito é também generalizada, isto é, cumpre a função de permitir a estruturação de diferentes pretensões jurídicas<sup>60</sup>. O fato de uma decisão julgar conforme um “princípio” não significa que decisões diametralmente opostas também não possam se estruturar por meios de comunicação simbolicamente generalizados<sup>61</sup>. Muitas vezes, no mesmo princípio. O problema da pluralidade dos horizontes de sentido estruturados mediante princípios e os problemas de colisão daí decorrentes não serão resolvidos por uma concepção sobre os princípios que associe seu alcance normativo-material à dimensão semântica da linguagem. A insistência na semântica corroborará com a discricionariedade e, conseqüentemente, com o “descontrole” do fluxo de poder no direito, afetando sua autonomia. Ademais, controles epistêmicos *ad hoc* (ex. métodos de interpretação, controles argumentativos, etc.) não

58. BENEVIDES, Maria Victoria e DUTRA, Olivio. Orçamento Participativo e Socialismo, 2001; SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa, 2002.

59. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. Revista de Administração Pública, 2008.

60. Cf. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais, 2013; LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política, 2010.

61. CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global, (prelo).

serão capazes de “domesticar” essa semântica aberta dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, servindo apenas para a legitimação simbólica da autonomia do sistema, cujo lado diabólico implica corrupção sistêmica<sup>62</sup>. Acrescente-se a isso o fato de que a jurisdição, acreditando na unidade mítica dos sentidos assumidos pelos princípios jurídicos, amplia as possibilidades de intervenção na administração pública, desvirtuando ainda mais o *estado* do direito naquilo que deveria ser o Estado de Direito<sup>63</sup>.

As alternativas para o âmbito da autonomia jurídica como um *estado* necessário ao Direito do Estado de Direito dependem de modelos de avaliação capazes de observar a comunicação jurídica em pragmática reflexiva<sup>64</sup>, o que envolve tanto a abertura para os horizontes de sentido que se estruturam no ambiente do sistema jurídico quanto o hiperciclo de comunicações recursivas dentro do sistema<sup>65</sup>. O reconhecimento de uma decisão “conforme ao direito” exige, portanto, observações que sejam capazes de avaliar o grau qualitativo tanto de abertura cognitiva quanto de seu fechamento operativo do sistema. Sob a perspectiva da abertura cognitiva, deve-se pressupor que a autonomia de um sistema jurídico nacional constitucionalizado, por exemplo, não ambiente, derivadas de sistemas muitas vezes desterritorializados. Crer que o isolamento coopera com o *estado* autônomo do Direito no Estado de Direito é ignorar que redes globais da política e da economia – de cuja existência resta evidenciada tanto das relações diplomáticas quanto nas relações e acordos comerciais – não seriam capazes de corromper o *estado* autônomo do Direito. Conceber a conexão em rede também do sistema jurídico é uma alternativa para que seja possível usar as reservas de racionalidade prática reconhecidas e eficazes no centro da sociedade global em favor de Estados periféricos<sup>66</sup>. Admitir a conexão não apenas permite que se deixe às claras o real espaço de jogo da política nacional, como também permite demarcar a usurpação da soberania<sup>67</sup>, tematizando-a no centro da sociedade global. Um constitucionalismo “adequado a países de modernidade tardia” precisa assumir, atualmente, formas transconstitucionais<sup>68</sup>, uma vez que as fórmulas de

62. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica, 2007.

63. FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 2010.

64. Cf. TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético, 1989.

65. CARNEIRO, Wálber Araujo. Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito, 2011.

66. CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global (prelo).

67. Cf. PŘIBÁŇ, Jiří. Soberania e pós-soberania: uma perspectiva a partir dos Sistemas Autopoiéticos, 2015.

68. Cf. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, 2009; CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Constitucionalismo em tempos de globalização, 2009.

trincheira que o dirigismo constitucional periférico produziu não se mostram eficazes para conter a corrupção provocada pela rede de sistemas globais que se conectaram à política nacional. Uma das razões decorre do fato de suas “valas” e “sacas de proteção” serem rasas e translúcidas, o que causa apenas uma falsa sensação de segurança. Nas falsas trincheiras, as mortes nunca são atribuídas aos inimigos. As trincheiras principiológicas precisam ser transformadas em áreas de diálogo heterorreflexivo<sup>69</sup> e constringedor, em um movimento de resistência da periferia em relação ao centro do globo<sup>70</sup>.

Sob a perspectiva do fechamento, é necessário observar até que ponto a autorreferência imediata às normas jurídicas atinge o nível da reflexividade hipercíclica<sup>71</sup>. A autonomia de um sistema comunicacional – que pressupõe as conexões de abertura acima comentadas – é gradual<sup>72</sup>, sendo que o nível de autodeterminação de uma decisão em conformidade com ele próprio está relacionado à capacidade de entrelaçamento dos componentes sistêmicos autorreferenciados, de modo que o sistema possa definir e colocar em operação esse conjunto (elementos, estruturas, processos, limites, identidade e meio ambiente), reproduzindo-se a si mesmo. Trata-se de um jogo reflexivo típico de um sistema jurídico circular, no qual camadas periféricas (princípios) estruturam, nos padrões da comunicação jurídica, as expectativas advindas do meio ambiente, iniciando ciclos de espelhamento que chegarão ao centro (decisões judiciais). Em seguida, retornarão à periferia seguindo um curso inverso até promover, em razão da recursividade da comunicação (pragmática), a densificação semântica do lado interno das camadas periféricas (princípios). Assim, temos: demandas ambientais → princípios → regras → dogmática → jurisprudência → decisões → jurisprudência → dogmática → regras → princípios → imposições ao ambiente.

Tudo isso precisa ser observado a partir de um sistema científico da sociedade que poderá se valer de *Teorias Ecológicas Fundamentais do Direito* (Ex.: sobre o *estado* do Direito, Direitos Fundamentais, Constituição, norma, sistema, decisão, etc.) para se conectar ao sistema através de acoplamentos heterorreflexivos. A doutrina jurídico-dogmática, uma vez conectada a essas *Teorias Ecológicas Fundamentais*, poderão, por sua vez, assimilar a

69. CARNEIRO, Wálber Araujo. Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito, 2011.

70. SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos, 2004. p. 239-277.

71. TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético, 1989, p. 77.

72. Cf. NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica, 2007, p. 133.

macro-observação de segunda ordem que o sistema científico da sociedade exerce sobre o Direito e seu ambiente, o que inclui traduções filosóficas de sentidos práticos (Teorias da Justiça, por exemplo) ainda “silenciosos” nas reproduções sistêmicas especializadas (direito, política, economia, etc.). Já a utilização imediata de princípios como trincheiras ambientais e ancoragens autorreferenciais favorece a corrupção sistêmica, pois promove um *by pass* nas instâncias reflexivas de controle (regras legais, dogmática jurídica, precedentes), quebrando o hiperciclo<sup>73</sup> e a capacidade de verificação do nível de autonomia da operação do sistema. Mesmo que esteja a serviço da *justiça* – seja ela qual for – o *by pass* promove uma erupção de sentidos tão abrupta no sistema que o implode e o desfuncionaliza, quebrando as barreiras de proteção para ganhos já estabilizados. Como um simulacro diabólico, o sistema jurídico se transforma em uma praça de guerra. Se não convém assimilar a paranoia luhmanniana da estabilidade que só responde a irritações, a desestruturante justiça derridariana é um padrão operativo igualmente desfuncionalizante para o sistema jurídico<sup>74</sup>. É preciso acelerar as comunicações no acoplamento do sistema a fim de que essa ecologia possa afetar de modo sustentável as decisões jurídicas. Como elas dependem de justificações racionais, abre-se, entre “estocadas” e bloqueios<sup>75</sup>, espaço para mutações controladas pelo sistema, forma de realização de uma Filosofia *no* Direito<sup>76</sup>.

A verificação do *estado* autônomo do direito em face de imperativos sistêmicos derivados de uma sociedade complexa e global não será sequer observável se as pretensões de autonomia não atenderem às condições heterorreflexivas: transversalidades na abertura e hiperciclos no fechamento. Atingir condições performáticas aceitáveis exige não só modificações impulsivas pela política legislativa, a exemplo das exigências do novo CPC quanto à fundamentação dos julgados – embora ainda insista no modelo ponderativo – como também alterações no padrão epistêmico e funcional da doutrina e da educação jurídica, que precisam superar a estrutura lógica da jurisprudência de conceitos e assimilar modelos de ensino baseado em problemas, dentre outras mudanças. A pergunta que nos resta, todavia, é: como compatibilizar esse modelo ambientalmente adaptável aos necessários

73. TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético, 1989.

74. TEUBNER, Gunther. Economics of gift-positivity of justice: the mutual paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann, 2001, p. 29-47.

75. MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos, 2016.

76. Cf. STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2017.

limites de fundamentalidade? É justamente essa a última questão que nos cabe enfrentar a partir da análise daquilo que chamamos de *âmbito de integridade dos direitos fundamentais*.

### 4.3 ESTADO DE INTEGRIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *âmbito de integridade dos direitos fundamentais* é normalmente observado com o auxílio de concepções teóricas que buscam responder às demandas de justificação racional derivadas de sua própria dogmática e, por isso, com ela acaba se confundindo. Essa missão dogmática depende, todavia, de modelos teóricos que sustentem tanto a caracterização da fundamentalidade quanto às questões metodológicas relacionadas à sua aplicação. Esses modelos teóricos que costumamos chamar de “clássicos”<sup>77</sup> acentuam a função exercida na autorreferência do sistema, mesmo quando a justificativa de seu conteúdo material é buscada fora do sistema. Neles, os direitos fundamentais são responsáveis pela proteção de sujeitos em face das ações ou omissões do Estado<sup>78</sup> e, em alguma medida, de particulares obrigados em razão da horizontalização desses direitos.

Mesmo após o reconhecimento do pluralismo e reconhecimento de colisões internas entre direitos fundamentais, continuaram sendo estruturas que se comunicam com o ambiente a partir dos limites internos de sua semântica e, de algum modo, destinados a uma missão de integração<sup>79</sup> que se revela na percepção de unidade do “sistema” constitucional<sup>80</sup>. Nessa perspec-

77. CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global (prelo).

78. Para Ingo Sarlet, Direitos Fundamentais são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade no sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2007, p. 91.

79. “Bajo este punto de vista, aun los derechos fundamentales se incorporan como contenidos objetivos integradores a una teoría científico-filosófica cerrada del Estado” LÜHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política, 2010, p. 128.

80. Luhmann descreve a evolução das teorias sobre os direitos fundamentais em três estágios: uma clássica de cariz jusnaturalista; uma segunda que “trata de superar el pragmatismo político y la concepción meramente jurídico-positivista, en donde amenaza caer el derecho natural”, que, segundo ele, “se designa a sí misma como ‘ciencia filosófico humanista’ y puede decirse que se la tiene por teoría dominante”, que encontrou “una respetable elaboración en la doctrina de la integración de Rudolf Smend, aunque en la actualidad prácticamente sólo vive de la eufonía del concepto de valor y la falta de competencia” e, por fim, uma teoria do valor que ele se depara nos anos 60 actual que “renuncia a ser una doctrina del Estado completa y se limita a ser un análisis dogmático de la parte de la Constitución referida a los derechos fundamentales”, singularizada pela utilização de “métodos más libres de interpretación, orien-



tiva, direitos fundamentais não operam em conexão com a rede de direitos da sociedade global, limitando-se à equivalência funcional com os direitos humanos universais que, por vezes, também funcionam como fundamento de sua dimensão material<sup>81</sup>. Essa forma de ver os direitos fundamentais se volta não para as “possibilidades” dos direitos fundamentais em face de seu meio ambiente, mas para as possibilidades de que seus titulares dispõem em face do próprio sistema jurídico. Elas assimilam o pressuposto dogmático que exige operações de autorreferência pautadas na “atualidade” do sistema, ficando as eventuais disputas sobre esse sentido resumidas a dificuldades cognitivas cuja solução se dá, nos órgãos de decisão, pelos modelos hermenêuticos ou argumentativos já referidos.

Podemos, todavia, adotar uma forma de observação que se distancia da vocação dogmática de função decisória e, com isso, considerar o modo como os direitos fundamentais “funcionam” em relação ao seu ambiente. Esse *approach* sociológico chamou a atenção de Luhmann<sup>82</sup> ainda em 1965, quando concluiu que os direitos fundamentais serviam, enquanto instituições, para a manutenção da “diferenciação social”<sup>83</sup>. Assim, embora as pretensões dogmáticas das teorias clássicas atribuísem aos direitos fundamentais uma função de fechamento do sistema (redução do número de sentidos possíveis a ser assumido pelo sistema), a pluralidade de expectativas normativas presentes no ambiente se aproveitavam da abertura semântica das normas constitucionais, das debilidades epistêmicas presentes nos modelos de justificação racional e da contingência das decisões e promoviam uma função diametralmente oposta: a de abertura do sistema jurídico (ampliação do número de sentidos possíveis a ser assumido pelo sistema). O

tados sobre todo historicamente”. LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política, 2010, p. 126-127.

81. “[Direitos Fundamentais] são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 1998, p. 259.
82. “En registro sociológico aparecen los derechos fundamentales como institución. Este concepto designa en la sociología no simplemente un complejo de normas, sino un complejo fáctico de expectativas de comportamiento que, enlazadas a un rol social, se vuelven actuales y, por lo general, pueden contar con consenso social. Las palabras símbolo de los derechos fundamentales (propiedad, libertad de opinión, igualdad, etc.) y los correspondientes artículos de la Constitución simbolizan expectativas de comportamiento institucionalizado y sirven para mediar su actualización en situaciones concretas. La institucionalización de los derechos fundamentales es así primero (y sobre eso no debe engañarnos el que estén inscritos en la Constitución) un acontecimiento fáctico, cuya función queremos investigar dentro del orden social moderno y no sólo su sentido normativo mentado.” LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política, 2010, p. 85-86.
83. “Sólo cuando se pone ante los ojos la dimensión histórica de los derechos fundamentales, puede contestarse la pregunta por la unidad funcional e institucional de los derechos fundamentales: sirven para preservar la diferenciación social.” LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política. México, 2010, p. 312.

caráter aberto de sua semântica normativa se mostrou funcionalmente adequado para que diferentes expectativas normativas advindas do ambiente se estruturassem como possibilidades do sistema jurídico<sup>84</sup>. Ou seja, enquanto todos acreditavam que as decisões em nome de direitos fundamentais “acertavam” a “atualidade” que sempre esteve “presente” no sistema, a análise institucional-funcional acusava que o uso de direitos fundamentais estava a serviço das “possibilidades” de seu “futuro”.

Essa função viabiliza a estruturação ou institucionalização enquanto comunicação jurídica das mais diversas expectativas normativas presentes no ambiente do sistema jurídico e, por conseguinte, impede que o direito colonize as operações de outros sistemas. Por exemplo, impediria que o direito ditasse o que é moral/imoral a partir de uma simbiose entre sociedade e consciência (ou *ethos* opressores), pois direitos fundamentais como os da dignidade humana e da liberdade sexual permitiriam que as pretensões da comunidade LGTB fossem estruturadas como comunicação jurídica e, a partir daí, viabilizassem decisões que modificariam a “atualidade” de um sistema que, até então, não teria reconhecido nas relações homoafetivas núcleos familiares. Ou, ainda, que inovações no âmbito econômico fossem, através da liberdade de concorrência, liberdade de escolha e proteção do consumidor, estruturadas no direito a fim de que novas interpretações sobre o regime jurídico dos serviços públicos tornassem possível e válida a oferta de serviços como a do “Uber”, por exemplo.

Nessa linha, Ladeur<sup>85</sup> dirá que a função dos direitos fundamentais consiste na geração de conhecimento para tornar possível decisões sob condições de desconhecimento e para sustentar a pluralidade e a diversidade dos espaços onde seja possível desenvolver a liberdade de ação<sup>86</sup>. A liberdade e a pluralidade de ação dos espaços não normativos receberiam a proteção dos direitos fundamentais à medida que o sistema jurídico fosse capaz de receber de outros sistemas conhecimentos relevantes para a solução de problemas, ainda que a sua decisão sobre a racionalidade vencedora não significasse a eliminação do risco inerente à seletividade em ambientes complexos. Para Marcelo Neves<sup>87</sup>, essa estruturação é uma característica comum aos princípios constitucionais,

84. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais, 2013, p. 57-58

85. LADEUR, Karl-Heinz. Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung, 1992, p. 205

86. Cf. DAMMANN, Klaus. Los escritos de Luhmann sobre los Derechos Fundamentales, 2010.

87. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais, 2013.

pois suas qualidades semânticas os associam, independentemente de estarem relacionados aos direitos fundamentais, “igualmente à diferenciação funcional da sociedade em sistemas operativamente autônomos, assim como à diferenciação entre homem e sociedade”<sup>88</sup>. Teubner, por sua vez, trará um elemento adicional ao deslocar a pergunta para as possibilidades de institucionalização constituinte do direito própria aos âmbitos organizados de sistemas não estatais, independentemente do clássico processo de constitucionalização política dos direitos<sup>89</sup>. No horizonte de um constitucionalismo societal, que explora as múltiplas instâncias de reflexão “do” político em diferentes instituições sociais, Teubner defende que, a partir da tensão gerada pela assimetria entre os âmbitos organizados e espontâneos desses sistemas, seria possível, sempre que elevado o risco de autodestruição, a autoconstituição de garantias constitucionais voltadas para a proteção “âmbitos espontâneos” relacionados ao âmbito organizado dos diferentes sistemas sociais<sup>90</sup>.

Dessa forma, teorias clássicas, ao identificarem a fundamentalidade na primazia sintático-semântica da Constituição, falham no tratamento dado à complexidade ambiental e sobrecarregam a função hermenêutica, responsável por “fechar” as possibilidades de sentido que refletem parcialmente o ambiente complexo, estimulando as sendas estratégicas do “panprincipiologismo”<sup>91</sup> e, conseqüentemente, a banalização dos direitos fundamentais. Já a percepção institucional identificada por Luhmann falha quando tende a reduzir as demandas ambientais às pretensões expansivas de outros sistemas parciais da sociedade, ignorando que o ambiente demanda proteção para os efeitos destrutivos das energias expansivas do âmbito organizado dos sistemas parciais da sociedade em face dos âmbitos espontâneos. Destruição que também causa a desdiferenciação e provoca tendências centralizadoras. Para esse problema, Teubner observa que os direitos fundamentais não demandam apenas proteções contra a expansão do sistema jurídico sobre a comunicação presente em seu ambiente, mas devem também impedir que outros sistemas promovam essa mesma expansão colonizadora<sup>92</sup>.

88. NEVES, Marcelo. Entre Hídria e Hércules: princípios e regras constitucionais, 2013, p. 144.

89. TEUBNER, Gunther. Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012, p. 85-90.

90. Idem. Ibidem, p. 140.

91. STRECK, Lenio. O que é isto – decido conforme minha consciência?, 2013.

92. Cf. TEUBNER, Gunther. Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214ff.). Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 83, 2000, 388-404. (Um caso de corrupção estrutural? A garantia fidejussória prestada por membro da família no conflito entre lógicas de Ação Incompatíveis. Comentário: CARNEIRO, Wálber Araujo. In: Jurisprudência Sociológica: Perspectivas Teóricas e Aplicações

Na descrição crítica fundamental desse fluxo constitutivo de direitos é que se encontra o espaço privilegiado para a observação do *estado* de integridade dos direitos fundamentais, levando-se em conta tanto a função de heterorreferência quanto a de autorreferência desses direitos, aproximando a abordagem institucional da tradição sociológica à abordagem dogmática da tradição jurídica<sup>93</sup>. Neste sentido, é necessário conceber os Direitos Fundamentais como “eclusas” que controlam o fluxo de sentido entre o direito e seu ambiente, refletindo, internamente, a diferença entre as expectativas práticas de possibilidades/impossibilidades dos sistemas sociais. Direitos Fundamentais são, por um lado, responsáveis pela estruturação jurídica que transforma a irritação do sistema em variação de programação, permitindo que o direito evolua e, com isso, não colonize o seu ambiente. Por outro lado, vão sendo, paulatinamente, densificados pelo retorno hipercíclico (vide acima) da reflexividade interna do sistema, cujo funcionamento mantém a referência recursiva a esses direitos. Essa dupla função – típica às eclusas que controlam o fluxo de embarcações entre sistemas de navegação que operam em dois diferentes níveis – permite que observemos as variações entre as expectativas normativas advindas pelo ambiente, estruturadas pela face externa dos Direitos Fundamentais, e os registros internos, marcas provocadas pelo retorno dos hiperciclos reflexivos. A diferença entre esses registros pode ser observada nas dimensões em que os sistemas sociais variam o seu sentido<sup>94</sup>: a) a social (que varia entre “consenso”/dissenso), b) a temporal (que marca as variações entre o antes/depois) e, por fim, a objetiva (que registra as diferenças entre o fora/dentro dos sistemas)<sup>95</sup>.

A existência de uma variação social do sentido decorre da diferenciação social e é, indiretamente, a razão de ser dos Direitos Fundamentais. Como a sociedade complexa e plural não possui uma base consensual de valores e tradições

Dogmáticas. Ricardo Campos, Sergio A. F. Victor (Org.) Saraiva em convênio com o IDP-Brasília 2018 (no prelo).

93. Luhmann já chamava a atenção para o distanciamento entre essas duas perspectivas e conclamava essa aproximação. LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política. México, 2010 p. 317-318.

94. Idem. Ibidem, p. 90 ss.

95. “El sistema que comprende se ve a sí mismo como alter ego de su alter ego. Se puede sospechar que toda relación social, aun la más rudimentaria, provoca intentos de comprensión. Gracias a la comprensión, el comportamiento de los otros es más accesible, más observable, más previsible. Por lo tanto, en la provocación de comprensión, en el rendimiento superior de la comprensión, en la comprensión misma está el mecanismo que diferencia la dimensión social de las dimensiones temporal y objetiva, y que finalmente se expresa en una semántica especialmente apropiada para ello. Así, la diferencia consenso/disenso se vuelve más y menos importante — más importante porque articula la dimensión social preñada de información, y menos importante porque sólo articula la dimensión social”. LUHMANN, Niklas. Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política, 2010, p. 101.

capaz de garantir sua estabilidade e integração, a diferença consenso/dissenso se adaptou de modo que consensos em torno de estruturas comunicacionais generalizantes e simbólicas impedem que o dissenso substancial desestruture a sociedade. A função integrativa do Direito deixa de ser viabilizada pela reflexão de um *Volksgeist* e se assume como mecanismo de solução de conflitos em uma sociedade diferenciada. Essa função não seria cumprida se um sistema jurídico assumisse, de antemão, uma perspectiva que bloqueasse a pluralidade de expectativas normativas, razão pela qual o consenso estrutural e simbólico em torno dos Direitos Fundamentais permite o dissenso substancial (a função de heterorreferência que já analisamos). Mas, por outro lado, esse dissenso substancial precisa ser eliminado por decisões políticas que administrem e “banquem” o risco na tentativa de garantir a sustentabilidade dos sistemas presentes no ambiente<sup>96</sup>, o que significa dizer que as soluções que o sistema jurídico assume em sua programação não podem resultar na morte de uma determinada forma de comunicação presente no meio ambiente social. Direitos Fundamentais estruturam em sua face externa o “grito” de sobrevivência e, em sua face interna, os limites de fundamentalidade que devem ser respeitados tanto pelo sistema jurídico quanto pelos demais sistemas presentes no ambiente. Se a função de abertura (heterorreferência) permanece aberta às possibilidades e demandas dos sistemas sociais, a função de fechamento (autorreferência) precisa ser construída pelo Direito no fluxo e contra-fluxo de sua pragmática hipercíclica. A dimensão social do sentido revela a diferença entre as possibilidades futuras do sistema jurídico e aquilo que o sistema estabelece como limites de fundamentalidade, criando, ainda que provisória (aberto a modificações) e artificialmente (não é observado empiricamente), um equivalente funcional da moral convencional para sociedades complexas. Esse consenso provisório registrado na face interna dos Direitos Fundamentais expande para questões substanciais a força simbólica que estava vinculada, exclusivamente, aos aspectos estruturais.

Mas, como é provisório e artificial, ao contrário das pretensões de perpetuidade da moral convencional, as variações de sentido na sociedade complexa também podem ser observadas pela diferença temporal antes/depois. Seja por aquilo que é normalmente denominado como mutação constitucional, seja por modificações explícitas na constituição ou até mesmo na legislação (validade temporal), os hiperciclos podem registrar as variações temporais

96. Sobre uma noção ampliada de sustentabilidade, vide TEUBNER, Gunther. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012, p. 292.

na diferença social. Essas mudanças são inevitáveis, embora sistemas criem obstáculos que tentam impedir ou, pelo menos, dificultar variações temporais da fundamentalidade. As cláusulas pétreas, procedimentos especiais e regras de não-retrocesso são exemplos que tentam bloquear variações temporais. Alterações ambientais também podem justificar alterações, mas esse movimento precisa enfrentar o peso sistêmico da movimentação hipercíclica, pautar-se na não sustentabilidade da manutenção da diferença e respeitar a distribuição de competências para a promoção da mudança. Nem toda modificação conveniente representa uma modificação possível de ser obtida na jurisdição constitucional, que opera sob a lógica contra-majoritária. Nem toda modificação pode ser operada mediante alterações legislativas infraconstitucionais e, a rigor, algumas sequer podem ser concebidas através de Emendas Constitucionais em razão da reserva de cláusulas pétreas. Todavia, mesmo que sempre haja algum espaço para mudanças, a extensão das cláusulas pétreas é diretamente proporcional ao risco de sua sustentabilidade.

Por fim, será também observável a variação de sentido na dimensão objetiva. Direitos Fundamentais, na sua função de “eclusas”, refletem “dentro” do Direito a diferenciação que há “fora”, em seu ambiente. O *âmbito de integridade dos Direitos Fundamentais* precisa considerar formas assumidas internamente por essa diferenciação e o modo como cada uma dessas “esferas de fundamentalidade” assimila o potencial prático presentes em seu ambiente, condição necessária para que os problemas de colisão entre essas esferas sejam decididos, não obstante o risco, com o devido “cuidado” (*Sorge*). O sistema jurídico precisa espelhar dentro o que existe fora e considerar esses diferentes espaços e formas de colisão no *estado* de integridade desses Direitos. Uma garantia consolidada para a proteção da liberdade não econômica (ir e vir, por exemplo), não serve de referência para a proteção da liberdade de iniciativa econômica. Uma está a serviço da sustentabilidade do corpo e da psique, outra do sistema econômico. Esferas diferentes, lógicas distintas, colisões variadas. A conexão ambiental proporcionada por uma ecologia dos Direitos Fundamentais<sup>97</sup> permitiria, também, que cada uma dessas esferas se conectasse com as traduções “primeiras” advindas das teorias da justiça, cujas pretensões de universalidade combinam mais com generalizações que equiparem diferentes esferas de

97. Tomando emprestada, mais uma vez, a expressão de Raffaele de Giorgi que chamou a atenção para uma necessária ecologia dos Direitos Humanos. DE GIORGI, Raffaele. *Por uma ecologia dos direitos humanos*, 2017.

fundamentalidade a diferentes esferas de justiça<sup>98</sup>.

O *estado* de integridade dos Direitos Fundamentais representa, portanto, o controle na mudança de *estado* do Direito e das razões ambientais ou intrassistêmicas que levaram a essa mudança. Nem sempre a modificação de um Direito Fundamental representará uma violação ao *estado* de integridade necessário ao Estado de Direito, desde que seja observado nesse controle a manutenção da sustentabilidade da comunicação social; as variações sociais, temporais e objetivas que justifiquem a mudança; o atendimento ao ônus demonstrativo e o respeito à conformidade funcional do órgão que institucionaliza a modificação. Todas as vezes em que nos valem da força simbólico-institucional dos Direitos Fundamentais para transformar uma expectativa normativa em direito sem nos preocuparmos com o controle das diferenças estamos afetando o *estado* de integridade do Direito, condição necessária à caracterização do Estado de Direito.

## V. CONCLUSÃO

O Estado de Direito não chegou ao seu fim, ao contrário. Observa-se uma tendência de expansão de seus *standards* para sistemas normativos produzidos em fragmentos da sociedade global, bem como em Estados que não estavam alinhados com a tradição ocidental europeia. O que se revela moribunda é a teoria sobre esse Estado de Direito. Essa perdeu a capacidade de avaliar na relação entre política e direito internos o *estado* do Direito necessário para a caracterização do Estado de Direito. O fluxo global da comunicação política, fragmentada em diferentes sistemas desterritorializados, impede que a análise comparada entre essas variáveis internas do Estado nacional nos forneça um quadro seguro do real *estado* de *legitimidade política, autonomia sistêmica e integridade* do Direito. O fato de o direito estar sendo decidido pelo Parlamento, mediante os procedimentos previstos na Constituição; o fato de as sentenças de primeira instância estarem sendo objeto de análise recursal por autoridades do próprio Judiciário, conforme o devido processo legal; o fato de o Poder Executivo estar respeitando as ordens judiciais voltadas para o controle de seus atos administrativos e o fato de todos continuarem dizendo que respeitam os direitos fundamentais e as garantias da Constituição não é suficiente para a caracterização do real *estado* desse Direito. O Estado de não-Direito não é mais aquele que se pronuncia sob o discurso salvador das

98. WALZER, Michael. Spheres of justice: a defense of Pluralism and Equality, 1983.

metrópoles, o despotismo ou os soldados armados. A própria incapacidade de análise torna mais fácil a utilização da legitimação procedimental do Estado de Direito para transformá-lo em um arquipélago de exceções<sup>99</sup>.

Não será, portanto, dentro do Estado de Direito, mediante lentes dogmáticas de auto-observação, que seremos capazes de avaliar o *estado* do direito em relação à política (sentido amplo). É preciso sair de uma percepção territorializada de reprodução social para, a partir de um plano global, tornar possível uma análise ambiental do Estado de Direito. A insistência na perspectiva territorializada da análise sequer corrobora com a capacidade de os Estados se autodeterminarem mediante um *poder político legítimo*, um *sistema jurídico autônomo* e *Direitos Fundamentais íntegros*, ao contrário. É sob o encobertamento diabólico do voto universal, dos procedimentos e decisões jurídicas autorreferenciadas e de uma metateologia dos Direitos Fundamentais que se esconde a grande trama de corrupção sistêmica que atinge, preponderantemente, a periferia dessa sociedade global.

É preciso, portanto, avaliar as condições ambientais para caracterização do Estado de Direito e, para tanto, faz-se necessário estruturas capazes de observar e funcionar *no* Estado de Direito e na sociedade global. Conforme sustentamos neste capítulo, somente uma ecologia do Estado de Direito contribuiria para as suas possibilidades.

## VI. REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Berlin: Suhrkamp, 1986.
- \_\_\_\_\_. Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BENEVIDES, Maria Victoria e DUTRA, Olivio. Orçamento Participativo e Socialismo. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 2006.
- \_\_\_\_\_. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BRAGATO, FERNANDA FRIZZO; NETO, PEDRO BIGOLIN. Conflitos territoriais indígenas no

99. Cf. AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção, 2004.

Brasil: entre risco e prevenção, *Revista Direito E Práxis*, v. 8, p. 156-195, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n.2, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n2/09.pdf>>. Acesso em 5 de fev. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global. In. CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica à ponderação*. Vol. II. São Paulo: Saraiva (no prelo).

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COSGROVE, Richard A. *The Rule Of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1980.

DAMMANN, Klaus. *Los escritos de Luhmann sobre los Derechos Fundamentales*, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos, R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-340, jan./jun. 2017.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianápolis: Liberty Fund, 1982.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FRYDMAN, Benoit. O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; SALDANHA, J. M. L.; MELLO, R. C. ; LIMBERGER, T. Do governo por leis à governança por números: breve análise do *Trade in Service Agreement*, T. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 2-535, 2016.

GROTE, Rainer. The German Rechtsstaat in a Comparative Perspective. In. SILKEN, James R.; HICKEY JR, James E.; BARENBOIM, Peter D. (Edi). *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Nova York: Springer, 2014.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein, Taunus: Athenäum-Verl., 1980.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Trotta, 2001.

HECK, Philipp. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, AcP. vol. 112, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KÖTTER, Matthias; SCHUPPERT, Gunnar Folke. Applying the Rule of Law to Contexts Beyond the State. In. SILKEN, James R.; HICKEY JR, James E.; BARENBOIM, Peter D. (Edi). *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Nova York: Springer, 2014.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial, *Revista Esmafe, Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 8, dez. 2004.

LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – Apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. In. CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva: 2016.

\_\_\_\_\_; CAMPOS, Ricardo. Entre teorias e espantalhos – deturpações constitutivas na teoria dos princípios e novas abordagens. In. CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva: 2016.

\_\_\_\_\_. *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung*, Berlin: Duncker und Humblot, 1992, p. 205

LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

\_\_\_\_\_. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997

MATTEI, Ugo; Laura Nader. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. *Otros Logos – Revista de Estudios Críticos*, Ano I. N. 1, 2010.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. A hermenêutica da esgrima e os direitos humanos: as aporias vinculação/discricionariedade, contexto de descoberta/contexto de justificação das decisões judiciais e universalismo/multiculturalismo à luz da paranoia mútua entre autopoiese e desconstrução. 1. ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEDZEL, Nadia E. Rule of Law v. Legal State: Where Have We Come from, Where Are We Going To? In. SILKEN, James R.; HICKEY JR, James E.; BARENBOIM, Peter D. (Edi). *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Nova York: Springer, 2014, pg. 295-296.

NEVES, Marcelo. *Entre Hydra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. Luhmann, Habermas e o estado de direito, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.37, São Paulo, 1996.

PŘIBÁŇ, Jiří. Soberania e pós-soberania: uma perspectiva a partir dos Sistemas Autopoiéticos. In. SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo; PŘIBÁŇ, Jiří. *Sociologia sistêmico autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SCHIMITT, Carl. *Die Diktatur: von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. München: Duncker & Humblot, 1921.

SELLERS, Mortimer N. S. What Is the Rule of Law and Why Is It So Important? In. SILKEN, James R.; HICKEY JR, James E.; BARENBOIM, Peter D. (Edi). *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Nova York: Springer, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Constitucionalismo Brasileiro Tardio*. 1. ed. Brasília: Editora Escola Superior do Ministério Público da União, 2016.

SMEND, Rudolf von. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München: Duncker & Humblot, 1928.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa*. Col. Reinventar a Emancipação Social, vol.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

STICHWEH, Rudolf. A sociedade mundial. Disponível em: <https://blogdosociofilo.wordpress.com/2017/07/24/a-sociedade-mundial-por-rudolf-stichweh/>

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. O que é isto – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 2, n.2, p. 25-64, 2002.

TEUBNER, Gunther. Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214ff.). *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 83, 2000, 388-404. (Um caso de corrupção estrutural? A garantia fidejussória prestada por membro da família no conflito entre lógicas de Ação Incompatíveis. Comentário: CARNEIRO, Wálber Araujo. In: *Jurisprudência Sociológica: Perspectivas Teóricas e Aplicações Dogmáticas*. Ricardo Campos, Sergio A. F. Victor (Org.) Saraiva em convênio com o IDP-Brasília 2018 (no prelo)).

\_\_\_\_\_. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp, 2012.

\_\_\_\_\_. Economics of gift–positivity of justice: the mutual paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann. *Theory, Culture and Society*, 18, 2001, pg. 29-47.

\_\_\_\_\_. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989.

TIEDEMANN, Paul. The Rechtsstaat-Principle in Germany: The Development from the Beginning Until Now. In: SILKEN, James R.; HICKEY JR, James E.; BARENBOIM, Peter D. (Edi). *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*. Nova York: Springer, 2014.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latinoamericano*. Quito, 2010.

WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

## DIREITO E POLÍTICA ENTRE REGRAS, PRINCÍPIOS, INDICADORES E STANDARDS: FIM DO ESTADO DE DIREITO?

Nelson Camatta Moreira<sup>1</sup>

Rodrigo Francisco de Paula<sup>2</sup>

### I. INTRODUÇÃO

No rastro da tradição do constitucionalismo moderno, que passou a se afirmar a partir da segunda metade do século XVII, as Constituições são atos de fundação de uma dada comunidade concreta que se decide associar politicamente em torno do projeto de construção de um Estado de Direito, fundado no reconhecimento da liberdade e da igualdade entre os homens, bem como na organização jurídica do poder soberano.

Da segunda metade do século XX em diante, após a Segunda Guerra Mundial, no intuito de se forjar um caráter democrático para o Estado de Direito, surgiu o desafio de se promover uma articulação adequada entre os direitos fundamentais, previstos na Constituição, e a soberania popular, de matriz democrática, como fundamento de legitimidade de um Estado *Democrático* de Direito.

Entretanto, a política parece perder cada vez mais lugar para uma gestão técnica da efetivação dos direitos fundamentais, reduzindo-se os espaços de discussão e deliberação a setores especializados, diante da crise de legitimidade da democracia representativa, que levou à perda do sentido da política para os homens do século XX.

Contextualizando esse problema para o âmbito do constitucionalismo

1. Pós-doutor em Direito (Universidad de Sevilla)–bolsa CAPES. Pós-doutor em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos: UNISINOS-RS). Doutor em Direito (UNISINOS-RS), com estágio de pesquisa anual na Universidade de Coimbra – bolsa CAPES. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Teoria Crítica do Constitucionalismo”, da FDV-ES. Professor da Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da FDV-ES. Membro da Rede Internacional de Grupos de Pesquisa CNPq Estado e Constituição (REPE&C). Membro Honorário e atual Vice-Presidente da Rede Brasileira Direito e Literatura. E-mail: nelsoncmoreira@hotmail.com.
2. Doutor e mestre em Direito (FDV-ES). Membro do Grupo de Pesquisa FDV-ES/CNPq “Teoria Crítica do Constitucionalismo”. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. E-mail: rfdepaula@gmail.com.

brasileiro, a abertura democrática trazida com a Constituição de 1946, que colocou fim à ditadura de Getúlio Vargas amparada na Carta de 1937, foi interrompida com o golpe de 1964 e o estabelecimento da ditadura militar, o que merece ser levado em consideração na trajetória de afirmação de nossa tradição constitucional.

É por isso que somente a partir da pródiga declaração de direitos trazida pela Constituição de 1988 que passaram a vicejar no Brasil os debates sobre a efetivação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, sobretudo dos assim chamados direitos sociais, econômicos e culturais.

E o que se vê, atualmente, é uma revolução copernicana. Se antes se afirmava que tal categoria de direitos, por encerrarem verdadeiras “normas programáticas”, não passavam de mera promessa constitucional insequente, desde quando foram reconhecidos pela primeira vez no Brasil na Constituição de 1934, agora, na vigência da Constituição de 1988, há uma série de discussões sobre a formulação de políticas públicas que objetivam a efetivação imediata desses mesmos direitos.

Assim, as discussões envolvendo as políticas públicas acabam prescindindo, muitas vezes, do seu caráter político, transformando-se numa mera discussão sobre a melhor, ou mais eficaz, gestão técnica da efetivação dos direitos fundamentais, a partir de indicadores e *standards* que servem como medida de uma boa governança pública.

O que se pretende aqui é analisar criticamente os riscos decorrentes dessa fuga da política para uma gestão técnica da efetivação dos direitos fundamentais, que pode colocar em xeque o fundamento de legitimidade do Estado Democrático de Direito e, com isso, o projeto (re)inaugurado no Brasil pela Constituição de 1988.

## II. A PERDA DO SENTIDO DA POLÍTICA NO SÉCULO XX, O FASCÍNIO IRRESISTÍVEL DA TÉCNICA E SEUS REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O século XX, entrecortado por duas grandes guerras, é repositório de acontecimentos representativos do fracasso das promessas da modernidade. A solene declaração do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,<sup>3</sup>

3. “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem ser baseadas na utilidade comum”. No original: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

conjugada com o disposto no seu artigo 16 (FRANCE, 1789),<sup>4</sup> assumiu o ápice do estatuto normativo do Estado moderno (GOYARD-FABRE, 2002, p. 102-114), propiciando o surgimento de Constituições concebidas em torno da ideia de declaração de direitos e de separação de poderes, como uma espécie de “receita” para a fundação de um Estado de Direito (SALDANHA, 1982, p. 70).

Com isso, inspirou a organização política de diversos povos ocidentais, inclusive das antigas colônias das metrópoles europeias, à medida em que foram alcançando sua independência, a partir do século XIX.

Todavia, nas últimas décadas do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, o advento da questão social repercutiu fortemente nesse modelo de organização política da sociedade, expondo suas contradições.

Surgem as demandas sociais e as pressões das massas no sentido de atuação do Estado como garante da promoção do bem-estar econômico e social, com reflexos marcantes na própria maneira de efetivação dos direitos fundamentais.

A rigor, o reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais ocorreu, nesse momento, sem que necessariamente fosse resguardada a participação dos seus destinatários na sua efetivação, vale dizer, daqueles que necessitavam da providência do Estado para superarem as diferenças econômicas e sociais.

As razões para isso repousam na própria crise da democracia representativa à época, que revelou uma certa incapacidade de lidar com esse fenômeno novo, a sociedade de massas, como denunciou Carl Schmitt ao apontar a incompatibilidade da democracia parlamentar com uma democracia de massas (SCHMITT, 1985, p. 15).

Para Schmitt, somente um “Estado total” seria capaz de atender aos anseios das massas, fundado na decisão do soberano para manter a existência política através da adesão das massas ao projeto de construção de uma identidade democrática, marcada pela homogeneidade do povo. A efetivação dos direitos fundamentais, nesse cenário, jamais poderia ser compreendida pelo reconhecimento de direitos individuais, mas, sim, pela própria conformação da identidade democrática, liderada pelo soberano (MOUFFE, 1996, p. 144-149).

Ainda que não se concorde com a solução apresentada por Schmitt,

4. “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição”. No original: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”.

que desembocou no totalitarismo, o fato é que o Estado Social apresentou um acentuado déficit de legitimidade, diante do “paternalismo socioestatal”, como lembra Habermas, em que a concessão de direitos acabou, muitas vezes, “por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles” (HABERMAS, 2004, p. 302-303).

No fundo, a questão envolve a perda do sentido da política para os homens do século XX, porque, ao invés de homens livres e iguais, restaram no mundo homens incapazes de agir politicamente, preocupados apenas com a satisfação de suas necessidades, como meros consumidores de direitos.

Sob o enfoque da teoria política, trata-se aí do *animal laborans*, tal e qual caracterizado por Hannah Arendt, ao examinar a condição da vida política no século XX, que se degradou a tal ponto que deu lugar a uma gestão técnica das necessidades coletivas de uma sociedade de trabalhadores consumidores (ARENDDT, 1998, p. 320-325).

Com efeito, com o advento da questão social, isto é, com o aparecimento no domínio público das questões antes reservadas ao lar, referentes aos problemas domésticos (os assuntos relacionados ao trabalho, à riqueza, à propriedade etc.), tornou-se quase irreconhecível a fronteira entre o público e o privado (ARENDDT, 1998, p. 38).

E assim como a formação da esfera social se tornou uma ameaça ao domínio privado, trouxe, também, um problema para o domínio público, mais especificamente para a esfera política, em virtude da substituição da ação pelo conformismo, ou seja, a individualidade exaltada pelos gregos, radicada no espírito agonístico, traço característico da esfera política da *pólis*, perdeu lugar para uma mera conformação ditada pela sociedade, que cuidava de estabelecer para cada um a sua posição dentro da estrutura social, cujo maior exemplo pode ser percebido pela imposição das regras de etiqueta nos salões da alta sociedade (ARENDDT, 1998, p. 40-41).

Essa noção de conformismo informou a ciência da economia, tendo por seu principal instrumento teórico a estatística, que se tornou a ciência social por excelência, sob a premissa de que “os homens agem em relação às suas atividades econômicas como agem em relação a tudo mais”<sup>5</sup> (ARENDDT, 1998, p. 42), resultando daí o grave risco de a esfera social tomar e constituir, por inteiro, o domínio público, sobretudo em virtude

5. No original: “men act with respect to their economies activities as they act in every other respect”.

do aumento da população, que torna ainda mais válido o uso das leis da estatística (ARENDDT, 1998, p. 43).

Se os homens, na esfera política, deixam de *agir* e passam a se *comportar*, aniquila-se a potencialidade humana de iniciar, de maneira livre e espontânea, algo de novo e inesperado, o que se constitui na essência da ação que (re) funda e preserva a vida política. A gravidade desse estado de coisas é evidente e ao mesmo tempo pernicioso, porque “os feitos terão cada vez menos possibilidades de opor-se à maré do comportamento, e os eventos perderão cada vez mais a sua importância, isto é, a sua capacidade de iluminar o tempo histórico”<sup>6</sup> (ARENDDT, 1998, p. 43), revelando, assim, um ideal político, com a substituição do governo pessoal pelo governo da burocracia, isto é, o governo de ninguém (ARENDDT, 1998, p. 44-45).

O diagnóstico de Arendt, quanto à compressão tanto do domínio público quanto do domínio privado pela esfera social, consistiu no fato de ter havido a emancipação do trabalho, com a sua promoção à estatura de coisa pública, propiciando o estabelecimento de uma sociedade de trabalhadores que trouxe para o domínio público o próprio processo vital e ciclicamente interminável da luta por sobrevivência dos homens, antes confinado ao domínio privado onde se situava o lar e a família (ARENDDT, 1998, p. 45-47).

Portanto, as demandas sociais, convertidas no reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, passaram a ser tratadas sob o viés de uma gestão técnica de necessidades coletivas, sem que, ao mesmo tempo, houvesse preocupação com o estabelecimento de condições de possibilidade adequadas para uma deliberação democrática.

Benoit Frydman recua um pouco e encontra as raízes desse fascínio irresistível da técnica já em Saint Simon, logo após a Revolução Francesa, ao voltar as costas ao modelo político-jurídico, da democracia, dos direitos humanos e das liberdades, para promover antes uma forma de tecnocracia fundada na administração científica da produção organizada, com vistas à utilidade comum (FRYDMAN, 2016, p. 54-55).

E, atualmente, está em curso uma nova fase dessa luta entre a normatividade técnica e a normatividade jurídica, impulsionada pela globalização, havendo uma concorrência que se estabelece em duas frentes, tomando-se a construção europeia, vista como um verdadeiro “laboratório

6. No original: “deeds will have less and less chance to stem the tide of behavior, and events will more and more lose their significance, that is, their capacity to illuminate historical time”.



da globalização”: (a) na “(...) extensão do domínio das normas técnicas, muito além do circuito da produção de matérias que eram estabelecidas pela regulamentação política e jurídica até então”; (b) na “(...) aplicação dos dispositivos da nova administração pública à gestão além das fronteiras dos serviços públicos e à pilotagem dos próprios Estados, em nome da governança europeia e global” (FRYDMAN, 2016, p. 56).

Assim, de um lado, constata-se uma irresistível extensão do domínio da norma técnica, na medida em que “a política de liberalização das trocas, que caracteriza a construção europeia e a globalização, forneceu a ocasião de uma transferência maciça de competência das regras jurídicas nacionais para as normas técnicas europeias e globais” (FRYDMAN, 2016, p. 56-57), de que são exemplo as normas baixadas pelo Comitê Europeu de Normalização, além das normas ISO. Nesse cenário,

(...) fica claro que são, a partir daí, as normas técnicas europeias ou internacionais, e não mais as legislações nacionais, nem mesmo o direito da União Europeia, no sentido estrito, que fixam, na prática e concretamente, as prescrições a serem respeitadas em matéria de saúde, segurança e meio ambiente, pela quase totalidade de produtos e dos serviços que circulam e são comercializados na União Europeia (FRYDMAN, 2016, p. 58-59)

De outro lado, o domínio da técnica se espalhou para o campo da governança pública, que passa a utilizar métodos de organização empresarial em busca da eficiência na gestão pública, mediante *standards* normativos globais. Assim,

os governantes, tanto de esquerda como de direita, foram seduzidos por essas técnicas destinadas a aumentar, ao mesmo tempo, o rendimento dos funcionários e a ‘qualidade’ dos serviços públicos (definidos em função das expectativas dos usuários), enquanto controlam o crescimento dos gastos públicos (FRYDMAN, 2016, p. 58-59)

Ora, dispositivos de avaliação e controle, que atuam como indicadores, tendo sua eficácia provada no domínio da gestão pública, “(...) estão igualmente mobilizados cada vez mais e intensivamente para operar a pilotagem dos próprios Estados, pelas instâncias da governança europeia e global” (FRYDMAN, 2016, p. 74-75).

Como lidar, então, com a legitimidade da governança pública nesse contexto? É possível conciliar gestão política e gestão técnica na efetivação dos direitos fundamentais? Ou teria a política perdido, definitivamente, o seu lugar de instância para a deliberação democrática?

É o que será discutido a seguir, a partir das reflexões de Benoit Frydman

sobre a legitimidade e a validade das normas técnicas e a necessidade de se repensar e reorganizar as relações que o Direito mantém com elas.

### III. POR UMA DEMOCRACIA RADICAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENTRE A GESTÃO TÉCNICA E A GESTÃO POLÍTICA

Benoit Frydman se esforça em repensar as relações entre as normas técnicas e as regras jurídicas, em razão do emprego crescente dos *standards* técnicos e dos indicadores administrativos.

Após refutar o que seriam os argumentos implícitos em favor da legitimidade dos *standards* e dos indicadores (o caráter puramente técnico das normas técnicas, desprovidas de alcance político; o caráter voluntário e consensual das normas técnicas; o caráter necessário e natural das normas técnicas, oriundas da natureza das coisas), Frydman aponta que eles não se apoiam nas duas garantias que operam na produção das regras jurídicas, das quais retiram sua legitimidade, quais sejam, no caráter democrático do procedimento para sua adoção e sobre sua conformidade com o Estado de Direito, sob o controle das jurisdições (FRYDMAN, 2016, p. 85).

Essa conclusão só reforça a necessidade de se estabelecer de um modo mais apropriado a relação entre as normas técnicas e as regras jurídicas, para além da tese jurídica clássica de que os *standards* e indicadores deveriam assumir uma posição subordinada e subsidiária em relação às regras de Direito.

Nesse sentido, Frydman chama a atenção para a importância sobre a reflexão acerca do “custo” das relações entre o direito e as normas técnicas no mundo atual e destaca o debate na filosofia do direito alemão contemporâneo, em especial entre Habermas, Luhmann e Teubner.

Assim, segundo Frydman, se referindo a Luhmann, “a reorganização dos subsistemas sociais em nível global se traduzira pelo desaparecimento do direito em benefício das regulamentações setoriais”, que devem, por sua vez, se alinhar com *standards* e indicadores. “No vocabulário de Luhmann, isto significa que elas”, as regras jurídicas, “têm como objetivo adaptar o comportamento ao desenvolvimento do sistema, em vez de a ele resistir ou transformá-lo, em vista de atender as expectativas em termos de justiça”. E conclui Frydman que, “Luhmann vem, portanto, prever o fim do direito

como ‘anomalia europeia’, a qual a globalização vai atenuar a importância”. (FRYDMAN, 2016, p. 88)

Contra esta “visão crepuscular”, Habermas, em *Faticidade e Validade* (“Direito e Democracia”), propõe uma modelagem da sociedade dividida igualmente em subsistemas, mas na qual o direito opera como uma ‘correia de transmissão’. Esta correia é pressuposto para substituir as aspirações da sociedade civil, e no melhor dos casos, impô-las aos subsistemas do mercado e da administração, em particular. Contudo, Habermas reconhece que o mais frequente é que essa correia funcione às avessas do sistema constitucional e permita ao mercado e à administração imporem, pelo direito, suas disciplinas à sociedade civil, que se acha assim ‘colonizada’ por esses sistemas. (FRYDMAN, 2016, p. 88)

Frydman conclui, interpretando Habermas, que

o direito é assim tanto tradutor quanto mediador. Sem ele, os diferentes sistemas e instâncias sociais não poderiam mais se coordenar nem se ajustar. Em outras palavras, o direito é o que faz a ligação, que mantém a unidade entre diferentes subgrupos de uma sociedade complexa e fragmentada.” (FRYDMAN, 2016, p. 89)

Portanto, para Habermas, como também para Teubner (que, apesar de discípulo de Luhmann, neste debate se aproxima de Habermas)

o direito consegue, portanto, preservar uma função intersistêmica por sua propriedade única (ou, em todo caso, no qual faltaria a regulação técnica) de médio universal, o único capaz de traduzir para um sistema especializado as aspirações políticas, bem como as exigências de outros subsistemas. O direito permanece assim, o grande integrador e a única garantia possível de coesão social. (FRYDMAN, 2016, p. 90)

A proposta de Frydman, desde um ponto de vista caro à “Escola de Bruxelas”, então, sob as luzes de um estudo pragmático das interações entre as normas e as regras, prevê uma “alternativa mais modesta”, segundo o próprio autor,

mas igualmente mais próxima das realidades da prática, [que] consiste em observar como se opera sobre o terreno, em determinadas situações que serão definidas como contextos de ações, o encontro entre, de uma parte, normas técnicas e administrativas, e, de outra, regras jurídicas. A exploração de vários canteiros do direito global nos fornece, em todos os setores, um grande número de situações que as normas jurídicas e técnicas coexistem, competem ou são agenciadas segundo configurações diversas. Esta forma de análise é também preconizada e praticada, além da abordagem pragmática propriamente dita das normas, por diversas correntes resultantes da sociologia, especialmente da sociologia do direito, ou da economia, particularmente, a (neo)-institucionalista. (FRYDMAN, 2016, p. 91)

Finalmente, como conclusão à sua pesquisa, Benoit Frydman, deixa explícito no último parágrafo de seu livro que acredita

ser necessário e urgente que o jurista se emancipe de uma concepção muito estreita, formal, e rígida, a fim de voltar seu olhar, seu interesse e seus estudos para o campo mais vasto da normatividade, em toda a diversidade de suas formas e de suas técnicas. Já é tempo, e, aliás, muito excitante, de completar a teoria do direito por uma teoria das normas, que analisará os modos de elaboração e aplicação, as instituições específicas a dinâmica e os conflitos, etc. Certamente, o jurista não será o único a ocupar este terreno, onde será necessariamente chamado a trabalhar e dialogar, em estreita colaboração ou em concorrência, com o sociólogo, o economista, o administrador e o engenheiro, e também o filósofo. Mas ele não tem outra alternativa senão a de se engajar na exploração destas ‘terras desconhecidas’, se ele quiser manter sua eminente função de especialista em normas. Pois, como já acontecera muitas vezes na história, a noção, o domínio, os meios e as técnicas do direito evoluem. (...) (FRYDMAN, 2016, p. 94)

Para o que interessa mais de perto aqui, nos mais diversos campos em que se desdobram os direitos sociais, econômicos e culturais (saúde, educação, moradia, segurança, previdência e assistência social etc.), é impossível, nos dias de hoje, desconsiderar as exigências do domínio da técnica, na produção das ações de governo voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.

Entretanto, as discussões envolvendo a formulação de políticas públicas não podem prescindir do seu caráter político e se transformar numa mera discussão sobre a melhor, ou mais eficaz, gestão técnica da efetivação dos direitos fundamentais.

Não é possível adotar, no plano da formulação de políticas públicas, uma gestão técnica para a efetivação dos direitos fundamentais, sem se considerar o caráter essencialmente político que envolve a tomada de decisões voltadas à sua efetivação.

Mesmo tendo havido algumas melhoras significativas nos últimos anos, há muito ainda o que ser feito para a efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição de 1988.

Ainda nos dias de hoje são sentidas as consequências da perda do sentido da política e seus reflexos na efetivação dos direitos fundamentais, pela ênfase que ainda é dada na gestão técnica das necessidades coletivas, em detrimento da própria necessidade de serem resguardadas as condições de possibilidade adequadas para uma deliberação democrática.

Não se discute a importância e até mesmo a necessidade de serem tecnicamente considerados todos os aspectos envolvidos na formulação de políticas públicas que tenham por objetivo a efetivação de direitos fundamentais.

Todavia, a efetivação dos direitos fundamentais depende do estabelecimento de condições de possibilidade adequadas para uma deliberação democrática, pelo que não se pode admitir que seja desconsiderado o caráter essencialmente político que envolve a tomada de decisão sobre as políticas públicas voltadas à efetivação desses mesmos direitos.

O retorno à política, nessa matéria de efetivação dos direitos fundamentais, revela-se, portanto, indispensável. Como assevera Habermas, “não se pode ter nem se manter um Estado de Direito sem democracia radical”<sup>7</sup> (HABERMAS, 1998, p. 61)

A política de ser aqui considerada a partir dessa ideia de democracia radical, segundo a compreensão de que deve ser levado às últimas consequências o projeto de constituição da liberdade e da igualdade entre os homens e da organização jurídica do poder soberano, vislumbrando-se o Estado Democrático de Direito como uma associação política onde devem ser resguardadas as condições de possibilidade adequadas para uma deliberação democrática.

#### IV. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

FRANCE. La Constitution – Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>>. Acesso em 25.07.2010.

FRYDMAN, Benoit. *O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores*. Tradução de Maria Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004. p. 293-305.

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório de Desenvolvimento Humano 2014. Disponível em <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-report-en-1.pdf>>. Acesso em 25.07.2014.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SCHMITT, Carl. *The crisis of parliamentary democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1985.

7. No original: “el Estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical”.

## O PROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (PL 5276/2016) NO MUNDO DO BIG DATA: O FENÔMENO DA DATAVEILLANCE NA UTILIZAÇÃO DE METADADOS E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS.

Elias Jacob Neto

### I. INTRODUÇÃO

Ao discutir o tema da vigilância eletrônica, geralmente há uma associação com a metáfora do Big Brother de George Orwell, o que pode levar a equívocos teóricos. Embora a genialidade de Orwell não deixe de surpreender – como é o caso das teletelas presentes no romance e o recente escândalo envolvendo as SmartTVs<sup>1</sup> da fabricante Samsung, as quais possuem um mecanismo de reconhecimento de voz capaz de enviar tudo que é falado no ambiente para a fabricante e suas parceiras, o que se assemelha muito à teletela prevista por Orwell –, sua aplicação ao mundo contemporâneo é bastante limitada. Isso se deve ao fato de a tarefa de monitoramento, como será visto neste artigo, ter sido expandida, tornando-se parte fundamental das estratégias de *marketing* da iniciativa privada. Como resultado, o mundo atual parece mais compatível com um conjunto de *little sisters* do que com um único *Big Brother*.

Para superação dessas metáforas, será apresentado um modelo diferenciado chamado “*surveillance assemblages*”, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty. Esse modelo dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, ao aspecto da *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*, propondo-se o uso da obra “O processo”, de Franz Kafka como uma alternativa

1. As Smart TVs da Samsung que utilizam reconhecimento de voz e são conectadas à Internet transmitem todas as informações que chegam ao microfone da televisão, inclusive quando ela está desligada, tanto para a Samsung quanto para uma terceira empresa especializada no reconhecimento de voz. Em síntese: a TV escuta tudo que é falado no ambiente e envia, para a fabricante e suas parceiras, o que se assemelha muito à teletela prevista por Orwell. Para leitura detalhada sobre o tema, remete-se à política de privacidade para Smart TVs da Samsung. Disponível em: <[http://www.samsung.com/hk\\_en/info/privacy/smarttv/](http://www.samsung.com/hk_en/info/privacy/smarttv/)>. Acesso em: 22 out. 2017.

para se pensar esse modelo.

Utilizando-se uma estratégia metodológica de caráter fenomenológico-hermenêutico e transdisciplinar, será abordada a relação do tema com as insuficiências presentes no cenário jurídico nacional. No caso, este artigo analisará o problema de fluxos de dados – e metadados – e como a ausência de compreensão das tecnologias da informação e comunicação (TICs) gera consequências nefastas para o PL 5276/2016 e o que nele é classificado como “dados anônimos”.

Para compreender o fenômeno das TICs, será necessário, primeiro, demonstrar quais os motivos para a adoção da palavra em inglês na construção dessa categoria, o que possibilitará ver o seu estreito e inseparável vínculo com a tecnologia da informação. É justamente nesse sentido que será abordada a ideia do *Big Brother*, famosa após George Orwell desenhar o cenário de um futuro distópico, em que um Estado totalitário controla, por meio da coação, todos os aspectos da vida dos indivíduos<sup>2</sup>. Por essa razão, será analisado esse modelo, verificando sua aplicabilidade ao cenário jurídico nacional, em um mundo onde a sedução do consumo substitui a ameaça constante, e o Estado totalitário orwelliano é suplantado por uma infinidade de empresas privadas, as *little sisters*.

## II. DATAVEILLANCE COMO METÁFORA PARA O MUNDO ATUAL

Nos últimos anos, o panóptico, de Jeremy Bentham<sup>3</sup> e Michel Foucault<sup>4</sup>, foi o modelo padrão nos estudos sobre a vigilância. Ainda que as práticas de vigilância sejam tão antigas quanto a própria civilização ocidental, elas adquiriram maior força na modernidade em virtude da necessidade de organização burocrática do Estado moderno. Todavia, um aumento exponencial no estudo sobre a *surveillance* somente ocorreu com o surgimento de novas tecnologias e suas nítidas consequências nos âmbitos do armazenamento e processamento de dados.

Com o tempo, passaram a surgir cada vez mais situações que não podiam ser explicadas através do panóptico. Isso porque as características inerentes às

2. ORWELL, G. 1984. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Kindle Edition. Não paginado.

3. BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 4.

4. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

novas tecnologias e formas de organização social – especialmente a fluidez, a descentralização e a desterritorialização – possibilitaram a superação da ideia de mera vigilância – que, não se deve deixar-se enganar, continua a existir. Por isso, é possível “importar” a expressão *surveillance* para a língua portuguesa. Além de diferenciar o problema objeto deste estudo, a adoção dessa nomenclatura evita as armadilhas que uma simples tradução poderia resultar.

Embora a tradução literal – vigilância – seja linguisticamente adequada, a palavra em língua inglesa – bem como na francesa – possui uma polissemia que não é alcançada pelo termo em português. Logo, será sempre uma aproximação de um conceito, não o próprio conceito.

Ao utilizar o conceito em inglês, forma-se um novo sentido para a palavra *surveillance*, incapaz de ser abarcado pela sua tradução literal. O conceito de *surveillance* ultrapassa os limites da concepção tradicional de vigilância, uma vez que permite trazer a tecnologia para dentro das relações sociais. Ao invés de ser uma terceira coisa que aumenta as capacidades de vigilância, a tecnologia da informação passa a ser condição de possibilidade das interações humanas. Essa sutileza só pode ser conseguida superando-se o conceito de vigilância.

### 2.1. DATAVEILLANCE

Um outro modo de pensar a *surveillance* é trazido por Kevin D. Haggerty e Richard V. Ericson. Com base nos trabalhos de Gilles Deleuze e Félix Guattari e na ideia de agenciamento, Haggerty e Ericson estabelecem o conceito de “*surveillant assemblage*” como forma de analisar a convergência de fluxos oriundos de sistemas individuais de coleta de dados.<sup>5</sup> A multiplicidade desses sistemas permite abstrair o corpo humano do seu contexto territorial, separando-o em vários fluxos distintos que podem ser recombinados em locais e modos diferentes, formando os *data doubles*, ou seja, os alteregos digitais.

*Dataveillance* é uma daquelas palavras que seriam impossíveis de traduzir caso se estivesse tratando do fenômeno da *surveillance* como mera vigilância. A tradução mais simples seria “vigilância de dados”, mas isso não traria a real dimensão desse fenômeno. Dentro da ideia das *assemblages* (multiplicidade de objetos distintos cuja unidade provém do fato de que eles funcionam em conjunto como uma entidade funcional), os fluxos discretos de dados dizem respeito à *dataveillance*, ou seja, traços de informações que,

5. ERICSON, R. V.; HAGGERTY, K. D. The surveillant assemblage. *British Journal of Sociology*, London, 51, n.4, dez. 2000. p. 605 – 622.

embora fluam de modo separado, podem ser rematerializados na construção de um conjunto de dados coerente.

O surgimento da expressão é atribuído ao cientista da computação Roger Clarke em textos dos anos de 1980. Trata-se da aglutinação das palavras *data* e *surveillance* e pode ser definida como o uso sistemático de sistemas de dados pessoais na investigação e monitoramento de ações e comunicações de um ou mais indivíduos<sup>6</sup>.

Esse deslocamento em direção aos dados ocorreu porque monitorar pessoas ou grupos sempre foi uma tarefa dispendiosa do ponto de vista de recursos humanos e econômicos, mesmo quando existe o suporte tecnológico, como é o caso dos CFTVs, que necessitam de uma enorme quantidade de agentes para monitorar as imagens.

A percepção das pessoas sobre a *dataveillance* ainda tende a ser incrivelmente baixa, especialmente em virtude da hegemonia de modelos como o panóptico e o Big Brother, em que predomina o aspecto visual, mais relacionado à vigilância do que à proposta da *surveillance*. Embora a vigilância ainda seja um problema em determinados contextos, conforme já salientado, a coleta massiva de dados faz parte de um outro patamar de complexidade.

Sistemas eletrônicos produzem, constantemente, uma enorme quantidade de dados. Com o crescente número de pontos de contato entre o mundo físico e o virtual, praticamente toda atividade humana gera um fluxo discreto de dados que pode ser reconstruído posteriormente conforme a demanda. A criação de metadados ocorre em todos os momentos do dia normal da vida em sociedade: nas relações sociais mediadas eletronicamente, nas transações comerciais ou, até mesmo, no simples ato de andar pela rua – afinal, um *smartphone* típico, constantemente, envia os dados de geolocalização do usuário para o fabricante e outras empresas.

A utilização de fluxos de dados discretos oferece um amplo leque de vantagens na análise de pessoas e grupos, já que esse tipo de análise é mais barata; pode ser feita simultaneamente em um número maior de pessoas; é “transparente” ao cotidiano dos indivíduos, ou seja, não é invasiva; ocorre de forma automática e é ubíqua<sup>7</sup>. Cada um desses aspectos será analisado doravante.

6. CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, 31, n. 5, maio 1988. 498 – 512.

7. SCHNEIER, B. *Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*. New York: W. W. Norton & Company, 2015. 398 p.

Historicamente, as empresas coletavam poucas informações sobre os seus clientes, geralmente, apenas o necessário para alcançar algum objetivo imediato, como a venda de um produto. Até mesmo sistemas de busca, como o Google, coletavam – comparando-se aos dias de hoje – poucas informações dos seus usuários.

Com a massificação do acesso aos computadores nos últimos anos, o custo da tecnologia de armazenamento e processamento diminuiu drasticamente, o que tornou economicamente viável o maior armazenamento de dados por empresas e governos. Além disso, com a atual expansão do *big data*, é cada vez mais vantajoso guardar o máximo de informações possíveis; afinal, sempre podem ser descobertos novos significados a partir de um conjunto de dados aparentemente irrelevante.

O barateamento da tecnologia necessária para a coleta e o armazenamento de dados permitiu um salto também em relação à identificação dos indivíduos que tinham seus dados coletados. Se, anteriormente, o custo desses sistemas permitia o foco apenas em determinados indivíduos, hoje há uma tendência de ampliação para englobar todas as pessoas.

Essas tecnologias tornaram-se baratas a ponto de serem implementados serviços de reconhecimento biométrico facial dos usuários de transporte público de cidades como<sup>8</sup> e Manaus<sup>9</sup> com o intuito de verificar se o portador do cartão de gratuidade é realmente o titular daquele direito. Ou, ainda, de serem instaladas câmeras de altíssima definição na cidade de Novo Hamburgo/RS<sup>10</sup>, região metropolitana de Porto Alegre, capazes de fazer a leitura automática

8. Em Porto Alegre, 1.550 ônibus já analisam, diariamente, os rostos de 240 mil usuários do transporte público. Caso o rosto do passageiro não seja o mesmo daquele armazenado pela empresa, é gerada uma notificação que pode resultar na suspensão ou até mesmo no cancelamento do benefício da gratuidade. Para maiores detalhes: KANNEBERG, Vanessa. Câmera vai fotografar usuários para coibir fraude no uso do passe livre em ônibus da Região Metropolitana. *ZH Notícias*, Porto Alegre, 30 jun. 2015. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/06/camera-vai-fotografar-usuarios-para-coibir-fraude-no-uso-do-passe-livre-em-ônibus-da-regiao-metropolitana-4792089.html> >. Acesso em: 22 out. 2017.

9. Assim como em Porto Alegre, os ônibus da cidade de Manaus utilizam biometria facial para fiscalizar o uso do benefício da gratuidade do transporte público. Com essa medida, a Secretaria Municipal de Transporte Urbanos conseguiu impedir gastos equivalentes a R\$230.000,00 mensais com fraudes. Para maiores detalhes: SEVERIANO, Adneilson. Ônibus terão biometria facial após fraudes de R\$ 230 mil por mês, no AM. *G1 Amazonas*, Manaus, 23 nov. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/11/onibus-terao-biometria-facial-apos-fraudes-de-r-230-mil-por-mes-no-am.html> >. Acesso em: 22 out. 2017.

10. As câmeras de vídeo monitoramento da Guarda Municipal do município de Novo Hamburgo/RS possuem tecnologia de reconhecimento óptico de caracteres (OCR). Interligadas ao sistema do DETRAN, esse sistema permite a detecção automática das placas dos veículos e a comparação com a base de dados de veículos com restrições de roubo ou mandados judiciais pendentes. Para maiores detalhes: HENTZ, Tatiane. Câmeras devem ajudar a identificar carros roubados em Novo Hamburgo. *Jornal NH*, Novo Hamburgo, 06 ago. 2014. Disponível em: < [http://www.jornalnh.com.br/\\_conteudo/2014/08/noticias/regiao/70867-cameras-devem-ajudar-a-identificar-carros-roubados-em-novo-hamburgo.html](http://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2014/08/noticias/regiao/70867-cameras-devem-ajudar-a-identificar-carros-roubados-em-novo-hamburgo.html) >. Acesso em: 22 out. 2017.

das placas dos veículos que transitam nas ruas da cidade e verificar se eles possuem alguma espécie de restrição.

Similarmente, a Receita Federal brasileira passou a utilizar diversos mecanismos de análise de transações eletrônicas financeiras com a finalidade de evitar a sonegação fiscal. Desde dezembro de 2015, o fisco passou a receber os dados das movimentações financeiras de todos os brasileiros cujo valor total mensal supere supere dois mil reais<sup>11</sup>. Esses dados serão compartilhados com os Estados Unidos da América e com outros 100 países em virtude de acordos estabelecidos com a finalidade de evitar evasão de dívidas.

Se, antes, a Receita Federal tinha que se dedicar a determinados grupos de indivíduos para fazer uma investigação minuciosa das suas fontes de receitas, hoje, ela pode coletar informações sobre a renda de grande parte da população economicamente ativa, especialmente, se for levado em consideração que a renda média do brasileiro é de cerca de R\$ 2.117,10<sup>12</sup>, ou seja, acima do limite estabelecido pela Receita Federal.

A transparência – não do tipo desejável – e a automaticidade no modo como ocorre a coleta de fluxos de dados discretos é um outro ponto fundamental para a compreensão da *dataveillance* dentro da ideia de *assemblage*. Com a multiplicação de pontos de contato entre a tecnologia e o mundo, quase tudo o que se faz gera um fluxo de dados sem que sequer se tenha conhecimento. Hábitos de navegação na internet; movimentação de telefones celulares no espaço-tempo; informações sobre uso de meios eletrônicos de pagamento. Tudo isso gera fluxos de informações sobre os indivíduos sem que eles percebam.

Ocorre que, quanto mais transparente for a criação desses fluxos de dados, mais fácil é ignorá-los e considerá-los parte normal do cotidiano. Existem dois exemplos claros para ilustrar isso: a maioria das pessoas iria se sentir desconfortável com a ideia de colocar uma tornozeleira eletrônica com

11. Sob as acusações de que o sistema e-Financieira viola a privacidade dos usuários, a Receita Federal elaborou uma nota de esclarecimento em sua defesa. No referido documento, argumenta que os mecanismos que compõem aquele sistema (DIMOF – Declaração de Movimentação Financeira e o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital) possuem fundamento na Lei Complementar nº 105/2001, bem como nas Instruções Normativas RFB nº 811 e 1.571. Obviamente, trata-se de uma análise rasa, pois o debate sobre direitos humanos não pode ser justificado com instruções normativas do próprio órgão que se beneficia com a coleta de dados. Os detalhes sobre a referida nota da RFB estão disponíveis em < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/fevereiro/nota-de-esclarecimento-sobre-a-e-financeira> >. Acesso em: 22 out. 2017.

12. LISBOA, Vinícius. Renda média do brasileiro cai 1,9% em maio, informa IBGE. **EBC**, Brasília, 06 ago. 2014. Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/06/renda-media-do-brasileiro-cai-19-em-maio-informa-ibge> >. Acesso em: 22 out. 2017.

monitoramento por GPS durante 24 horas ao dia ou de fazer perguntas extremamente íntimas aos seus amigos. No entanto, dificilmente pensam duas vezes antes de sair de casa com um telefone celular ou de transformar os seus mais ocultos segredos em pesquisas do *Google*.

Como resultado da incorporação, cada vez maior, da tecnologia à vida humana, a coleta de dados torna-se ubíqua, especialmente quando for considerado o constante fluxo de metadados. Estes, como será visto posteriormente, podem dizer muito mais do que os dados aos quais se referem e têm consequências sérias na proteção dos direitos humanos.

## 2.2. FRANZ KAFKA E A METÁFORA DA *DATAVEILLANCE*

Diante do que foi exposto neste artigo, diversos aspectos da *surveillance* não foram capturados nem por Foucault<sup>13</sup> nem por Orwell, especialmente no que diz respeito à constante análise dos dados dos indivíduos e a falta de transparência sobre como essas informações são processadas. Por isso, uma metáfora interessante para a análise da *dataveillance* é a obra “O processo”, de Franz Kafka.

A obra começa com o protagonista (Joseph K.) acordando em uma manhã com a presença de um grupo de policiais no seu apartamento, informando-lhe que ele estava preso. Nem K. nem os policiais faziam a menor ideia de quais as acusações que eram imputadas ao protagonista, que, também, não se lembrava de ter cometido qualquer ofensa à lei. Além disso, K. não fazia nenhuma ideia de quem poderia ser o autor da denúncia. Mesmo preso, ao invés de ser levado para a delegacia ou presídio, os oficiais simplesmente foram embora, deixando K. onde ele estava<sup>14</sup>.

Durante o restante da história, Joseph K. busca, incessantemente, saber por qual motivo ele foi preso e como o processo será resolvido. Uma grande burocracia parece ter elaborado um dossiê sobre ele através de um tribunal clandestino e misterioso cujos arquivos são inacessíveis ao público e ao acusado. Em um esforço para descobrir o funcionamento do tribunal, K. sai pela cidade colhendo informações com quem quer que possua algum conhecimento sobre o *modus operandi* do tribunal, até que um pintor esclarece que os autos

13. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

14. KAFKA, F. **O processo**. Tradução de Gervásio Álvaro. Lisboa. Livros do Brasil, 1999. 285 p.

continuam, como o ininterrupto movimento das repartições da justiça o exige, a levá-lo aos tribunais superiores, volta aos tribunais inferiores e fica, assim, a oscilar com grandes e pequenas amplitudes, com grandes e pequenas interrupções. Estes percursos são imprevisíveis [...] Um dia, para completa surpresa de todos, um Juiz qualquer pega com mais atenção no auto [...]

– E o processo começa de novo? – perguntou K., quase incrédulo.

– Com certeza – respondeu o pintor – o processo começa de novo, mas volta a existir a possibilidade, tal como antes, de se conseguir uma absolvição aparente. Torna-se de novo necessário concentrar todas as forças e lutar sem desfalecimento.<sup>15</sup>

Ironicamente, após a sua prisão, é o próprio Joseph K. quem busca o tribunal. Ele é informado que o interrogatório ocorrerá no domingo, mas somente se ele não tiver nenhuma objeção. No domingo, ele correu para chegar ao local marcado às nove horas, embora ninguém tivesse especificado o horário em que deveria estar lá. Depois do interrogatório, o tribunal pareceu ter perdido o interesse nele que, por sua vez, ficou obcecado em ser notado e ter o seu caso resolvido. Na realidade, ser ignorado pela justiça foi pior do que ser preso.

Conforme continua a sua saga, o protagonista é, cada vez mais, surpreendido pelo funcionamento estranho do tribunal, cujo ar de segredo é a única constante. Ainda assim, Joseph K. busca a absolvição por um crime – que ele sequer sabe qual – perante uma autoridade acusadora que ele não consegue encontrar. Ao final, Joseph K. é apreendido no meio da noite e executado com uma facada no coração.

Essa obra consegue captar uma descrição mais condizente com a realidade da *dataveillance*. Através dos traços exagerados do mundo desenhado por Kafka, que beiram o cômico e o absurdo, é possível ver a indiferença da burocracia, na qual o indivíduo é apenas mais uma peça em uma engrenagem secreta, sem possibilidades de interferir no resultado do processo.

Joseph K. sente o desamparo e a vulnerabilidade de alguém que tem a vida completamente esmiuçada por grandes organizações, que tomam decisões, com base nesses dados, capazes de afetá-lo, mas sem que ele tenha conhecimento sobre o procedimento adotado ou qualquer possibilidade de reação.

É possível, pois, argumentar que Kafka apresenta uma metáfora da *dataveillance* sobre a incapacidade que os indivíduos têm para controlar os dados

15. KAFKA, F. **O processo**. Tradução de Gervásio Álvaro. Lisboa. Livros do Brasil, 1999. 285 p.

que são coletados sobre eles, o segredo absoluto que rege o funcionamento dessas instituições e a forma como elas utilizam os dados dos indivíduos sem que estes tenham a possibilidade de intervir no resultado final, ainda que disso resultem consequências drásticas nas suas vidas.

É dessa desigualdade nas relações de poder que ocorrem as violações dos direitos humanos. Assim como a burocracia de Kafka, a coleta de dados retira do indivíduo o seu controle sobre as próprias informações. Tal qual a *surveillance*, não é possível falar na existência de um motivo diabólico ou um grande plano de dominação global por trás das ações da burocracia kafkiana. O que ocorre é a dissolução do ser humano em uma rede composta por práticas padronizadas, procedimentos secretos e a incapacidade de interação com aqueles que definem os critérios de processamento das informações. Assim como em Kafka, as consequências são sempre atribuídas a um sistema – que funciona quase como uma entidade abstrata, pois inacessível –, cujo modo de funcionamento é desconhecido, embora gere consequências diretas para as vidas das pessoas.

### III. O PODER DOS METADADOS E O PL 5276/2016

#### 3.1. O QUE SÃO METADADOS?

O metadado é a “[...] informação estruturada que descreve, explica, localiza ou que, de algum modo, facilita a recuperação, uso ou gerenciamento de uma fonte de informação. O metadado é comumente denominado dado sobre dado ou informação sobre informação”<sup>16</sup>.

De modo simplificado, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência, os metadados seriam informações sobre aquela carta: o tipo do papel utilizado, o tamanho do envelope, os dados do remetente e destinatário, a data e o local de postagem, os traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, o tipo e a cor da tinta utilizada para escrever a carta, o tamanho e o peso da correspondência, o número de letras e palavras, os traços de substâncias impregnadas no papel, as informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc.

Os metadados não são uma novidade da era digital – afinal, fichas catalográficas dos livros em uma biblioteca também são metadados –, mas

16. NATIONAL INFORMATION STANDARDS ORGANIZATION. **Understanding Metadata**. Bethesda: NISO Press, 2004. 17 p. ISBN 1880124629.

a quantidade, tipo e capacidade de análise deles só adquiriram a relevância atual em virtude dos avanços na tecnologia da informação. E, com essa maior quantidade e poder de análise, os metadados tornaram-se capazes de informar mais que os dados propriamente ditos.

Com o escândalo envolvendo Edward Snowden, o discurso dominante na defesa da coleta em massa de dados foi a de que apenas metadados eram analisados pelas agências de inteligência, de modo que não estaria ocorrendo nenhuma violação da privacidade. No entanto, ainda que somente metadados fossem coletados – o que não era verdade –, isso já seria suficiente para extrair informações extremamente pessoais das vidas das pessoas, já que metadados não são inocentes pedaços de informação descontextualizada. Eles são o próprio contexto. Stefano Rodotà tem razão ao afirmar que

Raramente o cidadão é capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados, podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações.<sup>17</sup>

Existe um experimento em andamento cujo intuito é demonstrar para as pessoas a relevância dos metadados. Intitulado *MetaPhone*, o estudo realizado pelo *Center for Internet and Society*, vinculado à escola de direito da Universidade de *Stanford*, funciona da seguinte forma: usuários que desajassem participar e que possuíssem *smartphones* com a plataforma *Android* instalaram, voluntariamente, um aplicativo em seus celulares. O programa envia para os pesquisadores as seguintes informações: número de destino da chamada, duração da ligação e data e hora em que ela foi feita. Os números de destino eram comparados com bases de dados públicas de telefones; assim, em vez de, simplesmente, terem um número, os pesquisadores poderiam ter o nome do destinatário da chamada telefônica<sup>18</sup>.

Dentre os diversos padrões de uso que foram encontrados pelos pesquisadores do projeto *MetaPhone*, cinco são bem relevantes no que diz respeito à importância dos metadados: o “participante A” comunicou-se, várias vezes, com diversos neurologistas locais, com uma farmácia especializada em produtos neurológicos, com um serviço de apoio a portadores de doenças raras e

17. RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 382 p.

18. MAYER, J.; MUTCHER, P. *MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata*. *Web Policy*, [s.l.], 12 mar. 2014.

com o serviço de atendimento ao consumidor de um laboratório farmacêutico especializado em esclerose múltipla.

O “participante B” fez ligações longas para cardiologistas de um grande centro médico, fez uma ligação curta para um laboratório de análises clínicas, recebeu ligações de uma farmácia e fez várias ligações curtas para um serviço de acompanhamento automático de um dispositivo médico utilizado para monitorar arritmias cardíacas.

O “participante C” fez ligações para uma loja de armas de fogo especializada em rifles semiautomáticos e fez chamadas longas para o serviço de atendimento ao consumidor de uma fabricante do mesmo tipo de rifle.

O “participante D” fez contato, dentro de um período de três semanas, com uma loja de utensílios para jardinagem, com chaveiros, lojas de hidroponia e com lojas especializadas na venda de artigos relacionados à maconha.

A “participante E” fez uma longa ligação, muito cedo da manhã, para a sua irmã. Dois dias depois, ela ligou várias vezes para uma clínica de aborto. Um mês depois, ela fez a última ligação para a clínica.

Os pesquisadores puderam telefonar para os envolvidos e confirmar que o “participante B” possui um problema cardíaco e que o “participante C” possui armas de fogo semiautomáticas. No entanto, preferiram não ligar para os participantes A, D e E em virtude da sensibilidade das informações coletadas. Ainda assim, fica evidente que os metadados são informações de extrema relevância para identificar quem são os indivíduos.

Somente com metadados de ligações telefônicas, foi possível chegar a conclusões tão pessoais sobre a vida dos participantes – reitere-se, o *MetaPhone* não envia a gravação das chamadas. Imagine-se, então, o que seria possível inferir caso se adicionassem os metadados de *e-mails* trocados, mensagens instantâneas ou até mesmo buscas no *Google* – sim, por fazerem parte da URL, os termos pesquisados nos serviços de busca são considerados metadados.

Extrapolando um pouco esses projetos, imagine que um determinado sistema coleta, durante alguns meses, informações sobre todos os contatos realizados – não o conteúdo das comunicações – por um indivíduo – frequência, duração, destinatário, horário –, além de todas as suas movimentações no espaço – com rotas percorridas, velocidade, etc. Qualquer pessoa poderia extrair conclusões interessantes desses dados: quem são as pessoas importantes para esse indivíduo? Quais os meios de transporte que ele utiliza? Qual a sua



profissão provável? Afinal, se todos os dias, às 03 horas da madrugada, ele está no hospital, possivelmente, é um profissional da saúde. Se isso ocorre apenas excepcionalmente, provavelmente está doente.

Obviamente, um sistema pode tirar conclusões muito mais avançadas com esses dados no atacado: esse indivíduo chama-se Fulano, é médico, número de CPF tal, possui uma esposa e quatro filhos, dirige um veículo de marca tal e, por isso, tem 85% de probabilidade de votar no partido X, possui determinados traços de personalidade e, portanto, tem um risco 75% maior de desenvolver demência na velhice. A concatenação de dados é quase infinita e pode parecer absurda, mas é utilizada, diariamente, no mundo do *big data* para determinar riscos, preferências e hábitos das pessoas. A sofisticação desses sistemas – vide, por todos, o estudo de Kosinski Stillwell e Graepel<sup>19</sup> que construiu um sistema capaz de identificar traços de personalidade do usuário a partir das suas “curtidas” na rede social *Facebook*.

### 3.2. O PL 5276/2016 E A ILUSÃO DE QUE EXISTEM (META) DADOS “ANÔNIMOS”

Embora exista projeto similar tramitando no Senado (PLS 330/2013), a massiva participação popular no texto que resultou no PL 5276/2016 tornam a proposta da Câmara muito mais relevante do ponto de vista democrático. Isso porque, após a aprovação do marco civil da internet (Lei 12.965/2014), instaurou-se um novo debate sobre o anteprojeto de lei (APL) para a proteção de dados pessoais. No dia 19 de outubro de 2015, o Ministério da Justiça finalizou uma nova versão do anteprojeto, o que ocorreu depois de mais de 1300 colaborações no site da consulta pública<sup>20</sup>. Desse APL surgiu o PL 5276/2016, daí a sua maior importância na análise aqui realizada.

Ressalte-se: o recurso às legislações nacionais é insuficiente para garantir a proteção dos direitos humanos violados pela *surveillance*. Em que pese essa limitação da discussão no âmbito do Estado-nação, não se pode desconsiderar a importância, ainda que simbólica, dessas legislações.

Mesmo que se tenham sempre em vista os limites e as possibilidades da lei para tratar de problemas eminentemente desterritorializados, o referido

19. KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 110, n. 15, 9 abr. 2013. 5802-5805.

20. PEDUZZI, Pedro. MJ finaliza nova versão de anteprojeto sobre proteção de dados na internet. *EBC*, Brasília, 19 out. 2015. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/mj-finaliza-nova-versao-de-anteprojeto-sobre-protecao-de-dados-na-internet> >. Acesso em: 22 out. 2017.

anteprojeto é de imensa importância para inaugurar o debate sobre a *surveillance* no cenário legislativo brasileiro. Quando aprovada, essa lei irá servir como um dos fundamentos para a formação do imaginário dos juristas, especialmente para a compreensão sobre a relação entre violação dos direitos humanos e os fluxos de dados.

No entanto, o referido anteprojeto sofre de um problema fundamental, pois considera que ainda se está lidando apenas com dados pessoais. Isso torna-se evidente já no artigo 1º, onde é estabelecido que “*esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade da pessoa natural.*”<sup>21</sup>

Com uma definição desse tipo, o PL 5276/2016 esquece um dos direitos humanos mais importantes e que é colocado em risco pelos fluxos globais de dados: a igualdade. O senso comum presente no PL 5276/2016 tende a associar o problema da *surveillance* à privacidade e à liberdade. Obviamente, não se trata de um erro, pois, realmente, existe uma ligação óbvia e forte entre *surveillance* e privacidade.

No entanto, trata-se de uma abordagem limitada, porque, embora esses problemas continuem a ser relevantes, é cada vez mais claro que eles não contam a história completa sobre a *surveillance*, porque ela, nos dias de hoje, classifica pessoas em categorias de interesse ou risco com consequências reais nas suas vidas. Logo, a *surveillance* torna-se um instrumento de estratificação da discriminação, o que faz com que deixe de ser apenas um problema de privacidade individual, mas, especialmente, de justiça social.

Ainda que a omissão do artigo 1º do PL 5276/2016 fosse considerada um mero “esquecimento”, suas consequências para a proteção dos direitos humanos seriam igualmente prejudiciais, especialmente quando se percebe que a coleta massiva de dados é capaz de categorizar pessoas em grupos de risco ou de (des)interesse econômico e social. No entanto, o PL 5276/2016 vai mais fundo ao ignorar a igualdade e fazer a equivocada distinção entre três categorias de dados: pessoais, sensíveis e anônimos.

O dado pessoal, conforme art. 5º, inciso I, é aquele “[...] relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”.

21. BRASIL. *Projeto de Lei de proteção de dados pessoais – PL 5276/2016*. Câmara dos Deputados. Brasília. 2016.

Os dados sensíveis, de acordo com o inciso III do mesmo artigo, são um tipo especial de dados pessoais, ou seja, são

[...] dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, bem como dados genéticos ou biométricos.

Por fim, os dados anônimos, conforme inciso IV do artigo 5º do PL 5276/2016, seriam aqueles “[...] dados relativos a um titular que não possa ser identificado”.

Trata-se de uma classificação que cria três níveis de proteção distintos: os dados sensíveis gozarão da maior proteção dentre todos, seguidos pelos dados pessoais e, por fim, pelos dados anônimos. Estes últimos gozam de menor privilégio, uma vez que, supostamente, não seriam capazes de identificar os indivíduos aos quais se referem.

Contudo, esta é uma classificação fantasiosa, especialmente dentro do contexto dos avançados algoritmos de extração – *data mining* – e análise massiva de dados e, especialmente, de metadados – *big data*. Esses metadados – que, dependendo do contexto, podem ser classificados pelo PL 5276/2016 como dados pessoais ou, até mesmo, como dados anônimos – são de grande importância para a compreensão da falha dessa classificação. Como visto no exemplo anterior do *MetaPhone*, com uma abordagem estatística adequada, informações como remetente, destinatário, assunto, horário de envio e endereço IP podem ser tão ou mais valiosas que o conteúdo dos e-mails.

Assim, os dados não são, como quer a lei, “essencialmente” pessoais, sensíveis ou anônimos. São apenas dados, cujo sentido é atribuído no momento da aplicação do algoritmo. Como resultado, dados que foram “anonimizados” podem sofrer o processo inverso e tornarem-se identificáveis, revelando informações sensíveis sobre um indivíduo ou grupo de indivíduos.

Quanto mais fontes anônimas de dados forem concatenadas, menos anônimos esses dados serão. Assim, a classificação proposta pelo PL 5276/2016 permite que seja dada baixa proteção ao conjunto de informações que podem ser utilizadas para afetar diretamente a vida das pessoas, violando uma série de direitos humanos. Desse estado da arte, a classificação equivocada entre dados pessoais, sensíveis e anônimos coloca em risco os direitos humanos, em especial a igualdade, uma vez que possibilitará a proteção deficiente de dados potencialmente sensíveis e de extrema relevância para a vida das pessoas.

É possível apontar alguns exemplos emblemáticos de como não existem dados – e metadados – anônimos<sup>22</sup>. No ano de 2014, um grupo de cientistas da Carnegie Mellon conseguiu uma façanha interessante. Com simples imagens de pessoas obtidas na rua, os pesquisadores conseguiam descobrir o nome, perfil de rede social, número do seguro social (o equivalente ao CPF nos EUA) e, através de consultas de bases de dados de acesso público, inferir informações como orientação sexual e traços de personalidade<sup>23</sup>

Em outro exemplo, pesquisadores da universidade do Texas, em Austin, desenvolveram um programa de computador capaz de “desanonimizar” um conjunto grande de dados, a saber, a base de notas dadas aos filmes pelos usuários do serviço Netflix<sup>24</sup>. Como isso ocorreu?

Em 2006, o Netflix – o maior serviço de *streaming* de vídeo pago do mundo – fez um concurso público para que fosse desenvolvido um algoritmo mais refinado de sugestões de filmes para os seus usuários. Para tanto, liberou um banco de dados parcial, contendo 100.408.507 avaliações criadas por 490.189 usuários do Netflix, dos quais foram removidos todos os dados identificadores dos clientes, ficando disponível apenas a nota atribuída pelo usuário e a data em que a avaliação foi feita. O Netflix tinha tanta confiança de que os dados continuariam anônimos que, na seção de dúvidas frequentes (FAQ) do desafio, inseriu as seguintes pergunta e resposta:

Existe alguma informação dos clientes no conjunto de dados que deve ser mantida em segredo?

Não, toda a informação de identificação dos clientes foi removida; tudo o que resta são as avaliações e as datas. Isso segue a nossa política de privacidade, que você pode revisar aqui. Ainda que, por exemplo, você conhecesse todas as suas próprias avaliações e as datas em que foram feitas, você provavelmente não poderia identificá-las de maneira confiável nos dados disponibilizados, pois somente uma pequena amostra foi incluída (menor que um décimo do nosso conjunto de dados completo) e esses dados estão sujeitos a variações. É claro que, já que vocês todos conhecem as suas próprias avaliações, isso não

22. Existe um projeto de pesquisa de Arvind Narayan, cientista da computação da universidade de Princeton e pesquisador afiliado do “Center for Internet and Society” da escola de direito da universidade de Stanford. O projeto, denominado “33 bits of Entropy” analisa a impossibilidade de existirem dados anônimos na sociedade contemporânea. Disponível em: < <https://33bits.org> >. Acesso em: 22 out. 2017.
23. ACQUISTI, Alessandro.; GROSS, Ralph.; STUTZMAN, Fred. Face Recognition and Privacy in the Age of Augmented Reality. *Journal of Privacy and Confidentiality*, Pittsburgh, 6, n. 2, 2014. 1-20.
24. NARAYANAN, Arvind.; SHMATIKOV, Vitaly. **Robust De-anonymization of Large Sparse Datasets**. Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy. Washington: IEEE Computer Society. 2008. p. 111-125.

seria realmente um problema de privacidade, seria?<sup>25</sup>.

Os pesquisadores, então, desenvolveram um programa que comparou aquela base de dados a uma outra de acesso público, o IMDB – Internet Movie Database –, site que também reúne reviews cinematográficos postados voluntariamente por internautas. Como resultado, eles conseguiram identificar quais usuários eram responsáveis pelos reviews da base de dados do Netflix, ou seja, “desanonimizaram” o conteúdo.

Com base nos resultados dessa pesquisa, foi possível pegar um conjunto de dados completamente anônimos e cruzar com outro banco de dados (público) para saber quem viu qual filme e qual foi a sua avaliação. Com isso, seria possível fazer a concatenação com os outros exemplos dados no decorrer do trabalho, inclusive identificação pessoal com número do “CPF”, traços de personalidade, orientação religiosa, política e sexual etc..

É preciso cautela na hora de utilizar mecanismos rígidos para tentar controlar eventos extremamente fluidos. Embora se tenha plena consciência de que a lei não é capaz de proteger integralmente os direitos humanos violados pela *surveillance*, deve-se reconhecer que ela pode ser um instrumento benéfico, especialmente do ponto de vista simbólico.

A lei precisa estar minimamente adequada às tecnologias existentes, sob o risco de ser ainda mais prejudicial que a sua própria inexistência, visto que a sua mera existência, sem paralelo com a realidade tecnológica, cria a falsa sensação de que um direito está protegido sem que ele realmente esteja. Esse é o desafio de uma legislação brasileira de proteção de dados pessoais, especialmente no que diz respeito ao que considera “dados anônimos”.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão de George Orwell demonstra a genialidade da obra e sua pertinência para o mundo contemporâneo. A importância dos bancos de dados governamentais, manipulados pela tecnologia da informação, são visíveis no romance distópico. Da mesma maneira, o olhar do *Big Brother* era onipresente e indeterminado, situação que, de maneira semelhante ao panóptico,

25. No original: “Is there any customer information in the dataset that should be kept private? No, all customer identifying information has been removed; all that remains are ratings and dates. This follows our privacy policy, which you can review here. Even if, for example, you knew all your own ratings and their dates you probably couldn’t identify them reliably in the data because only a small sample was included (less than one-tenth of our complete dataset) and that data was subject to perturbation. Of course, since you know all your own ratings that really isn’t a privacy problem is it?”

inibia qualquer desejo de fuga do indivíduo, uma vez que ele poderia estar sendo vigiado a qualquer momento. Também, lembrando, assustadoramente, aspectos da atualidade, questões sobre direitos humanos, como igualdade e dignidade, são tocadas pela obra de Orwell, associadas à impossibilidade de construir uma identidade própria, distinta das massas; e do exercício de controle de acordo com cada grupo social, o que se assemelha muito com a ideia de *dataveillance* e utilização de metadados.

Ao contrário das propostas de Foucault, Bentham e Orwell, a *surveillance* não depende do elemento territorial, tampouco do uso da coação ou do sentido da visão. Isso porque os conceitos de *surveillance assemblage* e de *dataveillance* deslocam o problema da coleta de dados do mundo físico para o virtual. Isso permite que as novas tecnologias violem os direitos humanos de modos completamente imprevisíveis para aqueles que não compreendem adequadamente essa categoria, como comumente ocorre com a literatura tradicional sobre o tema<sup>26</sup>.

Sejam públicas ou privadas, todas as entidades que coletam e analisam dados, na atualidade, possuem em comum a busca pela categorização e pelo reconhecimento de padrões – *data mining* – em enormes conjuntos de dados – *big data*. Isso decorre da transição do modelo da defesa em direção à atual sociedade securitizada, na qual o medo líquido preenche as vidas de incertezas que precisam ser eliminadas a partir de novas tecnologias.

Essa securitização, para utilizar a expressão de Michael Hardt e Antonio Negri<sup>27</sup> modifica a expectativa de resposta dos sistemas tecnológicos, que devem deixar de ser reativos e conservativos – ou seja, preservar a ordem através de interferências somente quando perturbados –, para se tornarem ativos e construtivos – antecipar essas interferências e modificar a ordem social antes mesmo que elas ocorram.

Como resultado, esse fenômeno enfraquece a soberania moderna em virtude da sua capacidade para normalizar uma situação de guerra constante, que deveria ser excepcional. Como resultado, desestabiliza-se o poder, que passa a migrar em direção aos atores públicos – vinculados às grandes potências – e privados – detentores da tecnologia da informação.

26. PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. 550p.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005. 233p.

27. HARDT, Michael.; NEGRI, Anthony. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: The Penguin Press, 2004. 405 p.

Também verificou-se que, embora importantes, os mecanismos de controle estatais (como PL 5276/2016, para a proteção dos dados pessoais no Brasil) são incapazes de proteger, adequadamente, os direitos humanos, o que ocorre como consequência de alguns fenômenos: da globalização; do surgimento de novos centros de poder não estatais; e da expansão das tecnologias da informação. Todos eles possuem, em comum, a extrema facilidade para transpor espaços físicos – o foi referido através das ideias de desterritorialidade e desespacialidade.

Uma das consequências fundamentais derivada da matriz teórica dos *surveillance studies* é a superação da ideia de que informações pessoais e comunicações privadas dizem respeito apenas às violações da privacidade. Esse lugar-comum no direito, resultado da não compreensão da categoria da *surveillance*, faz com que os juristas já comecem a encarar o problema de maneira equivocada, conforme foi demonstrado pela ausência do enfrentamento – pelo PL 5276/2016 – das cruéis violações da igualdade e da liberdade patrocinadas pela tecnologia da informação.

Desde concessões de benefícios somente para indivíduos caracterizados como “de interesse comercial”, até a impossibilidade de utilizar meios de transporte aéreo, os seres humanos sofrem, cotidianamente, as consequências de sistemas que coletam e, acima de tudo, categorizam informações com critérios que não passam por qualquer tipo de controle democrático.

Por isso, é possível – e necessário – compreender que as TICs atingem muito mais que a privacidade, podendo servir como um instrumento de segregação social e caracterizador da violação à isonomia e à dignidade. São insuficientes as tentativas de restringir os fluxos de dados na sociedade em rede<sup>28</sup> através de mecanismos rígidos, centrados em territórios, como é o caso das legislações derivadas do Estado-nação.

Sem as restrições típicas do constitucionalismo na elaboração desses códigos, fica fácil perceber como a tecnologia da informação ganha a capacidade de violar direitos humanos, o que reforça a ideia de que o Estado é um palco fragilizado para a sua proteção.

Disso não se deve concluir que se trata de uma “falha” do modelo estatal, possível de ser sanada através do seu redesenho. O que ocorre é exatamente

28. CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society: The information age – economy, society and culture**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 1, 2010. 597 p.

o oposto, ou seja, trata-se de um limite intransponível que demonstra a insuficiência desse formato de organização política para, sozinho, proteger os direitos humanos na era do *big data*. É necessário, portanto, repensar os modelos de proteção de direitos na contemporaneidade, o que fugiria do escopo do presente artigo, mas deve servir como provocação para o leitor atento.

## V. REFERÊNCIAS

- ACQUISTI, Alessandro.; GROSS, Ralph.; STUTZMAN, Fred. Face Recognition and Privacy in the Age of Augmented Reality. **Journal of Privacy and Confidentiality**, Pittsburgh, 6, n. 2, 2014. 1-20.
- BRASIL. **Projeto de Lei de proteção de dados pessoais – PL 5276/2016**. Câmara dos Deputados. Brasília. 2016.
- BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. Edinburgh: William Tait, 1843. v. 4.
- BOLZA DE MORAIS, Jose Luis; JACOB NETO, Elias. A insuficiência do Marco Civil da Internet na proteção das comunicações privadas armazenadas e do fluxo de dados a partir do paradigma da *surveillance*. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 417-439.
- CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society: The information age – economy, society and culture**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 1, 2010. 597 p.
- CLARKE, Roger. Information technology and dataveillance. **Communications of the ACM**, 31, n. 5, maio 1988. 498 – 512.
- ERICSON, Richard.; HAGGERTY, Kevin. The surveillant assemblage. **British Journal of Sociology**, London, 51, n.4, dez. 2000. p. 605 – 622.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.
- HARDT, Michael.; NEGRI, Anthony. **Multitude: war and democracy in the age of empire**. New York: The Penguin Press, 2004. 405 p.
- HENTZ, Tatiane. Câmeras devem ajudar a identificar carros roubados em Novo Hamburgo. **Jornal NH**, Novo Hamburgo, 06 ago. 2014. Disponível em: < [http://www.jornalnh.com.br/\\_conteudo/2014/08/noticias/regiao/70867-cameras-devem-ajudar-a-identificar-carros-roubados-em-novo-hamburgo.html](http://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2014/08/noticias/regiao/70867-cameras-devem-ajudar-a-identificar-carros-roubados-em-novo-hamburgo.html) >. Acesso em: 22 out. 2017.
- KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Gervásio Álvaro. Lisboa. Livros do Brasil, 1999. 285 p.
- KANNEBERG, Vanessa. Câmera vai fotografar usuários para coibir fraude no uso do passe livre em ônibus da Região Metropolitana. **ZH Notícias**, Porto Alegre, 30 jun. 2015. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/06/camera-vai-fotografar-usuarios-para-coibir-fraude-no-uso-do-passe-livre-em-onibus-da-regiao-metropolitana-4792089.html> >. Acesso em: 22 out. 2017.
- KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, 110, n. 15, 9 abr. 2013. 5802-5805.
- LISBOA, Vinícius. Renda média do brasileiro cai 1,9% em maio, informa IBGE. **EBC**, Brasília, 06 ago. 2014. Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/06/renda-media-do-brasileiro-cai-19-em-maio-informa-ibge> >. Acesso em: 22 out. 2017.
- MAYER, J.; MUTCHER, P. MetaPhone: The Sensitivity of Telephone Metadata. **Web Policy**, [s.l.], 12 mar. 2014.
- NARAYANAN, Arvind.; SHMATIKOV, Vitaly. **Robust De-anonymization of Large Sparse Data-**

sets. Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy. Washington: IEEE Computer Society. 2008. p. 111-125.

NATIONAL INFORMATION STANDARDS ORGANIZATION. **Understanding Metadata**. Bethesda: NISO Press, 2004. 17 p. ISBN 1880124629.

ORWELL, G. **1984**. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Kindle Edition. Não paginado.

PEDUZZI, Pedro. MJ finaliza nova versão de anteprojeto sobre proteção de dados na internet. **EBC**, Brasília, 19 out. 2015. Disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/mj-finaliza-nova-versao-de-anteprojeto-sobre-protecao-de-dados-na-internet> >. Acesso em: 22 out. 2017.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. 550p.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2005. 233p.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 382 p.

SCHNEIER, B. **Data and Goliath: The Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World**. New York: W. W. Norton & Company, 2015. 398 p.

SEVERIANO, Adneilson. Ônibus terão biometria facial após fraudes de R\$ 230 mil por mês, no AM. **G1 Amazonas**, Manaus, 23 nov. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/11/onibus-terao-biometria-facial-apos-fraudes-de-r-230-mil-por-mes-no-am.html> >. Acesso em: 22 out. 2017.

## O FIM DO ESTADO-JURISDIÇÃO: UMA ANÁLISE DA TRANSPOSIÇÃO DOS CÂMBIOS GERENCIAIS À ATIVIDADE JURISDICIONAL

Marcelo Oliveira de Moura<sup>1</sup>

Daiane Moura de Aguiar<sup>2</sup>

*Da construção do mercado à concorrência como norma dessa construção, da concorrência como norma da atividade dos agentes econômicos à concorrência como norma da construção do Estado e de sua ação e, por fim, da concorrência como norma da conduta do Estado-empresa à concorrência como norma da conduta do sujeito-empresa, essas são as etapas pelas quais se realiza a extensão da racionalidade mercantil a todas as esferas da existência humana e que fazem da razão neoliberal uma verdadeira razão-mundo.*

*(Pierre Dardot e Christian Laval)*

### I. INTRODUÇÃO

A preocupação com os parâmetros em que se moldam as democracias contemporâneas e os rumos do Estado de Direito frente aos movimentos da sociedade civil mercantilizada povoam as discussões sobre a transformação das jurisdições em face a adoção de racionalidades concorrenciais e empresarias por meio de força normativa. Diante do cenário apresentado este pequeno ensaio reflete: em que medida e a partir de quais mecanismos normativos a nova razão neoliberal do mundo vem consolidando a eficácia como meta-valor que orienta atividade jurisdicional do Estado?

Para a compreender esse cenário é necessário enfrentar a premissa de que o sistema de justiça ocidental é povoado por discursos, práticas

1. Doutora em Direito pela UNISINOS. Professora, pesquisadora e advogada. Acesso para o cvlattes: <http://lattes.cnpq.br/3727284333535908>
2. Doutor em Direito pela UNISINOS. Professor, pesquisador e advogado. Acesso para o cvlattes: <http://lattes.cnpq.br/1713248147163613>

e a normas que orientam a justiça em prol da eficiência. Nesse sentido, concretiza-se um processo que utiliza de dinâmicas de poder que estão relacionados com o protagonismo, em termos regulatórios, para novas normatividades jurídicas fundadas em uma operacionalidade empresarial que, por sua vez, passam a dirigir o Estado- Jurisdição.

A partir do apresentado, em termos estruturais, o trabalho, por meio de revisão bibliográfica, dividiu-se em duas partes. Na primeira parte do ensaio refletiu-se a respeito da sociedade neoliberal, analisando as características da sua racionalidade governamental, a partir da obra de Dardot e Laval (2015). Na segunda parte do trabalho, contemplou-se a análise das transformações da jurisdição no cenário da internormatividade e a potencialização das normas técnicas e de gestão, tendo por base as reflexões realizadas por Frydman (2015).

## II. A NOVA RAZÃO (NEOLIBERAL) DO MUNDO, A LÓGICA DA CONCORRÊNCIA E O MODELO GERENCIAL DE ESTADO

Dardot e Laval (2016) apontam que setores significativos dos movimentos de resistência ao neoliberalismo incorreram em um erro de diagnóstico, constituído a partir do obscurecimento de sua dimensão regulatória ou governamental, no sentido atribuído por Michel Foucault (2008). Dito de outro modo, os autores denunciam a percepção equivocada que apresenta a ideologia neoliberal fundada na fé fanática da “naturalidade” do mercado que se materializaria como um programa anti-intervencionista, que revitaliza as perspectivas liberais clássicas e o minimalismo estatal.<sup>3</sup>

Com efeito, esse olhar redutor da complexidade do processo de globalização neoliberal contemporâneo, compartilhado por amplos setores da ciência jurídica, repercute-se de maneira significativa nas reflexões sobre o conjunto de transformações do Estado e do Direito. O neoliberalismo em sua real complexidade não destrói apenas regras, instituições, direitos, ele

3. Como apontam os autores: *O neoliberalismo não destrói apenas regras, instituições, direitos. Ele também produz certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades. Em outras palavras, com o neoliberalismo, o que está em jogo é nada mais nada menos que a forma de nossa existência, isto é, a forma como somos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos. O neoliberalismo define certa norma de vida nas sociedades ocidentais e, para além dela, em todas as sociedades que seguem o caminho da modernidade. Essa norma impõe a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada, íntima dos assalariados e das populações a entrar em luta econômica uns contra os outros, ordena as relações sociais segundo um modelo de mercado, obriga a justificar desigualdades cada vez mais profundas, muda até o indivíduo, que é instado a conceber a si mesmo e comportar-se como uma empresa.* DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p.16

tem uma dimensão prescritiva.

Dito de outro modo, é uma racionalidade formada por um conjunto de discursos, práticas e dispositivos que transforma a lógica do mercado uma lógica normativa, regendo desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade humana. A generalização da concorrência como norma de conduta e do padrão empresarial como modelo de subjetivação, avança como uma razão constitutiva da existência humana: uma nova razão do mundo.

Nesse cenário, deve-se reconhecer que o neoliberalismo “não procura tanto a retirada do Estado e ampliação dos domínios da acumulação do capitalismo quanto à *transformação da ação pública*.” Ou seja, a instituição central da modernidade, neste contexto, vem passando por uma mutação empresarial, que se faz com a transposição das regras do mercado para o setor público, processo no qual se “subverte radicalmente os fundamentos modernos da democracia.” (DARDOT; LAVAL, 2016)

Deste modo, o “Estado neoliberal é “governamentalizado”, no sentido de que os novos dispositivos institucionais que o distinguem, visam criar situações de concorrência, introduzir lógicas de escolha, desenvolver medidas de desempenho, cujo efeito é modificar a conduta dos indivíduos, mudar sua relação com as instituições e, mais precisamente, transformá-los em consumidores e empreendedores.” (ANDRADE; OTA, 2015). Portanto, torna-se um processo dinâmico na esteira de câmbios significativos da estrutura do Estado de Direito, especialmente, em sua característica da supremacia da lei no cenário da regulação, princípio fundante do governo *per legis e sub legis*.

Como nos alerta Benoit Frydman (2016), no atual contexto, a lógica empresarial, sem substituir às regras do direito e de processo, sobrepõe-se a elas para cumprir os objetivos de racionalização administrativa, impondo-se frentes às regras jurídicas do Estado de Direito sobre o pretexto de reforçar sua eficiência. De tal modo, confirma-se a perspectiva de “governança-*management*”, na qual num plano da internormatividade promove-se a potencialização da força normativa das regras de gestão “que depois de terem sido por muito tempo auxiliares das regras jurídicas, encarregadas das medidas técnicas e dos detalhes, tornaram presentes instrumentos de pilotagem do próprio direito.”<sup>4</sup>

4. Nesse sentido, pode-se acrescentar que: “*Le management n’est pas, en dépit du modeste costume dans lequel il s’est présenté souvent jusqu’ici, une simple technique, une collection de recettes. C’est une nouvelle logique, un ensemble organisé de dispositifs stratégiques, qui a la vocation et peut-être la puissance de réguler l’ensemble des comportements, par le recours à des normes et à des instruments radicalement différents des règles et des procédures juridiques. En d’autres termes, le management pourrait constituer un « équivalent fonctionnel » du droit pour reprendre en l’élargissant un concept*

O *Rule of Law*, deste modo, vai sendo sucedido por um modelo de “governo” no qual a legitimidade dos atos do poder é conferida pelo respeito à *standars* e indicadores administrativos. Assim, no seio do *mathematical turn*,<sup>5</sup> dá-se o aprofundamento da mercadorização da instituição pública.

Nesta esteira, a *eficiência* neoliberal vem contribuindo para uma redefinição da justiça, a qual se torna um produto desta “imensa empresa de serviços” que está transformando-se o Estado. Tudo isso desde um “modelo de compreensão” que apresenta o efeito perverso de reduzir toda avaliação por aquilo que é mensurável pelo tempo e pelo dinheiro. (SALDANHA, 2010)

Com efeito, pode-se dizer que o modelo neoliberal “substitui” traiçoeiramente aos princípios da justiça clássica, por outros critérios como a eficiência, as vantagens comparativas ou a segurança. Nessa competição entre o direito e a eficiência, essa última tem uma vantagem certa, haja vista que ela é metamoral.

Como consequência, ela conserva seu próprio princípio de justiça: O princípio do interesse ou da utilidade se apresenta como o princípio normativo supremo, como o único natural, o único possível, o único evidente. Ele se impõe às sociedades e aos homens e deve se tornar o guia da reforma geral das instituições. [...] A racionalidade neoliberal instala, inevitavelmente, uma laicização das instituições, revaloradas com uma racionalidade que lhe é totalmente estranha – a concorrência e o empreendedorismo. (GARAPON, 2016)

Como afirma Hinkelammert (2012) pode-se ver esse fenômeno a partir de um quadro de critérios que orientam, em termos axiológicos, o mundo as relações modernas, quais sejam, valores da competitividade, da eficiência, da racionalização e funcionalização dos processos institucionais e técnicos: os valores da ética do mercado. Diretrizes que marcam uma racionalidade reduzida à dimensão econômica que se “*han impuesto en nuestra sociedad actual con su estrategia de globalización como en ninguna sociedad*

*des comparatistes*. Mais sobre o tema : FRYDMAN. Benoit. Le management comme alternative à la procédure. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=Le+management+comme+alternative+%C3%A0+la+proc%C3%A9dure>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

5. “On constate une tendance de plus en plus marquée vers la quantification du droit et le calcul de sa performance. Nous pensons que cette évolution est si importante qu’on peut l’apparenter à un mathématique turn qui s’inscrirait dans le prolongement des tournants linguistique, interprétatif et historiographique qui ont dominé la théorie et la philosophie du droit au cours des deux derniers siècles. Ce mathematical turn fait appel à plusieurs techniques de recherche parmi lesquelles les méthodologies quantitatives des sciences sociales et les modèles statistiques et économétriques occupent une place centrale. Toutefois, il est surtout caractérisé par la montée en puissance de la rationalité mathématique dont nous supposons un développement similaire à celui constaté dans les sciences exactes. Mais sobre o tema : AMARILES. Restrepo. The mathematical turn : l’indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale.” Disponível em: [https://www.academia.edu/5751766/The\\_Mathematical\\_Turn\\_Lindicator\\_Rule\\_of\\_Law\\_dans\\_la\\_politique\\_de\\_d%C3%A9veloppement\\_de\\_la\\_Banque\\_Mondiale?auto=download](https://www.academia.edu/5751766/The_Mathematical_Turn_Lindicator_Rule_of_Law_dans_la_politique_de_d%C3%A9veloppement_de_la_Banque_Mondiale?auto=download). Acesso em 29 de setembro de 2016.

*humana, inclusive el período capitalista anterior*”. Aquilo que pode ser sintetizado como valor do *cálculo de utilidade própria*, que parte do pressuposto de monetarização de todos os espaços da vida, no qual tudo é transformado em objeto – tudo é reduzido a um preço. Tal cálculo surge no interior da contabilidade empresarial onde impera uma visão do mundo como mecanismo de funcionamento: a empresa e seu cálculo de custos e benefícios.

Nesse contexto, todas as instituições são mecanismos de funcionamento por aperfeiçoar. Não apenas a empresa, mas o Estado e todos os indivíduos em suas relações: todos calculam suas possibilidades de viver em termos de custo benefício. Assim, são ressignificados o Estado e o Direito, pelo discurso da gestão empresarial pautado por uma visão formal, abstrata e hedonista da eficiência, que despreza qualquer elemento que transcende a esfera econômica e monetária. Hinkelammert (2012)

Esse movimento que foi descrito em linhas preliminares ganha contornos específicos no âmbito da atividade jurisdicional. Com efeito, cabem algumas reflexões iniciais sobre esse fenômeno de mutação do sistema de justiça brasileiro em face de contaminação deste espaço pela lógica empresarial.

### III. OBJETOS NORMATIVOS NÃO IDENTIFICADOS, NORMATIVIDADE EMPRESARIAL E AS TRANSFORMAÇÕES DA JURISDIÇÃO

A compreensão dos movimentos que se operam na internacionalização do direito, abrangendo como ponto de partida as lógicas concorrenciais mercadológicas requer sempre um esforço teórico fundamentados na preservação dos standards mínimos da defesa dos direitos da humanidade. Com efeito, se a emergência de desafios oriundos da internacionalização nasce de um substrato duplo entre os efeitos da globalização econômica e, ao mesmo tempo, da universalização dos Direitos do Homem aponta para sua indissociabilidade neste processo e na consequente percepção de que esse se apresenta em movimentos e tempos diferentes, um como motor de propulsão desse processo (economia) e outro como a bússola desse motor (direitos da humanidade), esses são ligados diretamente aos movimentos de internacionalização do direito. (AGUIAR, 2016)

A determinação exata do local de fala que parte este ensaio já requer a análise cuidadosa dos movimentos da normatividade empresarial à jurisdição. Nesse ponto, quer-se deixar claro, que o texto não aponta para uma resposta

negativa a transposição dos parâmetros de normas técnicas de gestão empresarial na jurisdição, mas sim, busca-se distinguir como esses objetos normativos não identificados operam no espaço do sistema de justiça brasileiro. Com efeito, como aponta Frydman (2016) se quisermos melhor compreender a lógica próprias destes instrumentos enquanto tais, não sempre por regras exclusivas do Direito, é preciso, antes de tudo, começar a arranjar um lugar para elas, fazê-las existir contando sua história e considerando sua evolução.

Dito de outro modo, nossas concepções clássicas têm dificuldade de explicar esse fenômeno, e até passam em silêncio a respeito destes fatos. Prefere-se, frequentemente, continuar a separar, conforme a maneira antiga da Constituição moderna, de um lado, as normas técnicas que determinam a fabricação e a determinação das coisas de outro, e as regras jurídicas que determinam a relação entre os homens. (FRYDMAN, 2016). Nesse sentido, como apontado, se esse movimento é inegável, posto que as lógicas advindas da própria globalização são indissociáveis desse processo é necessário refletir com cuidado esses reflexos nos sistemas de justiça, portanto identificando-os e conjecturando seus efeitos.

Para tanto, levando em consideração esses parâmetros elegeu-se para identificar esses efeitos frente aos objetos jurídicos não identificados reflexões preliminares a respeito do denominado selo justiça em números<sup>6</sup> criado pelo Conselho Nacional de Justiça Brasileiro. Para iniciar esta reflexão a respeito do sistema de justiça brasileiro é necessário ter em mente que a concepção de processo e jurisdição em países de tradição civil como a brasileira foram elaboradas em tempos de menor complexidade nas relações jurídicas, bem como na velocidade de trocas de comunicação e de informação. (BAPTISTA DA SILVA, 2004)

Como aponta Saldanha (2010) a tão falada crise do processo e da jurisdição não nasceu de um vazio, mas de um contexto histórico em que novos direitos foram surgindo em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais, que conseqüentemente, produziram novas categorias de demandas para quais as estruturas processuais não podiam dar respostas

6. Como afirma o site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): *O Selo Justiça em Números visa ao reconhecimento dos Tribunais que investem na excelência da produção, gestão, organização e disseminação de suas informações administrativas e processuais. Além do requisito básico de encaminhamento adequado das informações constantes no Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), com atenção aos prazos de preenchimento e à consistência dos dados, também serão avaliados outros itens, tais como: nível de informatização do Tribunal, uso de relatórios estatísticos para o planejamento estratégico e cumprimento de resoluções do CNJ alinhadas à gestão da informação, para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 12.02.2017

satisfatórias. Dito de outro modo, no Brasil a abertura democrática ocorrida a partir da metade dos anos 1980 com sua consolidação na constituição federal de 1988, apontam para a necessidade de transformações, de um ponto de vista interno, no próprio sistema de justiça.

Entretanto, mesmo do ponto de vista dos fluxos internos que ocorrem a partir da década de 1980 e que levam a uma modificação do sistema de justiça no Brasil essa é apenas uma das razões que levam a adoção de novas estratégias para que esse sistema funcione de forma razoável, perfectibilizando direitos e garantias fundamentais. Dito de outro modo, os influxos internos seriam, em sua maioria, utilizados, numa visão humanista para a modernização dessas estruturas em busca da efetivação de direitos insculpidos na constituição democrática de 1988.

Essa justificativa vem ancorada na ausência de afirmação de direitos por longos 21 anos no Brasil<sup>7</sup>, portanto, dando outra conotação ao sistema de justiça nos anos que seguiram a abertura democrática. Nesse sentido, o estado da arte do sistema de justiça brasileiro ao fechar do ano de 2016 desenha um quadro crescente no volume de ações como aponta Moraes e Brum (2016):

Nos últimos anos temos nos confrontado com um debate candente no âmbito do Sistema de Justiça brasileiro: o crescimento exponencial dos números. Seja no que se refere ao volume crescente de ações propostas – hoje se trabalha com um quantitativo arredondado de cerca de cem milhões de processos, o que daria um processo para cada dois brasileiros, considerando-se uma população de duzentos milhões de pessoas.

Com efeito, apresenta-se um perfil de sociedade que opta por voltar-se à jurisdição para a resolução de todos os conflitos e problemas cotidianos que se criam no tecido social. (MORAIS; BRUM, 2015). Isso é comprovado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao analisar qualquer um dos resultados anuais denominada justiça em números<sup>8</sup>.

7. O Brasil sofreu nos anos 1960 um golpe civil-militar que durou longos 21 anos, restringindo direitos e garantias que só foram restaurados em meados da década de 1980, principalmente por meio da Constituição Federal de 1988. Recentemente o Brasil desenvolve a noção de justiça transicional e da recuperação da memória deste período que atingiu não só o Brasil, mas toda a América Latina. A produção bibliográfica e documental é extensa na última década sobre o assunto. Para mais informações consultar: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. *A Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça: Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University: Latin American Centre, 2011. Disponível em: <[http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011/livro\\_OXFORD.pdf](http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011/livro_OXFORD.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2017.

8. Conforme o próprio Conselho Nacional de Justiça: *o justiça em números é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 13.11.2017



Se de um lado temos os fluxos internos que são atendidos a partir de uma reforma do judiciário que leva em consideração o aumento do acesso a jurisdição, de outro lado, temos alguns influxos externos que levam a um quadro institucional voltado a quantificação do sistema de justiça. Com efeito, como aponta Sadanha (2010) isso possa ser identificado na relação circular entre a pós-modernidade, neoliberalismo e modernidade que formatam o sistema de justiça. Dito de outro modo, o jogo que se propõe é uma relação de circularidade entre pós-modernidade, neoliberalismo e hipermodernidade, com efeito é necessário dentro deste jogo que o Estado se molde a essa estrutura, atendendo aos interesses neoliberais, alinhando-se à quantificação e ao fluxo, por meio de um conjunto de reformas que conjugam esforços para seu melhor funcionamento, tornando eficiente e compatível o tempo dos sistemas de justiça com o tempo da economia.

Como já dito se os fluxos econômicos (que levam em seu cerne o sentido da pós-modernidade, neoliberalismo e hipermodernidade como mantras a serem seguidos) são o motor propulsor dos processos de internacionalização soaria ingênuo concluir a compreensão deste trabalho levando em conta apenas na necessidade da “modernização do sistema da justiça” a partir dos fluxos internos, fundada na abertura democrática e do direcionamento dos problemas sociais ao poder judiciário. Ou seja, compreender esse movimento de reformas para a modernização do judiciário leva em consideração a lógica da força do mercado, ou seja, perceber a força instrumental que se alocou no sistema de justiça para a redução da complexidade social, garantia e segurança negocial, dotando esse de plena previsibilidade nas decisões. (SALDANHA, 2010)

Com efeito, isso pode ser esquadrihado no Brasil a partir das recomendações do Banco Mundial datadas de 1996 que sinalava a reforma do judiciário como uma necessidade urgente ao país. Esses documentos técnicos apontam para a eficiência, autonomia funcional e qualidade nos serviços prestados da função jurisdicional.<sup>9</sup> Pode-se dizer que boa parte das diretrizes estabelecidas neste documento foram implementadas a partir da Emenda Constitucional nº 45 que, inclusive, cria o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro, órgão este, que adota medidas de gestão como a incorporação de novas tecnologias de informação, padronização e racionalização de procedimentos e de sistemas operacionais, capacitação de pessoal e de desburocratização.

9. O documento técnico 319S, em seu prefácio, já deixa sinalado seu intuito. Deve-se deixar claro que os valores apresentados neste documento foram bem recepcionados pela emenda constitucional nº 45 de 2004. A versão em português encontra-se disponível em: <http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>. Acesso em: 15.10.016.

Assim, o papel adotado por esse órgão é o responsável por administrar e verificar esses procedimentos operacionais, apontando por meio de relatórios anuais, a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira. (CNJ, 2016). De um modo geral, vemos que as diretrizes apontadas pelo Banco Mundial nos anos 1990 foram incorporados em maior ou menor grau na justiça brasileira.

Isso como aponta Frydman (2016) é um movimento de adoção por parte dos Estados da nova administração pública que abriram a via de aplicação dos métodos de organização da empresa aos serviços públicos em meados dos anos 1990, em especial, no Reino Unido. Como aponta o autor, governos de esquerda e de direita foram seduzidos por estas técnicas destinadas a aumentar o rendimento dos funcionários e ao mesmo tempo a “qualidade” dos serviços públicos, enquanto controlam o crescimento dos gastos públicos.

Neste sentido, o exemplo da justiça é interessante conforme aponta Frydman (2016), pois permite tomar medidas de concorrência que impõe a normatividade administrativa, em um domínio que constitui o próprio coração do dispositivo de execução e de controle das regras jurídicas. Frydman aponta suas reflexões, dentro do laboratório europeu, contudo suas ponderações não estão distantes das que se permite neste ensaio, na medida em que, demonstram na sua medida e proporção analisar como a lógica empresarial pode, sem substituir às regras de direito e de processo, mas sobrepondo-se a elas para cumprir objetivos de racionalização administrativa, impor-se às garantias jurídicas do Estado de Direito sob o pretexto de reforçar sua eficiência.

Dentro desta perspectiva, o Selo Justiça em Números, objeto das reflexões neste pequeno ensaio, é uma das consequências da adoção de algumas estratégias para a análise quantitativa da produção do poder judiciário brasileiro. Criado no ano 2013 esse selo busca reconhecer tribunais brasileiros que instalam processos de excelência na produção, gestão, organização e disseminação de suas informações administrativas e processuais. Afora outros requisitos como prazos de encaminhamento dos dados, coerência e consistência, informatização do tribunal, relatórios estatísticos e cumprimento de resoluções do CNJ alinhadas aos parâmetros da gestão de informação. (CNJ, 2016)

A última portaria sobre o regramento do selo justiça em números é datada de junho de 2017<sup>10</sup> e atribui regras para que os tribunais de justiça

10. Anualmente a portaria é lançada aproximadamente até o final do primeiro semestre. A última portaria

brasileiros possam concorrer ao selo. Cabe salientar que, a instituição do selo aos tribunais, remete-se a análise quantitativa da atividade judicante e toda a estrutura que é necessária para que essa ocorra de forma célere. Neste sentido, cabe algumas reflexões acerca do sentido que envolve a aquisição de um selo ou label nas práticas empresariais para acertarmos pontos de contato e de distanciamento ao selo justiça em números.

Como aponta Fydman (2016) os selos ou *label* são frutos da era da sociedade industrial, apontando uma técnica maior nos dispositivos de normalização contemporâneos, portanto constituindo como aponta o autor em uma reviravolta decisiva na história contemporânea da normalização. Dito de outro modo, a instituição de selos (label) demonstram para além da origem, garantia, qualidade e segurança, pois o *label* pressupõe a afirmação da fabricação e conformidade do produto às prescrições, sendo a ponta da normalização dos procedimentos.

Neste sentido, a comunicação desta normalização é voltada a explicações ao consumidor e a quem ele tem como objetivo indicar que o produto é bom e claro, pois ele responde a certo número de condições que o destinatário não conhece, mas aos quais se poderá recorrer em caso de problemas. Como bem determina Frydman (2016):

Com o label, portanto, a norma técnica sai dos lugares de austeros e profissionais do laboratório de estudos, do escritório, da fábrica, e entra, sob a luz os projetores que estão no mesmo nível da vida pública, à semelhança da marca e com as mesmas potencialidades.

Contudo, transpondo o conceito do *label* para a ideia do selo justiça em números vemos, dentro de sua medida e proporção, há uma diferença a ser aplicada nestas esferas. A principal: o selo justiça em números é voltado aos procedimentos administrativos e a quantificação do trabalho da justiça, literalmente em números. Neste ponto, a norma técnica funciona a contento de seus instituidores, pois os dados apurados desde a instituição do programa justiça em números são passíveis de análise e apuração de forma lógica e consistente, sendo seus dados disponibilizados e passíveis de aferição de “qualidade” por meio do selo justiça em números como já falamos.

Todavia, se parametrizarmos as questões para além destes dados, ou seja, definir se dentro deste quadro as regras de direito são obedecidas, ou seja, se as

46 de 27 de junho de 2017 ainda se encontra vigente. Seu conteúdo pode ser acessado no seguinte link: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/b6e22fc7a1ee6273926d9ca1cdf0cb5e.pdf>. Acessado em: 27.02.2018

questões de direito são trabalhadas a contento de seu destinatário final, ainda não é possível dizer. Dito de outro modo, ainda é necessário analisar as relações entre as normas jurídicas e a normatização desses procedimentos. Posto que, os *standarts* instituídos por essas práticas, principalmente no judiciário brasileiro, não apontam se a eficiência leva a efetividade dos parâmetros mínimos que devem ser respeitados pelo estado democrático de direito com o respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição de 1988.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em apreço todo o apontado e utilizando das palavras de Frydman (2016) cabe ao jurista (e não só a ele) a emancipação de concepções muito estreitas, formais e rígidas, devendo voltar-se o olhar para um campo de estudo mais vasto, onde é necessário completar as teorias de direito com as teorias das normas, que analisará as dinâmicas, modos de elaboração e aplicação e mesmo de conflitos ocorrem entre essas.

Como já dito, o processo de análise do texto não aponta para uma resposta negativa ao projeto justiça em números, mas sim, apresentou como a transposição de normas técnicas operou-se neste projeto sedimentado no sistema de justiça brasileiro. Preliminarmente, respondendo ao questionamento realizado: a partir de quais mecanismos normativos a nova razão neoliberal do mundo consolidada a eficiência como metavalor que orientada a jurisdição? É possível dizer que, para a questão quantitativa, ela foi transposta por uma série de reformas legislativas no Brasil, conseqüentemente, lançando seus reflexos no conceito do programa justiça em números, consolidando a celeridade como ponto importante na tramitação dos processos no sistema de justiça no Brasil.

Dentro disso, é importante ressaltar que, algumas reflexões devem ser encaradas, principalmente ao determinar que, mesmo com os entraves que ainda pululam dentro da própria normatividade, ligados a um processo incompleto entre essa normatização eficientista e o próprio direito, entre suas comunicações desejáveis ou não, ainda pode-se pensar nesse processo complexo como garante da efetividade da justiça e não só de uma razão eficientista. Salienta-se: sem sombra de dúvida, todo esse diálogo deve ocorrer por meio da afirmação dos direitos garantidos nas cartas democráticas instituídas no seio das estruturas de Estado. Portanto, o presente ensaio preliminar aponta a necessidade de estudos mais profundos a respeito das dinâmicas operadas entre eficiência e a efetividade da justiça e o programa brasileiro denominado justiça em números.

## V. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Daiane Moura de. **Refundação de direitos e Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Tese de Doutorado (Unisinos-Brasil), 2016

AMARILES. Restrepo. **The mathematical turn : l'indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale.** Disponível em: [https://www.academia.edu/5751766/The\\_Mathematical\\_Turn\\_Lindicator\\_Rule\\_of\\_Law\\_dans\\_la\\_politique\\_de\\_d%C3%A9veloppement\\_de\\_la\\_Banque\\_Mondiale?auto=download](https://www.academia.edu/5751766/The_Mathematical_Turn_Lindicator_Rule_of_Law_dans_la_politique_de_d%C3%A9veloppement_de_la_Banque_Mondiale?auto=download). Acesso em 29 de setembro de 2016.

ANDRADE, Daniel Pereira; OTA, Nilton Ken. **Uma alternativa ao neoliberalismo: Entrevista com Pierre Dardot e Christian Laval.** Tempo soc., São Paulo, v. 27, n. 1, p. 275-316, June 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702015000100275&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000100275&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 16.02. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-207020150115>.

BANCO MUNDIAL. Documento Técnico 319. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 15.10.016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 13.11.2016

\_\_\_\_\_. **Portaria 46 de 27 de junho de 2017.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/b6e22fc7a1ee6273926d9ca1cdf0cb5e.pdf>. Acessado em: 27.02.2018

\_\_\_\_\_. **Selo Justiça em Números.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/selo-justica-em-numeros>. Acesso em: 12.02.2017

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978).** Editora Martins Fontes. São Paulo. 2008.

FRYDMAN, BENOIT. **O fim do Estado de Direito: Governar por Standards e Indicadores.** Trad. Maria Beatriz Krug. Rev. Jânia Maria Lopes Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

\_\_\_\_\_. **Le management comme alternative à la procédure.** Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=Le+management+comme+alternative+%C3%A0+la+proc%C3%A9dure>. Acesso em 28 de setembro de 2017.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HIKELAMMERT, Franz. **Lo indispensable es inútil: hacia una espiritualidad de la liberación.** San José: Editorial Arlekin, 2012.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. BRUM, Guillermo Valle. **Políticas Públicas E Jurisdição Constitucional Entre Direitos Deveres E Desejos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.** Brasília: Ministério da Justiça: Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University: Latin American Centre, 2011. Disponível em: [http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011/livro\\_OXFORD.pdf](http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011/livro_OXFORD.pdf). Acesso em: 13 out. 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade.** In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação na UNISINOS – Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA DA. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

## ESTADO DE DIREITO E JUSTIÇA HISTÓRICA: A GUERRA COLONIAL PORTUGUESA<sup>1</sup>

Bruno Sena Martins<sup>2</sup>

Nas sociedades cujos conceitos de direito e justiça repousam numa matriz eurocêntrica, encontramos, reiteradamente, enquanto traço característico, uma profunda omissão da violência colonial que forjou o sistema-mundo moderno (Wallerstein, 1974) encetado pela expansão europeia. Essa matriz eurocêntrica de modo algum se reduz à Europa ou ao que comumente chamamos de Ocidente, pelo contrário, ela é muito evidente, igualmente, nos lugares em que a hegemonia dos valores coloniais deixou por herança relações de hierarquia, marcadamente racializadas e monoculturalistas, produzidas pelo nexo colonial-capitalista.

A espessura histórica do colonialismo e dos processos coloniais constituem, na verdade, uma evidência de que toda a justiça se inscreve numa historicidade que deve fazer viajar a noção de direito fundamental às injustiças históricas que sob ele se ocultam. A gramática dos direitos humanos, quando o humano é tido como dado impassível de discussão, a despeito das formas de constituição de sub-humanos, é disso um exemplo. Assim, a luta por gramáticas de dignidade terá que questionar as formas de ser “menos humano” reproduzidas pelo “universalismo estreito” dos direitos humanos hegemônicos. O direito a ser humano é uma luta política fundamental contra a permanência do nexo colonial-capitalista-patriarcal e das práticas de divisão que a modernidade inaugurou. A consagração de denominadores mínimos de direitos humanos, conquanto congruentes com a ordem global individualista, neoliberal e nortecêntrica, opera como parte da hegemonia na determinação dos humanos com direitos a terem direitos. A centralidade da justiça histórica

1. Este capítulo corresponde a uma versão alargada do artigo “Violência colonial e testemunho: Para uma memória pós-abissal”, publicado na Revista Crítica de Ciências Sociais (Martins, 2015).
2. Investigador Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Coordenador executivo do Programa de Doutorado “Human Rights in Contemporary Societies”.

para uma crítica ao privilégio de ser humano com direitos inscreve-se, pois, numa densa narrativa em que a luta pela sobrevivência da memória não é separável da luta dos sobreviventes que, no presente, inventam gramáticas de dignidade e reconhecimento.

Seguindo de perto de Ann Laura Stoller (2008), é lícito salientarmos a permeabilidade das sociedades contemporâneas à, “de formações imperiais”:

As formações imperiais são relações de força. Elas abrigam formas políticas que perduram além das exclusões formais que legislam contra a igualdade de oportunidades, dignidades comensuráveis e direitos iguais. Ao trabalhar com o conceito de formações imperiais em vez de império, a ênfase desloca-se das formas fixas de soberania e suas negações, para formas gradativas de soberania e para o que tem marcado longamente as tecnologias de domínio imperial – escalas deslizantes e contestadas de direitos diferenciados. As formações imperiais são definidas por razões racializadas de alocações e apropriações (2008: 193; tradução nossa)

A noção de formações imperiais pretende colocar o enfoque seja nos matizes que a dominação imperial sempre assume, seja nas muitas ruínas–heranças coloniais–que permanecem vivas no presente, assombrando o futuro Stoller (2008: 194). Distinguimos, assim, a colonialismo enquanto processo político e militar, largamente destituído pelas lutas anti-coloniais, do colonialismo como a a marca histórica deixada pelo encontro colonial, uma relação de dominação cultural, económica e política que se perpetuou noutros termos no período pós-colonial. Conforme Robert Young descreve,

O pós-colonial não privilegia o colonial. Está interessado na história colonial apenas na medida em que em essa história tem determinado as configurações e estruturas de poder do presente, na medida em que grande parte do mundo ainda vive as violentas erupções do seu despertar, e na medida em que os movimentos de libertação anticolonial permanecem fonte de inspiração da sua política (2001:4; tradução nossa).

Trata-se, no fundo, de confrontar criticamente a sobrançeria civilizadora em que assentou muito do discurso colonial e que ainda define muito da relação do Ocidente com o resto do mundo. Nisto reside o imenso desafio colocado às ciências sociais no confronto com as experiências, conhecimentos e valores de sujeitos e populações oprimidos, desqualificados e silenciados à luz das relações coloniais: historicizar percursos sem os congelar no passado; reconhecer saberes e identidades sem negligenciar o quanto foi erradicado

pelo colonialismo, o quanto foi constituído ora como resistência anticolonial e o quanto se hibridou com a cultura do colonizador; e, finalmente, assumir que as ciências sociais precisam de ser descolonizadas na medida em que assentam nos privilégios e nas prerrogativas científicas fundados na hegemonia global do paradigma económico e cultural da modernidade ocidental.

No âmbito deste texto, procuramos enfatizar a atualidade da violência colonial a partir experiência de Portugal enquanto um império colonial em África, nas décadas de 1960 e 1970. Em particular, procuramos centrar-nos na Guerra Colonial (1961-1974) a partir de alguns dos seus protagonistas vivos, os Deficientes das Forças Armadas, veteranos de guerra que combateram por Portugal e que regressam à “metrópole” após finda a guerra. Neste movimento, exploramos dois tipos de paradoxos. O primeiro diz respeito ao modo como expomos a força e atualidade da violência colonial a partir de sujeitos improváveis, não as vítimas negras do colonialismo, mas os soldados brancos que estiveram ao serviço de uma força militar colonial. O segundo corresponde ao modo como nos sujeitos que adquiriram deficiência e que, que reclamarem os seus direitos como cidadãos portugueses, expõem a violência colonial que dividiu e continua a dividir o mundo entre cidadãos metropolitanos e cidadãos colonizados. Num fôlego tão anacrónico como absurdo, a Guerra Colonial pode ser entendida como o corolário da violência perpetrada pelo projeto colonial que o Estado Português promoveu. O facto de muitos dos contornos e misérias dessa guerra permanecerem desconhecidos no espaço público português – assim como no Norte global – constitui, em larga medida, um indicador do “silêncio colonial” em que assenta a nossa conceção de direitos.

## I. PORTUGAL E A GUERRA COLONIAL

A Guerra Colonial<sup>3</sup> constitui um momento fundador da realidade sociopolítica do Portugal contemporâneo. Desde logo, porque a transição democrática encetada com o 25 de Abril está intimamente ligada ao conflito que entre 1961 e 1974 opôs as Forças Armadas portuguesas aos movimentos independentistas em Angola, Moçambique e Guiné-Bissau. Na verdade, a revolução que em 25 de Abril de 1974 foi levada a cabo pelo Movimento das

3. Tendo em conta que o mesmo conflito é diferentemente designado ora como Guerra Colonial ora como Guerra de Libertação, consoante o lado da contenda que o evoca, optaremos aqui pela primeira designação de “Guerra Colonial”, em conformidade com o campo de análise sobre o qual nos debruçamos: a sociedade portuguesa.

Forças Armadas resulta em grande medida do desgaste produzido pelo arrastamento da guerra. Estamos perante um conflito com profundas consequências humanas, pelas marcas deixadas nos combatentes dos diferentes lados da contenda, cujas vidas foram significativamente atravessadas pela experiência da guerra, e pelas incontáveis vítimas civis, sujeitas que foram a massacres, deslocamentos forçados e a violências de toda a sorte.

A magnitude do impacto da Guerra Colonial traduz-se, face à dimensão e recursos de Portugal, de várias formas. Em primeiro lugar, pela existência de três frentes de combate – Angola, Guiné-Bissau e Moçambique –, distantes de Lisboa e distantes entre si.<sup>4</sup> Em segundo lugar, traduz-se no elevado número de homens que foram colocados ao serviço da manutenção do império colonial, tanto através de recrutamento na metrópole, como por via de recrutamento local nas colónias.<sup>5</sup>

Desde o fim de 1961 até 1974, o número de pessoal do Exército em África aumentou de 49 422 para 149 090, representando uma taxa anual média de crescimento de cerca de 11 por cento. [...] Portugal foi forçado a mobilizar cerca de 1 por cento da sua população para combater em África e não podia simplesmente manter esta drenagem nacional de pessoal. Numa base percentual, tinha mais homens em armas do que qualquer outro país, à excepção de Israel. (Cann, 2005: 109, 126)

Assim, resulta desconcertante perceber o lugar residual que a Guerra Colonial ocupa no senso comum produzido e reproduzido sobre o que sejam a história recente e a identidade portuguesas ou, mais amplamente, sobre o profundo impacto do ciclo colonial no tecido social português.<sup>6</sup> Neste texto, auscultando os homens que viveram e fizeram a guerra, em particular os que ficaram marcados por uma deficiência no seu curso, refletimos sobre o lugar que a violência colonial ocupa na memória e na experiência social em Portugal.

4. “Angola, cenário da acção inicial em 1961, localiza-se na costa sudoeste de África. Luanda, a principal cidade e porto de reabastecimento, dista, por via aérea, aproximadamente 7 300 quilómetros de Lisboa. A Guiné, local do segundo levantamento, a partir de Janeiro de 1963, localiza-se na costa oeste-africana, a cerca de 3 400 quilómetros por via aérea. Moçambique, palco da terceira revolta, em Setembro de 1964, e o seu principal aeródromo de reabastecimento, na Beira, encontram-se a 10 300 quilómetros de Lisboa. Estas distâncias agigantavam o problema logístico e provocavam um desgaste enorme nos meios de transporte (...)” (Cann, 2005: 24).

5. Conforme refere Carlos Matos Gomes, aquando do final da Guerra Colonial, “dos cerca de 170 mil homens nos três teatros de operações, cerca de 83 mil eram de recrutamento local, o que representa aproximadamente 48%” (2013: 127).

6. Dado bem evidente no importante contingente de populações brancas instaladas nas colónias – sobretudo nas colónias de povoamento, Angola e Moçambique – ou na magnitude da vaga migratória dos ditos retornados, após o 25 de Abril (cf. Castelo, 2007; Meneses e Gomes, 2013).

Compreender a disjunção que em Portugal se sedimentou entre quem fez a Guerra e a ordem sociopolítica e cultural que a silenciou ao absurdo, implica, neste texto, reconhecer uma política da memória que vigorou e vigora no Ocidente em relação à experiência colonial e à violência que a instaurou em perpetuo. Pulsamos uma memória que, descendendo da casa do “pensamento abissal moderno” (Santos, 2007), define como princípio civilizacional, tão desesperado como eficaz, o esquecimento das atrocidades que os países europeus perpetraram nos territórios colonizados.

Desta forma, recrutando a noção de “pensamento abissal” de Boaventura de Sousa Santos (2007; 2014) identificamos dois sistemas de significado, velando sobre a Guerra Colonial em sentidos opostos: a memória abissal e a memória pós-abissal. A memória abissal constitui um sistema de significado, dominante, no qual, durante décadas, a violência da Guerra Colonial foi ostensivamente apagada, silenciada e empurrada para o esquecimento. Este sistema de significado é aquele que se concerta com as representações míticas sobre a identidade portuguesa, nomeadamente a ideia, ainda vigente, de Portugal como uma potência colonial não violenta ou como um país de brandos costumes. Identificamos outro sistema de significado, a memória pós-abissal, subalterno na sociedade portuguesa, no qual a Guerra Colonial emerge não só como um facto incontornável da história recente de Portugal, desalojando o lugar ocupado por “excesso mítico de interpretação” (Santos, 1999: 49), mas como um fator que persiste marcando uma paisagem social no presente.

Assumimos uma perspectiva que, incidindo mormente na experiência dos “Deficientes das Forças Armadas” (DFA) que regressaram a Portugal após a Guerra, se encontra situada por um análogo trabalho de recolha junto dos combatentes africanos residentes em Moçambique, tanto os que lutaram pela independência de Moçambique (combatentes da Luta de Libertação Nacional), como aqueles que, tendo feito parte do Exército português, após a guerra cumularam à deficiência o estigma da traição. Não sendo este o espaço para analisar a singularidade de cada um destes percursos, cabe sublinhar que os diferentes lados do pós-guerra se inscreveram em processos histórico-políticos sumamente distintos.<sup>7</sup> Por exemplo, no que à contextualização narrativa da

7. Desde logo, porque enquanto Portugal pôde usufruir da paz, em Angola e Moçambique tiveram lugar as novas guerras, marcadas por um elevado grau de violência, que se repercutiria fortemente sobre as populações. As ditas guerras civis de Moçambique e Angola acabariam por se arrastar no tempo e só chegariam ao seu termo, respetivamente, em 1992 e 2002. Como refere João Paulo Borges Coelho: “[...] a guerra colonial foi muito mais que um mero conflito de ocupação datado dentro das balizas cronológicas que normalmente lhe são atribuídas, induzindo, pelo contrário, sobretudo na sua fase final

deficiência diz respeito, é suficientemente ilustrativo percebermos como nas histórias dos ex-combatentes da FRELIMO a deficiência surge como signo de um sacrifício conducente à conquista da autodeterminação e ao fim do jugo colonial, como um signo de uma narrativa heroica do sangue fundador de uma nação independente (ainda que o devido reconhecimento político desse sacrifício seja um ponto de acesa controvérsia). Num tal quadro, em que a Guerra ganha o nome de “Luta de Libertação Nacional”, a relação entre deficiência, memória social e narrativa pessoal encontra-se constituída em termos muito diversos daqueles que são oferecidos pela realidade portuguesa. Neste texto, centramo-nos no contexto português para analisar a persistência de uma construção “ainda colonial” nos próprios mecanismos que, no presente, fazem da violência colonial algo suficientemente longínquo ou insignificante para que se menorize ou denegue.

## II. OS DEFICIENTES DAS FORÇAS ARMADAS

Não é difícil supor as enormes repercussões de um conflito em que o Exército português terá mobilizado mais de um milhão de homens ao longo de 13 anos, em que terão morrido 8290 soldados, e em que o número de combatentes que adquiriram deficiências permanentes (físicas e psicológicas) se estima nas muitas dezenas de milhar (ADFA, 1999).

Nenhuma instância materializa tão bem o abandono e exclusão social vividos pelos DFA como o invariável espaço de moratória destes ex-combatentes no seu regresso da guerra: o Hospital Militar, em Lisboa. Como a gravidade das situações clínicas o justificasse, ou porque o acesso a cuidados médicos fosse escasso, era tal a quantidade de feridos face às estruturas de resposta, que muitos DFA ficavam longo tempo, às vezes anos, no hospital militar de Lisboa. A toponímia de algumas das valências do hospital é esclarecedora. O designado “Depósito de Indisponíveis”<sup>8</sup> exprime bem a sensação de abandono expressa por muitos dos ex-combatentes que ali viveram (sentindo que ali foram literalmente depositados); já o “Texas”, designação informal popularizada do anexo do Hospital Militar Principal,<sup>9</sup> refere o ambiente de caos e desordem generalizada (qual *Far-West*) que se vivia.

Os hospitais situados nas colónias, para onde muitos dos DFA foram

após 1968, uma militarização da sociedade que nos dá razões para afirmar que por trás desse conflito se escondia já o germe de um conflito civil” (2003: 176-177).

8. Situado no Largo da Graça.

9. Situado na Rua da Artilharia 1.

inicialmente evacuados, permitiam já perceber o quadro de exaustão das estruturas médicas, perante a intensidade da guerra:

Eh, pá... no espaço de três, quatro horas, já estava em Bissau. Estava em Bissau e partir daí... [...] No Hospital de Bissau, e aí é que eu tive noção de que aquilo era uma guerra a sério!... Eu quando cheguei ao bloco operatório, no corredor – parece que estou a ver – era só indivíduos embrulhados em cobertores, a gritar, à espera de vaga. Entravam para os blocos os mais prementes. E quando cheguei ao Bloco, na pedra em que me deitaram... Pronto. Ainda vi, debaixo da pedra, alguidares de carne humana... Carne! Cortada...! E aí fiquei, realmente traumatizado. Se já vinha traumatizado, mais traumatizado fiquei. E depois era a toda a hora os helicópteros a chegar com gente ferida... (Armando,<sup>10</sup> entrevista)

Uma vez no Hospital Militar, em Lisboa, os DFA viveram um aparatoso abandono imposto pela escassez de recursos médicos, de pessoal e de espaço:

Olhe, o confronto com o Hospital Militar de Lisboa não podia ser pior do que o que foi. Eu cheguei à Estrela, como lhe disse, vim de noite, fui para as urgências... Depois, fui para a medicina de oficiais. Na medicina de oficiais, estavam lá todos aqueles alferes milicianos vindos da guerra sem braços, sem pernas, e tal... E cegos na altura estávamos lá três. Três cegos. Era eu, o falecido Maurício, que tem o nome deste auditório e o Silvério, que é um indivíduo cego e sem mãos. Mandaram-me lá para um quarto sem me dar qualquer apoio psicológico, sem me ensinar nomeadamente a ir da cama à casa-de-banho para ser autónomo. Não me ensinaram nada. Pronto, parecia um... Digamos, eu tive a sensação... Tive, tenho ainda hoje, essa sensação de que eu era um... Pronto, era um fardo, era uma coisa que já não era útil para a guerra, que tinha ficado cego e pronto. A retaguarda era assim que nos tratava: um lixo. Eh pá, e uma pessoa fica cega, eu, pelo menos, passei por isso, eu pensava que nem sabia comer, nem que eu sabia comer sozinho, nem que conseguia andar sozinho... As enfermeiras iam lá levar... Enfermeiras ou ajudantes, não sei. Iam-me levar a comida e diziam assim: “Senhor alferes, está aqui a comida.” Assim ao fundo da cama havia uma mesinha, punham-me lá a comida e depois, se eu quisesse ia comer. (Rogério, entrevista)

As histórias de desamparo vividas no Hospital Militar cruzam-se com muitos relatos de vidas de álcool e prostitutas na noite de Lisboa, achadas por muitos daqueles que estavam em condição de sair como a única “terapia” realmente acessível. Neste contexto, os DFA foram igualmente sujeitos a uma lógica deliberada de invisibilização, estratégia que o regime ditatorial usou para minorar o impacto das sequelas da guerra na sociedade portuguesa,

10. Os nomes dos entrevistados são ficcionados. Todas as entrevistas respeitaram o consentimento informado, tendo sido providenciados todos os elementos sobre objetivos das entrevistas, do uso a ser dado aos testemunhos partilhados e respetivas condições de publicitação.

tanto no que se refere aos mortos como aos feridos. Por exemplo, as urnas com os soldados mortos eram sempre tiradas dos barcos de noite, sendo depois transportadas de modo discreto para as suas comunidades de origem (Maurício, 1994; Antunes, 1996). Do mesmo modo, havia regras para que os DFA que estavam nos hospitais não saíssem para a rua em grupo, para não criarem alarme social:

Sim, sim, Vamos lá ver, três ou quatro indivíduos, decidíamos ir jantar, não podíamos sair três, quatro indivíduos de cadeira de rodas, não é? Saía um de cada vez, chamávamos os táxis, nós tínhamos um esquema entre nós para chamar os táxis, depois eu ia num táxi, o taxista arrumava a cadeira atrás [...] E depois encontrávamo-nos todos! Porque, vamos lá ver, eles não deixavam que quatro de cadeira de rodas saíssem à porta do hospital. (Eduardo, entrevista pessoal)

Num certo sentido, a invisibilidade e abandono a que os DFA foram sujeitos logo após a guerra, no Hospital Militar, prefigura a exclusão que viriam a sofrer no Portugal democrático. Estamos perante uma liminaridade perpetuada pelo encontro de duas formas de exclusão: a descontinuidade imposta pela experiência de deslocalização produzida pela Guerra Colonial e a marca vivencial imposta pela deficiência. No entanto, o Hospital Militar é, igualmente, o espaço de capacitação e resistência. Foi lá que germinou a ideia de criação de uma associação que, após o 25 de Abril, se viria a substanciar na Associação dos Deficientes das Forças Armadas (ADFA). Estamos perante a *communitas* de que nos fala Victor Turner (1967), o laço de solidariedade horizontal criado por sujeitos liminares colocados à margem da sociedade:

Fui para a cirurgia de oficiais, na Estrela. No hospital militar da Estrela, onde vou encontrar oficiais amputados, de pernas, de braços. A cirurgia de sargentos era mesmo ao lado, onde eu vejo passar furriéis amputados dos braços, paraplégicos, tetraplégicos, cadeira de rodas... Na oficina de oficiais, na liga dos tetraplégicos... No quarto ao lado do meu estava um cadete tetraplégico, mais um alferes paraplégico, e eu disse assim “alto lá! Isto é de facto o mundo a que eu pertença agora! Mas é um mundo habitado!” Eu já não estou sozinho nesse mundo, não é? Há por aqui outras pessoas! [...] As pessoas, apesar de tudo, viviam! Não é? Viviam, e brincavam, e contavam anedotas e... enfim, e eu comecei a entrar nesse mundo também, não é? E a viver! E a viver. Digamos que isto é um mundo fechado. É um mundo de pessoas com ferimentos graves, profundos. E com deficiências profundas. O pessoal hospitalar, desde os médicos aos auxiliares, passando pelo pessoal de enfermagem, lidava connosco de uma forma humana, não é? De uma forma, enfim, encorajadora até. Pronto, era aquele mundo. Mas quando saio da Cirurgia de Oficiais e vou para a Medicina de Oficiais, para o edifício principal

da Estrela, daí passo a sair. Portanto, enfim, já não precisava de estar... já não estava acamado, já não precisava de estar... (Mariano, entrevista pessoal)

Esta partilhada experiência de abandono, de falta de cuidados médicos, de compensações, de horizontes de reinserção social, efervesceu como revolta no Hospital Militar de Lisboa e seria materializada na Associação dos Deficientes das Forças Armadas (ADFA), criada em 14 de Maio de 1974.

Após o 25 de Abril, face à continuada negligência que os deficientes de guerra vinham percebendo, a ADFA cresce da convicção de que a revolução não alterara a negligência do poder político. Tratava-se, pois, da luta pela inscrição de uma nova agenda reivindicativa num clima revolucionário em que expectativas exaltantes em relação ao futuro estabeleceram uma ordem social pouco afeita à memória da guerra.. Nas palavras de um dos entrevistados:

Veio o 25 de Abril, foi assim uma espécie de primavera, depois de um longo inverno e isso falar de inverno ou primavera não é muito conveniente, então isso ficou esquecido durante muito tempo. (Heitor, entrevista pessoal)

De facto, a evocação de momentos de conflito, em que o voo pelo passado carrega igualmente complexos processos de atribuição de sentido ou imputação de culpa, tende a criar resistências à evocação que, no limite, sustêm a ordem social (Connerton, 1989; LaCapra, 2001; Barkan, 2001). Como refere Ian Hacking, a elisão da guerra é um mecanismo muito comum: “As nações proverbialmente gostam de esquecer os estilhaços das suas guerras passadas” (Hacking, 1996: 78). No entanto, para que possamos perceber como operam estes processos de esquecimento, importa reconhecer de que modos tais “estilhaços” são inscritos nas histórias particulares que os ocultam. No caso de Portugal, tanto quanto perceber os mecanismos que durante a ditadura justificaram a guerra, ao mesmo tempo que minimizavam a sua real dimensão, cabe entender de que forma o 25 de Abril veio a consagrar tal conflito como inexistente ou de escusada memória.

No entanto, seja para os civis que sofreram as suas consequências, seja para aqueles ex-combatentes mais fortemente afetados pelas consequências da guerra – como é o proverbial caso dos DFA – esse desejo avultava como uma radical impossibilidade, tal o manto com que a violência da guerra se inscreveu nos seus corpos e nas suas memórias.<sup>11</sup> Relativamente aos DFA, tudo se

11. A guerra impõe com particular prevalência nos combatentes o surgimento deferido de memórias disruptivas, próximas daquilo que a nosologia paulatinamente veio a reconhecer como “Transtornos/Desordens/Distúrbios de Stress Pós-Traumático” (DSPT). O DSPT só ganhou estatuto nosológico oficial em 1980, na terceira edição do DSM-III. Em Portugal, só a partir de 1986 é que, progressivamente,

passa numa contradição entre o “excesso de memória” destes ex-combatentes (na medida em que carregam as marcas biográficas, psicológicas e corpóreas da Guerra Colonial) e o manifesto silêncio da sociedade portuguesa face a um tão significativo conflito. Assim, a fim de entendermos cabalmente este desencontro, convém perceber alguns fatores e conjunturas que potenciaram o ativo de apagamento da memória Guerra Colonial da memória social portuguesa.

Em primeiro lugar, importa perceber que o Movimento das Forças Armadas, responsável pela revolução, nasce do descontentamento de oficiais de patente intermédia em relação à guerra. Ou seja, o poder que se estabelece no 25 de Abril é fortemente marcado pela presença de militares que, a despeito das suas posições críticas – corporativas ou políticas – em relação à guerra, foram parte ativa no esforço de guerra. Assim, o tema da guerra implicava os mesmos agentes que se tornaram responsáveis pela revolução e que assumiram inequívoco protagonismo na transição democrática. Se ao regime ditatorial cabe, inequivocamente, a responsabilidade política pela assunção de guerra, o regime democrático nasce pela mão de um movimento de militares que, tendo estado implicados na guerra, estavam longe de a poder ver de um modo inteiramente distanciado.

Em segundo lugar, sendo verdade que a evocação condenatória da guerra estava constringida pelas figuras que protagonizaram a mudança de regime, pouco espaço haveria para a sua evocação através da reivindicação heroica. Vários fatores explicam este facto, a saber: a noção de que, mesmo do ponto de vista estratégico-militar, se tratou uma guerra perdida<sup>12</sup> (ou, pelo menos, que não poderia ser ganha);<sup>13</sup> a deposição dos poderes políticos que sustentaram a bondade patriótica da guerra; e a condenação internacional de uma guerra que, no seu esforço de deter a vaga de descolonizações, percebidas como inevitáveis, se veio conceber, quase consensualmente, como absurda e anacrónica. Portanto, a “comunidade imaginada” (Anderson, 1983) que em Portugal se constituiu após o 25 de Abril extirpou a guerra do seu passado, não obstante ser um facto recente com enorme impacto ou, se quisermos, talvez exatamente por causa da magnitude do impacto traumático que dela resultou.

Paul Ricoeur exprime bem o desafio que o testemunho coloca conquanto

os diagnósticos de DSPT se estabeleceram na análise das desordens de alguns combatentes (Quintais, 2000; Albuquerque e Lopes, 1994)

12. Facto mais flagrante em Moçambique e na Guiné-Bissau do que em Angola.

13. Como afirma John Cann, a guerra não poderia ter sido ganha militarmente dado que “a posição de Portugal em África era insustentável desde o início” (2005, p. 213).

nos remete para “testemunhas históricas” cuja capacidade de demover os lugares comuns – acerca da sociedade e do seu passado – muitas vezes corresponde à solidão da memória:

[...] em última análise, o nível elementar da segurança da linguagem numa sociedade depende da confiabilidade, e portanto na prova biográfica de cada testemunha, caso a caso. É contra este fundo de suposta confiança que emerge, tragicamente, a solidão das “testemunhas históricas” cuja experiências extraordinárias dificultam a capacidade para uma compreensão habitual e ordinária. Mas existem também testemunhas que nunca encontram uma audiência capaz de as ouvir ou de escutar o que têm a dizer. (Ricoeur, 2004: 167)

A solidão das testemunhas, neste caso, resulta do modo como o silenciamento da guerra produz como “extraordinárias” as experiências – afinal tão comuns – daqueles cujas biografias ficaram marcadas pelo irremediável da guerra. Mais do que a confiabilidade, o que aqui avulta é, pois, a falta de interlocutores que validem as violências impostas pela guerra. A possibilidade de partilha do trauma e da violência é, assim, um elemento essencial para a ressignificação do sujeito isolado pelo excesso de memória:

O trauma partilhado por uma comunidade inteira cria um espaço público potencial para reenunciação. Se uma comunidade concorda que os eventos traumáticos aconteceram e incorpora este facto na sua identidade, então a memória coletiva sobrevive e a memória individual pode encontrar um lugar (ainda que transformado) dentro dessa paisagem. (Kirmayer, 1996: 189, 190)

Estamos perante a busca de hospitalidade à memória e ao reconhecimento das identidades passíveis de se afirmarem dentro de uma comunidade, numa transformação recursiva entre sujeito e narrativa social:

O espaço social ocupado por histórias de populações marcadas por feridas pode permitir que se quebrem os códigos culturais rotineiros veiculando contradiscursos que ponham em causa os significados adquiridos acerca de como as coisas são. Dessas histórias desesperadas e subjugadas pode bem surgir o apelo que altere os lugares comuns – tanto ao nível da experiência coletiva como da subjetividade individual. (Das e Kleinman, 2001: 21)

A memória da Guerra Colonial constitui um espectro que assola, ainda, a sociedade portuguesa. Para as representações hegemónicas sobre o Portugal pós-imperial os DFA constituem algo de uma presença fantasmática, corpos estranhos à narrativa social dominante cujas vozes remetem para um tempo, radicalmente inscrito no passado ou determinado como não existente.



Para os DFA, a deficiência emerge como o segundo fator na produção de uma exterioridade em relação à sociedade portuguesa. Conforme fica patente nos diversos relatos sobre o regresso a Portugal e sobre a busca de itinerários de inclusão social, os Deficientes das Forças Armadas, não obstante algumas garantias que foram conquistadas na legislação compensatória, confrontaram-se e confrontam-se com a fortíssima discriminação social a que as pessoas com deficiência estão expostas na nossa sociedade. Assim, mesmo após uma reconstrução pessoal e coletiva em que a difícil herança da guerra é assumida como parte de percurso a ser empreendido, permanece uma linha de desigualdade social que junta, excluindo, os DFA às demais pessoas com deficiência. A realidade das pessoas com deficiência em Portugal persiste marcada por fortíssimas condições de marginalização social e exclusão económica (Martins, 2006). Tal perpetuação acontece a despeito das sucessivas transformações legislativas e das políticas sociais que foram sendo introduzidas nas últimas décadas.

Reside esse entrave numa conceção de deficiência que se encontra profundamente ancorada a uma “narrativa da tragédia pessoal” (Oliver, 1990), uma gramática cultural que permeia as vidas das pessoas com deficiência qual poderoso referente que cria as condições da sua verdade:

[...] de um momento para o outro apanho-me cá fora, deparo com todas as barreiras possíveis e imaginárias, barreiras arquitetónicas, barreiras humanas, de pessoas que encaravam a nossa situação chamando-nos “coitadinho” “degraçadinho”, isto custava um bocadinho a ouvir, quer dizer, e depois quando chegávamos a algum edifício ficávamos a olhar para os degraus, quando não há barreiras arquitetónicas – ainda hoje isso acontece – uma pessoa parece que se “esquece” da deficiência, mas quando as encontra parece que há ali um sininho logo a trabalhar [...] era muito difícil e mesmo os próprios táxis para me levarem daqui para acolá, havia um ou outro taxista que punha objeções por causa da cadeira... (João, entrevista)

À semelhança do que acontece noutras sociedades, as pessoas com deficiência em Portugal estão sujeitas a enormes obstáculos à sua participação social: atitudes e conceções discriminatórias, barreiras arquitetónicas e comunicativas, apoio inadequado no acesso à educação, critérios excludentes no acesso ao mercado de trabalho, salários baixos e condições de trabalho precárias. Se é verdade que as estruturas e valores excludentes das pessoas com deficiência são comuns em muitas sociedades, este aspeto – relativamente a outros países – é agravado em Portugal pela fragilidade do movimento social de pessoas com deficiência (Martins, 2006; Fontes, 2009). Trata-se de um movimento cuja capacidade reivindicativa é, ainda, muito reduzida, porventura

uma duradoura consequência do controlo que o Estado exerceu sobre a sociedade civil durante a longa ditadura do século xx (Santos e Nunes, 2004). Ao contrário do que acontece, por exemplo, no Reino Unido ou nos Estados Unidos da América, onde a politização da deficiência tem tido um importante impacto (Barnes, 2003; Hahn, 2002), em Portugal prevalecem as abordagens fatalistas que individualizam a deficiência e naturalizam as suas implicações. Dadas as condições de vida das pessoas com deficiência, as organizações que as representam, desde o início, têm-se investido mais na provisão de serviços, funcionando como uma extensão do Estado social. Desse modo, os recursos humanos disponíveis nas organizações tendem a ser desviados de um posicionamento político passível de transformar a sociedade – naquilo que são as suas estruturas discriminatórias das pessoas com deficiência.

Neste particular, cabe reconhecer o importantíssimo papel da ADEFA enquanto parte ativa na reivindicação política. Na verdade, muitos dos direitos legislativos adquiridos pelas pessoas com deficiência após o 25 de Abril foram inicialmente conquistados pelos “deficientes de guerra” e só mais tarde alargados à generalidade das pessoas com deficiência. No entanto, podemos dizer que a ação da ADEFA tem sido mais contundente na demanda de compensações financeiras pelas deficiências adquiridas na guerra, do que na construção de uma sociedade inclusiva em que as pessoas com deficiência possam participar de uma forma cabal.

A luta assumida pelos Deficientes das Forças Armadas (DFA) entre 1974 e 1975, sob diversas formas – manifestações, tomada de espaços públicos, etc. –, granjeou à ADEFA um reconhecimento público e político que se mostrou essencial tanto para a legislação que viria a ser promulgada para garantir reparações, como para a afirmação da ADEFA enquanto interlocutor merecedor da atenção do poder político. Como dizíamos, a luta dos DFA teve, sem dúvida, um importante efeito em muita da legislação e das estruturas de reabilitação que depois seriam alargadas às demais pessoas com deficiência. Esta associação detém hoje cerca de 14 mil associados e, além da representação política dos interesses dos DFA, dos direitos e reparações, presta serviços aos associados e suas famílias, fundamentalmente ao nível do apoio jurídico e administrativo, mas também na vertente médico-social. Devido à especificidade das reivindicações da ADEFA, as suas conquistas e agendas não são inteiramente transponíveis para as demais pessoas com deficiência. Ou seja, o elevado poder reivindicativo da ADEFA na defesa intransigente

dos direitos dos DFA, seja pelo modo como historicamente soube dar prova da sua capacidade de mobilização, seja pela elevada dívida simbólica que as deficiências adquiridas ao serviço da nação colocam ao Estado, terá feito mais pelas compensações atribuídas aos DFA do que, propriamente, por transformação social capaz de criar uma sociedade inclusiva para as pessoas com deficiência.

### III. VIOLÊNCIAS NA CARNE

Quando nos debruçamos no modo como a guerra surge nas histórias dos DFA, confrontamo-nos com as múltiplas instâncias da violência: violências sofridas, violências testemunhadas ou perpetradas. Em relação à generalidade dos ex-combatentes, os testemunhos dos DFA têm de singular a invariável existência de um evento ou experiência que, engendrando uma deficiência, estabelece um antes e depois nas suas vidas. Nas histórias a que tivemos acesso, a experiência de um ferimento para quem o sofre surge, quase sempre, mediada ou antecipada pelo contacto com as experiências prévias de companheiros mutilados em combate:

Quando acordei apercebi-me que estava sem uma perna, fiquei 1 segundo ou 2 sob o efeito do sopro da explosão, mais nada do que isso, fiquei em estado de choque, obviamente, depois havia pessoas ligeiramente feridas, assim com estes estilhaços no rosto e tal, pela projecção da areia, era uma mina antipessoal se não também tinha desaparecido um ou outro. O helicóptero demorou pouco tempo a vir, diga-se, em abono da verdade, que a força aérea fez um trabalho exemplar lá e os helicópteros para as evacuações dos feridos demoravam muito pouco tempo, mesmo a dezenas de quilómetros, sempre com guerra a acontecer por todos os lados, um helicóptero ia lá passado não sei quantos minutos, a mim pareceu-me muito tempo, obviamente, mas bem vistas as coisas foi rapidamente. E não há mais nada a contar, quer dizer foi assim, uma mina que rebentou, é uma coisa traiçoeira, absolutamente estúpida, uma coisa de que nós não nos apercebemos de nada, apagamos simplesmente e acordamos para uma realidade, bom essa bastante chocante, que é ver uma perna como um osso de um frango cozido com o osso à vista, com a perna em tiras de pele e de carne e não sei quê, é uma visão horrorosa, à qual nós já nos tínhamos habituado. Já tinha visto, por antecipação já sabia como é que as minhas pernas iam ficar, de uma pessoa que pisa uma mina, é um terror absoluto apesar de nós sabermos que corremos esse perigo diariamente mas para podermos sobreviver a gente ultrapassa e tem que ultrapassar esse medo. (Heitor, entrevista)

Na gramática da violência a que os combatentes estiveram sujeitos durante a guerra, os momentos que inscrevem a deficiência nas suas vidas não

são, em si, necessariamente, excepcionais. O convívio com corpos de companheiros mutilados, com o medo do rebentamento de uma mina antipessoal ou com a incerteza das emboscadas, de algum modo trivializava os episódios que puderam suscitar marcas irreversíveis. No entanto, o facto de essa violência se inscrever de forma definitiva no próprio corpo, como inapagável marca da existência, carrega, do ponto de vista da experiência vivida e da biografia, uma singularidade que é, em larga medida, aquela que se liga à incomensurabilidade – ou difícil comunicabilidade – da experiência incorporada (French, 1994). As implicações da deficiência não são separáveis dos quadros culturais e lógicas de poder em vigor nas diferentes sociedades (Ingstad e Whyte, 1995; Martins, 2013), no entanto, tal não nega o quanto a guerra trouxe para muitos dos DFA, por via de ferimentos ou de memórias disruptivas, transformações transgressoras – corpóreas, ontológicas, fenomenológicas) que largamente transcendem as possibilidades de “restituição” social.

Estamos, pois, em face de realidades que fogem às apreensões discursivas e onde o corpo vivido assoma com incontornável vigor. A esta dimensão do sofrimento pessoal, eminentemente corporal, não totalmente apreensível na sua relação com elementos sociais, chamamos “angústia da transgressão corporal” (Martins, 2006; 2008). A angústia da transgressão corporal refere-se à vulnerabilidade na existência dada por um corpo que nos falha, que transgride as nossas referências na existência, as nossas referências no modo de ser-no-mundo. Assim entendida, a angústia da transgressão corporal concita-nos a reconhecer dimensões de dor, sofrimento e ansiedade existencial onde, contra sedimentada negligência, o corpo vivido, o conhecimento incorporado e as emoções adquirem estatuto nobre nas reflexões socioantropológicas.

Falamos de sofrimentos e frustrações que há décadas são parte das vivências quotidianas dos DFA:

Mas isto é uma coisa diária; ainda hoje, ainda hoje... Eu estava a pôr uns papéis... num envelope... e queria pôr e não conseguia, a mão não dava, não é... Uma revolta muito grande, não é... Um gajo querer trabalhar, não... É uma revolta... Só as pessoas que passam por isto é que sabem a revolta que a gente sente... (Patrício, entrevista)

Como eu estou, o senhor vê, eu se fosse a enxotar uma mosca da cara, não faço. [...] Sofre-se muito, sofre-se muito. Uma pessoa que anda em... – é o caso desses meus colegas que têm duas pernas artificiais – de qualquer maneira, eles sofrem, mas é diferente. Agora, eu, na situação em que estou, sofro muito, muito, muito. O senhor já viu... O senhor já reparou o que era um indivíduo

pensar em construir uma família, em durante todo o tempo que Deus... fosse vivo, andar cá, levar uma vida, eu não digo totalmente só de gozo, mas levar uma vida diferente. Agora, vê-se nesta situação! [...] Primeiro que a gente acabe de me dar de comer, é uma coisa... Depois, ficar na cama, fechar a luz—eles fecharem-me a luz— e eu ficar na cama, e a única coisa que dá à gente é vontade de chorar. Porque, ninguém imagina o que é este sofrimento. (Tiago, entrevista)

Centrando-se nos eventos que causaram a deficiência nas longínquas frentes de combate, os DFA apresentam-se, mormente, como vítimas da história: instrumentos de uma guerra cujos termos raramente percebiam e cuja justiça, hoje, poucos subscrevem.<sup>14</sup> Pese embora as diferentes visões políticas sobre a guerra que constituem o universo dos Deficientes das Forças Armadas, pese embora a incipiente posição crítica que tendeu a marcar a hora da partida dos jovens combatentes, é lícito dizer que o universo dos Deficientes das Forças Armadas é dominado por um posicionamento de condenação da guerra. Tal quadro deve-se, como acima referimos, a alguns fatores que nalguns casos se acumularam: deve-se à perspetiva histórica forjada seja pelo 25 de Abril, seja pelo reconhecimento que um pouco por todo o mundo veio a sancionar a legitimidade da senda anticolonial pela autodeterminação dos povos; deve-se ao confronto pessoal com a violência da guerra e iniquidade do colonialismo; deve-se ao modo como a deficiência adquirida exacerbou a noção de uma guerra sem sentido ou o sentimento de força descartável; deve-se, igualmente, como veremos à frente, ao modo como a própria AFDA se veio a estabelecer politicamente contra uma narrativa de celebração heroica, bem patente no mote que viria a ser consagrado: “A Força Justa das Vítimas de uma Guerra Injusta!”.

No entanto, atentando às muitas formas de aparição da violência nas experiências e narrativas que nos foram sendo confiadas, logo perceberemos a insustentabilidade de uma narrativa que configure os DFA como meras vítimas. São, muitas vezes, cumulativamente vítimas, perpetradores e testemunhas de violência. São vítimas da guerra no sentido em que nela adquiriram deficiência, no sentido em que muitos lutaram um combate que nunca sentiram como seu, mas são vítimas paradoxais: porque foram parte de um exército imperialista, e porque muitas das suas histórias retratam-nos, igualmente, como perpetradores de violências.

14. O distanciamento em relação à justeza da guerra exprime tanto o desconhecimento ou a incipiente formação política com que muitos dos DFA foram enviados para a guerra, como exprimirá, igualmente, um processo posterior de renúncia a causas patrióticas anteriormente abraçadas: pelo impacto do sentimento de abandono e injustiça que se seguiu à deficiência; pelo modo como a ADFA se constituiu com base numa ideologia, amplamente dominante, de uma condenação da guerra; e pelo efeito da queda do regime ditatorial e dos seus “regimes de verdade”.

No caso Marcelino, a memória arrasta a vitimação e a culpabilização numa mesma leva disruptiva. O efeito perturbador de um ato de violência que cometeu sobre um civil emergiu apenas em 2004, altura em que as imagens da Guerra do Iraque lhe vieram despertar as memórias da Guerra Colonial, obrigando-o a procurar apoio psiquiátrico:

Faz-me sofrer bastante. Acredito que, na altura, não tive problemas em fazer o que fiz [...] Não tive problema nenhum em fazer o que fiz. Mas hoje, penso que não os devia ter cometido, e isso afeta-me. Afeta-me e muitas vezes... por exemplo, à noite, quando estou com este zumbido, não é por acaso que de vez em quando, tenho de tomar o comprimido para dormir para... Hoje, estou ali sozinho, a pensar naquilo, e passo horas a chorar. Coisa que, na minha vida, não... eu não era choramingas, não... (Marcelino, entrevista)

Estamos, pois, perante histórias em que a possibilidade de exercer a violência desmedida, mesmo se não consumada, esteve sempre presente:

Que às vezes fala-se em chacinas. E dizem que os militares fazem isto, fazem aquilo. E eu... Todos nós somos capazes de fazer isso. Depende das oportunidades, depende das ocasiões. Eu, naquele momento, quando eu estava em plena operação de queimar aquela aldeia e de levar a população, se há alguém, se há, pronto, um tiro, ou uma..., alguém que estivesse..., um guerrilheiro que estivesse ali, que me desse um tiro, [palmada]. Nós matávamos a população, não tenho dúvidas nenhuma. Eu seria hoje... E pesar-me-ia, hoje na minha cabeça, uma chacina. Está a ver? A guerra é terrível. A guerra é terrível, porque me transforma em bicho, a matar ou morrer. (Juvenal, entrevista)

Nos relatos que nos foram sendo confiados, o impacto deferido pelos atos cometidos na guerra prende-se com atos censuráveis cometidos sobre as populações enquanto episódios da violência da guerra muitas vezes sob o ímpeto colérico de vingar a morte ou ferimento de um camarada ou de punir as populações por suspeita de conluio com o inimigo. De igual modo, estes momentos passíveis a reprovação posterior surgiam no trato com os prisioneiros. O relato de Hélio é disso bem impressivo:

Estávamos emboscados há horas... com aquelas, aquela coisa, começa a raiar o dia, há um indivíduo que foi lá disparar, foi esse [...] “alto, alto, ou faço fogo”, o gajo não parou, ele atirou e apanhou aqui assim nas costas, e o homem ficou com a bexiga na mão... e o que ele levava não era arma nada, era uma pá daquelas do arroz, àquela hora ainda estava escuro parecia-nos uma arma... o homem aguentou duas horas com a bexiga na mão e veio no helicóptero até ao aquartelamento, chegou à enfermaria e tinha morrido um grande amigo meu, um furriel de Santarém, o [...], ainda estávamos, vários

feridos, ainda estávamos debaixo daquela coisa, ficamos... porque, isto passou-se com alguns, porque havia lá, e esse indivíduo, pronto! Mas fomos para o quartelamento e sabe o que lhe fizeram, com um giz fizeram-lhe um alvo e começaram com seringas a fazer tiro ao alvo na bexiga do homem (pausa) isto é horrível, não é? (pausa), mas não éramos nós... nós tínhamos sabido que na véspera tinham morrido indivíduos com uma faca, estávamos, tudo ali, a malta, esse o [...], não conseguimos tirá-lo debaixo do fogo, e no outro dia passámos lá e os abutres comeram-no todo... isto só visto. Estamos a falar de malta com vinte anos, nada justificava mas o facto é que... e estas cenas, estas cenas... o crime... é realmente um regime, um governo deixar que crianças, os alferes com 23 e 24 anos, os capitães tinham 25 anos e nós tínhamos 20 e havia-os lá com 19 e muita malta voluntária. Eu trabalhei com um agrupamento, açorianos, que cortavam línguas e orelhas, os açorianos são danados, e essa que eu apanhei, eles também tinham um medo deles, porque eles não faziam prisioneiros... matavam tudo, tudo... (Hélio, entrevista pessoal)

Esta consciência que nalguns DFA consagra uma autorreflexividade memorativa, que concilia o reconhecimento do próprio sujeito enquanto vítima e agressor, é diferentemente avivada pela noção do excesso e da responsabilidade pessoal, pela assunção do vazio de valores morais imposto pelo absurdo da guerra, ou pelo facto de o julgamento da história esmagadoramente definir Portugal como o agressor colonialista, anacronicamente travando os ventos da mudança. Muitas vezes a dificuldade de conciliar o reconhecimento da violência sofrida e a violência exercida justapõe-se, sem um encaixe estabelecido, à dificuldade no reconhecimento do DFA no seu ambíguo lugar de ex-combatente e crítico da violência colonial.

#### IV. O PENSAMENTO PÓS-ABISSAL DA MEMÓRIA

Além da violência de deficiência infligida devido à Guerra Colonial, além da violência da discriminação imposta na nossa sociedade sobre as pessoas com deficiência, os DFA confrontaram-se durante a parte mais significativa das suas vidas com a violência do silenciamento das suas experiências, marcadas que foram por uma guerra que, antes e depois do 25 de Abril, foi “interditada” do espaço e do debate público. Ainda que o espaço associativo como o da ADF, ou o espaço convivial dos jantares de batalhão ou de companhia recuperem essas experiências, socializando-as, isso acontece mormente num circuito relativamente fechado. A solidão da vivência e da marca traumática da guerra (corpórea

ou memorativa) foi e é continuamente experimentada nas suas vidas sociais quotidianas (família, trabalho, comunidades de residência). Não obstante o reconhecimento das trajetórias particulares que engendraram um longo desencontro entre a memória vivida da Guerra Colonial e o justo reconhecimento da centralidade histórica deste conflito, acreditamos que, em última instância, a incomodidade “fantasmática” trazida ao corpo social pelos DFA reflete algo de mais fundo. Referimo-nos ao modo como no Ocidente a experiência colonial persiste sendo ativamente produzida como inexistente, ou trivializada sob alegações de “generosidade civilizatória” ou sob o heroísmo expansionista, inscritos nas diferentes narrativas nacionais europeias (Santos, 2013; Lourenço, 2014), numa óbvia perpetuação daquilo a que Boaventura define como as “linhas abissais da modernidade” (Santos, 2007). Tudo se passa como se os discursos que criaram e tentaram manter intactas as “províncias ultramarinas” tivessem, afinal, vingado em transformá-las em “províncias finitas de significado” (Schutz, 1970: 252), neste caso mundos de sentido singularmente povoados pela guerra e pelo racismo, ainda embargados na fronteira que outrora definia o abismo entre metrópoles e colónias.

Ao definir o pensamento moderno como abissal, Boaventura de Sousa Santos enfatiza como persistem ainda os mecanismos que, separando sociedades metropolitanas e territórios coloniais, desqualificam e invisibilizam as experiências e saberes tidos como imanentes à zona colonial (Santos, 2007). Nesse sentido, geram-se

distinções invisíveis [que] são estabelecidas através de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos: o universo “deste lado da linha” e o universo “do outro lado da linha”. A divisão é tal que “o outro lado da linha” desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer forma de ser relevante ou compreensível. (*ibidem*: 3-4)

Na mesma nota da proposta de Boaventura de Sousa Santos, creio que podemos falar de uma memória abissal para caracterizar o modo como a experiência colonial, naquilo que tem de mais característico – a violência que a sustenta –, se encontra ausente nas histórias que constituem, no Norte, as narrativas sobre o “outro lado da linha”. É esta memória abissal que consente historiografias nacionais em que a relação com o Sul global é silenciada ou dobrada aos mitos fundadores que a um tempo expurgam o sofrimento produzido pela senda colonial, renegam a permanência das suas lógicas e produzem a não existência dos sujeitos que a testemunham. A valorização do

sofrimento segue, sem dúvida, linhas raciais que tiram do tempo, minimizando, as vítimas africanas da guerra e da violência colonial, convenientemente longínquas, virtualmente inexistentes para a memória do Portugal metropolitano. Quanto aos DFA de origem portuguesa, aqueles que regressaram após a guerra, outros foram os mecanismos que permitiram afirmar a sua inexistência enquanto testemunhas da Guerra Colonial: a erradicação da guerra do espaço público, a permanência do mito lusotropicalista e a exclusão de vozes e experiências marcadas pelo estigma da deficiência. Entre mundos, os DFA estão na “sociedade metropolitana” mas não lhe pertencem inteiramente conquanto carregam memórias embargadas, porque vindas dos “territórios coloniais”, que permanecem, segundo a sentença hegemónica a Norte, como territórios de boa ou de não memória. Nesse sentido, os DFA, embora portugueses e residentes em Portugal, são proverbialmente estrangeiros à memória política que no Ocidente – por se constituir enquanto dominante–pôde esquecer do colonialismo a violência que lhe foi imanente. Como refere Robert Young, refletindo sobre autores que tratam o colonialismo em diferentes lugares,

[a] diferença é menos uma questão de geografia do que o lugar, político e cultural, de onde os indivíduos falam, para quem falam e como definem o seu lugar de enunciação” (2001: 62).

Além do lugar político e cultural que tendencialmente constitui os DFA enquanto vozes de denúncia de uma guerra esquecida, eles são ontologicamente marcados por uma posição corpórea em que a guerra se inscreve de forma irredimível. Tudo se passa como se o “acordo tácito” de diluir a memória da violência colonial, vigente ordem política das sociedades ex-metropolitanas, fosse desdito por “estilhaços humanos” que, atravessando a linha abissal, carregam consigo histórias que deveriam ter ficado convenientemente longínquas nas colónias distantes, em corpos que o racismo mais facilmente desqualificaria como indignos de uma voz sofrida.

A memória pós-abissal, alego, é aquela cujo olhar para o passado inscreve a violência colonial no centro da narrativa histórica da modernidade. A memória pós-abissal é aquela que identifica a memória abissal enquanto um segundo fôlego da violência colonial, uma violência que opera pelos seguintes mecanismos: a racialização do valor da vida humana; a elisão dos testemunhos que expõem as misérias produzidas pelo longo tempo do colonialismo; e a desqualificação das memórias vindas “do outro lado da linha”. Uma memória pós-abissal da violência terá que ser capaz de conter as vastas latitudes da

experiência moderna, os vastos seus, carregando corpos e violências, mortos e sobreviventes, reconstituindo, a Norte e Sul,<sup>15</sup> os estilhaços de uma violência que está longe de ter cessado.

As narrativas dos DFA, no modo paradoxal como nos permitem aceder à violência colonial, constituem uma perspectiva muito particular de uma gramática mais ampla que nos instiga à busca de diálogos e de sujeitos que, a Sul, nos trazem de latitudes onde o esquecimento da senda colonial nunca chegou a ser uma hipótese. O Estado de Direito, nas diferentes regiões do mundo, constitui-se também pelo reconhecimento das injustiças históricas impostas pelos legados coloniais.

## V. REFERÊNCIAS

- ADFA–Associação dos Deficientes das Forças Armadas (1999), *ADFA 25 anos: 1974-1999*. Lisboa: Associação dos Deficientes das Forças Armadas.
- Albuquerque, Afonso; Lopes, Fani (1994), “Características de um grupo de 120 combatentes da guerra colonial vítimas de stress de guerra”, *Vértice*, 58, 28-32.
- Anderson, Benedict (1983), *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso.
- Antunes, José Freire (1996), *A Guerra de África: 1961-1974, 2 vol.* Lisboa: Temas e Debates.
- Barkan, Elazar (2001), *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*. New York: Norton.
- Barnes, Colin (2003), “What a Difference a Decade Makes: Reflections on Doing ‘Emancipatory’ Disability Research”, *Disability & Society*, 18(1), 3-17.
- Cann, John (2005), *Contra-subversão em África: como os portugueses fizeram a guerra em África*. Tradução de Renato Pinto. Lisboa: Prefácio.
- Castelo, Cláudia (2007), *Passagens para África: o povoamento de Angola e Moçambique com naturais da metrópole (1920-1974)*. Porto: Afrontamento.
- Coelho, João Paulo Borges (2003), “Da violência colonial ordenada à ordem pós-colonial violenta: sobre um legado das Guerras Coloniais nas ex-colónias portuguesas”, *Lusotopie*, 175-193.
- Connerton, Paul (1989), *How Societies Remember*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Das, Veena; Kleinman, Arthur (2001), “Introduction”, in Arthur Kleinman; Veena Das; Margaret Lock; Mamphela Ramphele; Pamela Reynolds (orgs.), *Remaking a World: Violence, Social Suffering and Recovery*. Berkeley: University of California Press, 1-30.
- French, Lindsay (1994), “The Political Economy of Injury on the Thai-Cambodia Border”, in Thomas Csordas (org.), *Embodiment and Experience: The Existential Ground of Culture and Self*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fontes, Fernando (2009), “Pessoas com deficiência e políticas sociais em Portugal: da caridade à cidadania social”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 86, 73-93.
- Gomes, Carlos de Matos (2013), “A africanização na Guerra Colonial e as suas sequelas. Tropas locais – Os vilões nos ventos da História”, in Maria Paula Meneses; Bruno Sena Martins (orgs.), *As Guerras*
15. No que à Guerra Colonial/Guerra de Libertação diz respeito, um interessante exemplo deste possível diálogo deu-se com a 1.ª Conferência de Antigos Combatentes de Portugal, Angola, Moçambique e Guiné-Bissau”, organizada pela ADFA em 1990 (cf. *Jornal Elo*, maio de 1990, n.º 188)

de *Libertação e os sonhos coloniais: alianças secretas, mapas imaginados*. Coimbra: Almedina: 123-142.

Hacking, Ian (1996), “Memory Sciences, Memory Politics”, in Paul Antze; Michael Lambek (orgs.), *Tense past : cultural essays in trauma and memory*. New York: Routledge.

Hahn, Harlan (2002), “Debates and Political Advocacy: The US Disability Movement”, in Mike Oliver; Len Barton (orgs.), *Disability Studies Today*. Cambridge: Polity Press, 162-189.

Kirmayer, Laurence (1996), “Landscapes of Memory: Trauma, Narrative, and Dissociation”, in Paul Antze; Michael Lambek (orgs.), *Tense Past: Cultural Essays in Trauma and Memory*. New York: Routledge: 173-198.

Ingstad, Benedict; Whyte, Susan (orgs.) (1995), *Disability and Culture*. Berkeley: University of California Press.

LaCapra, Dominick (2001), *Writing History, Writing Trauma*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Lourenço, Eduardo (2014), *Do colonialismo como nosso impensado*. Organização e prefácio de Margarida Calafate Ribeiro e Roberto Vecchi. Lisboa: Gradiva, 163-177.

Martins, Bruno Sena (2006), *E se eu fosse cego: narrativas silenciadas da deficiência*. Porto: Afrontamento.

Martins, Bruno Sena (2008), “The Suffering Body in the Cultural Representations of Disability: The Anguish of Corporal Transgression”, in Thomas Campbell; Fernando Fontes; Armineh Sooreanian; Chris Till (orgs.), *Disability Studies: Emerging Insights and Perspectives*. Leeds: The Disability Press, 93-107.

Martins, Bruno Sena (2013), *Sentido Sul: a cegueira no espírito do lugar*. Coimbra: Almedina.

Maurício, Jorge (1994), “A Guerra Colonial, os Deficientes das Forças Armadas e a ADFA”, *Vértice*, 58: 25-27.

Meneses, Maria Paula; Gomes, Catarina Antunes (2013), “Regressos? Os retornados na (des)colonização portuguesa”, in Maria Paula Meneses; Bruno Sena Martins (orgs.), *As Guerras de Libertação e os sonhos coloniais: alianças secretas, mapas imaginados*. Coimbra: Almedina: 59-107.

Oliver, Michael (1990), *The Politics of Disablement*. Houndmills: The Macmillan Press.

Quintais, Luís (2000), *As Guerras Coloniais Portuguesas e a Invenção da História*. Lisboa: ICS.

Ricoeur, Paul (2004), *Memory, History, Forgetting*. Chicago: University of Chicago Press.

Santos, Boaventura de Sousa (2007), “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, 3-46.

Santos, Boaventura de Sousa (1999). *Pela Mão De Alice: O Social e o Político Na Pós-Modernidade*. Porto: Afrontamento.

Santos, Boaventura de Sousa (2013), “Prefácio”, in Maria Paula Meneses; Bruno Sena Martins (orgs.), *As Guerras de Libertação e os sonhos coloniais: alianças secretas, mapas imaginados*. Coimbra: Almedina.

Santos, Boaventura de Sousa (2014), *Epistemologies of the South: Justice against Epistemicide*. Boulder: Paradigm Publishers.

Santos, Boaventura de Sousa; Nunes, João Arriscado (2004), “Introduction: Democracy, Participation and Grassroots Movements in Contemporary Portugal”, *South European Society & Politics*, 9(2), 1-15.

Schutz, Alfred (1970), *On Phenomenology and Social Relations; Selected Writings*. Chicago: University of Chicago Press.

Stoler, Ann Laura (2008), “Imperial Debris: Reflections on ruins and ruination”, *Cultural Anthropology*, 23(2), 191-219.

Turner, Victor (1967), *The Forest of Symbols: Aspects of Ndembu Ritual*. Ithaca: Cornell University Press.

Wallerstein, Immanuel (1974), *The Modern World-System / [Vol.1]*. Nova Iorque: Academic Press.

Young, Robert (2001), *Postcolonialism: an Historical Introduction*. Oxford: Blackwell Publishers.

## O CAPITALISMO COMO RELIGIÃO: UM DIÁLOGO ENTRE BENJAMIN E AGAMBEN

Alfredo Copetti Neto<sup>1</sup>

José Ricardo Maciel Nerling<sup>2</sup>

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth<sup>3</sup>

### INTRODUÇÃO

O capitalismo, que um dia representou a transição dos sistemas de produção feudal para o industrial, tendo sido teorizado por diversos autores e escolas de economia, nasceu no século XVIII como um precursor de boas novas: a individuação dos sujeitos, a separação (ou a superação) da igreja (ou da religião) com os poderes terrenos, a limitação da atuação do Estado no campo econômico, entre outros. Quase quatro séculos depois de sua inauguração e expansão, é possível observar uma certa inflação do capitalismo, que deixa de limitar-se somente às relações de produção de riquezas, e passa a atingir praticamente todas as questões do mundo moderno.

Os sujeitos, que com a modernidade abriam suas janelas para as subjetividades, são colonizados por completo pelo consumo; a religião, que passaria a ocupar um aspecto estritamente privado e de segundo plano, é cooptada (mais uma vez) pelas esferas (e discursos) de poder, se descaracterizando por

1. Pós-doutor pela UNISINOS/PDJ-CNPQ, 2014. Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (UNIROMATRE, 2010 Revalidado UFPR) e Mestre em Direito Público (Filosofia do Direito) pela UNISINOS, 2006. Professor da Universidade Estadual do Paraná. Professor do PPG-D Guanambi. Professor da UDC. Membro fundador da Rede Estado e Constituição. Editor da Revista do Instituto de Hermêutica Jurídica. Presidente da Comissão de Compliance da OAB Foz do Iguaçu. Advogado. (RIHJ) alfredocopetti@yahoo.com
2. Mestrando em Direito no Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul–UNIJUI, beneficiário de Taxa Integral CAPES, sob orientação de Maiquel Angelo Dezordi Wermuth, PhD, e co-orientação de Alfredo Copetti Neto, PhD. Graduado em Direito pela Universidade Regional do noroeste do Estado do Rio Grande do Sul–UNIJUI. Advogado OAB-RS. zejoters@yahoo.com.br
3. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos–UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul–UNIJUI (2008). Graduado em Direito pela UNIJUI (2006). Professor-pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos) da UNIJUI. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUI e da UNISINOS. madwermuth@gmail.com

completo; e o Estado, que antes seria regulado e separado das esferas individuais, religiosas, econômicas e morais, adota os estigmas das velhas estruturas e, com o neoliberalismo, sufoca nações inteiras em detrimento de alguns impérios...

Em outras palavras, o capitalismo se mostrou uma ideologia (ou uma força) tão potente, a ponto de se tornar um parasita habitando em todas as esferas da vida humana, mais do que isso, reverteu-se numa verdadeira religião, de culto extremado e totalitário, dominando por completo a existência dos homens. No presente artigo, que foi construído por meio do método hipotético-dedutivo, especialmente se utilizando de pesquisa bibliográfica, aprofunda-se essa hipótese, detalhando as formas com que o capitalismo se apresenta na estética contemporânea com atributos da religião, e, por fim, vislumbrando formas de profana-lo.

## II. A RELIGIÃO CAPITALISTA E OS CAMINHOS DE SUA PROFANAÇÃO: A FALTA DE JUSTIFICATIVAS PARA A ESTÉTICA NA PÓS-MODERNIDADE

*Respeito muito minhas lágrimas  
Mas ainda mais minha risada  
Inscrevo, assim, minhas palavras  
Na voz de uma mulher sagrada  
Vaca profana, põe teus cornos  
Pra fora e acima da manada  
Dona das divinas tetas  
Derrama o leite bom na minha cara  
E o leite mau na cara dos caretas  
Segue a “movida Madrileña”  
Também te mata Barcelona  
Napoli, Pino, Pi, Paus, Punks  
Picassos movem-se por Londres  
Bahia, onipresentemente  
Rio e belíssimo horizonte  
Vaca de divinas tetas  
La leche buena toda en mi garganta  
La mala leche para los “puretas”  
Quero que pinte um amor Bethânia  
Stevie Wonder, andaluz  
Como o que tive em Tel Aviv*

*Perto do mar, longe da cruz  
Mas em composição cubista  
Meu mundo Thelonus Monk`s blues  
Vaca das divinas tetas  
Teu bom só para o oco, minha falta  
E o resto inunde as almas dos caretas  
Sou tímido e espalhafatoso  
Torre traçada por Gaudi  
São Paulo é como o mundo todo  
No mundo, um grande amor perdi  
Caretas de Paris e New York  
Sem mágoas, estamos aí  
Dona das divinas tetas  
Quero teu leite todo em minha alma  
Nada de leite mau para os caretas  
Mas eu também sei ser careta  
De perto, ninguém é normal  
Às vezes, segue em linha reta  
A vida, que é “meu bem, meu mal”  
No mais, as “ramblas” do planeta  
“Orchta de chufa, si us plau”  
Deusa de assombrosas tetas  
Gotas de leite bom na minha cara  
Chuva do mesmo bom sobre os caretas<sup>4</sup>*

A estética ocupa um espaço de grande importância no estudo do direito, especialmente quando se fala do direito no período pós-moderno, em que há, de certa maneira, o abandono dos fundamentos jusnaturalistas, restando apenas um conjunto de estruturas fundadas em tradições que não apresentem mais justificativas para além de seus atributos oculares. É por isso que o debate em torno do direito contemporâneo – ou mesmo da sociologia – é necessariamente um debate jurídico/teológico, tendo em vista que, conforme as palavras de Benjamin, assim como o direito, “a teologia armou a sua tenda nas proximidades de um dos seus objetos mais queridos, a saber, a aparência”<sup>5</sup>.

Enquanto que na modernidade, como berço do Estado constitucional tal qual o conhecemos, a humanidade presenciou o nascimento do capitalismo,

4. VELOSO, Caetano. Vaca profana. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/caetano-veloso/44789/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

5. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Tradução: Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013., p. 128.

especialmente a partir dos contornos principiologicos liberais e da revolução industrial, na pós-modernidade o amor pelo dinheiro, pelo consumo e pela economia de livre-mercado assumiu contornos religiosos, reproduzindo paradigmas muito semelhantes às antigas teocracias, encontrando espaço na alma das pessoas e refletindo sua ordem na vigência da vida humana em sociedade.

Walter Benjamin é o autor que levanta a proposta de que o capitalismo emerge na atualidade como religião, devendo ser visto – e estudado – dessa maneira. Sua principal justificativa para tal afirmação encontra amparo no fato de que o capitalismo “está essencialmente a serviço da resolução das mesmas preocupações, aflições e inquietações a que outrora as assim chamadas religiões quiseram oferecer resposta”<sup>6</sup>. Assim, o sistema vigente no que tange às relações econômicas também passa a atingir outras esferas sociais, inclusive a esfera religiosa (propriamente dita).

Para confirmar essa hipótese (de identificar o surgimento de uma religião), é preciso ter, como ponto de partida, a ideia de que nenhuma religião surge de um sentido metafísico, ela não é dada, mas é uma construção meramente humana, que pertence ao campo linguagens. É por isso que o capitalismo, nesse contexto, pode ser considerado uma religião, porque representa um conjunto de valores (ou hábitos) que emanam de um determinado período da humanidade. Foucault, baseando-se na filosofia de Nietzsche, afirma que

em um determinado ponto do tempo e em um determinado lugar do universo, animais inteligentes inventaram o conhecimento. [...] Quando fala de invenção, Nietzsche tem sempre em mente uma palavra que opõe a invenção, a palavra origem. [...] Nietzsche diz que Schopenhauer cometeu o erro de procurar a origem [...] da religião em um sentimento metafísico, que estaria presente em todos os homens e conteria, por antecipação, o núcleo de toda religião, seu modelo ao mesmo tempo verdadeiro e essencial. Nietzsche afirma: eis uma análise da história da religião que é totalmente falsa, pois admitir que a religião tem origem em um sentimento metafísico significa, pura e simplesmente, que a religião já estava dada, ao menos em estado implícito, envolta nesse sentido metafísico. [...] a história não é isso, não é dessa maneira que se faz história, não é dessa maneira que as coisas passaram. Pois a religião não tem origem, [...] ela foi inventada [...]. Em um dado momento, algo aconteceu que fez aparecer a religião. A religião foi fabricada. Ela não existia anteriormente.<sup>7</sup>

Sendo assim, o capitalismo (como religião) deve ser encarado como uma criação humana, que se funda na modernidade, mas que se universaliza

6. Idem., p. 21.

7. FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002., ps. 14-15.

em termos de adeptos em período mais recente. A religião capitalista – enquanto uma religião universal em expansão – também se utiliza dos discursos das religiões tradicionais e dos processos de globalização para aumentar seu poderio sobre as pessoas, conquistando formas de vida por meio da naturalização do consumo e da desigualdade. É um processo que Chevallier chama de “glocalização” (que seria uma conjugação entre as palavras globalização e localização), tendo em vista que “entre a transposição mimética e a rejeição deliberada das inovações institucionais percebidas como estrangeiras às culturas locais, encontra-se toda uma gama de procedimentos de reapropriação e reinterpretação”<sup>8</sup>, o que afeta inclusive paradigmas historicamente apropriados por um povo.

No caso do continente americano (nisso incluso o Brasil), esse processo de reapropriação e reinterpretação das religiões desde o neoliberalismo é perfeitamente observável a partir das tendências sincréticas da “religião capitalista” com vertentes religiosas identificadas às culturas locais, nesse caso, especialmente o cristianismo, que também foi parte de um conjunto de tendências coloniais impostas aos nativos. Com relação a esse fenômeno, cujo qual o desenvolvimento é plenamente perceptível, Boaventura chama a atenção para o crescimento dos movimentos intitulados “pentecostais, neo-pentecostais, renovaristas e carismáticos”, que adotam posturas de defesa às hegemonias neoliberais e a tendências conservadoras (machismo, homofobia, racismo, intervenção “moral”, institucionalização da lei mosaica...), contrariando inclusive ensinamentos fundamentais da filosofia de Jesus. A fonte desse movimento, intitulado “a Nova Direita Cristã”, reemergiu dos anos 1980, nos Estados Unidos da América, tendo se espalhado até mesmo pela América Latina, afetando de forma direta eleições, dificultando os avanços nos direitos das mulheres e na efetivação dos princípios democráticos<sup>9</sup>. Esses movimentos, se não são novas religiões, são a nova religião (capitalista) em si.

Confirmando essa tese, Benjamin descreve que o capitalismo surgiu no ocidente como um “parasita do cristianismo”, de maneira muito especial a partir das teorias de Calvino, que defendeu a tese de que, uma vez que Deus governa o mundo, é Ele quem escolhe a quem dar as riquezas. Sendo assim, nas palavras do próprio Calvino, enquanto teórico da predestinação, Deus,

8. CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009., p. 13.

9. SANTOS, Boaventura de Sousa. Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos. São Paulo: Cortez Editora, 2013., p. 65.



“em virtude de sua bênção, faz próspera a vida dos bons, os socorre em suas necessidades, os alivia e os mitiga em suas dores, os atenua em suas adversidades e em tudo os encaminha à salvação”<sup>10</sup>. Chama a atenção a utilização do termo “bons”, carregando a forte presença do maniqueísmo “bem e mal”, sem o qual as igrejas pós-modernas – adeptas sem qualquer constrangimento da “teologia da prosperidade” – não sobreviveriam, tendo em vista que se alimentam da ideia de “batalha espiritual”, que fortalece a divisão entre os “homens de Deus” (que alcançarão a vitória) e os “homens do mundo” (que têm sua derrota decretada).

Em paralelo a isso, desconstruindo por completo as doutrinas das igrejas ‘cristãs’ fundadas na pós-modernidade, vale trazer a mensagem “profana” de Jesus com relação às riquezas. Quando questionado por um jovem rico sobre como alcançar a perfeição, Jesus lhe sugere vender todos os seus bens e dar aos pobres, pois seria “mais fácil passar um camelo pelo fundo de uma agulha do que entrar um rico no reino de Deus”. Naquele contexto, a cultura de que os ricos são ricos porque são abençoados já estava impregnada no discurso das pessoas, sendo reproduzida até mesmo pelos discípulos, que, ao ouvirem aquela palavra, ficaram admirados, e perguntaram a Jesus “quem, então, poderá se salvar, se não aqueles que já têm os sinais das bênçãos de Deus?”, ao que Jesus responde que “muitos primeiros serão os derradeiros, e muitos derradeiros serão os primeiros”, derrubando por completo o que até então se acreditava<sup>11</sup>.

O que de fato se vê, é que, abrindo mão dos ensinamentos de Cristo (que dizia ser impossível servir ao mesmo tempo a Deus e ao dinheiro<sup>12</sup>), “na época da reforma, o cristianismo não favoreceu o surgimento do capitalismo, mas se transformou no capitalismo”<sup>13</sup>, conforme as próprias palavras de Benjamin. Sendo assim, o lugar que antes era ocupado por Deus, passa a ser ocupado pelas riquezas, e o “Bezerro de ouro” voltou a ser adorado<sup>14</sup>, conforme predito por Davi ao dizer que “os ídolos deles são prata e ouro, obra das mãos dos homens”<sup>15</sup> e reafirmando o predito por Paulo de Tarso no período

10. CALVINO, João. As institutas: tratado da religião cristã. Disponível em: <[http://www.protestantismo.com.br/institutas/joao\\_calvino\\_institutas1.pdf](http://www.protestantismo.com.br/institutas/joao_calvino_institutas1.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2017., p. 58.

11. BÍBLIA ONLINE. Bíblia. Disponível em: <<https://www.biblionline.com.br/>>. Acesso em: 11 dez. 2017., Mateus 19.

12. Idem., Mateus 6:24.

13. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 24.

14. BÍBLIA ONLINE. Bíblia. Op. cit. Êxodo 32.

15. Idem., Atos 17:29.

pós-messiânico, quando o mesmo adverte aos primitivistas: “não havemos de cuidar que a divindade seja semelhante ao ouro, ou à prata, ou à pedra esculpida por artifício e imaginação dos homens”<sup>16</sup>. Em termos de metodologia, reforçando a hipótese dessa ruptura, Benjamin sugere que “seria preciso investigar quais foram as ligações que o dinheiro estabeleceu com o mito no decorrer da história, até ser extraído do cristianismo a quantidade suficiente de elementos míticos para constituir o seu próprio mito”<sup>17</sup>.

Essa tendência, na contemporaneidade, atinge os padrões de vida social e econômico, inclusive por meio de expressões estéticas. A fé no capitalismo criou seus ídolos, nas roupas, nos deuses (que oferecem benefícios em troca de reverência), nas leis, nas imagens de santos em repartições públicas e privadas e, de forma muito especial, na referência existente às divindades nas cédulas de dinheiro<sup>18</sup>. Sendo assim, até mesmo nas moedas de real, enquanto “partículas da divindade” venerada no capitalismo, é possível observar a frase “Deus seja louvado”, bem como o rosto de uma mulher, que seria a representação de Marianne, símbolo da Revolução Francesa, dos valores de liberdade e da Maçonaria<sup>19</sup>.

De acordo com Bauman, esse sincretismo em torno do capitalismo (que abraça o amor pelas riquezas e as imagens sacras) ocorre porque o mesmo se apresenta na contemporaneidade como um parasita, que se instala em todas as formas de cultura, doutrina e comunidade. O capitalismo é, sobretudo, um sistema parasitário, e, nesse contexto, tem possibilidades de prosperar em certo período, tendo como condição apenas encontrar um organismo que ainda não foi explorado e que possa lhe fornecer alimento. Porém, vale frisar, esse ‘parasita capitalista’ “não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência”<sup>20</sup>. Sendo assim, onde o capitalismo se instala, destrói por completo a vida autônoma do hospedeiro, lhe tirando toda a ceiva e acabando com todo e qualquer significado e estrutura original. Em cima dessa hipótese de Bauman, é possível compreender a perda dos significados do cristianismo tradicional em relação ao cristianismo contemporâneo, conforme brevemente

16. Idem., Salmos 115:4.

17. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 24.

18. Idem., p. 23.

19. FRANCE. Marianne. Disponível em: <<http://www.elysee.fr/la-presidence/marianne/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

20. BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo parasitário. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010., p. 6.

demonstrado nos parágrafos acima, tendo em vista sua transição para um fenômeno meramente mercadológico.

A abertura do capitalismo para todas as culturas, religiões, filosofias e formas de viver é um processo natural e que exige poucas rupturas, uma vez que, de acordo com Benjamin, “para o capitalismo, a religião não possui interesse moral e mais elevado, e sim um interesse prático, imediato, objetivo. Por isso a importância do mito e sua relação com o dinheiro e o poder”<sup>21</sup>. Qualquer tipo de relação de poder ou liberdade interessa ao capitalismo, e é ali que ele funda a sua “igreja”.

Esse “acordo ecumênico” – mais que isso, sincrético ao absoluto – da religião capitalismo com quaisquer tendências doutrinárias dispostas a aumentar seu poder político/econômico, se explica pelo fato de que “o capitalismo é uma religião puramente cultural e desprovida de dogma”<sup>22</sup>, ou seja, é uma religião que não se assume como tal, mas se utiliza de todas as formas tradicionais – liberais ou não – de manutenção de micro e macro poderes. É por isso que Foucault expressa que os “os procedimentos de poder colocados em prática nas sociedades modernas são bem mais numerosos, diversos e ricos”, pois, além de criar novas formas de dominação e de acesso a informações, o capitalismo não abriu mão das velhas estruturas de diferenciação. A religião capitalismo não se importa em firmar até mesmo no Estado e nos movimentos não-hegemônicos as suas práticas “disciplinares”, aproximando-se, conforme ensina Foucault, da ideia (estética) de Panóptico:

A monarquia administrativa de Luis XIV e Luis XV, tão fortemente centralizada, foi certamente um primeiro modelo. Foi na França de Luís XV que se inventou a polícia. Não tenho de forma alguma a intenção de diminuir a importância e a eficácia do poder de Estado. Creio simplesmente que de tanto se insistir em seu papel, e em seu papel exclusivo, corre-se o risco de não dar conta de todos os mecanismos e efeitos de poder que não passam diretamente pelo aparelho de Estado, que muitas vezes o sustentam, o reproduzem, elevam sua eficácia ao máximo. A sociedade soviética é um exemplo de aparelho de Estado que mudou de mãos e que mantém as hierarquias sociais, a vida familiar, a sexualidade, o corpo quase como eram em uma sociedade de tipo capitalista<sup>23</sup>.

21. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., ps. 24-25.

22. Idem., p. 24.

23. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, Introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979., p. 92.

Nesse sentido, é possível concluir que o capitalismo é uma religião que não toma para si um sentido de exclusividade, podendo facilmente conviver com tradições que não lhe são diretamente pertinentes (liberais). Sendo assim, o capitalismo é uma religião que facilmente se adapta às culturas e às nações, não exigindo nada além do que sua consagração, seja num país europeu, onde há liberdade estética e igualdade em direitos, seja num país islâmico, onde há repressão e diferença de gêneros. Assim sendo, é possível dizer que, assim como um presidente eleito de forma direta por seu povo conforme as regras ocidentais (mesmo se dizendo ateu), também um sheik árabe (de religião muçulmana), com suas riquezas em petróleo e poder absoluto e irrestrito, adoram ao mesmo deus e compartilham da mesma fé: a fé no capitalismo.

É importante parafrasear que a perda de espaço das religiões tradicionais para o capitalismo tem início no Iluminismo, quando a religião institucionalizada, para que possa sobreviver, paga um preço extremamente caro: a privatização. Porém, conforme visto no parágrafo acima, “a separação entre o poder espiritual da Igreja e o poder temporal do Estado assumiu diferentes formas em diferentes países, religiões do mundo e períodos históricos”<sup>24</sup>. Em dados gerais, a religião, na modernidade, foi banida do sistema político e ficou como uma ligação pré-moderna na vida das pessoas, e é justamente essa ligação entre as duas esferas que as religiões radicais utilizam, na atualidade, para reclamar a esfera pública e buscar o controle das hierarquias políticas e sociais. Por isso que, “capitalizado na crise de legitimidade do Estado e na sua conseqüente crise dos valores republicanos, as teologias políticas conservadoras são simultaneamente a causa e a conseqüência da crise do projeto histórico da secularização”<sup>25</sup>.

As tendências de tomada do poder por parte das religiões (viés político/religioso), mesmo não sendo da natureza hegemônica do capitalismo (que tem por base a concepção ocidental de liberdade religiosa), na maioria das vezes não representam nenhum tipo de risco para a continuidade do culto capitalista. Mais do que isso, por vezes acabam exercendo o papel de justificação e fundamentação a esse status. São os casos dos Estados teocráticos, países com religião oficial e dos países livres em que existem movimentos fundamentalistas que agem sob o manto da laicidade. Nas palavras de Boaventura,

Uma atuação social que proponha a substituição do Estado secular

24. SANTOS, Boaventura de Sousa. Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos. Op. cit., p. 92.

25. Idem., p. 96.

pelo Estado religioso seguindo uma só religião não faz hoje certamente parte das estruturas hegemônicas de dominação e dos seus entendimentos liberais ou neoliberais, mas nem por isso é contra-hegemônico no sentido aqui entendido, uma vez que o seu propósito é substituir um determinado padrão de relações desiguais de poder por outro (eventualmente mais autoritário e injusto) e não lutar por relações de autoridade partilhada tanto numa perspectiva secular como numa perspectiva religiosa. Do mesmo modo, as teologias políticas que rejeitam a distinção entre a esfera pública e a privada e atribuem a uma determinada religião o monopólio da organização da vida social e política podem ser consideradas não hegemônicas, mas não contra-hegemônicas, no sentido aqui proposto, porque em lugar de confrontarem o capitalismo, o colonialismo e o sexismo, lhes atribuem frequentemente uma justificação divina<sup>26</sup>.

Sendo assim, se vê que o capitalismo é uma religião perfeitamente cultuável em diferentes regimes políticos e culturais, tendo um poderio material e simbólico à sua disposição. Isso acontece porque o capitalismo é uma religião desprovida de dogma<sup>27</sup>, onde a liberdade é princípio fundamental, mas não necessariamente absoluto, onde as preocupações são a doença do espírito de sua época, em que as “situações sem saída” (pobreza, vadiagem, mendicância...) são extremamente culpabilizadoras, são “maldições”, numa religião onde as preocupações não mostram saída pelo viés comunitário e, ao mesmo tempo, onde a culpa atinge diretamente os indivíduos<sup>28</sup>.

Agamben conceitua de maneira muito interessante a ideia de culpa proposta por Benjamin. Para o autor italiano, o capitalismo impõe de forma natural esse sentimento “porque tende com todas as suas forças não para a redenção, mas para a culpa, não para a esperança, mas para o desespero”<sup>29</sup>. É por isso que ele abraça toda e qualquer identidade, incorporando todas as tradições estéticas e as naturalizando no mundo atual. Sobre esse fenômeno, o autor expressa que

onde o sacrifício marcava a passagem do profano ao sagrado e do sagrado ao profano está agora um único, multiforme e incessante processo de separação, que investe toda coisa, todo lugar, toda atividade humana para dividi-la por si mesma e é totalmente indiferente à cisão sagrado/profano,

26. Idem., ps. 32-33.

27. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 23.

28. Idem., p. 34.

29. AGAMBEN, Giorgio. Profanações. Op. cit., P. 70.

divino/humano. Na sua forma extrema, a religião capitalista realiza a pura forma de separação, sem mais nada a separar. Uma profanação absoluta e sem resíduos coincide agora com uma consagração igualmente vazia e integral. E como, na mercadoria, a separação faz parte da própria forma do objeto, que se distingue em valor de uso e valor de troca e se transforma em fetiche inapreensível, assim agora tudo o que é feito, produzido e vivido – também o corpo humano, também a sexualidade, também a linguagem – acaba sendo dividido por si mesmo e deslocado para uma ideia separada que já não define nenhuma visão substancial e na qual todo uso se torna duramente impossível. Esta esfera é o consumo.<sup>30</sup>

Walter Benjamin, identificando e conceituando esse novo movimento “teológico”, dispõe o que considera como os principais traços da religião capitalista. Segundo o autor, a primeira característica reside no fato de que “o capitalismo é uma religião puramente cultural, talvez até a mais extremada que já existiu”<sup>31</sup>. Uma vez que não existe uma preocupação fática com relação a dogmáticas ou teologias, todos os significados são construídos exclusivamente através do culto. Não é mais possível identificar o que é sagrado e o que é profano, pois todo vazio é uma consagração a essa religião. Não existem ideias a serem vividas ou ensinadas, a não ser o mero “viver pelo/para o sistema”, “correndo atrás da máquina”, aceitando uma disputa intrínseca à mera vida.

E é nisso que reside a segunda característica dessa religião. Nas palavras de Benjamin, “o capitalismo é a celebração de um culto sem trégua e sem piedade”<sup>32</sup>, onde não existem dias normais. Todos prestam culto o tempo inteiro, um culto sem duração, de forma permanente, consciente ou não. Há uma preocupação exagerada com as formas, com a maneira de vestir e portar, porque ‘todos estão olhando’ e sendo olhados ao mesmo tempo, é por isso que “não é possível distinguir entre dias de festa e dias de trabalho, mas há um único e ininterrupto dia de festa, em que o trabalho coincide com a celebração do culto”<sup>33</sup>. O ambiente de trabalho, as ruas das cidades, as instituições de ensino, os órgãos de Estado, os lugares de lazer, são todos ambientes de culto contínuo, e “não há dia que não seja festivo no terrível sentido da ostentação de toda a pompa sacral, do empenho extremo do adorador”<sup>34</sup>.

A terceira marca desse sistema religioso está no fato de que o culto ao capitalismo não se trata de um culto expiatório, como todos os outros, mas

30. Idem., p. 71.

31. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 21.

32. Idem., p. 21-22.

33. AGAMBEN, Giorgio. Profanações. Tradução: Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007., p. 70.

34. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 22.

se trata de um culto culpabilizador. Ele se desenha como um movimento monstruoso, que constrói a culpa e busca martela-la na consciência de todos, mesmo que para isso envolva “o próprio Deus nessa culpa, para que ele se interesse pela expiação”<sup>35</sup>. A religião capitalista abre mão de qualquer premissa moral, não se atém em formas de melhorar o homem e seu convívio com o outro e o mundo, ela está desinteressada com qualquer utopia. No capitalismo, “a religião não é mais reforma do ser, mas seu esfacelamento”<sup>36</sup>. Nas palavras de Agamben, de forma marcante, “o capitalismo como religião não tem em vista a transformação do mundo, mas a destruição do mesmo”<sup>37</sup>.

O homem que passa a orbitar em torno de si mesmo, cumprindo conscientemente a religião capitalista, é o que Benjamin chama de super-humano<sup>38</sup>, que sequer precisa passar por uma ‘conversão’. Esse culto a si mesmo se dá especialmente pelo consumo e pela moda. Svendsen, ao tratar de ambos, aborda o conceito de “tragédia da cultura”, criado por Simmel, expressando o seguinte:

O que é criado por sujeitos e para sujeitos transforma-se em objetos que se dissociam de sua origem e passam a seguir uma lógica própria. A cultura moderna é um resultado inevitável do desenvolvimento da cultura, em que mercadorias, conhecimento e tecnologia passam a predominar sobre a humanidade. [...] o homem é suplantado por um espírito objetivo que ele mesmo criou. Uma reação a isto é que os indivíduos tentam se afirmar como algo especial. Os indivíduos “são cada vez mais compostos de conteúdo impessoal e ofertas que buscam suplantam as entonações e características pessoais – de modo que, se a vida desejar agora preservar o que tem de mais pessoal, precisa fazer um esforço supremo no sentido de se tornar distinta e especial”. O paradoxal é que tentamos fazer isso consumindo objetos com um valor simbólico particular. Procuramos nossa identidade no que nos cerca no presente, nos valores simbólicos que nos são acessíveis. Como um último recurso, sem nada de coletivo a que recorrer, vamos em busca de grandes marcas na tentativa de nos individualizar. Por mais contraditório que seja, buscamos entidades extremamente abstratas e impessoais para mostrar quem somos como indivíduos únicos<sup>39</sup>.

35. Idem., p. 22.

36. Idem., p. 22.

37. AGAMBEN, Giorgio. Profanações. Op. cit., p. 70.

38. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 23.

39. SVENDSEN, Lars. Moda: uma filosofia. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro:

Poderíamos, nessa linha, dizer que o sujeito pós-moderno, no capitalismo como religião, se aproxima muito do que Agamben chama de ‘espectro’. Isso porque um espectro é feito “de signos, ou melhor, mais precisamente de marcas, isto é desses signos, nomes cifrados ou monogramas que o tempo risca sobre as coisas. Um espectro traz sempre consigo uma data, e é, assim, um ser intimamente histórico”. Esse espectro é puramente o resultado de seu tempo, e sua data se confunde à validade (moda) dos materiais de suas vestes e objetos (pra não dizer que seja ainda anterior a esta), mais que isso, é um morto que vaga nas ruas das cidades<sup>40</sup>.

A quarta característica do capitalismo como religião reside na constatação de que o Deus do capitalismo precisa ser ocultado, somente podendo ser invocado no auge de sua culpa. No capitalismo, ninguém expressa sua adoração a esse ‘ser/ente sagrado’, as pessoas apenas a cultuam, especialmente pelo consumo, pela preocupação com a propriedade, porque “o culto é celebrado diante de uma divindade imatura; toda representação dela e toda ideia sobre ela viola o mistério da sua madureza”<sup>41</sup>. Agamben, desmistificando, expõe que

Nas coisas que são objetos de consumo [...], como o alimento, as roupas, etc., não pode haver um uso diferente daquele da propriedade, porque o mesmo se define integralmente no ato do seu consumo, ou seja, da sua destruição. O consumo que destrói necessariamente a coisa, não é senão a impossibilidade ou a negação do uso, que pressupõe que a substância da coisa permaneça intacta. Não só isso: um simples uso de fato, distinto da propriedade, não existe naturalmente, não é, de modo algum, algo que se possa “ter”. “O próprio ato do uso não existe naturalmente nem antes de o exercer, nem durante o tempo que se exerce, nem sequer depois de tê-lo exercido. O consumo, mesmo no ato do seu exercício, sempre é já passado ou futuro e, como tal, não se pode dizer que exista naturalmente, mas apenas na memória ou na expectativa. Portanto, ele não pode ter sido a não ser no instante do seu desaparecimento”<sup>42</sup>.

O autor aponta que a infelicidade presente na sociedade dos consumidores em massa não reside apenas no fato de as pessoas incorporarem a não-usabilidade dos objetos que compram, mas especialmente “porque

Zahar, 2010., p. 83-84.

40. AGAMBEN, Giorgio. Nudex. Tradução: Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’água Editores, 2010., p. 52-53.

41. BENJAMIN, Walter. O capitalismo como religião. Op. cit., p. 22.

42. AGAMBEN, Giorgio. Profanações. Op. cit., p. 72.

acreditam que exercem o seu direito de propriedade sobre os mesmos”<sup>43</sup>, o que os torna incapazes de profaná-los. Como saída, Agamben propõe que é necessário haver um movimento no sentido de profanar o que é posto como sagrado na nova religião, não simplesmente abolindo e cancelando as separações (entre propriedade e posse), mas aprendendo a utilizá-las de nova maneira, ‘brincando com elas’. Em outras palavras, ‘usando do mundo’, desimportando-se com os aspectos da materialidade, do ter, da compra.

A saída não seria abrir mão dos objetos de consumo, mas encará-los de forma mais livre, utilizando-os para o fim humano, abdicando de uma prática meramente hedonista e ostentatória. Como comparação, Agamben rebusca a ideia de sociedade sem classes, que, segundo ele, não se trata de “uma sociedade que aboliu e perdeu toda memória das diferenças de classes, mas uma sociedade que soube desativar seus dispositivos, a fim de tornar possível um novo uso, para transformá-las em meios puros”<sup>44</sup>.

Num diálogo com Bauman, seria possível elencarmos uma quinta característica do capitalismo como religião: da mesma forma que todas as outras religiões dogmáticas, o capitalismo também se utiliza do medo para ampliar seu campo e introduzir mais ‘fiéis’ ao seu culto. Porém, nesse caso não se trata de um medo relacionado ao que advém com a morte, mas um ‘medo de vida’, e que aparece com as mais diversas características e formas, medos que são diferentes entre si e que alimentando uns aos outros. Nesse contexto, os templos dessa religião capitalista, o que Bauman chama de “templos do consumo”, ao se referir aos shoppings centers, são ambientes “bem supervisionado[s], apropriadamente vigiado[s] e guardado[s], [são] uma ilha de ordem, livre de mendigos, desocupados, assaltantes e traficantes”<sup>45</sup>, ou seja, não são lugares onde há socialização, mas há uma confluência de interesses privados, que configuram um culto contínuo e inexplicável. Nas palavras do sociólogo,

A combinação desses medos cria um estado na mente e nos sentimentos que só pode ser descrito como ambiente de insegurança. Nós nos sentimos inseguros, ameaçados, e não sabemos exatamente de onde vem esta ansiedade nem como proceder. Os medos não têm raiz. Essa característica líquida do medo faz com que ele seja explorado política e comercialmente. Os políticos e os vendedores de bens de consumo acabam transformando esse aspecto em

43. Idem., p. 72-73.

44. Idem., p. 75.

45. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2008., p. 87.

um mercado lucrativo. O comum é tentar reagir, fazer alguma coisa, buscar desvendar as causas da ansiedade e lutar contra as ameaças invisíveis. Isso é conveniente do ponto de vista político ou comercial. Tal atitude não vai curar a ansiedade, mas alimentar essa indústria do medo. Adquirir bens para obter segurança só alivia uma parte da tensão e mesmo assim, por um breve tempo. Para os governos e o mercado, é interessante manter acesos esses medos e, se possível, até estimular o aumento da insegurança. Como a fonte das ansiedades parece distante e indefinida, é como se dependêssemos dos especialistas, das pessoas que entendem do assunto, para mostrar onde estão as causas do sofrimento e como lutar contra ele. Não temos como testar a verdade que nos contam. Só nos resta então acreditar no que dizem<sup>46</sup>.

Assim, os detentores do poder agem como verdadeiros sacerdotes da religião capitalista, disseminando “mistérios” e reafirmando a crença de que a submissão ao seu pastorado é segura e pacífica, livre de medos ou preocupações. Não há interesse na verdade, na libertação, na desmistificação, pelo contrário, se preza pela ignorância, pelo desconhecimento, pela perda da identidade e da individualidade (em detrimento da subjugação), pela completa escuridão e obediência.

O que chama a atenção é o fato de que muitas vezes os próprios agentes do Estado acabam incorporando essa postura, sendo mensageiros de um status quo ‘sagrado’, reafirmando a salvação plena existente na religião capitalismo e disseminando a naturalização das desigualdades por meio do discurso (linguagens, estética, vestuário...), num processo que dá a entender que as sociedades ocidentais, ‘acordaram de um sonho secularista’. De outro lado, é possível entender esse processo como resultado de uma cada vez maior dificuldade de a religião tradicional definir seu espaço no mundo, pois não vê mais contentamento na estabilização de opressões e medos do espaço privado.

No caso do poder público, essa mistura entre o secular e o sagrado acontece porque, de acordo com a teoria de Carl Schmitt, “todos os conceitos do poder do Estado eram versões secularizadas de conceitos teológicos”<sup>47</sup>, os quais foram readaptados ‘de forma definitiva’ a partir do Tratado de Westphália, em 1648, com o fim das guerras religiosas (Guerra dos 30 anos), em que há de forma oficial a transferência da religião para o espaço privado. Nesse

46. BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Op.cit., p 29.

47. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez Editora, 2013., p. 93.

sentido, Marramao explica que,

para o Iluminismo, a religião foi considerada um anacronismo, sendo a sua remissão para o espaço privado entendida como uma fase de transição para o seu total desaparecimento, por outro lado, o poder do Estado moderno constituiu-se através de um complexo jogo de espelhos com o poder sagrado da Igreja, assumindo muitas de suas características sacramentais e rituais<sup>48</sup>.

Além disso, é importante lembrar que tanto a religião como a ideia de secularismo – ambas cada vez mais evidentes no capitalismo – fizeram parte de um mesmo ‘pacote colonial’, sendo métodos de “imposição da monocultura do conhecimento científico ocidental, através do qual tanto epistemicídio (supressão de conhecimentos indígenas, locais, camponeses e outros conhecimentos rivais não ocidentais) foi cometido”<sup>49</sup>.

Por fim, é inevitável, a partir das reflexões de Boaventura, destacar o século XX, enquanto período de maior fortalecimento da religião capitalista, como um século extremamente anti-humanista, muito embora tenha exercido uma “crítica progressista ao humanismo abstrato iluminista, o qual contribuiu para trivializar e silenciar tanta degradação humana causada pela dominação capitalista e por outras formas de dominação coniventes com ela, como sejam o sexismo e o racismo”<sup>50</sup>.

Contudo, para além disso, o autor destaca como fonte central de anti-humanismo no século XX (como resquícios cada vez mais fortalecidos no século XXI) o que chama de “morte de Deus”, demonstrando o quanto a modernidade tornou Deus supérfluo, especialmente por conta do entendimento de que a capacidade humana é capaz de transformar todas as realidades. Nessa linha, Boaventura expressa, a partir das reflexões de Pascal, que as capacidades humanas também podem ser potencialmente destrutivas sem Deus, isso porque, segundo ele, “o pensamento de Deus é a forma mais elevada do pensamento humano”<sup>51</sup>.

Assim, invertendo a lógica positivista da modernidade, Boaventura questiona a própria representação de Nietzsche que encaminhou Deus do supérfluo à total inexistência nesse período, expressando que “ao contrário do projeto moderno, [...] a morte de Deus em Nietzsche, em vez de significar

48. MARRAMAIO, Giacomo. Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione. Roma: Bari, 1994., p. 23.

49. SANTOS, Boaventura de Sousa. Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos. Op. cit., p. 93.

50. Idem., p. 105.

51. Idem., ps. 105-106.

o triunfo final dos seres humanos, representa a sua decadência final”<sup>52</sup>, isso porque a desconstrução da ideia de Deus – enquanto artifício (mais sublime da) moral – pode ser vista como uma desconexão do humano com o conceito mais complexo de bem e plenitude, expresso pela capacidade do homem em criar significados.

Sendo assim, a profanação do que se considera improfanável é vista por Agamben como “a tarefa política da geração que vem”<sup>53</sup>, e é onde reside a importância de retirar de todos os dispositivos “a possibilidade de uso que os mesmos capturaram”<sup>54</sup>. Estando o improfanável baseado “no aprisionamento e na distração de uma intenção autenticamente profanatória”<sup>55</sup>, quem sabe a profanação à religião capitalista reside na própria ressignificação do homem e de Deus.

### III. CONCLUSÃO

O presente artigo, que faz parte de um conjunto de outros escritos, não é um trabalho terminado e nem com plenas conclusões. Contudo, é importante destacar que, conforme as leituras desenvolvidas, o capitalismo, enquanto um sistema de significados de dominação, demonstra na atualidade as mesmas características que as religiões, ocupando ou coabitando seus espaços. De acordo com os autores estudados, o capitalismo se utiliza das diversas esferas de poderes tradicionais para, assim, ampliar seu espaço de culto, não se importando com suas simbologias, tendo em vista que nenhuma delas lhe é ‘pagá’ e, para além dessa negação, servem de alguma maneira aos interesses relacionados à manutenção das diferenciações sociais e econômicas.

Sendo assim, especialmente diante da crise de significados da pós-modernidade, em que até mesmo o Estado se vê com dificuldades em encontrar seu lugar, abrem-se caminhos para que o capitalismo, com seu vazio dogmático, ocupe os espaços comunitários, especialmente através de atributos estéticos, preferencialmente o consumo como se configura na atualidade, se utilizando de qualquer molde histórico (da religião, dos sujeitos, dos objetos...). Esse conjunto de fatores desiguais em termos locais, acaba se uniformizando ao redor de um valor global (no caso, o capitalismo), dando amparo ao culto do

52. Idem., ps. 105-106.

53. AGAMBEN, Giorgio. Profanações. Op. cit., p. 79.

54. Idem., p. 79.

55. Idem., p. 79.

capitalismo, especialmente pelo contingenciamento de demandas e desejos, além da monoculturalização.

Como forma de fugir da religião capitalista, cada vez mais forte e estruturada, arraigada nas estruturas pré-modernas, Agamben propõe a criação de novos significados para o uso do mundo, convidando para a transformação de conceitos como a arte, a estética, a fé, os ritos e a economia. Dessa maneira, incentiva a superação dessa situação por meio da ‘profanação’ ao que, segundo ele, se tornou ‘improfanável’, ou seja, dar novos significados aos conceitos do sagrado, especialmente no capitalismo, onde sua essência se limita (e se justifica) ao que se vê.

#### IV. REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Nudez**. Tradução: Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’água Editores, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução: Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2008
- BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. Tradução: Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.
- BÍBLIA ONLINE. **Bíblia**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/>>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- CALVINO, João. **As institutas: tratado da religião cristã**. Disponível em: <[http://www.protestantismo.com.br/institutas/joao\\_calvino\\_institutas1.pdf](http://www.protestantismo.com.br/institutas/joao_calvino_institutas1.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2017.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização, Introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979
- FRANCE. **Marianne**. Disponível em: <<http://www.elysee.fr/la-presidence/marianne/>>. Acesso em: 12 dez. 2017.
- MARRAMAO, Giacomo. Cielo e terra. **Genealogia dela secolarizzazione**. Roma: Bari, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez Editora, 2013.
- SVENDSEN, Lars. **Moda: uma filosofia**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- VELOSO, Caetano. **Vaca profana**. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/caetano-veloso/44789/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

## LA CRISIS DE LEGITIMIDAD EN LAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÁNEAS. PARTIDOS POLÍTICOS, MOVIMIENTOS SOCIALES Y CIUDADANÍA RESPONSABLE<sup>1</sup>

Alfonso de Julios-Campuzano<sup>2</sup>

### I. ¿EL TRIUNFO DE LA DEMOCRACIA?

Un análisis superficial de la historia reciente nos puede llevar a la conclusión de que el gran triunfador de nuestro tiempo es el sistema democrático como forma de organización política. Pero, desafortunadamente, no parece que esta conclusión sea del todo correcta. Cierto es que la democracia moderna -entendida como sistema de organización política que distribuye el poder entre la ciudadanía mediante formas representativas de gobierno- es hoy una realidad triunfante, generalmente extendida más allá del contexto geográfico en que vino a nacer. Pero podemos plantearnos si ese sistema de organización política responde efectivamente a las exigencias de articulación de formas esencialmente democráticas de organización social, esto es, si la democracia es, en nuestros días, un modelo de organización social que obedece a los postulados emancipatorios de libertad e igualdad reales, o si se trata tan sólo una forma de reparto de cuotas de poder entre élites dominantes. Ese es el diagnóstico de Habermas cuando, tras evidenciar la degradación de las democracias contemporáneas, asevera que *“La democracia ya no persigue el fin de racionalizar el poder social mediante la participación de los ciudadanos en procesos discursivos de formación de la voluntad; más bien tiene que posibilitar compromisos entre las élites dominantes”*<sup>3</sup>. A lo largo de este trabajo

1. Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación de Excelencia, del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, “Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global” (DER2016-76392-P).
2. Catedrático de Filosofía del Derecho da Universidad de Sevilla.
3. Habermas, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p. 148. Para una aproximación al problema de las élites en la democracia moderna, a su caracterización, modos, símbolos y prácticas puede verse Lasswell, Harold, *Política: Quem ganha o que, quando, como*, Universidade de Brasília, Brasília, 1984; Para una aproximación a los antecedentes teóricos y a la realidad de los partidos en las democracias representativas, puede verse Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*,

intentaré mostrar que la democracia capitalista articulada en el sistema de partidos<sup>4</sup> puede experimentar dificultades para responder satisfactoriamente a las exigencias de legitimidad de un modelo auténticamente democrático de organización social. Nuestro análisis se dirigirá, pues, hacia la constatación de los problemas de legitimidad que la democracia representativa contemporánea genera para, a partir de ahí, intentar vislumbrar algún atisbo de esperanza que permita recuperar ese horizonte emancipatorio que el modelo democrático representa, desde la propuesta de formas alternativas de organización democrática que virtualicen los principios democráticos en la estructura social.

Partimos, para ello, de una idea que resulta consabida, los problemas de legitimidad de las democracias contemporáneas que llevaron a Habermas a referirse a un olvido de la idea de legitimidad en el horizonte político de nuestro tiempo<sup>5</sup>. En efecto, en las sociedades contemporáneas la idea de

Alianza, Madrid, 1987 y García Cotarelo, R., *Los partidos políticos*, Sistema, Madrid, 1985; Sobre la crisis de la democracia de partidos y del sistema representativo, puede verse, Porras Nadas, A.J. (ed.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Tecnos, Madrid, 1996, especialmente: Porras Nadas, A. J., y de Vega García, P., "Introducción: el debate sobre la crisis de representación política" (pp. 9-29), Franzé, J., "El discurso del malestar civil: la crisis de la política como crisis de lo político" (pp. 119-147), y Blanco Valdés, R. L., "Ley de Bronce, Partidos de Hojalata (crisis de los partidos y legitimidad democrática en la frontera del fin de siglo)" (pp. 191-229). De este mismo autor, cfr. también la obra, *Las conexiones políticas. Partidos, Estado, Sociedad*, Alianza, Madrid, 2001; Sobre la problemática específica del sistema de partidos en España y su régimen jurídico en relación con otros modelos organizativos de nuestro entorno jurídico-político, resulta muy esclarecedora la obra de Rebollo Delgado, L., *Partidos políticos y Democracia*, Dykinson, Madrid, 2007. Para una aproximación a los problemas de la democracia representativa en nuestras sociedades, resulta muy esclarecedora la pluralidad de perspectivas, temáticas y enfoque metodológicos que se desprenden de Garrido Gómez, M.I., y Ruiz Ruiz, R. (eds), *Democracia, Gobernanza y Participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Sobre la crisis de la representación y los problemas de la participación política en las democracias contemporáneas, con especial referencia a nuestro contexto, cfr. la coletánea dirigida por Morán Martín, R. (ed.), *Participación y Exclusión Política. Causas, mecanismos y consecuencias*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2018.

4. Aunque son muchas y variadas las definiciones que se han proporcionado del partido político como fenómeno, nos parece muy sugerente la definición proporcionada por Max Weber en *The theory of social and economic organization*, The Free Press, New York, 1947, p.407 (cit. por Charlot, *Los Partidos Políticos*, Redondo, Barcelona, 1972, p.47): "El término "partido" será empleado para designar las relaciones sociales de tipo asociativo, una pertenencia fundada en un reclutamiento de forma libre. Su objeto es asegurar el poder a sus dirigentes en el seno del grupo institucionalizado, a fin de realizar un ideal, o de obtener ventajas materiales para sus militantes". Otro acercamiento conceptualizador que consideramos interesante se puede encontrar en Lapalombara, Joseph y Weiner, Myron, *The Origin and Development of Political Parties*, en Lapalombara, Weiner, *Political Parties and Political Development*, Princeton U.P., Princeton, 1966, p. 6. Según estos autores el partido se caracterizaría por una organización durable, entendiéndose por tal una organización cuya esperanza de vida política sea superior a la de sus dirigentes en el poder; en segundo lugar, esa organización debe ser bien establecida, manteniendo una estructura no sólo a nivel local sino también a nivel más amplio desde el punto de vista geográfico; el tercer elemento sería la voluntad deliberada de los dirigentes nacionales y locales de la organización de llegar al poder y ejercerlo y, por último, la preocupación por el logro de un apoyo popular, generalmente a través de las elecciones. Según estas características, los autores añaden que los pequeños grupos oligárquicos que ostentan el nombre de partidos en determinados países latinoamericanos, africanos o asiáticos, están más próximos de las facciones de notables de la República romana que de los partidos políticos de las democracias modernas (cit. por Charlot, Jean, Op. cit., pp.7-9). Y desde el punto de vista funcional resulta de obligada referencia la definición de Raymond Aron en *Introduction à l'étude des partis politiques* en Association française de science politique, Paris, F.N.S.P., 1949, p. 11, (cit. por Charlot, J., op. cit., p.50): "La organización regular o duradera (o el grupo regular o duradero) de un cierto número de individuos de cara al ejercicio del poder, es decir, bien de la conquista, bien de la conservación del poder".
5. cit. por Pérez Luño, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1990,

soberanía popular viene siendo desplazada del ámbito político en beneficio de una legitimación técnica<sup>6</sup> por razón de la eficacia de las decisiones, que son absorbidas por el ordenamiento jurídico en función de un análisis estrictamente instrumental de la repercusión de las medidas en la productividad del sistema capitalista<sup>7</sup>. El problema de la legitimidad se muestra así como una de las características de nuestro tiempo, pues, como bien describe Faria, en la medida en que el pluralismo procura compatibilizar las crecientes exigencias sociales, políticas y económicas de las sociedades modernas, las decisiones no atienden a las necesidades del Estado contemporáneo, cuya eficiencia presupone rapidez y flexibilidad en el proceso decisorio. Esto nos revela que todo proceso decisorio ocurre en un espacio social concreto en el que actúan elementos materiales, individuales, actitudes, grupos, clases, sindicatos, influencias y presiones<sup>8</sup>.

La pérdida de valor legitimador del principio de soberanía popular en el horizonte de nuestro tiempo ha vaciado de contenidos materiales las exigencias del Estado moderno en aras de una ficticia invocación de la eficacia que, en el peor de los casos, termina por hacer abdicar al Estado de su misión emancipatoria mediante la inanición de las demandas sociales. Esa fractura entre la clase dirigente y la sociedad tiene también una consecuencia en la dinámica legitimadora del Estado desde el punto de vista de la ciudadanía: ya no importa tanto quien gobierne, ni de qué manera lo haga, sino qué resultados se consigan, es decir, se constata un desplazamiento del valor de la ideología en beneficio también de la eficacia, contemplada desde el punto de vista individual de los intereses particulares y cuantificada únicamente desde la perspectiva mercantil del bienestar personal. Se consuma así la supeditación de los intereses públicos a los ya consagrados apetitos privados. De este modo, la soberanía popular queda vaciada: desde el poder porque las exigencias materiales han sido desplazadas por la eficacia -que no es más que una coartada

p.198.

6. Sobre la problemática de la tecnocracia en las sociedades democráticas de nuestro tiempo puede consultarse el volumen colectivo *Tecnocracia e ideologia*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1975. Especialmente interesantes dentro de esta obra resultan los trabajos de Claus Offe (*O dilema da tecnocracia*, pp. 70-84) y de Hans Lenk (*Tecnocracia e tecnologia: Notas sobre uma discussão ideológica*, pp.121-144).
7. Sobre este mismo particular Warat pone de manifiesto que el sistema capitalista necesita de una forma de gobernabilidad sin política, de una simbología meramente retórica de la democracia en la que queden excluidas -por absorbidas pero irresueltas- las demandas sociales. En otras palabras, entiende el autor que la expansión internacional del modo de producción capitalista está intentando generar la convicción de que existe una incompatibilidad funcional -y en cuanto tal irresoluble- entre el desarrollo del capital y la radicalización de la democracia a través del ejercicio pleno del Estado de Derecho (Cfr. Warat. L.A., "La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable", Revista Brasileira de Filosofia, vol. XLII, abril-junho, 1995, pp. 142-168).
8. Vid. Faria, José Eduardo, *Poder e legitimidade*, Perspectiva, São Paulo, 1978. especialmente pp. 105-114.



de quienes intentan preservar situaciones de dominio-, desde la ciudadanía, porque ya no importa que el poder se ejerza legítima -es decir, fundado no sólo en el consentimiento, sino de acuerdo con los valores colectivamente asumidos por la sociedad- y democráticamente -de acuerdo con las exigencias de participación real de los ciudadanos que el principio democrático impone-, sino que también aquí el punto de vista imperante es el de la eficacia, de una eficacia interpretada en clave individual, que rechaza la afirmación de valores colectivos y otorga carta de naturaleza a las apetencias y deseos privados de los individuos. El individualismo irrumpe así en el espacio público: es el individualismo del bienestar, que disuelve los vínculos de solidaridad social y amenaza con convertir lo político en simulacro.

La eficacia es el nuevo valor de lo público ahora revalorizado y ensalzado desde el confinamiento en lo privado: la ciudadanía otorga su aquiescencia a quien es eficaz en el gobierno, y esa eficacia se mide por la constatación de la salud del mercado; si éste funciona, si los intercambios se multiplican y el dinero circula, la gestión habrá de recibir un *placet* colectivo de los consumidores ciudadanos. De este modo, el Estado se subordina a la lógica mercantilista de la eficacia y lo público termina por constituir un subsistema que se autocontrola y reproduce, un subsistema dependiente de la economía a la que se subordina, pero sin someterse a sus designios: el mercado no gobierna, ni dirige, ni absorbe el espacio político, pero sí crea una alianza peligrosa entre él y el Estado que hace temer por la participación democrática de la ciudadanía. La estrategia de vaciamiento se consume y las distancias entre ciudadanía y gobernantes se multiplican. El problema central de la democracia en nuestros días consiste, como ha señalado Innerarity, en que lo se convierta en algo superfluo y que acabe, a la postre, sometido a otras lógicas ajenas al propio discurso política, sea el discurso del mercado, sea el de los medios de comunicación, cuya voracidad expansiva les induce continuamente a fagocitar el espacio político<sup>9</sup>.

Para Touraine, el mundo moderno sólo puede ser recompuesto desde el sujeto como punto de conciliación entre las tendencias centrifugas de la modernidad. La racionalidad instrumental y las identidades culturales pueden actuar en un mismo sentido. La tarea de la democracia consistirá en hacer posible la unidad y la diversidad, la universalidad y el particularismo; la democracia como liberación exige recuperar la conciencia de ciudadanía y fomentar los cauces de participación, algo que está ausente en las democracias contemporáneas, bien

9. *La política en tiempos de indignación*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015, p. 21.

por el debilitamiento de la ciudadanía y del compromiso activo con la participación, bien como consecuencia de las dinámicas de exclusión que generan nuestras sociedades. El Estado no es el producto de la organización democrática, sino que crea todo un entramado de relaciones que constituye un sistema propio y autónomo. La ciudadanía conserva, eso sí, una posición última en el proceso de legitimación, pero esta legitimación no es sino la corroboración de un *status* desvaído de democracia sobre el que el sistema político descansa sus monolíticas e inmóviles estructuras y asienta su propia estrategia de poder que, sobre la eficacia, oculta la realidad más repudiable de la exclusión, ya sea por razones étnicas, políticas, económicas o culturales<sup>10</sup>.

Se produce así una instrumentalización del poder en interés de la clase dirigente que utiliza la estructura del Estado como medio para sus fines particulares y que tiene sus más sólidos cimientos en el despoblamiento del espacio público, en el desinterés de la ciudadanía y en la manipulación de la democracia como forma de dominio de los intereses de los más poderosos. La seducción del consumo, de los pequeños placeres, alimenta este narcisismo del individuo que se aísla para vivir en la inmediatez del goce y el placer. El individualismo del bienestar como firme aliado de la deserción y abandono del espacio público. La democracia en manos del mercado -sucias manos que manosean los valores más elevados con la misma rutina con la que cuenta las monedas de su ganancia- y el Estado convertido en escudero de la competitividad y de la libertad económica -curiosas expresiones que no hacen sino ocultar el debilitamiento de las estructuras democráticas que ceden terreno en beneficio de los oscuros intereses de empresas y multinacionales-. Se consume, así, el tránsito desde el "cuerpo electoral" al "mercado político"<sup>11</sup>.

Toda referencia emancipatoria queda así borrada del discurso político que, a su vez, resulta ser mediatizado por la economía; los valores se desplazan ante la invocación del primado de la competitividad, de la libertad económica o de la eficacia, y la soberanía acaba por encarnar un principio de legitimación del poder establecido: el aval popular se asocia al poder mediante una dinámica de vaciamiento de los contenidos democráticos que no resulta difícil de entender: faltar el Estado de estructuras democráticas, los contenidos emancipatorios han sido descartados por exigencias técnicas de eficacia, y la

10. El vaciamiento progresivo de los contenidos democráticos en la estructura estatal es abordado por Touraine, A., *¿Qué es la democracia?*, cit. En los cap. I y II (pp.19-80) se describe la situación de abdicación y de pérdida de la conciencia de ciudadanía (pp.22-23).

11. Innerarity, D., *La política en tiempos de indignación*, cit., p. 49.

soberanía opera en el reducido espacio político a través de elecciones periódicas como fundamento y legitimación de la estructura económica que penetra todos los demás ámbitos vitales.

La complejidad del Estado social, su volumen y extensión, hacen del aparato de poder un conjunto de estructuras autónomas que subsiste como sistema independiente de la sociedad y de los ciudadanos. El Estado no es ahora un instrumento de autoorganización, sino que, mediatizado por las relaciones de poder, cae de lleno en el terreno de las pugnas de grupos dominantes, de los tecnócratas, de la clase política y de la burocracia. Esta situación ha provocado una mutación funcional del Estado: ya no es un instrumento de liberación frente a las desigualdades y la arbitrariedad, sino que se erige en sistema independiente, se opone a la sociedad y reniega de una articulación auténticamente democrática de sus estructuras.

El Estado social ha dejado de ser el guardián de las libertades y de la igualdad para convertirse en la barricada donde el poder se atrinchera y resiste frente a los embates de la sociedad. Esta situación ha sido descrita por Habermas. El Estado es desbordado por el poder y termina revelándose la contradicción que el proyecto del Estado social lleva en su seno. Quiso ser un medio, un instrumento para la realización de un proyecto social de emancipación colectiva, y terminó por ser enajenado por la economía capitalista. El Estado quedó aprisionado entre las formas que venía a dominar ahora manifestadas con nuevos ropajes: el capitalismo transnacional, los oligopolios, la burocracia, los tecnócratas, la banca. No se sometió a otro poder, pero sí que repartió el poder y acabó por generar en su seno la contradicción entre los principios y la práctica: *“Hoy se ha vuelto visible la contradicción que el proyecto del Estado social como tal lleva en su seno. Su meta sustancial fue liberar formas de vida igualitariamente estructuradas que simultáneamente abriesen espacios para la autorrealización y la espontaneidad individuales; pero con la creación de nuevas formas de vida el medio ‘poder’ quedó desbordado. Tras haberse diferenciado como un subsistema funcional más, regido por el medio ‘poder’, el Estado ya no puede ser considerado como una instancia central de regulación o control, en que la sociedad concentrara sus capacidades de autoorganización. A los procesos de formación de opinión y voluntad colectivas en un espacio público general..., se enfrenta un subsistema -el subsistema político- que se ha vuelto autónomo, que rebasa con mucho el horizonte del mundo de la vida, que se cierra a toda perspectiva global y que por su parte sólo puede percibir ya la sociedad global desde*

*su propia perspectiva de subsistema”*<sup>12</sup>.

La constatación fáctica de esta realidad conlleva a la vez un reto para quienes practican y teorizan sobre la democracia. Se trata de una exigencia que requiere de respuestas urgentes si queremos recuperar ese horizonte emancipatorio que el modelo democrático encarna. Y esta democracia contemporánea descansa sobre una estructura de representación y articulación del poder que necesita ser analizada. El análisis del sistema de partidos es la clave para la comprensión del funcionamiento real de los sistemas democráticos, y también el punto de partida de cualquier propuesta superadora de las disfunciones que éste creó en el modelo de democracia representativa. Y para ello puede resultar un buen punto de partida la distinción de Georges Burdeau entre *“régimenes de poder cerrado”* que hacen de la institución estatal el instrumento de una idea de poder monolítica, inmutable y rebelde a cualquier ajuste con concepciones diferentes, y *“régimenes de poder abierto”* que son los que admiten que la idea de derecho se compone de representaciones evolutivas y, por tanto, importa que el poder que de ellos emane tenga una configuración flexible para que su acción pueda adaptarse a las fluctuaciones de la consciencia colectiva y para dar cabida en sus proyectos a todas las exigencias válidas formuladas por otras fuerzas políticas. . El único sistema compatible con las exigencias de una organización genuinamente democrática de la convivencia es el régimen de poder abierto que está comprometido con el pluralismo social y político, *conditio sine qua non* de la democracia. La concurrencia de una pluralidad de fuerzas -entiende Burdeau- anima la vida política y proporciona a la oposición la posibilidad de contestar el orden establecido<sup>13</sup>.

A partir de esta distinción, la relación entre el Estado y los partidos se muestra de una importancia decisiva para comprender la articulación interna del poder y su estructuración con el principio legitimador de la soberanía

12. La contradicción del Estado social se pone especialmente de manifiesto en la actualidad, en opinión de Habermas, en el distanciamiento que el Estado ha operado respecto de la sociedad; absorbido por el poder, ya no es un instrumento de autoorganización social, sino que se convierte en un subsistema independiente con una lógica propia. El Estado social se libera de los principios que lo hicieron nacer y reclama para sí el papel de actor principal de lo político (Vid. Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1989, p. 427).
13. Tomamos así la distinción que Georges Burdeau establece en su obra *El Estado*, Seminarios y Ediciones, Madrid, 1975, en la que dedica un apartado a las relaciones entre Estado y partidos políticos (Cfr. *El Estado y los partidos*, pp. 91-100). Para el tratadista francés, los conceptos de poder cerrado y poder abierto hacen emerger las relaciones del Estado con los partidos políticos. Y este tema, destaca el autor, es uno de aquellos cuya solución determina el estilo de las colectividades nacionales modernas. Burdeau establece así una distinción básica para la comprensión del funcionamiento del régimen de partidos en las democracias contemporáneas. Su tipificación de los distintos regimenes de partidos y su análisis de las relaciones con el Estado como estructura de poder de la comunidad son de gran valor para el análisis metódico de las manifestaciones contemporáneas.

popular. Comprender el sistema de partidos es la clave para la comprensión de la estructura de reparto de poder en nuestras sociedades y, en su caso, para la verificación de la adaptación de esa estructura a una ordenación auténticamente democrática<sup>14</sup>. Por eso, cualquier empeño teórico o práctico en la superación de las carencias de la democracia contemporánea pasa por un acercamiento a la realidad estructural de los partidos políticos; un análisis que necesita de perspectivas interdisciplinarias, tanto de la ciencia política, como de la sociología, como de la propia filosofía del derecho. Desde esa perspectiva, intentaré mostrar que en alguna medida asistimos en la actualidad a un sistema estático y fosilizado de representación a través de partidos que, con frecuencia, propicia situaciones de democracia puramente formal, y que, por tanto, esa distinción categorial entre sistemas abiertos y cerrados es, en nuestros días, bastante confusa, ya que, salvada la apariencia formal de la democracia en los regímenes constitucionales, el sistema de partidos ha generado prácticas que atentan profundamente contra los principios democráticos de igualdad, autogobierno y representación de la voluntad de los ciudadanos. El triunfo de la democracia es, así, una imprecación victoriosa de los saciados de poder que, llevados de un triunfalismo interesado, proclaman la derrota definitiva de los sistemas totalitarios y se apresuran a ocupar posiciones en la toma del poder por las minorías oligárquicas de los partidos políticos. Gran paradoja del sistema democrático que a todos nos afecta. A la postre, como ha advertido Sousa Santos, esta democracia cabizbaja y descreída, está reclamando una revigorización: es preciso democratizar la democracia, pues “la crisis de la democracia de baja intensidad en que nos encontramos sólo se resuelve con más democracia”<sup>15</sup>. Ello requiere la transformación en profundidad de los sistemas políticos, para hacer salir de su estancamiento a la democracia representativa, combinándola con otras fórmulas de democracia con las cuales puede y debe convivir<sup>16</sup>.

Si de verdad creemos en los contenidos emancipatorios de la democracia, nuestro compromiso deberá estar por la recomposición de una estructura social que garantice que el pluralismo social y político seguirá siendo el baluarte más inamovible de nuestros sistemas democráticos. Urge una articulación dinámica

14. Sobre el cometido de los partidos políticos en el Estado democrático y su régimen jurídico, cfr. Salvador Martínez, M., “Los partidos políticos como instrumentos de participación y su estatuto constitucional” en Morán Martín, R. (ed.), *Participación y Exclusión Política. Causas, mecanismos y consecuencias*, cit., pp. 329-353.

15. Sousa Santos, B., *La difícil democracia. Una mirada desde la periferia europea*, Akal, Madrid, 2016., p. 169.

16. Sousa Santos, B., *La difícil democracia. Una mirada desde la periferia europea*, cit., pp. 168-169.

de la legitimidad democrática. En ello, los movimientos sociales representan un factor nuevo que abre la vía para una renovación de las estructuras estáticas de legitimación de la democracia representativa, posibilitando la incorporación activa de la ciudadanía a nuevos espacios de lo público que redimensionan el valor de la participación como garantía y fundamento de la democracia.

## II. LA CRISIS DEL SISTEMA DE PARTIDOS

Con razón podría decirse que la democracia contemporánea padece de indolencia. Una enfermedad que anega el espíritu de las sociedades y que hace abdicar a la ciudadanía de las metas colectivas. Esta dolencia es generalizada en las sociedades de nuestros días. Y, sin embargo, no parece afectar gravemente a la estabilidad del sistema democrático. Quizás porque la democracia contemporánea no depende ya tanto de la participación efectiva de la ciudadanía cuanto de la estabilidad de las estructuras sobre las que se asienta. Por eso, aunque la participación popular en los comicios no alcance cuotas aceptables o aunque el nivel de legitimación de las decisiones políticas no sea precisamente alto, esto no parece afectar a la regularidad del funcionamiento democrático.

Lo que está ocurriendo en nuestras democracias es un fenómeno complejo que tiene causas diversas y que queda bien descrito por Luis Alberto Warat en su trabajo *La ciudadanía sin ciudadanos*. Convivimos hoy -dice el autor- con la figura triste y nebulosa de una ciudadanía que no quiere ser representada. Su ambición es escapar de lo político para asistir al espectáculo de la representación. Es una ciudadanía indiferente, incrédula y pasiva que se muestra indolente con la corrupción, el quebrantamiento de la legalidad y la búsqueda de la justicia. Vivimos en una situación creciente de abandono de la ciudadanía, de apatía política generalizada y de fagocitación del espacio público por un poder aún más ávido de poder, que expresan una situación de degeneración partitocrática, de crisis creciente del sistema de partidos que se alimenta de una gran paradoja: los partidos son vistos por la ciudadanía con suspicacia, recelo y desconfianza, pero todos están convencidos de que su mediación es imprescindible para vertebrar la comunidad política. Esto provoca un cinismo indiferente en la ciudadanía<sup>17</sup>. Pero existen, sin embargo,

17. Blanco Valdés, R., *Las conexiones políticas. Partidos, Estado, Sociedad*, cit., pp. 18-20. En esto coincide Linz, para quien los partidos políticos pueden ser necesarios, pero no son confiables (Cfr. Linz, J.J., “Conclusiones. Los partidos políticos en la política democrática: problemas y paradojas”, en Montero, J.R., Gunther, R. y Linz, J.J. (eds.), *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 281.

síntomas positivos, micro esfuerzos para restituir el sentido ético a la justicia y a la política. Por eso, existe en nuestros días un retorno al Estado de Derecho como método para salvar la racionalidad en las sociedades democráticas. Y ese Estado de Derecho es también una invitación a participar. Pero esos microesfuerzos no nos pueden ocultar una realidad desalentadora: pertenecemos a una ciudadanía que está lejos de los compromisos participativos y próxima al grado cero de energía política<sup>18</sup>.

Una sociedad perpleja ante la imagen de su propia decadencia que renuncia a cualquier posibilidad real de acción. El fenómeno no deja de ser inquietante. Habría que preguntarse, sin embargo, ¿por qué ha ocurrido esto? ¿Qué sucedió para que el espacio público quedara tan yermo, tan vacío? ¿Cuál es la causa de ese descreimiento y abdicación general de las responsabilidades públicas?

Podemos volver nuestra mirada al fenómeno individualista de las sociedades del bienestar: un individualismo narcisista que termina por recluir al individuo en los ámbitos más estrechos de su desarrollo personal: lo privado -familia y amigos- y la economía -la búsqueda incesante de los pequeños placeres materiales-. La sociedad democrática, el Estado del bienestar, ha engendrado un sentimiento en los ciudadanos que les impulsa a dejar de serlo. El individualismo ejerce una fuerza dispersiva sobre la sociedad y atrae a cada hombre al terreno de sus más ruines intereses. La apatía acaba apoderándose de los hombres y el desinterés por la construcción del espacio común invade su espíritu. El individualismo contemporáneo genera un sentimiento de contemplación ante los grandes problemas de la vida y acaba por sumir al individuo en una suerte de vago instinto de lucha por el bienestar que le lleva a abdicar de su condición de ciudadano<sup>19</sup>. Pero si este fenómeno viene ocurriendo es porque también hay algunos factores concurrentes que resultan alarmantes.

Habría que preguntarse si, en definitiva, no es el sistema representativo el que está en crisis. Es más, habría que inquirir si ese alejamiento del espacio público tiene también otras causas más concretas que con frecuencia no se

18. : "La gente siente que puede volver a participar luchando por su derecho a la participación. Aparece un sentimiento de que se puede participar políticamente, luchando para que la sociedad vuelva a ser política (en una forma de sociedad que amenaza con el fin de la política) éticamente regida por el "Estado de Derecho" y jurídicamente instituida en torno a reglas racionales". (Vid. Warat, L.A., "La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable", cit. La cita está extraída de la página 151).

19. Sobre esto, cfr. cap. I: "Las ambivalencias del individualismo" en mi obra *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho, Justicia* (Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000), en el que abordo lo que he denominado individualismo del bienestar por coincidencia lógica y cronológica con la forma política en cuyo seno esa nueva forma de individualismo se desarrolla: el Estado del bienestar.

apuntan porque resulta más fácil señalar al individualismo como fenómeno social genérico cuya responsabilidad es, por tanto, difusa.

Yo entiendo que sí, que efectivamente el desencantamiento de la ciudadanía tiene otras causas que a veces deliberadamente se ocultan, quizás porque su existencia pone en tela de juicio la propia estructura de las democracias contemporáneas, y hace emerger de inmediato la pregunta definitiva y recurrente sobre el futuro de la democracia. Pero hay algo más: personalmente estoy persuadido de que la democracia contemporánea ha terminado generando formas de irracionalismo que limitan el alcance del valor de la legitimidad, esto es, que hay prácticas sociales y principios de actuación que constituyen la piedra de toque de la aceptabilidad de las decisiones, con independencia de que éstas sean o no legítimas. En este sentido la tecnocracia puede llegar a ser un serio obstáculo a la plena realización de los contenidos democráticos. La complejidad de nuestras sociedades post-industrializadas ha hecho posible y necesario que toda decisión sea avalada por el dictamen de un comité de expertos que se pronuncian sobre la viabilidad de la propuesta. Pero esto entraña un riesgo en cuanto al vaciamiento del principio de soberanía popular y su progresiva subordinación al dictamen técnico de los expertos. Conciliar estos dos aspectos, el recurso a la tecnocracia y la vigencia efectiva del valor legitimador del principio de soberanía popular es uno de los grandes retos de nuestras democracias.<sup>20</sup>

En nuestros días, vivimos bajo el imperio de la eficacia que termina por agostar el horizonte de la legitimidad en la democracia contemporánea, y que es invocado con fruición por los grupos de intereses para hacer valer sus pretensiones<sup>21</sup>. En efecto, la toma progresiva de los mecanismos estatales por una élite de tecnócratas y expertos, junto con la globalización creciente de la economía mundial, ha creado una instancia superior de legitimación, excluida normalmente del control democrático, que determina la plausibilidad de las decisiones en función de un análisis técnico de eficacia en términos de productividad del sistema capitalista.

El primado de la eficacia termina por generar una especie de mito cuyo conocimiento sólo es dado a quienes, imbuidos de la autoridad que

20. Sobre este particular puede verse, Galvão de Sousa, José Pedro, *O Estado Tecnocrático*, Saraiva, Sao Paulo, 1973, especialmente capítulos IV y V, pp.83-143.

21. Sobre los grupos de interés y su incidencia en el proceso de decisión política puede verse Lindblom, Charles E., *O Processo de decisão política*, Universidade de Brasília, Brasília, 1981, concretamente el cap. 10, pp.75-84.

confiere el rango de experto, desvelan a la gran mayoría el sentido real de las decisiones. Pero ocurre además que esa invocación de la eficacia, con frecuencia, puede carecer de controles democráticos. Entonces, la eficacia termina por convertirse en un dogma cuasirreligioso, vacío de contenidos concretos y que, bajo la apariencia de una ficticia razón técnica, termina por convertirse en un obstáculo insalvable para las demandas sociales democráticamente legitimadas. Se produce entonces un desplazamiento de los contenidos ideológicos en el ámbito político. Los partidos se tornan aliados de esa razón técnica llamada “eficacia”, y esa fractura entre la clase dirigente y la sociedad tiene también consecuencias en la dinámica legitimadora desde el punto de vista de la ciudadanía. Mermadas de esta suerte las estructuras democráticas, los contenidos emancipatorios han sido descartados por exigencias técnicas de eficacia y la soberanía opera en el reducido espacio político a través de elecciones periódicas como fundamento y legitimación de la estructura económica a la que se supeditan todos los demás ámbitos vitales. La democracia de nuestros días termina así por convertirse, en palabras de Marcuse, en una pseudodemocracia<sup>22</sup>, de manera que cualquier intento de realizar plenamente la democracia deberá suponer la superación del irracionalismo del espectro de las democracias modernas.

El sistema representativo se revela en la compleja sociedad de nuestros días como el único realizable, pero al mismo tiempo su concreción práctica provoca un distanciamiento entre la ciudadanía y la clase dirigente que limita las posibilidades reales de la democracia. El fenómeno resulta complejo y tiene varias causas. Entre ellas podemos resaltar especialmente la fosilización de las estructuras.

Un clásico de la literatura sobre los partidos políticos reveló, hace ya años, algo que en nuestros días se vuelve evidente. Para Michels, uno de los acontecimientos más preocupantes de las modernas democracias es la ocupación progresiva de la cúpula dirigente de los partidos por una clase profesional que aparta a los militantes. Su conocimiento de las estrategias de comunicación y su dominio sobre las masas les hace adquirir una inmovilidad casi absoluta, y la centralización administrativa evita que las iniciativas de las bases puedan tener éxito. De esta manera, cualquier posibilidad de

22. “Dialéctica de la democracia: si la democracia significa autogobierno del pueblo libre, con justicia para todos, la realización de la democracia presupondría entonces la abolición de la pseudodemocracia existente. En la dinámica del capitalismo empresarial, la lucha por la democracia tiende así a asumir formas antidemocráticas” (Marcuse, Herbert, *Un ensayo sobre la liberación*, Joaquín Mortiz, México, 1975, p.70).

regeneración o de cambio está de antemano condenada. La democracia deja así de ejercerse en el interior de los partidos y éstos pasan de ser estructuras estables o coyunturales para la realización de fines colectivos, a ser fines en sí mismos que concentran las ambiciones de las minorías todopoderosas. Para Bobbio, el defecto de la democracia representativa comparada con la democracia directa consiste en la tendencia a la formación de estas pequeñas oligarquías que son los comités dirigentes de los partidos; tal defecto sólo puede ser corregido por la existencia de una pluralidad de oligarquías en concurrencia entre sí. Tanto mejor, por tanto, si esas pequeñas oligarquías, a través de una democratización de la sociedad civil y de la conquista de los centros de poder de la sociedad civil por parte de los individuos cada vez más participantes, se vuelven menos oligárquicas haciendo que el poder sea no sólo distribuido, sino también controlado<sup>23</sup>.

Pero, además de la oligarquía, hay que luchar también contra la burocracia, de manera que la fosilización de las estructuras hace que cualquier lucha por las ideas que surja dentro del partido se contemple como un obstáculo a la realización de sus fines, esto es, como un obstáculo que debe ser evitado por todos los medios posibles. De esta manera, la estructura oligárquica y burocrática de los partidos acaba por engendrar una tendencia perversa y contraria a la democracia con base en un egoísmo justificado. La acción de los miembros dirigentes del partido queda comprometida no por sus sentimientos ni por sus convicciones ideológicas, sino por un interés personal de millares de individuos cuya vida económica está indisolublemente ligada a la existencia del partido y que temen sólo con la idea de perder su empleo. Como consecuencia de ello, a medida que las estructuras se fosilizan y los integrantes del partido aspiran a la estabilidad dentro del sistema, el partido renuncia a las grandes realizaciones y se torna un partido profundamente conservador que, aun manteniendo una ideología revolucionaria, en la práctica no ejercerá otra función que la de una oposición conformista<sup>24</sup>.

23. Vid., Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, F.C.E., México, 1986, p.47.

24. Todos estos aspectos son tratados por Robert Michels en su obra *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu, Buenos Aires, 1996, 2 vols. En esta obra ya clásica del pensamiento y de la literatura sobre los partidos políticos, se contienen planteamientos de indudable actualidad. Especialmente interesante resulta la sexta parte en la que, a modo de síntesis, el autor se refiere a las tendencias oligárquicas de la organización (vol. 2, pp. 153-196): “Así, en lugar de ser un medio, la organización se ha transformado en un fin. En los últimos tiempos se atribuye más importancia a las instituciones y cualidades establecidas al principio sólo para lograr un buen funcionamiento de la maquinaria partidaria (la subordinación, la cooperación armónica de los miembros individuales, las relaciones jerárquicas, la discreción, la corrección de la conducta), que a la productividad de la maquinaria” (p. 160). La misma idea, en lo referente al carácter oligárquico de las democracias y a la creación de una clase política que se impone al país mediante un

La consecuencia definitiva de todo este fenómeno de concentración del poder en una oligarquía es la exclusión de las masas, la impotencia de quienes no pueden acceder a los mecanismos de control y de poder: “*Inmersos en la masa, los pobres son impotentes y se encuentran desarmados frente a sus líderes. Su inferioridad intelectual y cultural les hace imposible comprender qué es lo que el líder persigue, o apreciar por adelantado la importancia de sus actos*”<sup>25</sup>. Se genera así lo que Randolph Lucas denomina autocracia electiva que, aun poseyendo apariencia democrática, es profundamente antidemocrática, ya que la forma y el contenido de las decisiones son contrarios a la libertad y a la justicia. Este sistema evita toda participación, salvo el mecanismo del voto con ocasión de las elecciones, y no concede a los probables participantes opciones en el proceso decisorio. Las decisiones no son tomadas abiertamente, después de una discusión con los partidos afectados, sino de manera secreta por los funcionarios públicos que son responsables sólo ante el gobierno y que no tienen que someter los motivos de su actuación a votación pública. La autocracia electiva es, para el autor, una deformación del sistema de partidos en las democracias contemporáneas que anula los contenidos propiamente democráticos del sistema y mantiene las elecciones como forma de justificar la perpetuación de éste. La autocracia electiva atrofia la conciencia de ciudadanía. No genera oposición porque no comete grandes maldades. Es una garantía contra las revoluciones sangrientas y es eficaz para impedir que el gobierno ignore sistemáticamente la voluntad de los ciudadanos. Evita abusos peores pero no puede distinguir lo suficiente para tener en cuenta las necesidades de los individuos concretos. Es difícil decir lo que está errado porque no hay grandes errores, sino muchos pequeños que no son suficientes para llamar la atención pero que crean innumerables frustraciones e injusticias sobre los individuos. Existen pocas quejas específicas pero sí una aprehensión general, pocos escándalos, pero sí una sensación general de alienación<sup>26</sup>.

Este análisis sigue teniendo trazos de incuestionable actualidad. De él podemos tomar la caracterización de algunos fenómenos que aquejan a las democracias contemporáneas, especialmente su tratamiento de las oligarquías, la burocracia y las élites dominantes dentro de la democracia representativa,

proceso electoral de gobierno, es destacada por Aron, Raymond, *Estudios Políticos*, F.C.E., México, 1997, pp.309 ss. Para una crítica de exposición de Michels sobre la oligarquía puede verse Sartori, G., *Teoría Democrática*, Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1965, pp.135-140.

25. Michels, Robert, Op. cit., vol. 2, p.194.

26. Cfr. Lucas, Randolph, *Democracia e Participação*, Universidade de Brasília, Brasília, 1985, especialmente cap. IX, *Governo Representativo e Autocracia Eletiva*, pp. 139-159.

que termina por convertirse en un fin para la satisfacción de ambiciones personales, abandonando así su concepción instrumental originaria.

Siguiendo estos planteamientos, Claus Offe ha puesto de relieve que la organización estable de la participación política de las masas por medio de una organización burocrática a gran escala, tiene tres efectos principales, conducentes en cualquier caso, a la mercantilización de la política: la política aparece entonces como objeto de consumo de masas y el éxito consiste precisamente en la capacidad de ser elegido por el máximo número de consumidores-ciudadanos. Los efectos principales de esta dinámica son:

- a. en primer lugar, la pérdida de radicalidad de los programas políticos, de modo que las medidas políticas habrán de adecuarse al “gusto” de la mayoría de los ciudadanos que son los que, con su voto, otorgarán al partido la posibilidad de continuar funcionando en el futuro;
- b. en segundo lugar, la posibilidad de negociar eventuales coaliciones con otros partidos, lo cual provoca una espiral de renunciadas encaminadas a que los contenidos de los programas puedan resultar efectivamente flexibles y, por tanto, negociables;
- c. por último, la creciente heterogeneidad estructural y cultural entre los adeptos del partido, que provoca una pérdida de la identidad colectiva, y que es fruto de la “lógica de diversificación del producto” que los partidos emprenden al entrar en el mercadeo político<sup>27</sup>.

Abundando en el retroceso de la representación democrática, Martínez Sospedra se ha ocupado de las causas de la crisis actual del sistema de partidos. Entiende este autor que efectivamente el sistema de partidos está en crisis y que ese fenómeno está vinculado al agotamiento de un modelo de partido, el modelo que podríamos denominar pasivo o el “partido de electores” como lo denomina el autor. Las causas de esta crisis están directamente relacionadas con problemas candentes de nuestro tiempo: la corrupción, la financiación irregular, la alienación de la población respecto del Estado de partidos, la esclerosis de las estructuras partidarias, el transfuguismo, el agotamiento de la capacidad programática, etc. En cualquier caso, el diagnóstico que nos ofrece apunta hacia la necesidad de recuperar una ciudadanía activa. El problema principal de nuestras democracias es el de la

27. Cfr. Offe, C., “Democracia de competencia entre partidos y el Estado de Bienestar Keynesiano. Factores de estabilidad y de desorganización”, en Offe, C., *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, Sistema, Madrid, 1988, pp. 62 ss.; Sobre la crisis del sistema de partidos en nuestro tiempo y los desafíos que la estructura política partidaria presenta para las democracias contemporáneas, Cfr. Montero, J.R., Gunther, R. y Linz, J.J. (eds.), *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*, Trotta, Madrid, 2007.

participación. Por eso, el autor indica la necesidad de superar este modelo pasivo de organización de partidos que considera caducado<sup>28</sup>. En definitiva, hemos de reconocer que estamos muy lejos de la democracia gobernante, pues, como nos recuerda Sartori, en las democracias contemporáneas cuando hablamos del pueblo como gobernante exageramos o le otorgamos al término un significado vago e impreciso. Aunque el ideal exigiría una democracia gobernante la observación del mundo real nos muestra que lo que poseemos realmente es una democracia gobernada<sup>29</sup>.

El partido, en cuanto organización social de ciudadanos que concuerda en la realización de determinados fines a través de cauces políticos, debe suponer la existencia de cauces absolutamente democráticos de acceso y participación en su estructura. El pluralismo político supone la existencia de diversas opciones, de diferentes puntos de vista y soluciones igualmente legítimas a los problemas de la ciudadanía, y esto implica el reconocimiento jurídico de la realidad de los partidos políticos; pero, precisamente, esta estructuración democrática a través del sistema de partidos exige que no sean una fuerza sin control y que se sometan, por tanto, a una legislación exhaustiva y precisa sobre su organización interna, financiación y derechos de sus miembros para evitar la formación de oligarquías entre sus dirigentes<sup>30</sup>. Desgraciadamente, esta exigencia no siempre encontró cumplida respuesta en nuestros ordenamientos jurídicos y con frecuencia los partidos quedaron alejados del control democrático de sus miembros, para entretejer una enmarañada red de ocultos intereses entre los integrantes de la clase dirigente<sup>31</sup>. Cuando este fenómeno

28. Cfr. Martínez Sospedra, M., *Introducción a los partidos políticos*, Ariel, Barcelona, 1996.

29. Vid. Sartori, Giovanni, *Teoría Democrática*, Fondo de Cultura, Rio de Janeiro, 1965, p.94.

30. Sobre el valor y consecuencias del pluralismo político en una organización democrática de partidos y su regulación en la Constitución española, puede verse, Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.163-169.

31. La realidad ofrece elementos suficientes que sustentan esta afirmación y que permiten diagnosticar la crisis del sistema de partidos sobre la base de la contemplación de la praxis política de nuestro tiempo. No hace demasiados años, la opinión pública vivió con estupor el descubrimiento de una tupida red de corruptelas a gran escala que alcanzó a todos las grandes fuerzas políticas italianas. La "tangentopoli" desveló todo tipo de irregularidades cometidas por los egregios representantes de la voluntad popular, unas veces para financiar las arcas de los partidos; otras, para enriquecer sus patrimonios personales. No era que la democracia estuviera herida, era que, sencillamente, hacía tiempo que la clase política había firmado su certificado de defunción a espaldas del pueblo. En lo que toca a la existencia de una democracia puramente formal con la existencia de un partido dominante que anula el pluralismo político, el caso mejicano resulta paradigmático. La práctica del sistema de partidos en el Estado Mejicano terminó por concentrar el poder de las élites dominantes y de los grandes empresarios en un partido que se cierra a la posibilidad de un acceso democrático a las estructuras partidarias. Como destaca Jean Charlot, el peligro específico del partido dominante es exactamente que el poder sin división de un solo partido acaba por minar la legitimidad del sistema en perjuicio de su base democrática. De esta manera el partido dominante tiende a confundirse con el sistema político que encarna y modela a lo largo de los años (Sobre el partido dominante puede verse Charlot, Jean, *Du parti dominant*, Projét, 48, setembro-outubro de 1970, pp.942-951). El pluralismo político no queda formalmente anulado, porque se admite la posibilidad de que otros partidos puedan crearse y competir

se generaliza es la democracia la que queda amenazada.

La ausencia de mecanismos democráticos en la organización de partidos es, así, un factor determinante del pluralismo político y de la propia democracia. La ocultación de los partidos al control democrático de las bases favorece un alejamiento progresivo de los dirigentes respecto a la ciudadanía que tienden a asegurar su posición dentro del partido, evitando la actuación efectiva de los mecanismos democráticos de legitimación.

Esto tiene como consecuencia la fosilización de las estructuras de los partidos, que quedan en buena medida aprisionadas por prácticas históricas de liderazgo que distorsionan un discurso interno auténticamente democrático. Además, la fosilización de las estructuras tiene también como consecuencia el surgimiento de la clase política en cuanto grupo corporativo cerrado de dirigentes políticos, que conforma un cuerpo aparte y ajeno a la sociedad y que, con independencia de su adscripción a distintos partidos, mantiene características comunes, principalmente, la conciencia de clase -esto es, la conciencia de pertenencia a un cuerpo social privilegiado y superior cuyo poder es inmanente y no delegado por la voluntad popular- y la profesionalización de la política -entendiendo por tal no el servicio esmerado y cualificado a la sociedad, sino la permanencia continuada en los cargos con el propósito de hacer de la actividad política una carrera profesional-; situación que, por otra parte, es bien descrita por Michels: "El proceso que comenzó como consecuencia de la diferenciación de funciones dentro del partido se completa con un complejo de cualidades adquiridas por los líderes al desprenderse de la masa. En un principio los líderes surgen ESPONTÁNEAMENTE, sus funciones son ACCESORIAS y GRATUITAS. Pronto, sin embargo, se hacen líderes PROFESIONALES, y en esta segunda etapa del desarrollo son ESTABLES e INAMOVIBLES"<sup>32</sup>. Este panorama permite explicar la fractura entre la clase dirigente y la ciudadanía, el

por el poder, pero sí que queda materialmente descartado. La estructura socio-política de Méjico hace que el partido dominante tienda una amplia red de clientelas entre la ciudadanía que no sólo lo hacen irresistible sino que hace prácticamente inviable la posibilidad de un relevo pacífico en el poder. En esta circunstancia, la democracia termina por ser un puro expediente formal para la preservación de intereses contrarios a los de la mayoría. Y la posibilidad de una transformación social constitutivamente democrática en términos de emancipación humana no deja de ser una hipótesis teórica inalcanzable. En este caso, estamos ante la negación fáctica del pluralismo político y, con él, de la democracia como forma de organización social.

Por último, entre nosotros, los escándalos de corrupción han alcanzado a altos cargos de la administración del Estado y se han mostrado como un fenómeno generalizado al afectar indistintamente a diversas y variadas instituciones. En todos estos casos el poder fue usado abusivamente para atesorar importantes patrimonios personales. Igualmente la confianza popular fue utilizada para realizar un uso abusivo de los fondos reservados y para constituir una trama ilegal de recaudación de comisiones y blanqueo de dinero para la financiación del partido en el poder.

32. Michels, R., op. cit., vol 2, pp. 188-189.

corporativismo de la clase política y el uso abusivo del aparato estatal y de las instituciones democráticas como muros de contención para la salvaguarda de los privilegios de la clase dirigente. Por este camino, la soberanía termina convirtiéndose en una plausible coartada teórica para la perpetuación de los privilegios de clase y el vaciamiento de los contenidos emancipatorios de la democracia.

En esta coyuntura los partidos dejan de ser plataformas sociales abiertas para la plasmación de determinados objetivos generales para convertirse en estructuras cerradas de poder, de las que participan grupos minoritarios y poderosos, carentes de contenidos ideológicos y cohesionados únicamente por intereses económicos, individuales o de grupo.

### III. LA REFORMA DEL SISTEMA DE PARTIDOS

Esta situación, generalizada con mayor o menor gravedad en los países democráticos, nos permite constatar la crisis de legitimación que afecta al Estado de Derecho contemporáneo en su formulación actual como democracia representativa<sup>33</sup>. En nuestros días, la democracia de partidos precisa una renovación profunda que evite su fosilización y burocratización, que abra sus estructuras a formas genuinamente democráticas de organización, impidiendo la instrumentalización del partido en beneficio de grupos oligárquicos. La experiencia viene a mostrar que se trata de algo más que de riesgos. Así lo atestiguan las tramas de financiación ilegal mediante la creación de toda una estructura financiera al margen de la legalidad, sustentada sobre prácticas corruptas, y la creciente burocratización de los partidos que devienen estructuras estáticas de poder y que fagocitan los movimientos y demandas de las bases ¿Y qué decir de los caudillismos de los líderes carismáticos, del vaciamiento de los contenidos ideológicos o de la claudicación de demandas sociales generalizadas de la ciudadanía ante razones técnicas de eficacia?

Cualquier tentativa de reforma del sistema de partidos deberá tener en cuenta que si la ciudadanía abdicó de sus responsabilidades políticas no fue tanto por factores coyunturales sino, sobre todo, por prácticas viciadas permanentes que hicieron cundir el desencanto entre la población. Rebollo se ha

33. Sobre la distinción entre democracia representativa y democracia directa puede verse el trabajo de Norberto Bobbio, "Democracia representativa y democracia directa", en *El futuro de la democracia*, cit., pp.32-50. Personalmente entiendo que es preciso concebir modelos conciliadores que integren mecanismos participativos de la ciudadanía dentro de un modelo de democracia representativa que debe ser reformado para virtualizar el potencial legitimador de la soberanía popular. Un enfoque actual sobre las claves de la crisis de la democracia nos los ofrece, Rey Pérez, J.L., *La democracia amenazada*, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp. 105-130.

ocupado de estudiar las razones de esta crisis de representación que alcanza magnitudes verdaderamente preocupantes e identifica como factores causantes de esta disfunción en el concepto actual de representación: a) el desajuste entre teoría y realidad provocado por la erosión del potencial democratizador de la representación, que ha dejado de ser un medio para convertirse en un fin y que ha quedado definitivamente asociada a la mediación burocrática del partido, quedando todo envuelto en la nebulosa de los intereses sectoriales o de grupo que son frecuentes en la dinámica asociativa de los partidos; b) la existencia de ficciones jurídicas que, con frecuencia, se muestran perversas y que distorsionan el concepto de representación, que ha quedado desfigurado por adherencias como el poder, la ideología, etc. Ese deterioro del concepto de representación se traduce, a la postre, en un debilitamiento de la conexión entre el representante y el representado; c) el individualismo de nuestras sociedades desagregadas ha generado un apartamiento, que hace que el ciudadano se retire de la vida pública para refugiarse en lo privado, a cuyo goce, como Constant describió, consagra todas sus energías; d) el desinterés por lo común constituye la clave que cierra el mapa de factores causantes del desajuste, atraído por el goce de los placeres privados, el individuo huye del espacio público que queda, de este modo, desierto: ya no interesan las grandes empresas colectivas que son, ahora, objeto de deserción y abandono por la ciudadanía<sup>34</sup>.

Las vías de solución vienen dadas precisamente por la corrección de las prácticas perversas. Evitar la profesionalización de la actividad política es, en ese sentido, una de las tareas primarias a realizar, cerrando el paso a quienes no tienen otro objetivo que perseguir su permanencia como clase asentada en el poder, más allá incluso de los cambios de rumbo de la voluntad popular, pues con frecuencia carecen del pudor suficiente para mantenerse fieles a un partido cuando éste ya no es depositario de la confianza popular. Y en conexión con ello hemos de contemplar que la burocratización de la estructura de los partidos ha contribuido decisivamente a fosilizar la actividad política que en ocasiones abdican del servicio de la ciudadanía para tornarse en estructuras que sirven a la perpetuación del sistema. Desde esta perspectiva, los partidos se terminan vaciando de contenidos ideológicos y acaban por convertirse en fines en sí mismos, abandonando su primigenia concepción instrumental como estructuras que propician el cambio social. Con ello los partidos se convierten en los sustentadores de la continuidad del sistema

34. Rebollo Delgado, L., *Partidos políticos y Democracia*, cit., pp. 213-218.



y dejan de ser propulsores de la transformación social. Por eso, es preciso que la revitalización democrática contemple una reforma en profundidad de estos aspectos: impidiendo la permanencia en cargos de servicio público durante largo tiempo, agilizando el funcionamiento y la regeneración de las clase dirigente para evitar que se convierta precisamente en eso, en una clase con conciencia de sus privilegios y alejada de la sociedad que la sustenta, y limitando el número de cargos políticos en la estructura del Estado, con lo cual se reducirán las posibilidades de que los “buscadores de mejor fortuna” puedan ganar terreno en su carrera ascendente y sin descanso.

Recuperar la política de los dominios de la razón instrumental requiere también una acción decidida del Estado por limitar el poder de los expertos, sin desplazar las funciones de asesoramiento de la decisión que en las complejas sociedades de nuestros días deben corresponderles. Atendiendo a Beck, sostenemos la necesidad de la “*desmonopolización del conocimiento experto*”, es decir, hay que abandonar la idea de que los tecnócratas siempre saben exactamente qué es lo que nos conviene a todos. Es necesario abrir los foros de debate en los que se toman las decisiones, de acuerdo con estándares sociales de relevancia, de forma que se produzca una apertura de la estructura decisoria informada por cauces efectivamente democráticos a través de normas procesales que establezcan los medios que hagan tangible la participación real de los ciudadanos<sup>35</sup>. Se trata, en definitiva, de restituir a la ciudadanía el poder de decisión sobre su propio futuro, propiciando recursos institucionales y reformas legales que abran cauces de participación para que la representación sea complementada con la deliberación: la democracia representativa y la democracia deliberativa no son modelos contrapuestos, sino que sugieren cauces complementarios, pues la deliberación pública es esencial a la idea de democracia, tanto como lo es la representación, en nuestras modernas democracias constitucionales. Sobre ello, ha insistido, certeramente, Rey Pérez cuando preconiza la recuperación del ideal republicano de sociedad justa, poniendo el acento en la sociedad civil, en la apertura de las vías de participación y en la reforma del sistema electoral, con listas abiertas y circunscripciones más pequeñas que propicien el contacto directo entre el ciudadano y sus representantes<sup>36</sup>.

35. Beck, U., “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en Beck, U., Giddens, A., y Lash, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 46-47.

36. Rey Pérez, J.L., *La democracia amenazada*, cit., p.130. Para una defensa de las listas abiertas en los sistemas electorales, cfr. Ibáñez Macías, A., “El voto desbloqueado: una exigencia constitucional”, en Garrido

También deberá tenerse en cuenta la articulación de un sistema legal que garantice plenamente el pluralismo social y político, clave de bóveda de la convivencia democrática. Esto quiere decir que debe evitarse la creación de bloques mayoritarios monolíticos, pues ello supone un riesgo serio para la pervivencia de la libertad crítica de los individuos y minorías disidentes. El sistema de partido dominante acaba por deformar el principio democrático y hacer de él sólo una fachada, una forma de legitimidad de pretensiones carentes de contenidos emancipatorios. Por ello, esta preservación del pluralismo requiere de un apoyo legal explícito de las leyes electorales, teniendo en cuenta que la estabilidad del sistema de gobierno no puede ser coartada suficiente para cercenar la manifestación originaria de la voluntad popular, creando mayorías artificiales en función de un sistema proporcional y desproporcionado de representación mayoritaria. El compromiso con el pluralismo requiere así de una determinación legal explícita del régimen electoral.

Lijphart parte de la distinción entre dos modelos democráticos fundamentales: de un lado, las democracias mayoritarias, que se construyen sobre el gobierno de las mayorías y, de otro, las democracias consensuales, que descansan sobre el reconocimiento fáctico de la pluralidad de formas y prácticas de vida. En este modelo de democracia de consenso, el pluralismo social y las profundas divisiones sociales imponen una restricción de la regla de las mayorías. En el caso particular de sociedades pluralistas, en las cuales se verifica una clara compartimentación basada en diferencias religiosas, ideológicas, lingüísticas, culturales, étnicas o raciales que dan origen a subsociedades virtualmente separadas con sus propios partidos, grupos de presión y medios de comunicación, no existe la flexibilidad necesaria para la viabilidad de la democracia mayoritaria. Particularmente pienso que este segundo modelo de democracia representativa es más acorde con el respeto a los derechos de las minorías y con el reconocimiento del pluralismo inherente a las sociedades democráticas.

El principal problema de los modelos de representación proporcional consiste precisamente en la tendencia que revelan los sistemas electorales a producir resultados no proporcionales que favorecen a los grandes partidos, y que adquiere especial importancia cuando los partidos que no consiguen la mayor parte de los votos obtienen, sin embargo, mayoría parlamentaria absoluta. Estas mayorías son denominadas “construidas”, es decir, creadas artificialmente por el sistema electoral. Este fenómeno permite la formación

Gómez, M.I., y Ruiz Ruiz, R. (eds), *Democracia, Gobernanza y Participación*, cit., pp. 169-196.

de un gobierno de un solo partido con apoyo parlamentario mayoritario, lo cual, en nuestra opinión, supone un desplazamiento del pluralismo inherente a las sociedades democráticas, con la consiguiente quiebra del efectivo valor legitimador de la voluntad popular que no encuentra fiel reflejo en la composición del mapa parlamentario, en beneficio de la invocación de la gobernabilidad como principio sobre el que descansa el menoscabo del alcance real de la voluntad popular. El retorno a sistemas electorales más acordes con la voluntad popular efectivamente expresada es uno de los grandes retos de la democracia representativa de partidos, pues el sistema proporcional de mayorías provoca una disfunción entre el pluralismo político y el pluralismo realmente existente en la sociedad<sup>37</sup>.

No basta, por tanto, con declaraciones retóricas y solemnes, sino que se han de establecer mecanismos reales de tutela de las creencias y convicciones de los distintos grupos que articulan una sociedad democrática viva. Y esos mecanismos reales deben ser interpretados en sentido positivo, es decir, no cabe ya identificar la consagración legal del pluralismo con una actitud meramente pasiva del Estado, consistente en un mero *dejar hacer*, sino que la salvaguarda de las diferencias, de las convicciones y de las creencias heterogéneas de la sociedad requiere de un compromiso activo del Estado en la remoción de los obstáculos que impiden un discurso plenamente libre entre la ciudadanía. Pluralismo significa así compromiso real y efectivo en la mejora de las condiciones que permitan un discurso libre entre los sujetos, un discurso *modo* habermasiano, no dominado por posiciones de privilegio que interfieran la comunicación libre.

La creciente incorporación de mecanismos de mediación de la democracia directa en nuestros actuales sistemas representativos refrenda no sólo una tendencia creciente de las democracias contemporáneas, sino que expresa una necesidad del propio sistema democrático no sólo por restablecer la conexión entre gobernante y gobernado sino por reactivar la participación ciudadana, asumiendo una posición activa y responsable en los procesos de toma de decisión colectiva. Las mediaciones de la democracia directa con estructuras, mecanismos y procedimientos institucionales de la democracia representativa han dejado de ser, en nuestros días, conceptos incompatibles para devenir

37. Sobre los sistemas electorales de las democracias contemporáneas es interesante la exposición comparativa, en el marco de la ciencia política, que ofrece Arend Lijphart en *Las Democracias contemporáneas* (Ariel Barcelona, 1987), cap. 6, "Sistemas electorales. Los métodos de mayoría y mayoría relativa y la representación proporcional", pp. 165-183.

formas complementarias en el seno del Estado Constitucional, sometidas, por tanto, al primado normativo de la carta constitucional<sup>38</sup>.

Si el pluralismo implica un compromiso positivo con la remoción de obstáculos que impiden el libre desarrollo de opiniones no mediadas por posiciones de dominio, ese pluralismo -que es pilar sobre el que se sustenta una sociedad auténticamente democrática- exige no sólo que se garanticen las condiciones para el libre desarrollo de individuos y grupos, en el sentido de evitar el predominio ficticio de una fuerza política mayoritaria en aras de una pretendida estabilidad del sistema, sino un compromiso con el pluralismo social como condición básica de la convivencia libre. El pluralismo político no es más que una expresión de una sociedad diversa, plural y comprometida con la promoción integral del sujeto. Y ese pluralismo social exige también una recuperación del vínculo comunitario mediante la creación de nuevos espacios de lo público en los que puedan desenvolverse libremente las opiniones de individuos y grupos. Esto tiene una inmediata repercusión práctica con respecto al funcionamiento del sistema de partidos: no podemos continuar atrapados por la apariencia que nos devora, no podemos seguir soportando que el espacio público sea territorio privado de oligarcas. Hay algo que nos impulsa a exigir que la democracia nos impregne y nos invada. Por eso, si no queremos dejar que la democracia se nos muera entre las manos en un final dramático que, aunque remoto comenzamos a aventurar, es preciso poner un hálito de esperanza en las estructuras. Es urgente abrir nuevos espacios de lo público, democratizando realmente el sistema de partidos, sus estructuras internas y sus funciones, estableciendo vínculos reales entre las bases -la ciudadanía militante- y los que ostentan responsabilidad directa en los órganos de dirección. Si queremos hacer de la democracia algo más que un mero postulado formal, tenemos que ser conscientes de que la democratización pasa por la democratización de los partidos, de sus estructuras, de sus métodos y, sobre todo, de sus contenidos ideológicos. Es necesario, por tanto, ganar espacios de espontaneidad y de intercambio, de mediación y de diálogo, liberando ámbitos mediatizados por intereses económicos o de clase.

38. Cfr. Aragón Reyes, M., "Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa", en Biglino Campos, P. (coord.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 19-34.

#### IV. LOS NUEVOS MOVIMIENTOS SOCIALES Y LA REVITALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Recuperar el contenido emancipatorio de la democracia es algo que sólo puede hacerse desde la ciudadanía. No podemos seguir esperando una solución providencialista y milagrera. Por eso creo que es urgente recuperar el espacio público, pero ahora ya desde una dimensión nueva que comienza a tomar forma. Las estructuras tradicionales del sistema de partidos deben ser reformadas y se revelan como expedientes útiles para la democracia, pero hay un terreno por recuperar que es el de la imaginación, el del vínculo concreto e inmediato de la ciudadanía implicada ya en causas emancipatorias específicas.

El discurso del partido, aún reformado en clave genuinamente democrática, es insuficiente. La complejidad de las sociedades contemporáneas hace emerger multitud de intereses específicos, permanentes o coyunturales. Y estos intereses concretos avivan la ciudadanía y la democracia, son el palpito de una ciudadanía activa. Los lazos sociales de cooperación se fortalecen, y se consolida así una nueva forma más dinámica y más ágil de hacer política desde la conciencia ciudadana. Los movimientos sociales son esa nueva dimensión de lo público que hemos de rescatar para la democracia<sup>39</sup>. Su valor reside en que son, precisamente, estructuras instrumentales, a veces esporádicas, que privilegian la consecución de un fin específico.

Nuestra democracia contemporánea necesita de este aliento de lo concreto. Los movimientos sociales contribuyen, así, a crear espacios abiertos donde el vínculo comunitario se restablece desde un programa concreto de actuación y recuperan para la democracia esa visión de lo temporal y concreto, de modo que la legitimidad estática de las elecciones periódicas y de los grandes objetivos generales y abstractos de los partidos encuentra su contrapunto: frente a esa legitimidad estática, consustancial a la democracia representativa, el movimiento social establece, de manera complementaria,

39. Para una aproximación histórica al fenómeno de los movimientos sociales, a su génesis y a las experiencias históricas concretas en que se plasmó, puede verse Werner Hofmann, *A História do pensamento do movimento social dos séculos 19 e 20*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984; sobre el papel de los movimientos sociales como actores del cambio político, cultural y social: Markoff, J., *Olas de democracia. Movimientos sociales y cambio político*, Tecnos, Madrid, 1999; Tarrow, S., *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Alianza, Madrid, 1997; Ibarra, P., y Tejerina, B. (eds.), *Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural*, Trotta, Madrid, 1998; Dalton, R. y Kuechler, M. (comps.), *Los nuevos movimientos sociales: un reto al orden político*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1992. Para un análisis de los movimientos sociales en el Estado de bienestar y su relación con la crisis del sistema de partidos, cfr., Offe, C., *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, cit., especialmente el capítulo VII: "Los Nuevos Movimientos Sociales cuestionan los límites de la política institucional" pp. 163-244.

una vía dinámica de legitimación de las decisiones, que hace de la democracia un *test* permanente para la ciudadanía y para los dirigentes políticos, porque la democracia comienza así a tener la impronta de algo dinámico, que se está haciendo colectivamente, y, por tanto, la legitimidad tiene también ahora una dimensión dinámica, no fosilizada, a través de la confrontación permanente y esencialmente democrática de las decisiones políticas.

Frente a esa generalidad y abstracción desideologizada del sistema de partidos, los movimientos sociales constituyen, ahora ya, una respuesta específica a demandas sociales de la ciudadanía, y suponen, por ello, la revitalización de los lazos de empatía, de cooperación y de solidaridad más inmediatos entre los ciudadanos, al tiempo que reintroducen en el espacio público un discurso inconformista y emancipatorio que es esencial a la sociedad democrática, pues no están comprometidos con la pervivencia y conservación de un orden ya dado -como los partidos-, sino que, al orientarse a la consecución de objetivos específicos, hacen de su pretensión también un objeto de discusión social, recuperando la visión conflictiva de la sociedad que es esencial a la democracia. Los movimientos sociales rompen los cauces preestablecidos de la vieja política y desbordan los mecanismos institucionales de la democracia representativa, rompiendo los "códigos" políticos de la democracia capitalista.

Offe reclama el carácter moderno de los nuevos movimientos sociales cuyos valores no contienen nada nuevo, pues están firmemente enraizados en las filosofías políticas modernas y en los movimientos progresistas obreros y burgueses. Sus valores forman parte del repertorio de la cultura moderna dominante. Esto quiere decir que los nuevos movimientos sociales no son ni "posmodernos", en el sentido de que no se construyen sobre el rechazo de los valores de la modernidad, ni "premodernos", en el sentido de que no implican la vuelta nostálgica a tiempos ajenos a nuestra realidad y valores, sublimando un pasado prerracional. La acción de los movimientos no está inspirada por valores nuevos, sino por la discrepancia sobre el grado en que se satisfacen esos valores modernos.

Se fundamentan, por tanto, en valores e ideales universalistas y emancipatorios. Los movimientos sociales no encarnan, en consecuencia, una crítica contramoderna ni posmoderna sino, más bien, una crítica propiamente moderna de la modernización, basada en la conciencia de la descomposición de los nexos entre valores, pues algunos resultan incompatibles. Esta percepción de las contradicciones en la constelación moderna

de los valores genera un énfasis selectivo a favor de alguno de estos valores. Como se deduce de todo esto, tanto “*los fundamentos de la crítica como su contenido, se encuentran en las tradiciones modernas del humanismo, del materialismo y en las ideas emancipatorias de la Ilustración*”<sup>40</sup>. Los movimientos sociales aparecen así como formas de compromiso radical con una importante influencia en la vida social moderna y un potencial transformador en el diseño de sociedades emancipadas<sup>41</sup>.

El campo de acción de estos nuevos movimientos es un espacio de política no institucional en modo alguno previsible en la práctica de nuestras democracias. Los planteamientos de estos movimientos tienen en común la creencia de que las estructuras político-institucionales han devenido insuficientes para frenar la ciega dinámica de la racionalización militar, política, económica y tecnológica, de modo que estas instituciones carecen de capacidad para evitar el desastre. Se desarrolla así un paradigma extrainstitucional de la política basada en la acción de los movimientos sociales cuya actividad pivota sobre la radicalización selectiva de valores modernos: “*Este paradigma depende tanto de los logros de la modernización política y económica, como de la crítica de sus promesas incumplidas y de sus efectos perversos*”<sup>42</sup>.

El movimiento social reintroduce así a la ciudadanía en la órbita de lo político y ejerce un papel activo de estimulación de la conciencia ciudadana, no como ciudadanía conformista y “consumidora” de opciones políticas, sino como agentes políticos que reclaman la consecución de una sociedad más justa. Se trata, en suma de recuperar una dimensión dinámica de la legitimidad democrática y de combatir los males de un sistema de partidos que ha producido una democracia enferma y frustrada, una democracia deficiente que propicia la aparición de movimientos sociales reivindicativos que han cuestionado, recientemente, los mecanismos de nuestras democracias representativas, abriendo paso a nuevas formas de participación que

40. Offe, C., “Los nuevos movimientos sociales cuestionan los límites de la política institucional”, cit., pp. 213 ss. Ese carácter moderno de los movimientos sociales es perceptible, además, en dos cuestiones sobre las que advierte Offe: a) la componente de clase media de los movimientos, que denota que quienes recurren a estos métodos no convencionales de acción política no lo hacen por carecer de experiencia ni de información acerca de la virtualidad de los medios convencionales de participación, sino que son buenos conocedores del sistema instituido. Su crítica no es una crítica global, sino que se centra en aspectos parciales de mal funcionamiento y deterioro; b) este carácter se manifiesta también en la convicción de que el curso de la historia puede cambiarse, de que es contingente y que, por tanto, está al alcance del actuar humano y puede ser modificado por las personas y fuerzas sociales, que no está regido por una dinámica que aboca inevitablemente a la catástrofe (cfr. op. cit., p. 219).

41. Cfr. Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993, p.148.

42. Vid. Offe, C., “Los nuevos movimientos sociales cuestionan los límites de la política institucional”, cit., pp. 174 y 217 ss. La cita procede de la página 218.

sugieren devaneos populistas<sup>43</sup>, a los que Todorov no duda en calificar como *enemigos íntimos de la democracia* y que amenazan con carcomer la democracia, vaciándola desde dentro, suprimiendo los correctivos, aboliendo los límites y exaltando las pasiones colectivas del pueblo<sup>44</sup>.

Empero, cualquier empeño por reconstruir el espacio político de la ciudadanía sólo puede apoyarse ya sobre la necesidad de incorporar la iniciativa espontánea de los ciudadanos a través del movimiento social. Porque las cerradas estructuras de los partidos ahogan el espacio de desenvolvimiento de la ciudadanía y la limitan a una concepción reglada y formal de las responsabilidades públicas que consiste únicamente en el ejercicio del derecho al voto. La recreación de esos espacios nuevos de lo público es una tarea pendiente de la propia ciudadanía.

Si hay demandas concretas de grupos sociales éstas deben canalizarse a través de ese espacio público liberado. Las demandas de los movimientos sociales son el aliento nuevo de la democracia porque especifican exigencias concretas y, por ende, ideológicas: son el compromiso de un sector de la ciudadanía con la realización de una opción axiológica y eso supone que están impregnadas de ideología. Y, en un momento en que todo el horizonte político parece difuminado ante la turbia constitución de un espacio desideologizado, es necesario reintroducir el debate ideológico si queremos recuperar un horizonte más diáfano de lo político<sup>45</sup>. Los nuevos movimientos sociales constituyen así cauces alternativos para la organización del disenso, para la revitalización de la democracia.

Estos movimientos se constituyen así en actores políticos desconocidos hasta ahora por la teoría liberal-democrática. Su principal preocupación es cuestionar y cambiar los códigos dominantes en torno a los cuales las

43. Cfr. Innerarity, D., *La política en tiempos de indignación*, cit.; Sobre la emergencia de nuevas formas de participación que expresan las demandas de una ciudadanía inclusiva y sus manifestaciones en España (15M) e Italia (5 Stelle), cfr. Solanes Corella, A. y La Spina, E., “Democracia representativa *ma non troppo*: los retos de la ciudadanía inclusiva y los movimientos de participación en España y en Italia”, en Garrido Gómez, M.I., y Ruiz Ruiz, R. (eds), *Democracia, Gobernanza y Participación*, cit., pp. 299-331.

44. Todorov, T., *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, pp. 184-185. En relación con ello, sostiene el autor: “*Los peligros inherentes a la idea de democracia proceden del hecho de aislar y favorecer exclusivamente uno de sus elementos. Lo que reúne estos diversos peligros es la presencia de cierta desmesura. El pueblo, la libertad y el progreso son elementos constitutivos de la democracia, pero si uno de ellos rompe su vínculo con los demás, escapa a todo intento de limitación y se erige en principio único, esos elementos se convierten en peligros: populismo, ultraliberalismo y mesianismo, los enemigos íntimos de la democracia*” (Todorov, T., *Los enemigos íntimos de la democracia*, cit., p. 13).

45. Para un estudio de las ideologías modernas y una perspectiva de futuro de la política ante el ocaso de las ideologías en la contemporaneidad puede verse la obra de Frederick M. Watkins e Isaac Kramnic, *A Idade da Ideologia*, Universidade de Brasília, Brasília, 1981. Especialmente interesante es en particular el capítulo XII, “Rumo ao ano 2000: o futuro da ideologia”, pp. 93-107.

relaciones sociales se organizan, y anunciar que las estructuras alternativas de sentido son posibles. No se orientan hacia lo que es creado o propiciado desde el poder estatal, sino hacia aquello que puede ser salvado o defendido contra el Estado y contra las consideraciones de la política gubernamental. Como rizomas se extienden sin cesar más allá de los foros oficiales de la política estatal, estableciendo conexiones subterráneas con otros movimientos y reavivando el sentimiento de ciudadanía<sup>46</sup>.

Creo por ello que los planteamientos generales de la vieja oligarquía partidocrática resultan insuficientes ya insuficientes. Es necesario acometer en profundidad una reforma de nuestra democracia representativa que virtualice la expresión de la voluntad popular y que garantice que el mandato que nuestros representantes reciben no será defraudado, apostando por una reforma de los mecanismos institucionales de participación y representación y estableciendo mecanismos que corrijan la tendencia clientelista, burocrática, oligárquica y acomodaticia que el sistema de partidos tiende a propiciar.

Empero, en las complejas sociedades de nuestro tiempo, el programa político de los partidos precisa de la revitalización democrática de demandas emergentes articuladas no con carácter residual, sino desde la implicación de una ciudadanía que reivindica el protagonismo en la escena política. La política debe comprender una visión integral de las relaciones humanas, una cosmovisión de la ordenación social, pero esto no termina de resolver los problemas concretos de las complejas sociedades de nuestros días: tenemos que reconocer que hay identidades e intereses sectoriales y que el progreso general de la democracia como proyecto de realización del pluralismo social, condición de la plena autonomía moral de los sujetos, requiere de la inserción de un espacio colectivo, inmediato, conflictivo e inconformista, sectorial pero no fragmentado, que representa el movimiento social.

Es preciso revitalizar el espacio público, reivindicando el carácter constitutivamente democrático del conflicto social. Stuart Mill podría afirmar que donde no hay conflicto, o bien hay una sociedad intelectualmente muerta, o bien esa sociedad vive bajo el totalitarismo más feroz. Se hace preciso articular cauces concretos a través de los cuales el conflicto pueda emerger en la vida social. Se trata de liberar espacios al libre desenvolvimiento individual, de ampliar el horizonte de lo público y de reconquistar el espacio político por

46. Barron, A., "Colonisation of the Self in the Modern State", en Carty, A. (ed.), *Postmodern Law: Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edimburg U.P., Edimburg, 1990, p. 121.

una ciudadanía ya no más inhibida.

En esas coordenadas, la gran tarea de la democracia en nuestro tiempo es la recuperación de la responsabilidad cívica y la participación activa de la ciudadanía, combatiendo el lado oscuro del individualismo, que implica renuncia, apartamiento y abdicación. Frente al individualismo de la evasiva y la inhibición, la conciencia del sí propio reivindica el compromiso de un individuo responsable. Se trata de dos lógicas antinómicas del individualismo, como pone de relieve Lipovetski: de un lado, el individualismo de las reglas morales, de la equidad y del futuro; de otro, el individualismo solipsista y misántropo de quien reniega de sus semejantes y no conoce otra opción que la no-moral de la deserción y del narcisismo: *"Alrededor de este conflicto 'estructural' del individualismo se juega el porvenir de las democracias: no hay en absoluto tarea más crucial que hacer retroceder el individualismo irresponsable, redefinir las condiciones políticas, sociales, empresariales, escolares, capaces de hacer progresar el individualismo responsable"*<sup>47</sup>.

47. Lipovetski, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Barcelona, 1994, p. 16.

# “NOVO” CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO COM “VELHOS” PROBLEMAS DO ESTADO DE DIREITO

Gustavo Oliveira Vieira<sup>1</sup>

## I. INTRODUÇÃO

O “novo” constitucionalismo latino-americano tem recebido uma miríade de adjetivações (BRANDÃO, 2011) que indicam a construção de novos marcos jurídico-estatais. O tema tem sido elevado à condição de pauta necessária aos constitucionalistas do subcontinente. A autenticidade das abordagens constitucionais, notadamente Bolívia e Equador, impõe repensar o fenômeno jurídico latino-americano numa perspectiva “situada e crítica” – no dizer de Alejandro MEDICE (2013) -, na onda da “opção decolonial” – epistêmica, teórica e política – promovido pela decolonização das teorias sociais (BALLESTRIN, 2013, p. 89), e de situações históricas concretas e localizadas.

É preciso frisar que o fenômeno constitucional na América Latina sempre esteve sujeito a um jogo de tensões que lhe é muito peculiar e, portanto, substancialmente díspar do que se tem e se tinha nos “centros” produtores da “teoria constitucional autêntica”, ou melhor, da “teoria constitucional autenticamente europeia e estadunidense”. Nesse contexto, a relação do constitucionalismo com Direitos Humanos, Paz e Democracia têm gerado narrativas contraditórias a respeito das práticas perpetradas sobretudo nos citados países andinos, ao mesmo tempo em que vêm tensionando com as tradicionais forças políticas e econômicas em face às criticadas fórmulas de

1. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito. Reitor *pro tempore* (2017-) da UNILA (Universidade Federal da Integração Latino-Americana). Professor adjunto de Direito no Curso de Relações Internacionais da UNILA. Artigo desenvolvido com apoio do IMEA-UNILA por meio do auxílio da PROPESQ 2014. Também apoiado pelo PVCC-UNILA 2014 que permitiu deslocamento à Bolívia com discentes e entrevista com principais atores do novo constitucionalismo boliviano e PRPPG via CNPq-Af e Fundação Araucária pelas ICs. Agradecimento à Maya, Paulo e Viviana pela parceria, Eduardo e Frota pelo apoio, e aos professores Boris Arias, por ter aberto as portas do TCP da Bolívia e, sempre, às ricas trocas com Jose Luis Bolzan de Moraes. O presente texto foi parcialmente extraído do artigo “Sociologia constitucional latino-americana: desafios antigos com novos experimentos” publicado na Revista do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ | Belo Horizonte, ano 14, n. 19, p. 151-173, jan./jul. 2016.

enfrentamento da pobreza extrema e de reconhecimento de outras epistemologias, no marco da plurinacionalidade e pluralismo jurídico.

A abordagem do constitucionalismo a partir da Sociologia Constitucional Latino-Americana tem por finalidade investigar criticamente o seu desenvolvimento na região, não em seu sentido normativo, enfocando no que “dizem” os textos constitucionais, mas sobretudo atentos ao modo como enfrentam os desafios político-sociais e as novidades que engendram, a partir de uma abordagem interdisciplinar que envolva Sociologia, Ciência Política, Filosofia, História e Antropologia, entre outras áreas. Qual é o contexto em que o constitucionalismo latino-americano surge e qual a tarefa histórica que vem a cumprir? Quais seus limites e quais suas possibilidades? De que modo o novo constitucionalismo tem sido visto, lido e pensado pelos pesquisadores da área? Qual conteúdo e práxis efetivamente nova que emerge dessa, pretensamente nova, abordagem jurídico-política? E, por fim, é preciso questionar a possibilidade efetiva de se decolonizar o próprio pensamento jurídico latino-americano, forjado sob um olhar profundamente subordinado à matriz europeia e estadunidense.

Com isso, o presente texto tem como mote, num segundo nível, a busca por compreender se os novos marcos definidores da condição político-jurídica dos Estados latino-americanos estariam coerentes com o movimento de decolonização do poder (QUIJANO, 2000). As experiências produzidas na direção do reconhecimento dos povos originários, na revisão da questão agrária, na redistribuição direta de renda, e mesmo de democracia direta apontam novidades e inspirações importantes rumo à efetivação dos desafios históricos.

Nesse sentido, alguns autores de viés progressista tem tecido enaltecimentos encorajadores de um “novo” constitucionalismo latino-americano, por serem dotadas de um sentido autêntico de plurinacionalidade entre outros aspectos de religação da condição humana com a natureza e formas de participação social – como Boaventura de Sousa SANTOS (2010), José Luiz Quadros de MAGALHÃES (2012; 2013; 2016), BALDI (2014), entre tantos outros.

Para traçar este estudo optou-se por apresentar o Constitucionalismo Latino-Americano (parte I), para na segunda parte enfrentar o Constitucionalismo Latino-Americano, em graves “dilemas” com o Estado de Direito (II.1), na esteira do desafio histórico da desigualdade social na região (II.2), mas desvelando algo de novo ao aportar epistemologias subalternas para a questão indígena (II.3), buscando situar seus desafios e possibilidades.

## II. SOCIOLOGIA CONSTITUCIONAL: PERQUIRINDO A COMPREENSÃO AUTÊNTICA DO MOVIMENTO LATINO-AMERICANO

O surgimento do constitucionalismo na América Latina é resultado da independência dos países em relação às antigas metrópoles, cuidando para moldar uma leitura bastante *sui generis* do liberalismo, ante uma mestiçagem étnica-cultural que se produziu sob uma episteme ibérica, fechada para as novidades de *Nuestra América*. Na verdade, um conservadorismo liberal que conseguiu, de modo sumamente incoerente, conjugar escravagismo com discursos liberais diante de práticas pré-liberais, e perquirindo desse modo legitimá-las. Tudo isso a partir de uma orientação político-ideológica direcionada à construção de Estados nacionais culturalmente homogeneizantes, próprio da cosmovisão do século XIX.

Ainda que GARGARELLA (2009) ressalte o evidente aspecto liberal individualista do primeiro ciclo do constitucionalismo latino-americano no século XIX, observa-se que a nomenclatura liberal pode ser usada muito restritivamente, pois não representou nem de perto a luta por romper estruturas arcaicas, aristocráticas e repressoras que o termo suscitou nos Estados Unidos e na Europa. Tratou-se de um uso deslocado do discurso liberal que tentou legitimar as estruturas políticas e econômicas herdadas do período colonial nos ciclos que sucederam a independência dos países do subcontinente – na peculiar ambiguidade do binômio “colonialidade-modernidade” (BALLESTRIN, 2013). Ou seja, um constitucionalismo que nasce produto de um pacto das elites retoricamente liberais, mas sobretudo conservadora diante do *status quo* (GARGARELLA, 2011).

A gênese do constitucionalismo é marcada pelas revoluções liberais do século XVIII, deflagradas na luta pela liberdade, enlaçando a liberdade dos antigos com a dos modernos – na leitura de Benjamin Constant. Ou seja, o constitucionalismo marcado por forjar uma ruptura na tradicional estrutura política aristocrática, voltada à construção de garantias em prol da liberdade civil com direitos políticos menos desequilibradamente distribuídos. Nesse sentido, fica evidente que o constitucionalismo cumpre, ou melhor, pode cumprir uma função de transformação estrutural na América Latina para a superação dos esquemas institucionais perpetuadores das estruturas políticas arcaicas – ainda que se atente ao clamor do peruano José Carlos Mariátegui (1894-1930), “nem decalque, nem cópia”.

Na América Latina, os autointitulados “liberais” conviviam muitas vezes sem conflito com a escravidão, a monarquia, como no caso do Brasil, e a manutenção das estruturas de poder herdadas do período em que eram regidos pelas metrópoles, e usando o direito para legalizar a marginalização dos grupos originários, os afrodescendentes e demais minorias e povos economicamente vulneráveis e culturalmente invisibilizados.

Nesse sentido, o constitucionalismo da América Latina na última quadra da história responde, ainda que normativamente, às expectativas sociais de inclusão da estrutural subalternidade de maiorias oprimidas há séculos. Ao albergar um projeto democrático, de reconhecimento sem precedentes dos povos originários, e compromissório em relação às históricas demandas sociais—razão pela qual deve ser necessariamente levado em conta ao se compreender o papel de transformação social que também cabe ao Direito. Por isso, toda sua análise precisa estar ciente do alerta que faz Quadros de Magalhães:

Existe um grande risco na análise das Constituições da Bolívia e do Equador: analisá-las sob o enfoque da teoria da constituição moderna europeia. Acredito que utilizar as lentes da teoria da constituição europeia moderna inviabilizará enxergar e logo compreender o potencial revolucionário de ruptura radical com a modernidade presentes nestas constituições. Serão apenas mais duas constituições interessantes e diferentes dentro de um paradigma que não mudou na sua essência. Não é este o potencial destas duas constituições. Elas exigem a construção de uma outra teoria da constituição, de uma outra teoria do direito, de uma outra teoria do Estado. Elas exigem uma teoria não moderna, não hegemônica e, logo, não europeia (MAGALHÃES, 2013, p. 120)

O enfoque que denominamos por *sociologia constitucional* parte de um pressuposto teórico fundado na interdisciplinaridade, baseado num duplo argumento. Em primeiro lugar, por entender que uma abordagem meramente normativa, a partir dos textos constitucionais, do constitucionalismo e da democracia representativa, lembrando a alegoria da Caverna de Sócrates nos relatos de Platão (428-347 a.C.), a busca da realidade pela percepção das meras sombras projetadas pelo fogo nas paredes da caverna. A teoria jurídica não pode representar a afirmação do estatuto científico do fenômeno jurídico ao modo de *correntes que nos impeçam de voltar a cabeça e olhar ao redor*, sobretudo no que diz respeito aos impactos sociais, às razões filosóficas e às origens e dilemas políticos do constitucionalismo.

Além disso, em segundo lugar, entende-se que a compreensão do constitucionalismo e da democracia enquanto fenômenos jurídicos exigem uma abordagem interdisciplinar – filosófica, sociológica, política, econômica e jurídico-normativa. Desse modo, mister empreender-se uma abordagem dialética, sob a ótica da sociologia constitucional, para além dos aspectos normativos, olhar interdisciplinarmente o movimento dos atores e seus reflexos sociais e econômicos, para assim perquirir esclarecimentos acerca dos dilemas e desafios democráticos em marcha. Até por que não é regra perceber-se a “estética” normativa – os belos textos – guardar consonância com a realidade social, sobretudo nestes quadrantes. Por isso, pretende-se abordar aqui o efetivo funcionamento do constitucionalismo, nas relações Estado-Mercado-Sociedade, as interações entre os poderes do Estado e seu exercício na concretização dos direitos humanos e fundamentais, assim como na capacidade de regulação ou pela submissão ao poder econômico – e por isso, denominamos de *sociologia constitucional*.

Evidente que as narrativas de pretensão científica a respeito do Estado, Direito e Sociedade estão fortemente amarradas à cosmovisão europeia e eurocêntrica. De modo que ao se descortinar a formação do Estado, ainda que noutros continentes, somos trivialmente remetidos ao processo que desaguou na realidade dos Estados europeus contemporâneos, pelo fio condutor da historiografia inglesa, francesa, espanhola, alemã, italiana, enfim, dos países centro-europeus, confundindo, muitas vezes equivocadamente, tais construções como as nossas raízes latino-americanas. Evidente que a historicidade latino-americana dialoga e se entrelaça em certos pontos, mas fundamental evidenciar componentes que os diferenciam. A trajetória que aqui se percorre pertence a um jogo de tensões entre Estado, Sociedade e Mercado específico, tecendo formações jurídico-políticas que, mesmo usando uma gramática similar ou idêntica, externa compreensões distintas e serve a outros escopos.

Por consequência, esse arquétipo de compreensão dos fenômenos sociais latino-americanos conduz a uma (certa) crise de identidade das instituições e da própria sociedade. Crise gerada pela tensão entre um modelo desenhado sobre o sistema normativo de matriz europeia e um modo de ser e de fazer que é distinto, mestiço, próprio, que emerge de uma outra situação histórica e com demandas que lhes são específicas, numa ambiguidade perene que não indica o caminho da coerência entre os desenhos normativos e suas realidades políticas e sociais.



Tudo está a indicar que a origem deste *modus operandi* de pretensão científica, para a autocompreensão social e construção político-institucional, está baseada no que se pode chamar de “geopolítica do conhecimento”, partindo da referência de que a própria noção de América Latina é uma categoria definida na visão do Norte Global (CASTRO-GÓMEZ; GROSGOUEL, 2007). De modo que a pretensão de compreender nas similitudes e diferenças já expressa em si um caráter ou uma pretensão “decolonial”.

Nesse sentido, cabe lembrar algumas lições de Lenio Streck, a partir da problematização de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, adequada aos países periféricos, enquanto uma teoria “*como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática*” (idem, p. 135) da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, evoca o Constitucionalismo como implementação das utopias do Direito Positivo (STRECK, 2004, p. 95). A Constituição em uma condição paradoxal, mas sobretudo no sentido daquela que triunfa com a Revolução, enquanto “texto fundador, inspirado no ideal progressista das Luzes e na confiança na capacidade da lei de organizar um futuro libertador” (idem, p. 95). Uma teoria da constituição que “resgare as especificidades histórico-factuais de cada Estado”, no “*binômio democracia e direitos humanos-fundamentais*” (idem, p. 134), que promova a construção “das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas” (idem, p. 135).

Com tudo isso, cabe postular se as recentes experiências no âmbito do constitucionalismo nos países andinos da América Latina estabelecem novos marcos emancipatórios na relação Estado-Mercado-Sociedade, com o desvelamento das subalternidades.

### III. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O DESVELAMENTO DAS SUBALTERNIDADES (?)

*Aunque podría decirse que ninguna de las nuevas constituciones [latinoamericanas] supera totalmente el constitucionalismo liberal, también puede decirse que ponen de alguna forma en crisis la coherencia del contenido liberal de las mismas* (FRIGGERI, 2014, p. 224).

Há novidades no constitucionalismo latino-americano que precisam ser adequadamente compreendidas e dimensionadas, identificando seus desafios que persistem e os elementos de vanguarda que o justifica como objeto de estudo. Para isso, é preciso elencar o que se entende como as grandes dificuldades institucionais na marcha dos percalços do Estado de Direito na América Latina e os problemas sociais gerados pela grave desigualdade social – no círculo vicioso entre Estado de Direito e desigualdade –, para perscrutar a contribuição destas novas experiências latino-americanas.

#### 2.1. PERCALÇOS DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA: DESAFIOS SOCIAIS E JURÍDICOS ANTE INSTABILIDADES POLÍTICO-ECONÔMICAS

Pensar o constitucionalismo evoca entender a sua premissa, o Estado de Direito, enquanto parte de sua condição originária. A constituição só tem sentido quando se pode concebê-la no marco de um Estado de Direito constitucional, não apenas enquanto uma forma jurídica, mas como um pacto fundante, válido e eficaz. Desse modo, os problemas e os desafios do Estado de Direito na América Latina afetam o próprio papel do constitucionalismo, e do Direito, na região. Ciente do risco de nesta abordagem cair no alerta feito por Quadros de Magalhães – usar as lentes do constitucionalismo europeu para compreender o “novo”.

A respeito da disputa conceitual da expressão “Estado de Direito”, Vilhena VIEIRA aduz que “seria difícil encontrar ideal político louvado por públicos tão diversos” (2007, p. 31), incluindo defensores dos Direitos Humanos, libertários como Hayek e marxistas. Entretanto, lembra que “Estado de Direito é um conceito multifacetado”. Razão pela qual assume-se aqui o conceito que se coaduna com o dos defensores dos direitos humanos: ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força” (Idem, ibidem), assumindo prioridade na igualdade de tratamento e a integridade das instâncias de aplicação da lei.

Daí decorre uma série de distintas origens do conceito. O projeto moderno pode ser sintetizado no ideário carreado pelo Estado de Direito–*Rule of Law* na expressão britânica (CANOTILHO, 1999, p. 24 e 25), *Rechtsstaat* (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1999, p. 251) (LEAL, 2006, p. 288) entre os germânicos, e *État de Droit* para os franceses (CHEVALLIER, 1994). O Estado de Direito segundo ZAGREBELSKY é uma

das mais afortunadas expressões da ciência jurídica contemporânea, alude ao valor da eliminação das arbitrariedades estatais e ao desenvolvimento da organização do Estado (2009, p. 21) – o “Estado como a personificação da ordem jurídica nacional” (KELSEN, 2000, p. 261) –, cuja direção aponta a inversão da relação entre poder e Direito, “que constituía a quintessência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, senão *lex facit regem*” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 21). Com isso, o Estado de Direito, como tipo de Estado que se submete ao regime jurídico, se distingue do *Machtstaat* que seria o Estado sob o regime da força, ou melhor, o Estado absoluto e do Estado de Polícia. No Estado de Direito, o Estado da força submete-se a força da lei (*force de la loi – Herrschaft des Gesetzes*).

É evidente que desse conceito deve-se fazer emergir o questionamento do movimento epistemológico do Grupo Modernidade/Colonialidade, pois, se o Estado de Direito é a síntese do projeto moderno, é por que também contempla um viés de colonialidade. E com tal perspectiva ambígua que precisa ser compreendido. Dado o alerta, são notórias as fragilidades do Estado de Direito nesta região, o que deságua no mal-estar com o projeto constitucional, num conjunto longo de incongruências tem sido apontadas sob esse modelo, que se em um viés de colonialidade, também é fonte de percepção acerca dos graves disfunções institucionais locais – que denunciam problemas estruturais de maior profundidade.

Exemplos da fragilidade do Estado de Direito em suas disfunções institucionais dos países do novo constitucionalismo latino-americano, em suas diversas crises (BOLZAN DE MORAIS, 2011), são retratos pelos relatórios internacionais. O relatório da HUMAN RIGHTS WATCH de 2015 sobre as violações de direitos humanos na Bolívia, e. g., informa que “ameaças à independência judicial e impunidade nos casos de crimes violentos continuam sérios problemas, bem como o uso extensivo e arbitrário de prisões provisórias” (2015, p. 104). Destaca-se a falta de clareza quanto à escolha dos juízes do tribunal constitucional, e as desconfianças sobre os critérios dos três juízes suspensos pelo parlamento em 2014 – tudo indica por terem se posicionado contra o governo. Soma-se ao cenário o fato 87% dos presos serem provisórios (LA VANGUARDIA, 2015). Relata-se ainda a permanência dos defensores de direitos humanos e dos jornalistas críticos como alvos do presidente Evo Morales (HUMAN RIGHTS WATCH, 2015, p. 104), incluindo a adoção do decreto pelo qual o governo pode

dissolver organizações da sociedade civil, não permitindo que funcionem de forma livre, independente e efetiva, nos termos do Comitê de Direitos Humanos da ONU (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 71). Além das atribuladas notícias que falam de perseguição a opositores. É uma pequena lista exemplificativa de indícios que dão a entender que a nova constituição não transformou substancialmente a tradição de uso do poder arbitrário.

Além das fragilidades institucionais, onde se percebe a precariedade da coerência a aplicação do Direito, os indicadores correspondentes à violência direta também precisam ser correlacionados. Com apenas 8% da população mundial, a América Latina e Caribe respondem por 33% dos homicídios do planeta segundo dados do Instituto Igarapé (2015) – homicídios que vitimizam populações mais carentes. A violência direta captada pela proporcional quantidade de homicídios em relação às demais regiões e países do planeta evidencia a presença contemporânea das políticas autoritárias do passado sobre as instituições e a disfunção das políticas sociais e de segurança da região. Os números alarmantes de homicídios, superando países que vivem em conflitos armados, com 380 pessoas assassinadas por dia na região, retratando heranças malditas de tempos autoritários e violentos cujas ressacas institucionais persistem.

A insegurança endêmica reflete também a falta de confiança nas instituições, como a visão popular sobre o judiciário e a polícia. Aliás, polícia que “sofre para virar a página de um passado autocrático dominado pela doutrina da segurança nacional advinda da Guerra Fria”, quando a violência política cedeu espaço para a violência criminal” (SANTISO; ALVARADO, 2015, p. 31). Nesse sentido, um dos principais autores dos homicídios tem sido o próprio Estado. “Região mais desigual do mundo, a América Latina continua sendo a mais violenta”. Acabar a pobreza não é suficiente (SANTISO; ALVARADO, 2015).

Tem-se um círculo vicioso em que Estado de Direito e desigualdade social se retroalimentam, em que “a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos” (VIEIRA, 2007, p. 46), com graus de inclusão que reforçam desigualdades e minam o Estado de Direito. Por isso, uma das tarefas magnas na transformação social do direito e compromissória do constitucionalismo na região atenta ao enfrentamento da desigualdade social (BEDIN; CENCI, 2013, p. 36-37).

## 2.2 O ENFRENTAMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL: MELHORIAS MONETÁRIAS COM CONDIÇÕES ESTRUTURAIS INTOCADAS

A naturalização da desigualdade social na América Latina é uma das características sociológicas e um dos desafios políticos e socioeconômicos que melhor sintetizam a história político-jurídica da região, profundamente marcadas por injustiças institucionalizadas – e constitucionalizadas. Razão pela qual esse é uma das matizes obrigatórias para compreensão do funcionamento do constitucionalismo latino-americano, velho ou novo. Qual papel do constitucionalismo, e sobretudo do novo constitucionalismo latino-americano, para a transformação destas estruturas? E que resultados e mudanças seriam possíveis perceber do novo constitucionalismo sobre a desigualdade social? Na medida em que se fundam em ideologias, políticas públicas, cosmovisões e ações vocacionadas a uma “mudança estrutural rumo à igualdade” (CEPAL, 2013), na região mais desigual do planeta, ou são apenas novos textos normativos de efeito cosmético na distribuição de renda, para fundamentar a continuação da mesma tradição autoritária, mantendo a concentração de riqueza, porém sob novas mãos?

Como asseverou Thomas PIKETTY, a “história da distribuição da riqueza jamais deixou de ser profundamente política, o que impede sua restrição aos mecanismos puramente econômicos” (2014, p. 27). Tais condições refletem diretamente nas contradições e anacronismos referentes à coesão social, ou melhor, na fragmentação social que se orienta à solidariedade intraclasses e, portanto, à (ausência de) efetivação dos direitos humanos, tanto civis e políticos quanto sociais, econômicos e culturais. Violações acobertadas por instituições supostamente impessoalizadas e ao mesmo tempo amplamente legitimadas pelo imaginário social hegemônico.

A desigualdade social, indicada pela discrepância da distribuição econômica (renda e riqueza) e de acesso a serviços básicos (saúde e educação, *e. g.*) é o meio pelo qual se permite captar o quanto de equidade ou iniquidade existe no compartilhamento da riqueza gerada por uma mesma sociedade nacional. Tais indicadores apontam os resultados dos esquemas político-econômicos vigentes e juridicamente ordenados – o Direito em sua tradicional função de manutenção do *status quo*.

Sob um olhar teórico, o fato social da desigualdade e sua naturalização aduz um sistema estruturado na “colonialidade do poder” que se impõe sobre

aqueles que Jessé de SOUZA bem caracterizou como “excluídos e desclassificados” (2003, p. 91). Para Alejandro MEDICI, a “Colonialidad del poder que se identifica en la historia de desigualdades sociales y formas de opresión socioeconómica y cultural propias de una sociedad poscolonial, (...)” (MEDICI, 2013, p. 21).

É preciso reconhecer que os indicadores da “desigualdade social” são veiculadores de uma cosmovisão que tem marcas da colonialidade moderna, por expressar expectativas de vida e modelos mais ligados aos centros do capitalismo global, do Norte Global. Ainda que tenham uma construção dinâmica e dialógica, tais indicadores são limitados para uma leitura mais ampla sobre as formas de vida, na variabilidade antropológica, e de distintas cosmovisões—como se pode denotar pelas demandas específicas dos povos originários que só na Bolívia são mais de 50% da população. Com tudo isso, não se pode dispensar a realidade que tais indicadores descortinam e desnudam sobre a história social e política de *Nuestra América*.

Do ponto de vista do entrelaçamento das questões políticas, econômicas e jurídicas, sociedades que vivem sob ampla desigualdade social tem caminhos abertos para que o direito vigente seja sobretudo um mecanismo de dominação em favor das classes economicamente mais abastadas, cuja funcionalidade é reflexo de uma deformação originária, servindo e protegendo poucos em detrimento de muitos. De modo que a suposta igualdade perante a lei, acobertada pelo manto da neutralidade e imparcialidade das formas jurídicas, torna-se o algoz da pobreza e o legitimador da exclusão. Tudo isso é absolutamente pertinente para pensar a tarefa prioritária do constitucionalismo na América Latina pois é a região do planeta com as maiores desigualdades sociais, incluídas aí as econômicas e de acesso a serviços básicos.

Por isso, a desigualdade social é uma questão caracterizadora do *pathos* societal latino-americano, reflexo de um arranjo político-econômico plurigeracional, que tem o poder de condenar o Estado de direito a mera retórica, ampliando o fosso entre a realidade social e o Direito.

Mesmo com alguns progressos na redução da pobreza extrema realizada após o ano 2000, as condições histórico-estruturais que instituem o *status quo* de sociedades caracterizadas por comporem a região mais desigual do planeta se mantém. Um estudo sobre os programas de transferência direta de renda na América Latina e Caribe reforça isso, ao afirmar que as melhorias nos indicadores de desigualdade de renda e de pobreza ocorreram do ponto

de vista monetário, “embora permaneçam intocadas as condições estruturais da questão social latino-americana e do Caribe” (LIMA et. al, 2014, p. 68) – conclusão obtida com uma base estatística ampla e tendo em vista relatórios da CEPAL entre outras fontes.

De modo geral, as melhorias na condição de renda e redução da pobreza garantidos após 2003 pelos programas de transferências de renda, mudanças no mercado de trabalho e aumento do piso salarial, se deram com a inclusão dos indivíduos na condição de consumidores, sem correspondentes esforços para inclusão na cidadania. A inclusão no consumo que pode bem corresponder à submissão dos beneficiários à lógica de mercado – passando da condição de invisíveis à consumidores. Cabe afirmar que tais mudanças aconteceram onde houve e onde não houve “novo” constitucionalismo.

Se o “novo” constitucionalismo latino-americano é guiado pelo mote decolonial, de ruptura e atendimento às demandas sociais históricas de grupos invisibilizados, como e por quais razões *não* foi capaz de refazer as estruturas que mantém a desigualdade social, notadamente no que diz respeito à distribuição de riqueza? Evidente que isso pode ser compreendido como um estágio no processo de transformação que visa reformular estruturas mais profundas, mas é fundamental afirmar que essas “estruturas mais profundas” seguem praticamente intocadas.

Já no que diz respeito ao tratamento dos povos originários, parece haver mudanças substanciais.

### 2.3 A RESSIGNIFICAÇÃO DA “QUESTÃO INDÍGENA” E O RECONHECIMENTO DAS EPISTEMOLOGIAS DO SUL

O “novo” constitucionalismo destaca-se ao afirmar a plurinacionalidade, e, nesse contexto, promover o reconhecimento dos povos indígenas originários, ou como aborda a Constituição boliviana no guarda-chuva da expressão dos “indígenas originários campesinos”, de maneira nunca antes realizado na região. Soma-se a tal inovação a perspectiva biocêntrica da Constituição do Equador ao reconhecer direitos à natureza ou “Pacha Mama” no assumpção de uma cosmovisão que também rompe com a perspectiva liberal. Ambas identificando no “bem-viver” o meio de realização dos projetos de vida de suas cidadãs e cidadãos.

A plurinacionalidade enquanto condição de compreender os povos originários como cidadãos plenos e capazes, em direitos e deveres, expressando

sua legitimidade por preservar não apenas tradições folclóricas e ritualísticas, mas também de implicações jurídicas mais densas como o reconhecimento do pluralismo jurídico, reflete um novo modo de autocompreensão do sujeito latino-americano, cada vez mais conjugado num sentido pluralista e inclusivo.

A novidade inserida não diz respeito apenas ao reconhecimento de direitos, mas constitui um novo modo de dialogar com a cosmovisão dos povos originários, agora de modo equitativo, com alteridade, na expressão autêntica acerca do modo de compreender e incluir esses povos, seus saberes e modos de vida. Afirma a legitimidade acerca de outra maneira de compreensão de vida, antropológica portanto, expressando uma ressignificação da própria narrativa histórica que forjou a formação dos povos latino-americanos, fazendo emergir com orgulho e não mais com o desagravo e a subestima que havia marcado a condição dos povos originários, as civilizações do período pré-colombiano. Contribuindo, assim, acerca da constituição da sua própria identidade. Identidade na diversidade que é o que constitui o sentido a plurinacionalidade.

Essa “alteridade constitucional”, como bem conceituou Félix Pablo FRIGGERI, o original e o radical do novo constitucionalismo foi dado fundamentalmente pelo indígena, assentado num referencial de pluralismo jurídico igualitário. Para Friggeri, a ruptura que se produz no pluralismo jurídico assentado em formas jurídicas indígenas põe em questão toda vertebração do direito de matriz liberal

el principio de autodeterminación de los pueblos que está unido a su reconocimiento como naciones o nacionalidades originarias, o sea al principio de plurinacionalidad, políticamente mucho más ‘ofensivo’ para el carácter liberal/capitalista/colonial de nuestros estados (2014, p. 224).

Nessa linha, Marcio Bernardes e Ana Balim concluem que é preciso ajustar a lente para compreender a mudança paradigmática em curso, com a reformulação dos conceitos na luta pós-moderna “pela emancipação humana e reapropriação social da natureza” para este laboratório latino-americano de construções contra-hegemônicas emancipatórias. Alternativas evidenciadas no novo constitucionalismo enquanto processo constituinte aberto, que substituem a lógica do desenvolvimento pelo bem viver (Sumak Kawayay e Suma Qamaña) (2015, p. 106-107).

Razão pela qual Friggeri aponta o desafio de um aporte antropológico de alteridade, entendendo que o que há de mais autenticamente latino-americano é justamente o indígena – “antropología como elemento clave

para el diálogo de saberes” (2014, p. 230), ciente dos desafios políticos enfrentados, radica-se enquanto um modo de enfrentamento e conteúdos descolonizadores radicalmente alternativos. Trata-se de uma preocupação acerca da colonialidade não como algo situado no horizonte além-mar, mas na pré-compreensão dos sujeitos que operam a institucionalidade latino-americana, condição epistêmica geograficamente deslocada em relação a sua realidade histórica.

Por tais razões, a abordagem da dita “questão indígena” emerge sob uma nova roupagem, que não apenas do reconhecimento de direitos civis e políticos engendrados na civilização ocidental, para povos indígenas originários, como um *plus* de reconhecimento. Muito além disso, o chamado novo constitucionalismo latino-americano traz de modo absolutamente novo sob o ponto de vista normativo, constitucional, o reconhecimento da epistemologia legada dos povos originários – conectando a questão indígena às epistemologias do Sul, enquanto saberes capazes de produzir verdades e modos de vida ainda que contraditórios aos referências hegemônicas no capitalismo ocidental.

Os desafios do novo constitucionalismo latino-americano apontam a demanda por uma epistemologia ainda por ser desvelada, que não pode ficar a cargo de meios institucionais titubeantes. A resposta sobre como promover a descolonização do Direito não foi dada – por mais que o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia tenha sua unidade de descolonização, os resultados jurisprudenciais do seu labor ainda demonstram que o reconhecimento do pluralismo é um desafio cuja compreensão/aplicação estão por se desenvolver.

De outro lado, se o objetivo da abordagem das epistemologias do Sul é a denúncia da supressão de conhecimentos, ante a força epistêmica do colonialismo do “universalismo europeu”, e o conseqüente resgate das culturas subalternizadas sobreviventes, o esforço decolonial/descolonial surge de uma matriz epistêmica anteriormente colonizada, e agora, justamente o ser já colonizado assume, por meio de instrumentos colonizados/colonizadores como a constituição, descolonizar? O constitucionalismo, fruto da assumpção conceitual e técnica do direito moderno que decorre do universalismo europeu, é o instrumento usado para descolonizar? Pelo visto a resposta a ambas questões é sim. Essa é a contradição, e não mero paradoxo – esperar que os instrumentos jurídicos próprios do tão criticado europeísmo promovam a descolonização.

### III. CONSIDERAÇÕES FINAIS: DESAFIOS ANTIGOS, EXPERIMENTOS NOVOS

O constitucionalismo liberal oitocentista, francês e estadunidense, mesmo incluindo o vértice inglês, cumpriu sua função. Função ambígua, de servir enquanto plataforma para *transformações* jurídico-políticas, bem como para a *manutenção* do *status quo ante* em relação às estruturas econômicas – rupturas e continuidades, por mais que tenham se forjado no marco de revoluções, no contexto do desenvolvimento do liberalismo econômico e político. Ou seja, cumpriram importante papel histórico em seu contexto histórico-cultural. Razão pela qual se faz necessária uma abordagem que abarque a especificidade latino-americana pelo recorte do constitucionalismo em sua dinâmica regional, por isso, uma sociologia constitucional localizada.

Nesse contexto é que se buscou compreender os papéis do novo constitucionalismo latino-americano, notadamente da Bolívia e Equador, por trazerem novidades sedimentadas na(s) cultura(s) dos povos originários. São experiências constitucionais bastante recentes, que geram grandes expectativas, e ao mesmo tempo demonstram persistentes os velhos desafios da sociedade latino-americana calcado no círculo vicioso e reciprocamente degradante das fragilidades do Estado de Direito e a aviltante desigualdade social. Dito de outra forma, o “novo” do constitucionalismo latino-americano que se faz com *rupturas* institucionais pela inclusão social e política de grupos sociais tradicionalmente invisibilizados também é carregado de *continuidades* de práticas políticas históricas, por vezes autoritárias e violadoras dos direitos humanos.

O dito novo constitucionalismo carrega consigo os velhos desafios e práticas também historicamente viciadas, pois registradas no DNA da cultura política, que degradam a cidadania – reafirmando que a novidade no papel não basca, como já alertava há centenas de anos Ferdinand Lassalle. Nessa linha, é importante salientar que a Constituição não pode ser um instrumento de legitimação de programas de governo – sob pena de cada governante ou ciclo político-partidário demandar uma nova constituição, garantindo o não cumprimento do seu papel histórico. O constitucionalismo não pode se prestar a isso, sob pena de a Constituição não passar de mera *folha de papel*.

O constitucionalismo latino-americano inaugura uma trajetória autêntica que pouco se coaduna com o mimetismo da historicidade constitucional europeia. A ausência de rupturas, a defesa de interesses externos e elitistas, a

confusão entre Estado e governo, bem como a representação do liberalismo sob o manto da proteção dos interesses meramente patrimoniais, sem as liberdades que o corresponderiam são alguns dos traços peculiares que evidenciam a necessidade de uma abordagem específica para *Nuestra América*. Trata-se de um cenário em movimento e de profundas transformações, cujos problemas históricos recém começaram a ser enfrentados, e os novos já são colocados em tela.

Contradição ou paradoxo é esperar que os instrumentos jurídicos próprios do tão criticado europeísmo promovam a descolonização. Ou seja, tentar fazer com que o constitucionalismo, o direito moderno e os tribunais, que sempre funcionaram como mecanismos homogeneizadores da realidade latino-americana, supressor da diversidade cultural, agora cumpra o papel inverso, na contramarcha das culturas em que foram forçadas. A possibilidade de ruptura com o direito e estado moderno (MAGALHÃES, 2016) por meio do constitucionalismo ainda é uma expectativa e não uma realização.

Posto isso, sob que hipótese o novo constitucionalismo cria algo efetivamente novo? Sob que referenciais identificar o novo, sem fazer uma busca com as velhas lentes eurocêntricas e de saberes hegemônicos? A viragem a ser produzida pelo constitucionalismo latino-americano não é na efetivação de direitos sociais, tão urgentes neste quadrante do planeta, mas pode ser o guião para uma viragem epistêmica de reconhecimento. O constitucionalismo latino-americano como constitucionalismo da alteridade – pelo menos do ponto de vista da interculturalidade (plurinacionalidade).

Como bem observou Moncayo, “Quizás, el principal equívoco se encuentra entre lo que, com el deseo, creemos ver em las nuevas constituciones y lo que en verdad son” (MONCAYO, 2013, p. 164). Afinal, o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano navega num oceano de contingências diacrônicas, que são complexas e por vezes contraditórias, razão pela qual situá-lo numa perspectiva unidirecional, emancipatória e decolonial, talvez seja assumir uma pretensão ingênua, senão prematura ante a novidade de seus conteúdos e a incerteza dos resultados efetivos de suas práticas recentes.

#### IV. REFERÊNCIAS

- BALDI, Cesar. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>>. Acesso em 22 jun. 2014
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e Giro Decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n.

11, Brasília, maio-agosto de 2013, p. 89-117.

BEDIN, Gilmar; CENCI, Ana. O Constitucionalismo e sua Recepção na América Latina. Uma leitura das fragilidades do Estado constitucional na região e suas possibilidades de realização. In: ARAUJO, L. Ernani; SILVA, Rosane L. da; TYBUSCH, J.. **Direitos Emergentes na Sociedade Global**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013, p. 13-48.

BERNARDES, Márcio de Souza; BALIM, Ana Paula C.. Soberania Contemporânea e as Possibilidades da Constituição do Comum no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. **Soberania e Meio Ambiente**: a soberania ambiental visa do lado de cá. Curitiba: CRV, 2015, p. 77-110.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRANDÃO, Pedro A. D. M.. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano**: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay). Dissertação de Mestrado do Programa de PG em Direito da UFPE. Orientador: Bruno Galindo. Recife, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos n. 7. Coimbra: Gradiva, 1999.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Compiladores). **El Giro Decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État de Droit**. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. **La Dinámica de la Libertad**: evolución y análisis del concepto de libertad política en el pensamiento liberal. Tesis Doctoral. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno**: novas perspectivas. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FAJARDO, Raquel Z. Y. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. IN: GARAVITO, César Roberto (Org.). **El Derecho en América Latina**. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo 21, p. 139-184.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte**. A legitimidade recuperada. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bolonia: Il Mulino, 1999.

FRIGGERI, Félix Pablo. “Alteridad Constitucional”. Nuevo constitucionalismo y principios indígenas: de la incoherencia a la revolución. **Cadernos PROLAM/USP**. Num. 25, julho 2014, p. 173-187.

GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento

GARGARELLA, Roberto. 2003. El período fundacional del constitucionalismo sudamericano (1810-1860). **Desarrollo Económico**, 43(170):305-328.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**: promesas e interrogante. Santiago: CEPAL, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HUMAN RIGHTS WATCH. World Report 2015: events of 2014. Disponível em: <[https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015\\_web.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf)>. Acesso em 7 ago. 2015.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Observatório de Homicídios**. Disponível em: <<http://homicide.igarape.org.br/>>

org.br/>. Acesso em 7 ago. 2015

jurídico del siglo XXI.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LA VANGUARDIA. **Um 87% de presos no tienen sentencia en Bolívia**. Disponível em: < <http://www.lavanguardia.com/internacional/20140324/54404032865/87-presos-no-sentencia-bolivia.html>>. Acesso em 8 ago. 2015.

LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma Constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 288.

LIMA, Valéria Ferreira Santos de Amada; REIS, Carlos Nelson dos; ARREGUI, Carola C.; TRIPIANA, Jorge. Contextualização socioeconômica e política dos PTRC na América Latina e Caribe. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Programas de Transferência de Renda na América Latina e Caribe**. São Paulo: Cortez, 2014, p. 37-84.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A tensão entre democracia e constituição e a alternativa democrática consensual. **Revista Jurídica**, v. 4, p. 16-23, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 11, p. 119-132, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Novo Constitucionalismo Indo-afro-latinoamericano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 13, n. 26, dez. 2010, p. 83-97.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano II: rupturas e diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte. N. 28, p. 20-19, jan.-abr. 2016.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Traducción de Francisco Javier Ansúategui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. Indianapolis: Cornell University, 1975.

MEDICI, Alejandro. Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. **El Otro Derecho**. N. 48. Debates Constitucionales em Nuestra America. ILSA, Bogotá, diciembre 2013, p. 19-44.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGNOLO, Walter. **La Idea de America Latina: la herida colonial y la opción decolonial**. Barcelona: Gedisa, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Preliminares: o Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MONCAYO, Héctor-León. Las Nuevas Constituciones en América Latina : algunas reflexiones de contexto. **El Otro Derecho**. Debates Constitucionales en Nuestra América. ILSA, Bogotá, diciembre 2013, p. 135-167.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. **Journal of World-Systems research**, Special Issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein – Part I, vi, 2, summer/fall 2000, 342-386.

SANTISO, Carlos; ALVARADO, Nathalie. Insegurança Endêmica na América Latina: reduzir a pobreza não é suficiente. In: **Le Monde Diplomatique Brasil**. Junho de 2015, p. 30-31.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina**. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima. Julho 2010.

SOUZA, Jessé. A Gramática Social da Desigualdade Brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 19, n. 54, Fevereiro de 2004, p. 79-97.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Almeida Maia, MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**; 5(2): p. 122-132, julho-dezembro 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. Vol. 4, N. 6, 2007, p. 29-51.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. São Paulo: ABDConst, 2009, p. 143-154.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

# DO DIREITO SOFT<sup>2</sup> AO DIREITO HARD<sup>3</sup> EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Jânia Saldanha<sup>4</sup>

*“Nos encontramos frente a fuerzas que operan en la penumbra, sin bandera, con armas poderosas, apostadas en los más variados lugares de influencia.” Salvador Allende.*

## INTRODUÇÃO

A interdependência crescente entre Estados e entre esses e atores econômicos tem promovido uma redistribuição de poderes em nível global. Refletir sobre as interações desse conjunto de atores que determinam a agenda política e econômica interna e internacional, pressupõe que se compreenda no âmbito do jogo de forças que baliza suas capacidades decisórias, a existência de uma dinâmica interativa que ocorre tanto em nível horizontal quanto vertical.

O desenho global, assim, evidencia-se hoje não apenas mais complexo, mas, sobretudo mais pluralista, porquanto a rede global de relações, isto é, entre Estados reciprocamente, entre esses e os atores econômicos transnacionais, desses entre si e todos eles com os atores civis, grupos, ONGS, experts, etc, não cessa de crescer, de incluir e de excluir.

Não se pode ignorar, especialmente, que o aumento dos poderes dos atores não estatais que interferem na economia e na vida política dos Estados tem promovido, ao longo de décadas, a necessidade de redesenhar a governança mundial em termos de direitos, deveres e responsabilidades. E, se é verdadeiro que temos assistido a um crescimento exponencial da participação

---

2. Uso o termo no sentido de voluntarista, de não obrigatório

3. Uso o termo no sentido de obrigatório e vinculante.

4. Professora Pós-Doutora em Direito da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Professora visitante da USP- Universidade de São Paulo - CEPEDISA (ano 2018). Advogada.



dos atores cívicos nas decisões globais, é também correto admitir que frente ao poder dos Estados e dos atores econômicos transnacionais, sua força persuasória e capacidade de resistência ainda são frágeis e estão à espera de maior mobilização, participação e reconhecimento.

Com efeito, o tema da responsabilidade das empresas transnacionais por violação de direitos humanos insere-se nessa dupla perspectiva: responsabilizar os atores econômicos e potencializar a capacidade dos atores civis – as vítimas – de verdadeiramente experimentarem a proteção e o respeito aos seus direitos humanos. Esse objeto de estudo é, como se sabe, não apenas relativamente novo quanto ainda destituído de uma base teórica sedimentada.

Estudiosos dos quatro cantos do mundo estão empenhados em construir tal base teórica a fim de determinar responsabilidades e alterar conceitos jurídicos cristalizados pelas tradições dos Estados e pelo direito internacional clássico ambos incapazes, hoje, de gerar respostas satisfatórias aos efeitos violadores de direitos humanos que as interações acima referidas, produzem. Assim, está na ordem do dia da internacionalização do direito mudar a natureza jurídica das regras e dos *Standards* internacionais sobre responsabilidade das empresas transnacionais passando de um direito *soft*<sup>5</sup>, então *mou*, porque facultativo; *flou*, porque impreciso e; *doux*, porque destituído de sanções, para um direito *hard*, isto é, obrigatório, preciso e sancionador. Essas são questões transversais a este texto que é parte de um estudo maior sobre responsabilidade das empresas por violação de direitos humanos e que será finalizado na forma de livro.

Ao nos valermos do método hermenêutico filosófico e da técnica procedimental da pesquisa em documentos, dados empíricos e doutrina nacional e estrangeira, intentamos demonstrar, como ponto de partida, o período temporal da emergência da responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos ainda como um direito *soft*. Tal período pode ser dividido em três fases. As duas primeiras no âmbito do aparecimento de um quadro jurídico no âmbito da ONU que não alcançou plena vigência e efetividade. A terceira, também proveniente da ONU, mas dotada de maior impacto em nível global e representada pelos Princípios Diretores sobre direitos humanos e empresas (Parte 1).

Mesmo que esses Princípios Diretores, como será visto, representem

5. DELMAS-MARTY, Mireille. Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation. Paris: Seuil, 2016, p. 59.

grande avanço em termos de atribuição de obrigações e responsabilidades tanto aos Estados quanto aos agentes econômicos por violação de direitos humanos, resta inconclusa a atribuição da natureza *hard* às suas previsões e inacabada a resposta ao problema da partilha de responsabilidades entre os Estados e as empresas transnacionais. Trata-se de uma verdadeira batalha entre aqueles que defendem sua natureza obrigatória e aqueles que pugnam por sua facultatividade e voluntariedade.

Assim, o processo de endurecimento progressivo da responsabilidade das empresas transnacionais por violação de direitos humanos está em curso. Faz parte dele a criação de um tratado internacional, fruto da resistência dos atores cívicos e de alguns Estados aos Princípios Diretores. O primeiro esboço desse tratado foi apresentado no mês de julho de 2018 na ONU e é dele que nos ocupamos na segunda parte deste artigo, sem qualquer pretensão de esgotar a análise empreendida até aqui. (Parte II).

## Parte 1: A emergência de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos: oferecendo um direito “soft”

Duas décadas após o final da Segunda guerra mundial, ainda no auge da guerra fria e na plena emergência do modelo econômico neoliberal e da globalização econômica, passou a fazer parte da atenção das Nações Unidas o problema da repercussão sobre os direitos humanos da atuação econômica das empresas transnacionais e do seu potencial violador desses direitos. Em decorrência disso é que surgiram os primeiros esboços de um quadro jurídico voltado à responsabilização<sup>6</sup> desses atores que se tornaram globais (Sub-parte 1.1). Os Princípios Diretores da ONU relativos às empresas e direitos humanos constituíram-se no passo mais avançado para atingir-se o objetivo de responsabilizar empresas por violação de direitos humanos (Sub-parte 1.2).

### 1.1. O APARECIMENTO DO QUADRO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ONU E AS DUAS PRIMEIRAS FASES

Entre 1945, ano da criação da ONU e a década de 70 do século passado, essa organização internacional não dedicou a sua atenção à atuação

6. Uma obra de referência na matéria é: MARTIN-CHENUT, Kathia. QUENAUDON, René de. *La RSEsaisie par le droit. Perspectives interne et internationale*. Paris: Pedone, 2016.

das ETNs – empresas transnacionais - no mundo. Entretanto, fatores correlatos ao desenvolvimento da economia de mercado e do neoliberalismo no final da década citada, não apenas estimularam quanto modelaram a intensa mobilidade dessas empresas e a sua forma de atuação. Em nível global, elas conheceram expansão, ultrapassaram fronteiras e determinaram modelos de administração e de relações de trabalho.

Esses entes privados, desde aí, contribuíram para a transformação da própria teoria do direito, na medida em que passaram a ser “fabricantes de normas”<sup>7</sup> e, com isso, atores, dentre outros, decompositores do “modelo hierárquico” que restou por ser suplantado pelo “modelo interativo” caracterizado pela proliferação de normas<sup>8</sup> produzidas por atores variados que passaram a concorrer com os Estados. Assim, as ETNs, amiúde, passaram a competir com esses últimos na imposição de regras de trabalho, de produção de bens e serviços e de estabelecimento em países diferentes da sede, regras estas, invariavelmente, impostas pelas denominadas “empresas mãe”.

Com efeito, um grande número de países em desenvolvimento abriu as portas para esses atores em nome da expansão da economia, da geração de empregos e da produção de riquezas.

Porém, se tais ideais em alguma medida lograram ser alcançados foram, também, acompanhados dos efeitos perversos da atuação das ETNs que, em nome da lógica da maximização dos lucros para obterem crescimento, não prescindiram da prática de atos e de políticas empresariais violadores de direitos humanos e da exploração das riquezas naturais dos países. A fragilidade política e econômica de muitos Estados, ao longo do tempo, tem sido um fator recorrente e estimulador das ações nocivas dessas empresas especialmente pela timidez ou até mesmo inexistência de imposição de responsabilidades.

A denominada “arquitetura da impunidade”<sup>9</sup> não apenas estimulou a proliferação desses atores globais, quanto fez dos Estados seus verdadeiros cúmplices os quais, a despeito de promoverem o desenvolvimento favoreceram,

7. Neste trabalho não será feita a distinção entre “regras” e “normas” conforme o fazem alguns teóricos do direito como Ronald Dworkin. Embora não se desconheça a diferença entre ambas, nos ocuparemos de usar uma ou outra expressão tendo o sentido de regra como texto que determina comportamento, seja produzido pelo Estado ou por outros atores.

8. As duas expressões são de DELMAS-MARTY, Mireille. Où va Le droit? Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nos guider vers une mondialité apaisée? In: *La semaine juridique*. Édition-Générale, n. 14, 2 avril 2018, p. 681.

9. A referência pode ser encontrada em: RAMIRO, Pedro. GONZÁLES, Erika. *Las empresas transnacionales em la arquitectura de la impunidad: poder, corrupción y derechos humanos*. Disponível em: <http://omal.info/spip.php?article8265>. Acesso em 29 de julho de 2018.

internamente, a criação de políticas e legislações favoráveis aos interesses dos agentes econômicos transnacionais. “Blindados” em seus direitos, esses últimos, baldada a motivação de promoverem desenvolvimento econômico e justamente para atingir esse objetivo, praticam o desrespeito aos direitos humanos, à soberania dos Estados e à democracia.

Já em 1972, em seu memorável e inolvidável discurso perante a Assembleia Geral da ONU, Salvador Allende<sup>10</sup> denunciou a situação em que a economia de Estados, como a do Chile, estava submetida aos interesses das “empresas capitalistas estrangeiras”. Tais empresas, a par dos interesses econômicos, como se sabe, ao longo do tempo exerceram e exercem ainda hoje, verdadeira interferência política nas questões internas dos Estados.

Não se pode ignorar, também, que foi com o beneplácito dos Estados que as ETNs proliferaram e encontraram campo fértil para “produzir desenvolvimento” à custa dos direitos humanos, os quais, como a experiência demonstra, são empregados como elementos do discurso empresarial<sup>11</sup> por meio da prática do *greenwashing*.

Veja-se que a partir dos anos oitenta, catástrofes provocadas pela ação das então nominadas “multinacionais” passaram a chamar a atenção da comunidade internacional. O caso da catástrofe do gás ocorrida em Bophal na Índia<sup>12</sup>, no ano de 1984; o caso da exploração do trabalho infantil pela empresa Nyke<sup>13</sup> e que veio à tona nos anos 90; os efeitos perversos da exploração do petróleo na região dos povos Ogoni<sup>14</sup>, na Nigéria, em 1995; a devastação natural e a violação dos direitos ancestrais dos indígenas pela atuação da empresa Chevron no Equador<sup>15</sup>, por mais de 30 anos; a atuação em iguais parâmetros da empresa Michelin na Índia<sup>16</sup>; a tragédia

10. ALLENDE, Salvador. *Discurso na ONU em 4 de dezembro de 1972*. Disponível em: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7739.html>. Também disponível em: <http://www.abacq.net/imagineria/cronolo4.htm>. Acessos em 28 de maio de 2018.

11. DEVA, Surya. *Empresas e derechos humanos. Algunas reflexiones sobre El camino a seguir*. In: *Derechos humanos e empresas. Reflexiones desde América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San Jose, 2017. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20170808\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_02.pdf). Acesso em 29 de maio de 2018.

12. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal>. Acesso em 30 de maio de 2018.

13. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/nike-lawsuit-kasky-v-nike-re-denial-of-labour-abuses-0>. Acesso em 2 de abril de 2018.

14. CHINOYOKA, Tinomudaishe. The Ogoni case revisited: should corporation, likes states, bear obligations to respect & protect human rights. *Revista de Direito UFMS*. V. 3. N. 2. Jul/Dez. 2017, p. 37-52. Disponível em: <http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5162/4154>. Acesso em 5 de abril de 2018.

15. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador>. Acesso em 4 de abril de 2018.

16. Ver em: <https://www.business-humanrights.org/en/the-french-oecd-national-contact-point-clears>

de Rhana Plaza<sup>17</sup>, ocorrida em 2013, em Bangladesch e; a tragédia de Mariana<sup>18</sup>, ocorrida no Brasil em 2015, são apenas alguns exemplos mais antigos e mais recentes dessa lógica empresarial.

Com efeito, desde os anos setenta tal situação passou a chamar a atenção da ONU. Surya Deva<sup>19</sup> talvez tenha sido o pensador que melhor tenha descrito os sucessos históricos desta Organização internacional para implementar um sistema normativo destinado a regular a atuação das ETNs no mundo. Para Deva, essa jornada pode ser dividida em três fases.

### 1.1.1. A primeira fase

A primeira fase tem início na década de 70 e estende-se à primeira metade da década de 90. Em 1972, o Conselho Econômico e Social da ONU emitiu a Resolução nº 1721 (LIII)<sup>20</sup> por meio da qual requisiava ao Secretário Geral a constituição de um grupo de especialistas para estudar os efeitos das ETNs nas relações internacionais. Tal medida seguramente representava a preocupação da ONU quanto ao fato de que, nesse tempo, inúmeros regimes autoritários em distintos lugares do globo, alcançaram o auge ou estavam implantando-se, como foi o caso da Argentina, Brasil e Chile, nas Américas e da África do Sul<sup>21</sup>, na África.

Em 1974 o grupo de especialistas nomeado apresentou o *ReportsofEminentPersons* que recomendou a criação de uma Comissão sobre empresas transnacionais. Constituída por 48 pessoas, essa Comissão, em 1976, estabeleceu como prioridade um Código de Conduta Global para todas as ETNs, cujo primeiro esboço foi apresentado no ano de 1982. No mesmo período em que essa Comissão realizava estudos para a redação de um documento final

-michelin-india. Acesso em 20 de abril de 2018.

17. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/the-rana-plaza-building-collapse-in-bangladesh-one-year-on-0>. Acesso em 6 de abril de 2018.
18. Sobre esse caso veja-se nosso texto: BOHRZ, Clara Rossato. SALDANHA, Jânia. Dupla influência e dupla projeção entre o global e local: O “Caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. No prelo, a ser publicada pela Revista Internacional Direitos Humanos e Empresas, vinculada ao HOMA.
19. DEVA, Surya. *Regulating corporate human rights violations. Humanizing business*. London/New York: Routledge, 2012. Veja-se também: FEENEY, Patrícia. A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy. *SUR*. Volume 6. N. 11. Dez/2009, p. 175-191.
20. ONU/UNCITRAL. *The impactofmultinationalescorporationsonthedevelopmentprocessandinternationalrelations*. Disponível em: [https://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/unc/unc-6/acn9\\_83\\_e\\_ocr.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/unc/unc-6/acn9_83_e_ocr.pdf). Acesso em 10 de abril de 2018.
21. Disponível em: [https://www.escri-net.org/sites/default/files/a\\_history\\_of\\_un\\_progress\\_towards\\_developing\\_human\\_rights\\_business\\_standards.pdf](https://www.escri-net.org/sites/default/files/a_history_of_un_progress_towards_developing_human_rights_business_standards.pdf). O regime de segregação racial na África do Sul teve início no ano de 1948 e estendeu-se até 1991. No ano de 2002 aproximadamente 60.000 vítimas de violação de direitos humanos por parte de ETNs americanas que contribuíram com o regime de *apartheid* ingressaram na justiça de Nova York buscando a responsabilização das mesmas.

na forma de um Código de Conduta, houve a proliferação exponencial das ETNs, as quais passaram a instalar-se nos países em desenvolvimento, grande parte delas originárias dos países do norte.

As discussões e resistências relacionadas ao esboço do Código de Conduta ocuparam muito mais a atenção dos Estados do que dos atores privados, isto porque os países desenvolvidos tinham pretensão de que fossem mantidos os acordos bilaterais com as ETNs na medida em que os mesmos protegiam seus interesses econômicos e de expansão. A resistência também partiu dos países em desenvolvimento, justamente porque viam na presença das empresas em seu território, embora a existência de tensão entre as polícias econômicas internas e a ânsia por maximização dos lucros dos atores econômicos, uma oportunidade de investimentos, de transferência de tecnologia e de geração de empregos especializados.

O esboço do Código de Conduta apresentou em seu § 14 menção aos direitos humanos nas atividades das ETNs, o que comprovou ser a preocupação com os mesmos algo que chamava a atenção dos seus redatores. Assim, em 1990 foi apresentada a versão final do referido Código. No entanto, ela foi abandonada no ano de 1992, uma prova evidente do efeito invasivo das políticas neoliberais sobre a atuação da ONU<sup>22</sup> e a desconsideração das tragédias provocadas pela atuação das ETNs nas décadas anteriores, como a de Bophal. Além disso, o decesso do Código de Conduta decorreu não apenas das mudanças na atuação da ONU, no período da gestão do Secretário Geral Boutros-Ghali, quanto também decorreu da divisão entre países desenvolvidos e em desenvolvimento acerca dessa mesma atuação.

### 1.1.2. A segunda fase

A segunda fase transcorreu de 1993 a 2005. A pressão da sociedade civil, seja por meio dos movimentos sociais, seja pela ação das organizações não governamentais fez com que o debate sobre a criação de um instrumento normativo internacional para regular as atividades

22. Veja-se sobre o tema: FÁRIA Jr. Luiz Carlos Silva. *A batalha de Davi contra Golias: uma análise neogramsciana da agenda das Nações Unidas em Direitos Humanos e Empresas*. Universidade Federal de Juiz de Fora. Dissertação de Mestrado., 2015, p. 60. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/3839>. A referência está também em: ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. *Responsabilidade como Legitimação: Capital Transnacional e Governança Global na Organização das Nações Unidas*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, 2010.

das empresas transnacionais fosse retomado.<sup>23</sup>

Assim, em 1997, no âmbito do atual Conselho de Direitos Humanos foi criado um grupo de trabalho especial – Grupo de Trabalho sobre Métodos de Trabalho e Atividades das Corporações Transnacionais - interno à Subcomissão para a promoção e proteção de direitos humanos, incumbido de analisar a atuação das empresas transnacionais. Tal grupo, no ano de 1998, deu início à criação de um conjunto de normas de condutas para as empresas<sup>24</sup>.

Em 1999, um dos membros desse grupo de trabalho, o professor David Weissbrodt<sup>25</sup>, elaborou o primeiro esboço de um Código de Conduta para as empresas multinacionais. Sucessivamente, outros esboços foram elaborados após a consulta a inúmeros *stockholders*.

Em 13 de agosto de 2003 através da Resolução nº 16, a Subcomissão para a promoção e proteção de direitos humanos aprovou<sup>26</sup> o *draft* das “Normas sobre responsabilidades das corporações transnacionais e outros empreendimentos privados com relação aos direitos humanos”<sup>27</sup> e o transmitiu ao Conselho de Direitos Humanos, o qual jamais o aprovou.<sup>28</sup> Tal desaprovção foi rechaçada pelos movimentos sociais e pelas ONGs como a Anistia Internacional, o Greenpeace e a Rede DESC que buscavam a aprovação das “Normas”, mesmo que as mesmas talvez fossem, como afirmou Deva, “um passo imperfeito na direção certa?”.<sup>29</sup> Para esse autor as “Normas” representavam verdadeiro avanço para estabelecer parâmetros de atuação das empresas transnacionais, em virtude de seis fatores<sup>30</sup>: a) estabelecimento de obrigações gerais de “respeitar, assegurar respeito, prevenir o abuso e promover os direitos humanos; b) expressa referência a Declaração Universal de Direitos Humanos,

23. FÁRIA Jr. Luiz Carlos Silva. *A batalha de Davi contra Goliás: uma análise neogramsciana da agenda das Nações Unidas em Direitos Humanos e Empresas*, op. cit., p. 6.

24. BERNAZ, Nadia. *Business and human rights. History, Law and policy – bridging the accountability gap*. Routledge: London/New York, 2017, p. 185.

25. WEISSBRODT, D., Kruger, M. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights. *American Journal of International Law*, 97(4), 2003. Acesso em 19 de junho de 2018.

26. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/links/res2003-16.html>. Acesso em 19 de junho de 2018.

27. Veja-se em: <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>. Acesso em 19 de junho de 2018.

28. A recusa ocorreu em 2004. O Conselho (antiga Comissão) afirmou que as “Normas” não tinham natureza legal. Sobre os desafios para essa aprovação veja-se as análises de DEVA, Suria. *UN’s Human Rights Norms For Transnational Corporations and Other Business Enterprises: an imperfect step in the right direction?* Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1478&context=ilsa-journal>. Acesso em 19 de junho de 2018.

29. Id., p. 523.

30. DEVA, Suria. *Un’s human rights norms for transnational corporations and other business enterprises: an imperfect step in the right direction*, op. cit., p. 2-3. FÁRIA Jr. Luiz Carlos Silva. *A batalha de Davi contra Goliás: uma análise neogramsciana da agenda das Nações Unidas em Direitos Humanos e Empresas*, op. cit., p. 63.

a Carta da ONU e a outros textos internacionais protetivos dos direitos humanos e usados como fontes de obrigações às empresas transnacionais; c) estabelecimento de obrigações negativas e positivas para as empresas e Estados; d) mudança na gramática das normas do “should” para o “shall”, aproximando-se do perfil de obrigatoriedade das normas e afastando-se da voluntariedade; e) estabelecimento de medidas específicas de monitoramento e; f) aplicabilidade das normativas não restritas às transnacionais, ou seja, aplicáveis a outras empresas.

Se Surya Deva<sup>31</sup>, já em 2004, identificava avanços em tais “Normas”, lembrava dois grandes desafios que deveriam ser enfrentados para responsabilizar as empresas. O primeiro era o do *fórum non conveniens* e, o segundo, a imposição de responsabilidade à empresa mãe por atos das subsidiárias.

Embora a existência dessas “Normas” tenha surgido no âmbito da ONU, Kofi Annan desde 1997 trabalhou no sentido contrário com a visível intenção de aproximar esse órgão internacional aos interesses do capital transnacional. E, de fato, tal aproximação ocorreu no contexto do Pacto Global do ano 2000, na medida em que as grandes corporações o apoiaram. Assim, as “Normas” foram abandonadas e, em 2005 o Secretário Geral da ONU indicou John Ruggie para ser o representante especial da ONU para o tema de Direitos Humanos e Empresas. Ruggie contribuiu significativamente para a elaboração do Pacto Global. Era alguém visivelmente comprometido com os princípios voluntaristas de responsabilidade das empresas transnacionais. E, claro, esse comprometimento ideológico refletiu-se no resultado final do trabalho que ele realizou. Com a sua nomeação encerra-se a segunda fase e dá-se início àquela relativa à atuação do Relator Especial.

## 1.2. O SURGIMENTO DOS PRINCÍPIOS DIRETORES SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: A TERCEIRA FASE

A terceira fase, segundo Deva, transcorre do ano de 2005 a 2011 período em que John Ruggie dedica-se a elaborar os “Princípios Diretores” ou *Guiding Principles* para empresas e direitos humanos. Em paralelo,

31. Op. cit., p. 14.

o Pacto Global<sup>32</sup> da ONU mantinha suas atividades. No conjunto, como referido, tornou-se clara a opção por buscar alternativas *softs* para responsabilizar empresas.

Na verdade, a Resolução nº 2005/69<sup>33</sup> da então Comissão de Direitos Humanos, cujo objeto foi o de justamente demandar ao Secretário Geral da ONU a nomeação de um especialista expressou, em seus termos, tal acanhamento. Nesse sentido, limitou-se a mencionar que o referido especialista deveria: a) Identificar e esclarecer padrões de responsabilidade corporativa e responsabilidade para corporações transnacionais e outras empresas de negócios com respeito a direitos humanos; b) elaborar o papel dos Estados na efetiva regulação da atuação das corporações transnacionais e outras empresas em relação aos direitos humanos, incluindo a cooperação internacional; c) pesquisar e esclarecer as implicações para corporações transnacionais e outras empresas de conceitos como “cumplicidade” e “esfera de influência”; d) desenvolver materiais e metodologias para compreender o impacto sobre os direitos humanos das atividades de corporações transnacionais e outras empresas; e) organizar um compêndio das melhores práticas para os Estados, para as organizações transnacionais e outras empresas.

Identificar, elaborar, pesquisar, desenvolver e organizar foram os verbos utilizados para orientar a construção de um documento destinado a delinear boas práticas ou, como restou finalmente elaborado, a apresentar “princípios norteadores”. Dos termos da Resolução 2005/69 não se poderia deduzir que o objetivo fosse a criação de um marco regulatório obrigatório para as atividades das empresas por violação de direitos humanos.

Em 2006 Ruggie apresenta seu relatório preliminar cujo conteúdo afasta-se claramente das “Normas” de 1999. O comprometimento de Ruggie com os interesses neoliberais e sua opção em adotar o “pragmatismo principiológico”, sacrificou a natureza universal e indivisível dos direitos humanos<sup>34</sup>. Transacionar ou compensar direitos humanos eram, segundo ele, possibilidades derivadas desse pragmatismo. Seguramente, essa parcimônia hermenêutica, errática e ideologicamente comprometida, contribuiu enormemente para manter as empresas violadoras de direitos humanos na situação confortável

da irresponsabilidade, com a qual não apenas estavam acostumadas, mas que visivelmente tudo fariam para que não mudasse.

Em 2007, em novo relatório parcial Ruggie afirmou que a obrigação de respeitar direitos humanos era dos Estados e não das empresas. Em 2008 o Relator Especial apresentou ao Conselho de Direitos Humanos a primeira estrutura do que denominou “proteger, respeitar e remediar” e que, em 2011, por ocasião do relatório definitivo, seria a base dos “Princípios Diretores”<sup>35</sup>. No entanto, se o relatório de 2008 aproximava-se dos “verbos” da Resolução 2005/69, seu conteúdo era ainda muito geral para que as aspirações de “proteger, respeitar e remediar” fossem, de fato, colocadas em prática. Tal insuficiência deu azo à prorrogação do mandato de John Ruggie até o ano de 2011 por meio da Resolução 8/7 do Conselho de Direito Humanos<sup>36</sup>.

Assim, em 2011, finalmente Ruggie apresenta ao Conselho de Direitos Humanos da ONU trinta e um Princípios Diretores sobre direitos humanos e empresas. Eles foram distribuídos em três pilares: proteger, respeitar e remediar.

No pilar relativo à obrigação de “**Proteger**”, o Relator apresentou responsabilidade de dupla face aos Estados por meio de princípios fundadores e de princípios operacionais.

No que diz respeito aos primeiros – princípios fundadores –, o texto previu caber aos Estados a obrigação de proteger em face da violação de direitos humanos praticados em seu território ou em sua jurisdição, por atos de empresas. Além disso, previu caber aos Estados a adoção de medidas apropriadas para punir os autores e impor-lhes reparação. No entanto, o texto é completamente omissivo quanto à proteção dos indivíduos e grupos no caso de o Estado não lograr dar-lhes a proteção efetiva. Além disso, ao centrar a responsabilidade por violações ocorridas no território estatal, deixa sem resposta o problema da responsabilidade extraterritorial.<sup>37</sup>

32. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/events/1627-the-intergovernmental-conference-to-adopt-the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration>

33. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/45377c80c.html>.

34. FARIA Jr. Luiz Carlos Silva. A batalha de Davi contra Golias: uma análise neogramsciana da agenda das Nações Unidas em direitos humanos e empresas, op. cit., p. 69.

35. ONU. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme. Disponível em: [https://www.humanrights.ch/upload/pdf/150518\\_ONU\\_Principes\\_directeurs\\_Entreprises.pdf](https://www.humanrights.ch/upload/pdf/150518_ONU_Principes_directeurs_Entreprises.pdf). Acesso em 10 de julho de 2018.

36. Op. cit., p. 69. O texto da Resolução está disponível em: [http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A\\_HRC\\_RES\\_8\\_7.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf). Acesso em 11 de julho de 2018.

37. Veja-se a crítica de MARES, Radu. *Business and Human Rights After Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress*. Disponível em: <http://rwi.lu.se/app/uploads/2012/06/Business-and-Human-Rights-After-Ruggie.pdf>, p. 39. Acesso em 10 de julho de 2018.

No que diz respeito aos segundos – princípios operacionais – o texto atribui aos Estados funções políticas e regulamentadoras. Cabe a eles, então, adotar medidas mais enérgicas para exercer proteção contra ações das empresas mães ou a elas subordinadas que violem direitos humanos; promover o respeito desses direitos entre as empresas que com ele contratam; fazer garantir que as empresas que operem em zonas de conflito não tomem parte em tais violações; devem zelar para que as políticas internas derivadas da atuação de distintas instituições estatais e que digam respeito à atuação das empresas, sejam coerentes entre si e; devem manter uma margem nacional que seja satisfatória para respeitar os direitos humanos quando eles mantêm relações comerciais com outros Estados ou empresas, como no marco dos contratos de investimentos.

Quanto ao pilar concernente à responsabilidade das empresas de **respeitar** os direitos humanos, há a mesma responsabilidade de dupla face. Há que se chamar a atenção para o fato de que o documento atribuiu às empresas apenas responsabilidades e não deveres, como o fez para com os Estados.

Quanto aos princípios fundadores, o texto indica uma responsabilidade negativa, ou seja, as empresas devem evitar violar os direitos humanos; essa responsabilidade advém da atenção que devem atribuir aos textos internacionais protetivos dos direitos humanos, como a Carta Internacional de Direitos Humanos e a Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho da OIT; devem colocar em prática políticas para evitar violação de direitos humanos considerando suas particularidades.

No que tange aos princípios operacionais as empresas devem ter um engajamento político; adotar a devida diligência em suas práticas para prevenir suas incidências sobre os direitos humanos, atenuar seus efeitos, prestar contas e prever medidas de reparação.

Finalmente, os dois princípios - fundadores e operacionais – balizam também o terceiro pilar relacionado ao dever de **remediar**, ou seja, dar acesso às vítimas de violações de direitos humanos a vias de recurso que sejam verdadeiramente efetivas. Assim, o princípio fundador é do de que tal responsabilidade é atribuída aos Estados que têm o dever de garantir as vias judiciais, administrativas, legislativas e outras. Como princípios operacionais, o documento de John Ruggie diz que é dever dos Estados adotar medidas adequadas para garantir o acesso a mecanismos judiciais capazes de fazer o enfrentamento às violações cometidas pelas empresas; também

cabe ao ator estatal garantir mecanismos não judiciais apropriados; as empresas também devem adotar mecanismos de reclamação internos que viabilizem a ação de indivíduos ou grupos lesados, devendo ser legítimos, acessíveis, previsíveis, equitativos e transparentes.

Assim, constata-se que muito mais do que propor medidas práticas e concretas para viabilizar o acesso à justiça, as medidas para “remediar” centram-se preferencialmente nos mecanismos não judiciais os quais, também não são descritos de maneira clara. Essa obscuridade, claro, pode ser entendida como um fator que dificulta a prática desses meios, tradicionalmente utilizados com cautela pelas vítimas de violações de direitos humanos.

A crítica lançada por David Bilchitz e Surya Deva<sup>38</sup> aos Princípios Diretores no sentido geral de que as corporações não possuem nenhuma obrigação vinculante em relação dos direitos humanos, isto é, de que a mesma derivaria muito mais do ideário social e menos das previsões legais provocou a contra-crítica de parte do Relator Especial da ONU. Para Ruggie, a obra de Bilchitz e Deva decorreria do formalismo legalista desses últimos. Engano do Relator Especial, responderam<sup>39</sup> os dois professores, pois apenas o que fazem é “descobrir como fazer com que os processos de governança funcionem de modo que sejam normativamente comprometidos subjacentemente com os valores humanos internacionalmente existentes. Então, o relatório de John Ruggie gerou um movimento internacional, provocando uma onda global em torno do tema da responsabilidade empresarial especialmente vinculada à consulta responsável das empresas em matéria de direitos humanos.

O Conselho de Direitos Humanos reconheceu a transcendência dos Princípios Diretores e sua aptidão para serem aplicados em distintas atividades desenvolvidas pela ONU. Por isso, eles tiveram impacto em diversos projetos de grande escala empreendidos por ela, como a agenda post-2015 e a luta contra as mudanças climáticas.

Com relação à primeira pode-se ver a referência expressa dos

38. BILCHITZ, David. DEVA, Surya. *Human rights obligations of business*. Beyond the Corporate Responsibility to respect Cambridge: Cambridge University Press, 2013, formato e-book.

39. BILCHITZ, David. DEVA, Surya. Response of Surya Deva and David Bilchitz to Comments of Professor John Ruggie on “Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?” (Cambridge University Press, 2013). Disponível: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/surya-deva-david-bilchitz-re-ruggie-15-01-14.pdf>

Princípios Diretores na pauta dos objetivos do desenvolvimento sustentável<sup>40</sup>, de 2015. Já no que pertine à segunda, veja-se que o Acordo de Paris de dezembro de 2015 ao trazer, no Preâmbulo, a idéia de “justiça climática” expressou o compromisso dos Estados em promover e respeitar o cuidado com o meio ambiente em consideração a toda a humanidade. Além disso, faz referência à responsabilidade dos atores privados seja para atenuar as conseqüências do “efeito estufa”<sup>41</sup>, quanto para reforçar a participação desses mesmos atores nas contribuições nacionais para a preservação do clima<sup>42</sup>. Claro, seja para a realização dos objetivos do desenvolvimento sustentável ou para o cumprimento dos princípios do Acordo de Paris, a ação das empresas, na condição de agentes econômicos, é definidora e central. Todos esses movimentos sinalizam para a imprescindibilidade de ser criado um instrumento internacional vinculante para as empresas.

## PARTE 2: A expectativa por um tratado internacional sobre direitos humanos e empresas por violação de direitos humanos: em busca de um direito “hard”

O trabalho de elaboração dos Princípios Diretores sobre direitos humanos e empresas trouxe importantes orientações para os Estados e para as empresas destinadas a reduzir/eliminar os padrões de violações de direitos humanos praticadas por essas últimas em todo o mundo. No entanto, seu caráter *soft* e o seu acanhamento em tratar inúmeras matérias centrais, como a da justiça universal, o da extraterritorialidade e o da responsabilidade das empresas controladoras por atos de suas filiadas/controladas, provocou reação da sociedade civil (Sub-parte 2.1). O rascunho do tratado internacional sobre empresas e direitos humanos, apresentado em julho de 2018, consiste na subida de mais um degrau da escada para chegar-se à construção de um marco normativo global que seja obrigatório. Não há respostas acabadas, mas as que foram até aqui apresentadas convidam a que sejam sofisticadas ao longo do tempo (Sub-parte 2.2).

## 2.1. AS RESISTÊNCIAS AOS PRINCÍPIOS DIRETORES: A QUARTA FASE

A presença de estudos e pesquisas acadêmicas sobre a responsabilidade das ETNs, nos últimos anos, não se deve ao acaso. Os Princípios Diretores de John Ruggie, se não trouxeram todas as respostas e tampouco mecanismos concretos de responsabilização desses entes privados, despertaram o debate em torno do tema. A produção de efeitos além das fronteiras das violações de direitos humanos praticadas pelas empresas transnacionais, provocou a realização de estudos sobre a debilidade das leis internas para dar conta desse problema e sobre a necessidade de elaboração de um marco normativo global obrigatório.

Assim, podemos ir mais além do que Deva para identificar uma quarta fase que ainda está em curso. Ela nasce em 2012 quando a ONU nomeia o grupo de trabalho para implementar os princípios diretores de John Ruggie. Aparentemente, nessa época, já havia um consenso sobre a aplicação dos 31 princípios. Um marco flexível para os Estados e para as empresas era a aspiração maior dos defensores da transnacionalização da economia.

Porém, vezes ergueram-se no âmbito da sociedade civil contra o quadro flexível proposto pelos Princípios Diretores. A dinâmica e a força de movimentos em busca do final da impunidade das empresas provocou um novo desenho para a quarta fase. Movimentos como o *Dismantle Corporate Power*<sup>43</sup> e o do *Treaty Alliance*<sup>44</sup> tiveram papel decisivo nas Cúpulas onusianas sobre a matéria e imprimiram uma robusta campanha global para que fosse elaborado um tratado internacional vinculante sobre empresas transnacionais e direitos humanos.

Em virtude dessas intervenções a América do Sul despontou como líder de tal demanda. Em agosto de 2013 foi realizado o Primeiro Forum Regional da ONU sobre direitos humanos na cidade de Medellín, na Colômbia. A sociedade civil presente através de organizações e movimentos sociais pressionou os Estados para que agissem em favor da criação de normas vinculantes. No mês seguinte, na 24ª Sessão do Conselho de

40. A referência está no § 67. ONU. A/RES/70/1. Disponível em: [http://unctad.org/meetings/es/Sessional-Documents/ares70d1\\_es.pdf](http://unctad.org/meetings/es/Sessional-Documents/ares70d1_es.pdf),

41. Art. 6º, item 4, letra “b”. Disponível em: [https://unfccc.int/sites/default/files/french\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf).

42. Art. 4º, item 8, letra “b”, op. cit.

43. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/tratado-vinculante-onu/?lang=pt-br>. Acesso em 11 de julho de 2018.

44. Disponível em: <http://www.treatymovement.com/alliance-pour-un-traite-1/>. Acesso em 1º de agosto de 2018.

Direitos Humanos um grupo de países, malgrado demonstrarem acolher os Princípios Diretores, afirmaram que as normas *soft* não eram suficientes para garantir a responsabilização das ETNs e a proteção das vítimas. Um conjunto de Estados do “Sul-Global”, dentre eles países africanos, árabes, latino-americanos, mais Paquistão, Sri Lanka, entre outros, apresentaram uma declaração de que os Princípios Diretores” eram “frágeis e precários”, cuja aplicação não teria um resultado positivo se não fossem seguidos de um instrumento vinculante.<sup>45</sup> Nesse processo, a atuação do Equador<sup>46</sup> e da África do Sul foi decisiva.

Depois de tais movimentos da sociedade global e do grupo de Estados, em junho de 2014 o Conselho de Direitos Humanos adotou a Resolução 26/9<sup>47</sup> para a elaboração de um instrumento internacional legalmente vinculante para as empresas transnacionais em matéria de direitos humanos, cuja finalidade deveria ser pôr fim à impunidade das ETNs e colocar sob interrogação suas práticas estruturais que causam impacto na vida de indivíduos e comunidades.

Assim, em 2014, foi criado o OEIGWG - Open-ended intergovernamental workinggroup on transnational corporations - cuja atribuição foi a de gerir as ações para que fosse construído um projeto de tratado ou uma convenção internacional sobre a responsabilidade das empresas em direito internacional de direitos humanos. Nos anos seguintes – 2015, 2016 e 2017 -, a “Campanha global”<sup>48</sup> empreendida em favor do surgimento do instrumento internacional vinculante esteve presente nas três sessões (2015, 2016 e 2017) do OEIGWG, em Genebra. Em tais oportunidades foram apresentadas propostas concretas para o instrumento vinculante. Na sessão de 2017, a Campanha Global apresentou uma “Propuesta de texto Campaña Mundial para reclamar la soberanía de los pueblos, dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad”<sup>49</sup>. De igual modo, a Presidência do Grupo de Trabalho apresentou o “Documento

de Elementos”<sup>50</sup>, o qual destinava-se a subsidiar as discussões sobre o projeto de tratado com as delegações governamentais.

Desde 2014, então, Estados, empresas e sociedade civil esperaram com curiosidade e ansiedade este trabalho para o qual foi designado o Equador e cujo prazo final estabelecido para responder a tal atribuição foi o mês de junho de 2018. Assim, esse Estado em 16.07.2018, apresentou o “Draft Zero”<sup>51</sup> do referido tratado cujo documento foi denominado “Legally binding instrument to regulate, in international human rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises”.<sup>52</sup>

## 2.2. O DRAFT DO TRATADO INTERNACIONAL: UM AVANÇO AINDA IMPERFEITO

No dia 17 de agosto de 2018 a *Dismantle Corporate Power*, após ter procedido análise técnico-jurídica do *draft* do tratado internacional, publicou em seu site uma Carta Aberta<sup>53</sup> aos membros da ONU saudando o documento mas, também, alertando para o fato de que o teor do mesmo não contemplou inúmeros temas que estavam presentes tanto nos “Elementos” quanto nas “Propostas” apresentadas por aquela organização. De fato, a “Propuesta de texto Campaña Mundial para reclamar la soberanía de los pueblos, dismantelar el poder corporativo y poner fin a la impunidad” é um documento detalhado e completo que apresenta inúmeros princípios gerais; definições; obrigações das ETNs de respeitar os direitos humanos; obrigações dos Estados de respeitar, proteger e de responsabilizar as ETNs e seus diretores; obrigações das entidades financeiras internacionais pelos acordos e tratados de comércio e de investimentos; bem como mecanismo de controle em âmbito internacional, como a criação de uma Corte Internacional sobre empresas transnacionais e um Centro Internacional de Monitoramento. O acesso à justiça é uma

45. FARIA Jr. Luiz Carlos Silva. A batalha de Davi contra Golias: uma análise neogramsciana da agenda das Nações Unidas em direitos humanos e empresas, op. cit., p. 75.

46. Na época governado por Rafael Correa, um grande crítico da globalização.

47. Na votação 20 votos foram a favor; 14 foram contra e; houve 13 abstenções. China, Índia, Rússia e Venezuela foram defensores da Resolução. Países da União européia, como Alemanha, França, Itália, Irlanda e república Tcheca foram contra. Na América latina, Brasil, Chile, México e Perú abstiveram-se em contraposição ao bloco de defensores formado por Bolívia, Cuba, Venezuela, El Salvador e Nicarágua. Veja-se a análise em: ROLAND, Manoela. El valor Del “consenso” en la elaboración de normas sobre empresas y derechos humanos. *Homa Publica: Revista Internacional de derechos humanos e empresas*, vol. 2, n.º. 02, Juiz de Fora, 2018. A Resolução pode ser encontrada aqui: [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9)

48. Campanha global para reivindicar a soberania dos povos, dismantelar o poder das transnacionais e pôr fim à impunidade.

49. Disponível em: [https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty\\_.pdf](https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_.pdf)

50. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs\\_OBEs.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf)

51. Ver comentário sobre esse documento em LOPEZ, Carlos. Towards an International Convention on Business and Human Rights (Part I e Parte II). In: *Opinio Juris*, 23 de Julio de 2018. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/>

52. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2018.

53. Disponível em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/carta-abierta-a-los-estados-miembros-de-la-organizacion-de-las-naciones-unidas/?lang=es>



garantia convencional prevista separadamente e de maneira bastante minuciosa. Percebe-se, claramente, que pontos importantes desse documento não foram contemplados, como, por exemplo, a criação de uma Corte Internacional. Essa mesma previsão estava contida nos “Elementos”, mas o texto do “rascunho” limitou-se a prever a existência de um Comitê.

É considerando tais ausências e consciente de que exigem análise crítica mais apurada e aprofundada é que passamos apreciar o “draft”. Composto de três sessões e quinze artigos no Preâmbulo, esse documento atribui grande destaque ao direito das vítimas de ter acesso à justiça e a remédios judiciais contra os danos produzidos aos seus direitos humanos pelas empresas.

Em muitas passagens o documento destaca o Estado como o ator central para evitar que os agentes econômicos violem direitos humanos em razão de suas atividades comerciais transnacionais. Nesse aspecto está alinhada aos “Elementos” e às “Propuestas”, bem como parece estar de acordo com a Observação Geral nº 24, de 17 de agosto de 2017, do Comitê Econômico e Social e à vista do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse último texto precisa as obrigações que cabem aos Estados com relação à atividade das empresas. Para tal, o Comitê levou em conta os Princípios Diretores<sup>54</sup> como se vê, por exemplo, na previsão de que aos Estados está interdita a discriminação que impeça/difículte o exercício dos direitos previstos no Pacto e, quanto a ela, tem o dever de zelar para que os atores econômicos também não a pratiquem.

Assim, a obrigação de proteger, respeitar e garantir, tal como posto na Observação Geral 24 afina-se com os direitos previstos no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, também, com os Princípios Diretores. Para isso, a citada Observação fixa aos entes estatais regulamentação e intervenção diretas para cumprir com essas três obrigações.

Superando as imensas dificuldades em estabelecer previsões mais claras sobre a responsabilidade extraterritorial dos Estados, a Observação 24 ao afirmar o aparecimento de cadeias mundiais de produção e de comércio, as quais atuam sem os limites do Estado, afirma que esses devem adotar medidas para impedir que violações de direitos humanos previstos no Pacto sejam cometidas no estrangeiro por empresas domiciliadas em seu território ou submetidas à sua jurisdição, neste último caso porque foram

constituídas sob suas legislação. Assim, as obrigações extraterritoriais dos Estados Partes do Pacto decorrem, segundo o Comitê, do fato de que as prescrições desse instrumento são formuladas sem nenhuma restrição relativa ao território ou à jurisdição. Há de reconhecer-se, então, a influência dos Princípios Diretores sobre o conteúdo sobre o *draft*.

Nos propósitos gerais, esse documento acentua a necessidade de que os direitos humanos sejam fortalecidos no contexto das atividades das empresas transnacionais. Mais uma vez, a garantia de acesso à justiça por meio dos recursos cabíveis é afirmada. A inserção do acesso à justiça dentre os princípios, diga-se, fundadores do futuro tratado, evidencia a real necessidade de que se alcance uma verdadeira paridade de armas nos litígios que confrontam vítimas em geral vulneráveis e as grandes empresas transnacionais. O mundo da vida demonstra e as pesquisas comprovam, que as empresas transnacionais possuem um *modus operandi* comum de violação de direitos humanos como, por exemplo, trabalho em regime de escravidão, desapossamento de propriedades, longas jornadas de trabalho, entre muitos outros. Tais violações não apenas são estandarizadas porque praticadas por empresas de diferentes domínios de atuação, quanto consistem em ilicitudes estruturais que reclamam remédios judiciais e extrajudiciais da mesma envergadura.

Por outro lado, o *draft*, no que tange aos autores das referidas violações, restringe a autoria apenas às empresas que pratiquem atividades de caráter transnacional. Tais atividades, segundo o artigo 4º, 2, implicarão em ações, pessoas ou impactos em, no mínimo, “duas” jurisdições nacionais. Essa previsão demarca a primeira fragilidade, ou seja, estão excluídas as ações e impactos que podem afetar os direitos humanos protegidos internacional ou nacionalmente de grupos ou coletividades estabelecidos em um só Estado.

No que diz respeito aos direitos protegidos o *draft* determina que o texto do futuro tratado abraçará todos os direitos humanos internacionais e os previstos na leis domésticas. Se o propósito de ser abrangente é positivo, padece de uma maior precisão quanto a esses direitos internacionais. Caberá ao intérprete identificar no conjunto de fontes de direito internacional esses direitos protegidos. A experiência mostra, no entanto, que quando tal ocorre, o risco da pluralidade de interpretações é elevado, o que resta por determinar negativamente, muitas vezes, a débil

54. ONU/ECOSOC. E/C.12/GC/24. Ver Introdução. Disponível em: file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1723718.pdf

efetividade da regra.

A definição do que sejam vítimas e atividades comerciais de caráter internacional, como prevê o artigo 4º, está conectada com a preocupação dos redatores do *draft* em dar lugar central ao acesso à justiça. Com efeito, a legitimidade ativa tem sido um requisito importante não apenas para o recebimento da demanda, quanto para o seu sucesso. Assim, o rascunho identifica que as potenciais vítimas de ameaças ou de violações a direitos humanos detentoras de tal legitimidade são as pessoas individual ou coletivamente consideradas. O impacto das ações ilegais dos agentes econômicos extrapola a esfera individual das vítimas podendo atingir suas famílias, seus dependentes diretos e aquelas pessoas que intervieram para ajudar as vítimas diretas. Por isso, a definição de vítima abrange essas outras pessoas.

A fixação da jurisdição competente no artigo 5º deixa de fora o grande tema do exercício da jurisdição universal e, como acima referido, o da criação de um tribunal internacional para empresas e direitos humanos. Os autores do rascunho apenas repetiram o que já é de praxe no direito processual internacional, ou seja, na primeira hipótese, afirmando que o acesso à justiça independe da nacionalidade e do domicílio do demandante, prevalecendo a competência do tribunal do local dos fatos. Na segunda hipótese ela prevê como foro competente o do domicílio do autor do fato e enuncia o que ele seria: a) o local dos registros legais; b) o local da sede/administração; c) o local onde está localizado o centro dos negócios e; d) o local da filial, agência, sucursal e da oficina de representação.

Entretanto permanece ainda nebulosa a resposta para o dilema vinculado à resistência da empresa mãe em responder pelos atos das filiais, sucursais, etc, quando a resposta jurídica não vem do foro competente para julgar as demandas. A superação de tal desafio para essa dimensão e muitas outras que envolvem a atuação das empresas transnacionais passa necessariamente pela sofisticação teórica e aplicação prática da noção de “zona de influência” ou a de “entidade econômica única”. Esse caminho impedirá que as empresas transnacionais furtem-se de responder pela violação de direitos humanos inculcando as filiais ou as subsidiárias, em geral, as entidades mais fracas da rede de atuação empresarial.

O rascunho do projeto diz que o direito material aplicável para resolver o litígio é o da lei do foro, assim como o são as regras de direito internacional privado sobre conflitos de lei. Entretanto, o texto abre a possibilidade de que

para resolver as questões de mérito, a lei aplicável seja a do domicílio da empresa. Abre-se, assim, a via para a prática da *Law shopping* em face da possibilidade de que a vítima escolha a lei aplicável, obviamente aquela que lhe for mais favorável. Isso pressupõe o conhecimento do direito estrangeiro e que as vítimas estejam bem representadas. Por outro lado, também, não está excluída a velha e permanentemente controvertida prática do *fórum non conveniens* que favorece a declinação da jurisdição a respeito de determinada matéria, invocação essa geralmente apresentada pelos países de *common law*, como os Estados Unidos.

Com efeito, a reprodução de textos internacionais protetivos de direitos humanos, é visível, quando o *draft* prevê o direito de as vítimas terem acesso justo, efetivo e rápido à justiça e por meio dos recursos cabíveis, garantias essas que devem ser asseguradas pelos Estados conforme prevê o artigo 8º, 2 a 6. O documento apresenta um rol não exaustivo de pedidos que elas poderão apresentar como a restituição, a compensação, a reabilitação, a satisfação e o direito à não repetição, a remediação ambiental, a restauração ecológica, o pagamento das despesas para a realocação das vítimas e a substituição das instalações comunitárias. Entretanto, teria sido necessário que o rascunho do tratado tivesse descrito o que pode ser entendido por “remediação ambiental e restauração ecológica”, sobretudo porque tais definições abrem muito a oportunidade para o exercício da margem nacional de apreciação o que poderá favorecer o risco de maior fragilização e inefetividade do futuro tratado.

A alínea 8 do artigo 8º atribui aos Estados a responsabilidade de proporcionar os meios efetivos para garantir a execução das sentenças nacionais e estrangeiras. O texto, no entanto, perde uma grande oportunidade de precisar de que maneira o cumprimento desses possíveis efeitos da sentença ou até, de possíveis acordos, deverão ser cumpridos, uma vez que esse é o permanente problema ligado às decisões com elementos internacionais, sejam elas proferidas por tribunais nacionais ou não nacionais.

As regras sobre cooperação jurisdicional na forma de assistência legal mútua, acordos bilaterais ou multilaterais e criação de autoridades, presentes no artigo 11, se por um lado reafirmam princípios presentes nas leis processuais internas de muitos países e em textos internacionais, por outro, permanecem insuficientes para garantir que complexos efeitos das decisões sejam efetivamente cumpridos pelas empresas violadoras de

direitos humanos.

Alinhado com os princípios internacionais da prevenção e da precaução, o texto prevê devam as empresas comerciais transnacionais assumir a obrigação da “devida diligência” ou da “diligência razoável” em toda a cadeia de suas atividades. Embora sua amplitude, tais previsões estão em sintonia com o conteúdo dos Princípios Diretores da ONU sobre direitos humanos e empresas, os quais indicam em seu parágrafo 15, letra ‘b’ que a responsabilidade dessas últimas de “respeitar” os direitos humanos pressupõe “Uneprocédure de diligenceraisonnable em matière de droits de l’homme pour identifier leurs incidences sur les droits de l’homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient;”.<sup>55</sup>

Identificar os riscos, prevenir e atenuar seus efeitos, bem como prestar contas compõem o conjunto dessa responsabilidade. O rascunho do futuro tratado, em seu artigo 9º reproduz mais amplamente o teor do item 15 com o objetivo de dotar de obrigatoriedade o que hoje permanece, para muitos, no campo da voluntariedade.

Desse modo, as empresas devem considerar os possíveis impactos de suas atividades sobre os direitos humanos, o que implicará, por exemplo, o monitoramento das atividades das filiais ou entidades que estão sob controle direto ou indireto da empresa mãe. A diligência deverá implicar, também, na identificação e avaliação de qualquer violação real ou potencial aos direitos humanos derivadas da atividade comercial transnacional, bem como na prevenção dessas violações, o que se aplica à empresa controladora, suas filiais e qualquer outra que esteja sob seu controle direto ou indireto. Prestar contas por meio de informes públicos e transparentes sobre temas não financeiros, como as relacionadas ao meio ambiente e aos direitos humanos, bem como realizar medições e avaliação de impactos prévios fazem parte do pleno e responsável exercício da devida diligência.

Tais deveres impostos aos agentes econômicos com atividades transnacionais estendem-se, de igual modo, aos eventuais contratos que firmarem. Cabe às empresas observarem o dever de consultar os grupos e coletividades cujos direitos humanos correm o risco de serem afetados pelas atividades,

55. “Um procedimento de diligência razoável em matéria de direitos humanos para identificar sua incidência sobre os direitos humanos, prevenir esses incidentes e atenuar seus efeitos e prestar contas sobre a maneira de remediá-los. – grifou-se -. Disponível em: ONU. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31\\_fr.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf)

sobretudo dispensando especial atenção aos mais vulneráveis como as mulheres, crianças, pessoas com incapacidades, povos indígenas, migrantes, refugiados e pessoas deslocadas internamente.

O não cumprimento do dever de diligência será penalizado com a imposição de indenização aplicável pelos Estados. O texto não define, no entanto, os parâmetros de fixação do montante de tal indenização.

Em termos de determinação de responsabilidade, o texto delega aos Estados a atribuição de criar lei interna para responsabilizar administrativa, civil e penalmente as pessoas físicas ou jurídicas que violem direitos humanos pela prática de atividades comerciais transnacionais. Neste aspecto, fica a dúvida sobre a hermenêutica que poderá ser aplicada a esta previsão quando se sabe que um dos desafios para responsabilizar as empresas é o de justamente permitir aos intérpretes, por exemplo os juízes, de determinar os verdadeiros vínculos entre atores formalmente separados como a pessoa jurídica e a pessoa dos acionistas, de modo que possa ser aplicada a doutrina jurídica do *lifting the corporate veil*<sup>56</sup>.

O documento demarca que a responsabilidade civil será independente da responsabilidade penal alinhando-se, desse modo, a muitas legislações nacionais que preconizam a relativa independência entre esses dois campos do Direito.

Mas o texto prevê ser da pessoa que pratica atividades comerciais transnacionais, quando condenada, a responsabilidade pela reparação dos danos. Tal responsabilidade poderá ser imposta direta ou indiretamente. Nesse último caso, o *draft*, no artigo 10, alínea 3, resguarda ao Estado, caso tenha suportado a indenização pelos danos causados pelos agentes econômicos antes referidos, o direito de ação regressiva contra esses últimos.

Por outro lado, a experiência mostra que, em geral, as vítimas de violações de direitos humanos por atividades comerciais transnacionais ocorrem contra grupos vulneráveis, como os indígenas, as populações que habitam os locais de construção das grandes obras estruturais, como as barragens por exemplo. Considerando essa situação, os autores do rascunho tiveram o cuidado de dar aos tribunais a possibilidade de inverter o

56. Sobre o tema ver a importante análise realizada pelo HOMA. *Novos elementos para o tratado de empresas e direitos humanos da ONU*, pags. 3-4. Disponível em: <http://homacdh.com/index.php/2017/07/05/homa-lanca-documento-novos-elementos-para-o-tratado-de-empresas-e-direitos-humanos-da-onu/>. Acesso em 15 de julho de 2018.

ônus da prova nos processos, a fim de dar efetivo acesso à justiça às vítimas.

No pertinente à responsabilidade civil o texto determina aos Estados a responsabilidade de estabelecer um regime integral. A regra é abrangente por dizer que todas as pessoas que pratiquem atividades comerciais transnacionais serão responsáveis por violação de direitos humanos. Então, será responsável a empresa controladora, caso as operações ocorram em cadeia ou, na medida em que for demonstrado que mantenha uma relação estreita com as filiais ou outra entidade da rede operacional, havendo a necessidade de que seja evidenciada, também, a relação de causa e efeito entre a conduta da empresa e os danos sofridos. Isso vale, da mesma maneira, quando são previstos os riscos da atividade e, mesmo assim, os danos não foram evitados. Outrossim, a inversão do ônus da prova faz com que a prova negativa da existência da relação de dependência jurídico-econômica, ou apenas econômica das filiais e subsidiárias em relação à empresa controlada poderá recair sobre essa e não sobre as vítimas.

Na esfera da responsabilidade penal cabe aos Estados tipificar ditas violações como delitos assim reconhecidos pelo direito internacional e pelos instrumentos internacionais de direitos humanos. Além do problema da demarcação sobre o que seja esse “direito internacional” o texto é frágil porque prevê a responsabilidade penal quando os atos forem praticados diretamente ou por intermediários de forma “intencionada”. À luz da teoria penal a intenção pressupõe existência de dolo o que exclui as ações culposas decorrentes da falta de diligência e cuidado as quais, seguramente, são mais numerosas.

O *draft* traz uma importante limitação à liberdade contratual dos Estados ao prever que qualquer acordo comercial ou de investimentos futuros deverão ser firmados de acordo com as regras do futuro tratado. Essa previsão é de extrema necessidade quando se presencia, em vários países, a adoção de medidas de austeridade e de facilitações às empresas transnacionais, no contexto de processos de privatização, que reduzem, fragilizam, senão eliminam, direitos humanos conquistados.<sup>57</sup> Mas, há que se dito, por outro lado, que inúmeros Estados, como aponta estudo realizado pelo HOMA<sup>58</sup>, possuem legislação que protege os direitos humanos contra as ações predadoras das empresas transnacionais. Então, invertendo-se a lógica muito bem descrita - aqui

57. Sobre o Brasil veja-se manifestação de especialistas da ONU do início do mês de agosto de 2018, disponível em: <http://acnudh.org/pt-br/o-brasil-deve-colocar-os-direitos-humanos-antes-da-austeridade-advertem-especialistas-das-nacoes-unidas-apos-aumento-da-mortalidade-infantil/>

58. HOMA. *Novos elementos para o tratado de empresas e direitos humanos da ONU*, op. cit. p. 4.

não excluída - por Anne-Marie Slaughter e Willian Burke-White<sup>59</sup> de que o futuro do direito internacional é doméstico, esse seria o caso típico da influência que essas leis internas mais favoráveis podem ter para a construção de *standards* internacionais protetivos dos direitos humanos e, afinal da harmonização entre o interno e o internacional, mínima exigência para que seja construído um direito comum para direitos humanos e empresas.

Além disso, mesmo os acordos comerciais e de investimentos presentes ao tempo da entrada em vigor do tratado ou posteriores, em caso de algum litígio que os envolva, deverão ser interpretados de maneira que sejam o menos restritivos possível em sua capacidade de respeitar os direitos humanos.

Finalmente, os redatores do Equador perderam uma grande oportunidade de prever a criação de uma Corte internacional para resolver os litígios envolvendo vítimas e empresas violadoras de direitos humanos. No art. 14 do “Draft” previu, apenas, a constituição de um Comitê de *experts* com alta autoridade moral e reconhecida competência, o qual deverá ter início com seis membros e poderá alcançar o máximo de dezoito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quatro décadas transcorreram entre as primeiras ações da ONU para enfrentar o problema da atividade predatória das ETNs contra os direitos humanos e a elaboração de um marco normativo global para regular a atividade das empresas transnacionais com o fim de coibir violações aos direitos humanos.

Como tudo o que envolve interesses econômicos, dominação política e exercício de poder, a marcha é lenta e oscilante. A sociedade civil por meio de indivíduos, grupos de indivíduos, de defensores de direitos humanos, de ONGs, bem como parcela dos Estados, têm pressionado a ONU e os Estados que resistem à regulação obrigatória e vinculante global para a matéria. Graças a tais pressões é que o rascunho de tratado foi apresentado neste ano de 2018.

Como se viu e reproduzindo as palavras de Surya Deva, se ele até este momento não é o melhor é, no entanto, resultado das possibilidades

59. In: *The future of International Law is domestic*. Disponível em: [http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ\\_47-2\\_Slaughter\\_Burke-White.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_47-2_Slaughter_Burke-White.pdf). Acesso em 05 de agosto de 2018.

apresentadas pelo jogo de forças políticas globais que confronta Estados e empresas poderosas, de um lado, e Estados, pessoas e grupos mais frágeis, de outro.

Como se trata de um processo inacabado, a análise realizada neste texto também o é. No entanto, mostra-se importante manter o diálogo sobre questões que ainda se encontram francamente carentes de maior discussão e clamam por ser incluídas no texto do futuro tratado, como a da justiça universal e a relacionada à criação de um tribunal internacional para empresas e direitos humanos.

Para isso, todas as previsões presentes no *draft*, tais como ade respeito à soberania, a de que nenhum Estado interferirá na competência de outro, embora importantes, deverão ter sua hermenêutica atualizada à necessidade do tempo presente, ou seja, de que os agentes econômicos que praticam atividades predatórias e que violam direitos humanos, não estão limitados por fronteiras. E se assim é, além das previsões já presentes no rascunho acerca da cooperação internacional entre os Estados, assistência e ajuda mútua em matéria de prestação jurisdicional, deverá a comunidade internacional que se ocupará de analisar o *draft* em outubro de 2018 em Genebra e nos próximos meses, colocar na agenda a possibilidade da atuação extraterritorial da jurisdição, sem prejuízo da existência de um tribunal internacional.

Mas o que se obteve até o presente, ao longo do percurso das quatro fases apontadas, prova que os que não acreditavam fosse levado adiante esse processo ou os que eram e são contrários a ele, estavam errados. Pessoas e grupos são diariamente violados em seus direitos humanos pela ação das empresas transnacionais. Por isso, segundo o *Guiding Principles* de John Ruggie, se cabe aos Estados proteger e remediar, a responsabilidade das empresas transnacionais resta ainda a construir. O imenso desafio é substituir o direito *soft* por um direito *hard*. Essa é uma atribuição que os Estados em desenvolvimento e os atores civis deverão continuar a desempenhar em nome dos interesses da humanidade e da salvação do planeta em que vivemos.

Este é o terceiro livro resultante das reuniões da Rede de Pesquisa Estado & Constituição (REPE&C). Aqui se encontram reunidos alguns dos resultados das discussões produzidas na XIª Reunião da REPE&C, realizada em Fortaleza/CE, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNICHRISTUS, com apoio financeiro da CAPES e a participação de membros da Rede oriundos de universidades brasileiras, portuguesas, italianas e espanholas. Nesta reunião o objeto de discussão foi a afetação do Estado de Direito, por isso a centralidade da interrogação acerca do seu futuro e do seu próprio "fim". Em perspectiva foram sugeridas abordagens que enfrentam o tema desde questões que repercutem a incidência e o incremento das novas tecnologias, as transformações econômicas, a democracia, a questão ambiental etc. Por isso, o conjunto de textos aqui reunidos entrega ao leitor um mosaico reflexivo a partir do qual poderá construir cenários novos, bem como compreender melhor alguns dos fenômenos que impactam sobre a fórmula político-institucional do Estado de Direito.

