



COMISSÃO EDITORIAL

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes
Profa. Dra. Klélia Canabrava Aleixo
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro
Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

EDITORES CONVIDADOS

Prof. Dr. Adalberto Antonio Batista Arcelo
Profa. Dra. Luciana Pereira Queiroz Pimenta Ferreira

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Profa. Dra. Angela Issa Haonat
Prof. Dr. Antonio José de Mattos Neto
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

EDITORES DE SEÇÃO

Prof. Me. Bruno Fernandes Lima
Profa. Me. Núbia Leoni de Freitas Nogueira
Prof. Dr. Raphael Lima Ribeiro
Profa. Me. Ana Luiza Novais Cabral
Prof. Me. Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva
Profa. Me. Bárbara Nascimento de Lima
Prof. Me. Igor Alves Noberto Soares
Prof. Me. Rainer Bomfim
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento

SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

EDITORIAL	1-3
Dossiê “Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco, estudos sob a égide do debate congressional Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade” <i>Dossier “Transitional Justice, Corruption, Exception, Difference and Risk, studies under the aegis of the congressional debate Law, Memory, Democracy and Crimes against Humanity”</i>	
LIMITES DO DIREITO <i>LIMITS OF THE LAW</i> Raffaele De Giorgi	4-23
MEMORIA, EXCEPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: Tensiones entre Democracia y Autoritarismo en los Regímenes Políticos Actuales <i>MEMORY, EXCEPTION AND HUMAN RIGHTS: Tensions between Democracy and Authoritarianism in the Present Political Regimes</i> Marcelo Raffin	24-42
EL DERECHO A LA VERDAD Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN MÉXICO <i>THE RIGHT TO THE TRUTH AND TRANSITIONAL JUSTICE IN MEXICO</i> Javier Espinoza de los Monteros	43-63
DEMOCRACIA DIGITAL COMO UMA DIFERENÇA: novos direitos, novas exclusões <i>DEMOCRAZIA DIGITALE COME DIFFERENZA: nuovi diritti, nuove esclusioni</i> Pasquale Luigi Di Viggiano	64-78
MEMÓRIA, LEMBRANÇA E ESQUECIMENTO: ou sobre como construir o futuro <i>MEMORY, REMEMBRANCE AND OBLIVION: or, on how to build up the future</i> Marcelo Campos Galuppo	79-91
“RECORDAR (NÃO) É VIVER”: a tensão entre memória e aceleração na formação da subjetividade jurídica neoliberal <i>“REMEMBERING IS (NOT) LIVING”: the tension between memory and acceleration in the formation of neoliberal legal subjectivity</i> José Luiz Quadros de Magalhães Henrique Weil Afonso	92-116
CAPITALISMO, REGIME DE EXCEÇÃO E CRIMES DE LESA HUMANIDADE: perspectiva teológica <i>CAPITALISM AS AN EXCEPTION REGIME AND CRIMES AGAINST HUMANITY: theological perspective</i> Elio Estanislau Gasda	117-137

**O BRASIL AFRICANO, O GEODIREITO & O RACISMO
ESTRUTURAL–INSTITUCIONAL** **138-157**

THE AFRICAN BRAZIL, GEOLAW & STRUCTURAL–INSTITUTIONAL RACISM

Rafael Sanzio Araújo dos Anjos

POLÍTICA CRIMINAL SACRIFICIAL E DIREITOS HUMANOS **158-185**

CRIMINAL SACRIFICIAL POLICY AND HUMAN RIGHTS

Klelia Canabrava Aleixo

O COMPLIANCE E SUAS POSSIBILIDADES **186-214**

**TRANSFORMADORAS PARA UM AGIR DE GESTÃO PÚBLICA
SUSTENTÁVEL E DESENVOLVIMENTISTA**

*COMPLIANCE AND ITS TRANSFORMING POSSIBILITIES FOR A
SUSTAINABLE AND DEVELOPMENTAL PUBLIC MANAGEMENT ACT*

Adriano Vottri Belle

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

**O PATRIMÔNIO DA DOR REVISITADO: como a justiça de
transição e a Comissão Nacional da Verdade (CNV) contribuem para
a construção da memória subterrânea dos atingidos pela Guerrilha
do Araguaia** **215-234**

*THE HERITAGE OF PAIN REVISITED: how the transitional justice and the National
Truth Commission (NTC) contribute to the construction of the underground memory of
those affected by the Guerrilha do Araguaia*

Ivo dos Santos Canabarro

Juliani Borchardt da Silva

Bianca Strücker

**VERDADE, CONHECIMENTO E PODER: observações sobre a
negação da verdade como forma de ação política no Brasil do início
do século XXI** **235-256**

*TRUTH, KNOWLEDGE AND POWER: Observations regarding the denial of truth as a
form of political action in the beginning of the XXI Century in Brazil*

Maren Guimarães Taborda

**A REVISÃO DO CONCEITO DE REPARAÇÃO COMO FORMA
DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO REVERSA** **257-270**

*REVISING THE CONCEPT OF REPARATION AS A FORM OF REVERSE
TRANSITIONAL JUSTICE*

Tamara Claudia Coimbra Pastro

Eneá de Stutz e Almeida

Lahis Rosa

Direito e Democracia na sociedade contemporânea

Law and Democracy in Contemporary Society

**RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA PERSPECTIVA DO SISTEMA
MULTIPORTAS E SUA RELEVÂNCIA NA EFETIVAÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA** **271-297**

*CONFLICTS SOLUTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE MULTIPORT SYSTEM
AND ITS RELEVANCE IN THE REALIZATION OF ACCESS TO JUSTICE*

Fabrcio Germano Alves

Yanko Marcus de Alancar Xavier

Kleber Soares de Oliveira Santos

- ACESSO À JUSTIÇA NA PRÁTICA: ESTUDO DE CASO SOBRE A REALIDADE DOS MEIOS EQUIVALENTES NO JUDICIÁRIO** 298-327
ACCESS TO JUSTICE IN PRACTICE: A CASE STUDY ON THE REALITY OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS IN THE JUDICIARY
Daniel Mota Gutiérrez
Igor Benevides Amaro Fernandes
- ESTADO E SOCIEDADE EM REDE: AS REDES SOCIAIS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO** 328-341
STATE AND NETWORK SOCIETY: THE SOCIAL NETWORKS AND BRAZILIAN JUDICIARY
Francieli Iung Izolani
Leura Dalla Riva
Jerônimo Siqueira Tybusch
- O DANO MORAL DO SERVIDOR PÚBLICO DECORRENTE DA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO CORRECCIONAL SEM JUSTA CAUSA** 342-371
THE MORAL DAMAGE OF THE CIVIL SERVANT RESULTING FROM THE INITIATION OF JUSTIFIED CAUSE CORRECCIONAL PROCEDURAL
Gilberto Fachetti Silvestre
- POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES A ENTE PÚBLICO PARA FORNECER MEDICAMENTO À PESSOA SEM RECURSOS FINANCEIROS, À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** 372-399
POSSIBILITY OF IMPOSITION OF ASTREINTES THE PUBLIC ENTITY TO PROVIDE MEDICINES TO THE PERSON WITHOUT FINANCIAL RESOURCES, IN THE LIGHT OF THE PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE
Marcelo Lamy
Luiz Pinto de Paula Filho

EDITORIAL

O presente dossiê reúne artigos científicos decorrentes de um edital lançado pela Revista da Faculdade Mineira de Direito a corroborar a amplitude da discussão crítica e a divulgação do *II Congresso Latino-Americano sobre direito, memória, democracia e crimes de lesa humanidade*, realizado nos dias 3, 4 e 5 de novembro de 2021, nas dependências digitais da Faculdade Mineira de Direito, em sede de seu Programa de Pós-graduação em Direito, na PUC Minas.

Essa ação conjunta e coordenada propiciou a alguns dos acadêmicos envolvidos no congresso submeter seus trabalhos a esta especial edição da Revista da Faculdade Mineira de Direito. No entanto, como o edital era aberto aos acadêmicos em geral, alguns autores não tomaram parte efetivamente no congresso, mas sem dúvida dele participaram, em processo de elaboração de suas respectivas pesquisas que chegam à publicação neste volume específico da Revista.

Este tipo de iniciativa coordenada e concatenada entre a RFMD, o PPGD PUC Minas e a própria FMD, a dar ênfase às atividades da Universidade são frequentes e vem de longa data como demonstração de coesão e entrosamento de sua comunidade acadêmica. O congresso, que foi coordenado por investigadores docentes do PPGD PUC Minas, em parceria com diversas instituições nacionais e internacionais, rompe, com efeito, os muros da Universidade e atinge com impacto a comunidade acadêmica latino-americana, com repercussões também na Europa e na América do Norte.

Mais precisamente, o evento, além de ter sido organizado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, contou com a colaboração e participação de professores das Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFJR, Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia - FAJE, Centro Universitário Claretiano, *Universidad Nacional del Comahue*, *Università de Salento*, do *Centro di Studi sul Rischio*, *Universidad de La Habana* e *Centro de Estudios Intitucionales Patagónico*. A empreitada também contou com a organização e com o apoio decisivo da Anima PUC Minas, da Academia dos Juristas Católicos Humanistas, da Arquidiocese de Belo Horizonte e da Comissão Arquidiocesana de Justiça e Paz. Ainda, foram responsáveis pela organização o grupo de estudos Teoria Crítica do Direito e o grupo de extensão A Luta pelo Reconhecimento dos

Direitos Fundamentais das Comunidades Remanescentes de Quilombo, ambos do curso de Direito da Unidade Praça da Liberdade. Por fim, a organização também contou com o Núcleo de Pesquisa e Extensão Redes de Direitos Humanos do PPGD PUC Minas.

O dossiê, portanto, constitui mais um meio de produção e difusão a acadêmicos da comunidade jurídica mineira e inúmeros investigadores estrangeiros, especialmente latino-americanos que, por seu intermédio, podem apreciar um frutífero debate sobre justiça de transição, corrupção, exceção, diferença e risco. Consorte às discussões que permearam os temas propostos por esse complexo temático, é possível elencar algumas áreas de conhecimento que fizeram gravitar, de uma forma ou de outra, o que o leitor constatará nesta edição da revista. Em primeiro lugar, o rico tema dos limites do direito, instaurado num artigo que de pronto já pode ser considerado um clássico, escrito pelo professor emérito de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito da Unviersità Del Salento, Raffaele De Giorgi. Noutra mão, o tema da democracia e seus desafios tecnológicos, a perspectivar novas formas de manifestação política, com consequências diretas para as campanhas eleitorais, como perspectivou o também italiano Pasquale Luigi Di Viggiano. Daí para temas como censura, perpassados transversalmente por subtemas como o cinismo, discurso de ódio e *fake News*. Não obstante, outra importante questão abordada foi a justiça de transição, assim como a memória sob a perspectiva filosófica, como se constata no artigo do professor da Casa, Marcelo Galuppo. As relações entre democracia e autoritarismo na América Latina, como hauridas das lavras do mestre argentino Marcelo Raffin, ou que se vê em perspectiva similar quando se observa que o autoritarismo comumente se resvala para os crimes de lesa humanidade, aqui sob um apontamento hoje raro nas ciências sociais, a teologia, como perspectivou o professor do Instituto Santo Inácio de Loyola, Élio Gasda. Enfim, não há como citar todos os artigos selecionados, mas é patente perceber que a revista vai, ao revelar-se em seus multifacetados apontamentos, outras lentes de entendimento, outras cadeias de temas concatenados. Poderia se dizer, ainda, que ela cobre um vasto campo de temas fundamentais à contemporaneidade, abrangendo desde direitos humanos, aos crimes de lesa humanidade, desde os regimes de exceção até a pauta do *lawfare*.

Isso tudo demonstra que as discussões iniciadas nas conferências e ecoadas no congresso foram transformadas em artigos científicos apresentados para composição deste valioso e contundente dossiê. Os artigos enviados giraram entorno da realidade latino-americana atual, permeada por conflitos políticos e econômicos efetivamente graves e perigosos para o futuro presente da humanidade como um todo.

Há que mencionar ainda que alguns trabalhos relacionam a condução da Covid-19 com as práticas do discurso de ódio e de mentiras que ameaçam a democracia. Outros artigos

também apresentam um panorama dos problemas estruturais, como os genocídios das populações indígenas e africana nos países latino-americanos como se observa no artigo produzido pelo sociólogo da UnB Rafael Sanzio. Por outro lado, percebe-se também que alguns autores abordam aspectos da inacabada justiça de transição brasileira e os seus reflexos na atualidade, especialmente no sistema carcerário brasileiro e na recorrente prática de violações de direitos humanos, como se encontra na produção de Klelia Canabrava Aleixo.

Abrir caminhos para construção de uma sociedade mais igualitária e solidária sempre foi um dos propósitos estruturais da PUC Minas. Para tanto, é necessário dar espaço à discussão crítica e a temas ocultados pela história oficial e pelos poderes-saberes hegemônicos.

Desejamos aos leitores bom proveito e que os artigos neste dossiê contidos cumpram seu papel: que circulem e fomentem novas ideias, novas abordagens cada vez mais perspicazes e críticas.

Belo Horizonte, 13 de março de 2022.

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais

Bruno Fernandes

Lucas de Alvarenga Gontijo

LIMITES DO DIREITO¹

LIMITS OF THE LAW

Raffaele De Giorgi²
Universidade de Salento

Resumo:

Este artigo traz uma reflexão preliminar sobre a noção de “limites da lei”. Após uma reflexão crítica sobre as diferentes formas como os estudos jurídicos lidam com o direito como objeto de conhecimento, o artigo delinea o caráter contraditório da ideia de “determinação jurídica” e se engaja em reflexões filosóficas sobre o conceito de “limite”. Por fim, o artigo elabora um conceito de “limite” como paradoxo constitutivo do direito.

Palavras-chave:

Limite, Fronteira, Determinação Jurídica, Paradoxo Constitutivo, Teoria dos Sistemas.

Abstract:

This article provides a preliminary reflection on the notion of “limits of the law”. After providing a critical reflection on the different ways in which legal scholarship deals with the law as an object of knowledge, the article outlines the contradictory nature of the idea of “legal determination,” and engages with philosophical reflections on the concept of “limit”. Finally, the article elaborates a concept of “limit” as a constitutive paradox of the law.

Keywords:

Limit, Boundary, Legal Determination, Constitutive Paradox, Systems Theory.

A reflexão que proponho para o momento me foi sugerida, pela primeira vez, no XXX Congresso da Società Italiana di Filosofia del Diritto. Revisto a essas ideias a localizar-me na minha terra natal, a Itália. Em uma terra que justamente é representada como limite, não deveria ser entendido como uma casualidade, como fortuito, mas pode ser entendido, em vez disso, como uma ocorrência que oferece a possibilidade de realizar uma experiência reflexiva do limite nas condições em que se tem uma experiência sensível do limite. Não quero dizer que estamos nessa condição que Luhmann, em um texto em que tratou da restituição do décimo segundo camelo (Luhmann, 2000), chamou de *absolute Selbstreferenz*. Não quero dizer que os juristas que experimentam o limite reflitam sobre os limites do direito em virtude de sua experiência. Penso naquele bêbado de que Paul Watzlawick fala em sua obra *Sempre Pode Piorar ou A Arte de Ser Infeliz* (Watzlawick, 1983): um bêbado, que voltou para casa à noite,

¹ Tradução de Rafael Libaneo e revisão de Lucas Gontijo.

² Professor Emérito de Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito da Università Del Salento - Itália. Coordenador e fundador do Centro de Estudos sobre o Risco (Centro di Studi sul Rischio), na Itália. Foi professor do Institut für Rechts-und Sozialphilosophie, em Saarbrücken, assim como professor visitante em Münster, na Goethe-Universität, em Frankfurt a. M, no Max-Plank-Institut. No México foi professor visitante na Faculdade de Ciências Políticas da UNAM - Ciudad de México. Na Argentina, lecionou no Instituto Nacional de la Administración Pública, Bueno Aires e é Dr. Honoris Causa pela Universidad Nacional de Comahue. Na Colombia, foi professor visitante da Universidad Externado de Colombia. No Brasil foi professor visitante na Faculdade Nacional de Direito - UFRJ.

sem conseguir encontrar a chave da porta a procura desesperadamente sob um poste de luz. Um policial, tomado por um espírito humanitário, quer ajudá-lo, aproxima-se dele e começa a procurá-la com ele. A certa altura, cansado de procurar sem sucesso, pergunta ao bêbado se ele tem certeza de que perdeu a chave ali mesmo, embaixo do poste. E o bêbado responde que não, ele não tem certeza, mas ali, debaixo do poste, dá para ver.

Do meu País, a Itália, podemos ter a experiência sensível do limite. Essa terra é um limite: acaba, fecha, é fronteira. A experiência sensível que ela nos permite fazer consiste no fato de que na Itália o limite não é um horizonte um tanto quanto distante. Aqui estamos no limite. *De finibus terrae*, diziam os romanos. Existe o espaço do limite: *aqui*; e há o tempo do limite: *agora*. O limite faz parte do estar: por outro lado nós também, aqui, agora, prestes a falar dos limites do direito, estamos no limite, praticamos uma censura temporal da experiência, delimitamos o presente e o fazemos começar de novo, ou seja, começamos a falar dos limites da lei. Ou seja, inventamos uma semântica que absorve a experiência e a nega. Assim começamos. Esse começo é também a posição de um limite. Mas o que significa: posição de um limite? Um limite se é dado: não existe até que uma observação o coloque como um limite. Mas a própria observação é um limite. Uma diferença que usa uma diferença. Uma diferença temporal. Mas também espacial. Antes e depois. De uma parte a outra: este é um limite. Aqui, agora, o limite é, ao mesmo tempo, o espaço e o tempo da determinação da existência de juristas que falam dos limites do direito e também fixam os limites do direito. Pois é disso que se trata. Nós, portanto, somos observadores privilegiados, mas também somos destinatários de nossas observações, pois podemos representar o limite como o espaço do ser aí, do nosso ser aí e do ser aí do direito. Diferente do *casual e fortuito*, como disse Nietzsche em suas considerações desatualizadas sobre a história (Nietzsche 1973).

Paro por aqui: era minha intenção refletir com vocês sobre a fluidez da representação do limite, sobre o fato de que tanto a representação quanto a ação só são possíveis pela construção contínua de limites, ou seja, pelo fato de que toda determinação é ao mesmo tempo uma posição de limites e sua própria negação.

De onde me encontro, está o canal Otranto. O mar que banha as costas italianas: é o nosso mar que se torna grego do outro lado e depois albanês, depois se funde com o Jônico e o Jônico é italiano, mas também é grego. Mas a água é a mesma e se confunde continuamente com ela mesma. Mas é precisamente essa confusão que faz a diferença. Sempre o mesmo mar, sempre diferente. Como pode um mar acabar em outro? E como uma experiência pode se confluir em outra? Como pode começar ou terminar? Aqui, onde estou agora, a experiência da diferença se torna possível pela percepção do limite; esta percepção é determinada pela

percepção da fronteira e a fronteira está impressa na terra de Salento. Mas o litoral, onde tudo acaba, é o litoral onde tudo começa. Estamos na fronteira e podemos observar o limite. Oscilamos entre o limite e a fronteira. Kant, como vocês sabem, deu muita importância à diferença entre limite (*Grenze*) e fronteira (*Schrank*) (Kant 1968, Bd. 1, 224-233; 1967, 118-134). Para falar a verdade, ele estava interessado na razão. Nós, por outro lado, estamos interessados no direito. Por hora paramos no limite, que usamos neste momento em um sentido aristotélico limitado, como veremos adiante. Essas percepções sensíveis e reflexivas convergem no fato de que, se um corpo chega a esta costa, e o vemos daqui, então esse corpo é, como disse Marx, algo *sensivelmente supersensível* (como o valor das mercadorias) porque é diferente se o corpo pertence a uma pessoa desesperada que busca refúgio ou a um turista que nada para a praia. Estamos na fronteira do direito. Mas isso significa que experimentamos o limite da lei? A lei realmente termina e começa na fronteira ao mesmo tempo e o tempo e o espaço coincidem? Como a razão de Kant? Aquela que está antes do tempo e faz o tempo começar a partir de si mesma (*Vermögen, ..., von selbst anzufangen*)? (Kant 1968a, Bd. IV, 2, 503; 1969, 442). E, portanto, também o direito?

Ainda uma dúvida: esta terra, Salento, é limite da Europa frente o mundo ou limite do mundo frente à Europa? É limite do que está fora ou do que está dentro? Mas não são a Europa e o mundo simultâneos? Não são *um do outro*?

O direito não pode ir para além do limite. Pode apenas contrair-se. Mas se o direito se contrai também se contrai o seu limite. Pareceria que o direito seria abandonado de si mesmo.

Para dizer a verdade, o direito é sempre abandonado a si próprio, não há mais fontes externas das quais ele possa recorrer: mas o limite corre o risco de ser submerso pelo mundo. De frente a si próprio, o direito tem o mundo, está ao limite, precisamente. E o que faz o direito ao limite? Continua, se suspende, se inibe ou se conclui? E este mundo que o direito tem de frente a si, como se parece? O que se vê quando se esta de frente para o mundo? Se vê o mar, as montanhas, os rios, terras desconhecidas, corpos? Mas se o mundo é o limite do direito, então o mundo não é as montanhas, terras, corpos, como pensavam os filósofos e juristas no início de 1800. O mundo é o limite do direito porque é o limite da sociedade, o limite da sociedade é o mundo. Como diria Luhmann, *sociedade do mundo* é o verificar-se do mundo na comunicação (*das Sich-ereignen der Welt in der Kommunikation*). Para além de montanhas, mares, rios, terras e corpos.

Deixemos àqueles que nos escutam as reflexões que possam ser feitas sobre o caráter fortuito ou sobre – chamá-la assim – determinação estrutural da experiência sensível do limite. Queremos dizer, então, que seguramente essa terra é limite porque, em suas costas, há séculos,

está o mar Mediterrâneo que descarrega alteridades: línguas, religiões, culturas, corpos, rumores de guerra e sinistros silêncios de paz. Mas essa terra, agora, é limite também porque aqui o experimento europeu se suspende, hesita, se olha e para subitamente de frente ao mundo em uma grande incerteza de perspectivas, enquanto o mundo urge e o tempo se contrai. Na realidade, daquele experimento, o que se suspende é o direito, que deve operar como se o mundo pudesse esperar aí, onde está temporariamente depositado, parado, precisamente na antessala do direito. Ao mesmo tempo, do outro lado, a política opera propriamente como a razão de Kant, cujos limites “sempre pressupõem um espaço, o qual será encontrado fora da determinidade de um lugar e o inclui”³: essa também resta em seus limites, mas ocupa aquele espaço, e assim afasta o mundo e se ilude em controlar o que está além de si, a segurança. O direito se faz evanescente, o rumor do direito penetra em sua antessala e em ambos os lados de seu limite há apenas violência. Violência de guerra de um lado e violência de paz do outro. Significa que frente ao limite o direito se conclui, porque começa e termina ao mesmo tempo como violência?

Para concluir: o que observamos quando observamos o direito ao limite? Quando o observamos a partir do seu limite? Em outras palavras: o que observamos se tentamos observar *o limite do direito*?

1 O DIREITO COMO OBJETO DE CONHECIMENTO.

Ninguém quer questionar se o direito é direito. Não é isso que gostaríamos de discutir. E ninguém vai querer questionar o fato de termos um direito e que esse direito é como é. Se trata de outra coisa. Trata-se de uma tautologia, que é uma forma lógica e uma observação empírica, que é a construção de um observador, que são assumidas como premissas de caráter ontológico: nesse caráter se condensa a certeza de que o direito é um objeto que tem uma existência específica, para que o direito possa ser um objeto de conhecimento⁴, um objeto de reflexão filosófica (De Giorgi 2016, 102-114) e um objeto de observação sociológica.⁵

Essas premissas, que se tornaram um pressuposto racional, estão presentes em todas as manifestações do pensamento jurídico: um pressuposto que opera de forma latente, não

³ Setzen immer einen Raum voraus, der außerhalb einem gewissen bestimmten Platze angetroffen wird, und ihn einschließt (Kant 1968, 227; 1967, 120).

⁴ Tratamos brevemente sobre este tema em um complexo de reflexões sobre criminologia. (De Giorgi e Nuzzo, 2015a, 84-100).

⁵ Do ponto de vista da Teoria dos Sistemas: Luhmann (1986); De Giorgi (2013, 457-469).

declarada, e que justamente por essa técnica de ser pressuposto, de permanecer escondido, subterrâneo, não é questionada em suas consequências, é adquirida como uma determinação nela mesma e atua continuamente no nível da técnica da construção filosófica, teórica e sociológica do direito (Luhmann 1995, cap. I: Zur rechtstheoretischen Ausgangslage, 9-37).

Esse pressuposto está presente em todo pensamento pós-iluminista, em todo aquele trabalho de reflexão sobre o direito, mas também sobre a justiça, que surgiu a partir da estabilização da grande herança semântica do Iluminismo. É aquele patrimônio de certezas semânticas que teve como referência privilegiada o sujeito do direito, que possibilitou tratá-lo como indivíduo, como pessoa racional e, portanto, capaz de atuar segundo uma economia lógica de orientação ao direito, de orientação para uma certeza tratada, de fato, como igual a si própria. Essa herança ainda continua a fornecer os conteúdos de significado com os quais a sociedade moderna se apresenta e se descreve como um contexto de conexões do agir dos quais encontram no direito uma forma de ordem estável e racional. No entanto, foi necessário adaptar o caráter ontológico mais antigo das premissas da ordem social que operavam na sociedade estratificada, curvando-as às exigências funcionais da ontologia de novas premissas de sentido que operam na sociedade moderna.

Queremos dizer, em outras palavras, que, na auto exposição do direito como direito, é imanente a certeza de que o direito tem uma existência específica que o torna idêntico a si mesmo. Mas, nos perguntamos de imediato, o que é idêntico nessa identidade? Uma questão desse tipo foi colocada por Marx nos *Grundrisse*, por exemplo, a respeito do contrato. Trata-se de que, no século passado, a crítica chamou de determinação histórica do direito? Foi isso que Jhering pensou quando disse que o direito já existe e que só se deveria deixá-lo surgir? É uma estabilidade que resiste ao tempo, apesar de suas próprias transformações contínuas? E o que é que resiste ao tempo? É a imanência do direito à natureza ou a sua imanência à razão? Mas a qual natureza? Ao divino ou aos brancos que ocuparam as Américas? E a qual motivo? Ao universal dos racionalistas ou dos burgueses? O caráter ontológico das premissas do pensamento jurídico moderno está tão arraigado que, para resistir à sua contrafactualidade, também se contaminam os conceitos de natureza e razão, com a consequência verdadeiramente paradoxal de tratarmos o conceito de natureza como natural e o conceito da razão como racional, isto é, universal e, portanto, única.

Identidade, estabilidade e resistência: essas fazem sentido somente em relação a algo, em relação a um termo de comparação, essas não operam nos confrontos de si mesmas.

2 A SELBIGKEIT DES RECHTS

Na verdade, esses conceitos são usados no sentido da *Selbigkeit des Rechts*, da determinação da existência do direito, o que Hegel teria chamado de *An-sich-sein*, "um ser em si" do direito. Esse pressuposto de autoidentificação do direito, seu *Selbigkeit*, de fato, é tratado como uma exigência em que se imprime a estabilidade do direito que permite então construir reflexivamente sua diferença. Essa exigência não está apenas presente como um caráter observável do direito, mas atua como um sensor latente de si, que está sempre ativo e dirige o pensamento sobre o direito. É encontrada ao refletir sobre a linguagem do direito, ao discutir a normatividade, a integralidade, a positividade, a autonomia do direito. Torna-se, então, manifesto, em particular, quando o direito é comparado com outra coisa: neste caso, a reflexão opera como se estivesse comparando, de fato, identidades diferentes. Identidades são verificadas, comparações são feitas, diferenças são observadas: direito e moralidade, direito e política, direito e sociedade. Mesmo que seja difícil imaginar o que pode ser a identidade quando referida à sociedade (Luhmann 1981), em qualquer caso, é debatido até que ponto, por exemplo, o direito traz ordem ou desordem à sociedade e quão próximo ou distante o direito está de o que é considerado uma sociedade.

Essa suposição de *Selbigkeit*, então, torna-se uma espécie de pedra sacrificial do bom senso quando o pensamento jurídico se apropria de distinções de outras identidades, como sociedade e natureza, natureza e cultura, ou universo animal e universo humano, e reflete sobre o direito com o recurso a distinções como a distinção de normatividade e factualidade, ou de sujeito e objeto, ou a distinção de ser e ter que ser, ou de causalidade e imputação. Mesmo grandes pensadores do século passado, como Kelsen, que experimentaram caminhos muito refinados, não se livraram das consequências da assunção desse pressuposto, que opera, por exemplo, não apenas no que Kelsen chama de estática do direito, mas também no que ele chama de dinâmica do direito. Kelsen assumiu algumas dessas distinções como categorias, isto é, ele pressupôs a inevitabilidade de seu pressuposto, e por isso toda a sua construção procedeu considerando a normatividade do normativo e a factualidade do factual como sendo determinados pelo direito e pelo mundo e, portanto, ele não se perguntou o que poderia distinguir essa distinção entre normativo e factual, de fato⁶.

⁶ Que os manuais usem essas distinções é certamente compreensível; que a reflexão do direito sobre si mesmo - essa elaboração reflexiva que se chama teoria do direito - use as mesmas distinções, isso também é compreensível: o direito não pode operar sem recorrer à distinção entre normativo e factual; é a única maneira que tem o direito de construir o que usa como realidade. A teoria do direito, que opera como objetualidade reflexiva do direito, elabora diferentes pontos de vista que, a partir de diferentes perspectivas epistemológicas, têm a função de ocultar

O pressuposto do *Selbigkeit* do direito também passa despercebido quando se usa a diferença entre o direito natural e o direito positivo e se constroem teorias que tematizam seu objeto em relação a essa diferença. Nesse caso, a distinção é feita entre teoria e objeto de teoria. O direito pode derivar da vontade divina ou da natureza ou da razão: pode derivar de processos cognitivos ou mesmo dedutivos: em todo o caso é tratada como um ser determinado, como um objeto. Ou melhor: como objeto de teoria ou reflexão filosófica ou observação sociológica, que todos afirmam derivar sua adequação em relação ao objeto precisamente do que construíram como seu objeto. Por outro lado, mesmo as construções da dogmática tratam seus construtos seletivamente, os resultados da qualificação jurídica, como objetos, de fato, que assim se tornam reconhecíveis em sua objetividade. As qualificações do direito, de fato, não são tratadas como construções de significado, mas como atribuições nas quais as imanências de significado se manifestam não as externalidades de significado.

Estamos lidando com distinções com as quais são construídas teorias que constroem seu objeto. Esquema muito tradicional: é sempre o esquema de um sujeito que dá sentido, que interpreta, e de um objeto em que o sentido se sedimenta: duas objetividades distintas, ainda que uma tenha algum grau de nobreza maior que a outra.

Quer o direito seja reduzido à linguagem, ou a uma rede de conceitos, ou a relações, ou mesmo a uma estrutura de qualificações de sentido e que esse direito seja distinto ou vinculado à natureza da natureza ou à sociedade da sociedade ou a uma razão que não tem mais razão para continuar a ser considerada racional, o direito ainda é tratado como uma objetividade que se define, é determinado, é uma identidade que pode ser distinguida e confrontada. Se considerada em relação à sua duração e estabilidade, será chamada de ordenação, estrutura, *Bestand*,

a unidade da distinção que utilizam. Na teoria do direito, as disputas entre as diferentes perspectivas nos fazem pensar no Minotauro, aquela esplêndida balada de Dürrenmatt (Dürrenmatt 1998): o pobre Minotauro se vê no espelho e dança diante de sua imagem e já que a imagem no espelho se move como se ele se movesse, é certo que é outro Minotauro e, quando ele o chifra para se livrar dele, o outro reaparece no outro espelho. E tudo isso é plausível. Mas, essa reflexão filosófica sobre o direito é incapaz de desconstruir essas distinções; deixa de descrever as ameaças da ontologia que lhes é imanente, de penetrar na semântica histórica de onde surgem e de iluminar a função repressiva, involutiva e perversa dessas distinções - tudo isso nos leva a pensar que, enquanto o próprio Iluminismo foi realizado em suas consequências, a reflexão filosófica sobre o direito não o percebe e continua a fazer uso das técnicas de distinções que o tornaram possível. Veja as páginas de Odo Marquard sobre a crítica de Sollen (Marquard 1982), mas também as notas biográficas desse grande filósofo sobre a *Prinzipiell Philosophie* (Marquard 1991) e os esplêndidos artigos de Heinz von Foerster (von Foerster 1985); uma leitura de grande interesse epistemológico, um tratado científico em forma dramática, é precisamente o relato autobiográfico de Heinz von Foerster a Monika Bröker (von Foerster e Bröker 2002), em que se pode ver que consequências éticas e epistemológicas surgem da rejeição da distinção de sujeito e objeto, de normatividade e factualidade. Sobre a função das distinções, sobre a desconstrução da ontologia e sobre a artificialidade das distinções que são usadas como categorias, bem como sobre a relevância política do uso das distinções, a teoria dos sistemas e a epistemologia construtivista produziram trabalhos de grande interesse. Temos lidado extensivamente com tais questões: cf. (De Giorgi 2006; 2015).

pensando na sua consistência, embora possa mudar, interromper, extinguir-se e ser reativado. Este direito, se diz, é objeto da reflexão filosófica ou científica sobre o direito. Mas, contando que as qualificações que o pensamento jurídico atribui ao direito refletem o direito como si próprio se pressupõe na tautologia da sua auto-observação empírica. Parece mais apropriado dizer que o pensamento sobre o direito é objeto do direito. E, neste sentido, o pensamento é reflexão do direito, não sobre o direito.

3 A DETERMINAÇÃO COMO LIMITE

Sobre o que se pode ser observado na sua identidade, sobre o que pode ser distinguido precisamente em virtude da determinação, sobre o *Dasein*, sobre o ser determinado, Hegel tinha ideias muito diferentes, as quais talvez possam nos ajudar. Ele se ocupa tanto no primeiro quanto no segundo capítulo do *Wissenschaft der Logik* (Hegel, 1969; 1974), quanto na parte da *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (Hegel, 1970, 197; 1980; 109) que é dedicada aos mesmos questionamentos. No parágrafo 92 dessa última, ele escreve que “o ser, fixado como diferente da determinação, o ser a si, seria somente a vazia abstração do ser. No ser determinado, a determinação é uma com o ser, e é, junta, posta como negação, é limite, é barreira”.

Hegel via que uma determinação é só uma parte de uma distinção e sem a outra parte é somente pura abstração. No entanto, ele também viu que a determinação é tal porque supõe o limite que é também uma barreira à confusão de ambos os lados. Até Bateson, no famoso metalogo *Why Do Things Have Outlines?* (Bateson 1987, 37-42) em que a menina lhe pergunta por que as coisas têm contornos, ele responde que os contornos são necessários para que as coisas não se confundam. Mas sigamos com Hegel. No adendo do mesmo parágrafo, isto é, em seu *Zusatz*, ele explicou que no "ser determinado", a negação é ainda imediatamente idêntica com o ser; e essa negação é o que chamamos limite" (Hegel 1970, 197). Isso significa que o limite dá forma ao ser em sua determinação, mas ao mesmo tempo diferencia as identidades entre as duas determinações, pois é uma barreira que resiste à persistência do ser para consigo mesmo. Algo é o que está apenas em seu limite e através de seu limite. Consequentemente, “o limite não pode ser considerado algo externo ao ser, ele atravessa todo o ser”⁷. O limite não é a fronteira externa, está dentro e só assim delinea a possibilidade de negação como diferença. O

⁷ *Man darf somit die Grenze nicht als dem Dasein bloß äußerlich betrachten, sondern dieselbe geht vielmehr durch das ganze Dasein hindurch*

limite, então, é uma diferença na forma de identidade: “se olharmos de perto o que temos no limite, diz Hegel, vemos que ele contém uma contradição em si mesmo”.

Em outras palavras, o que tratamos como determinado é tal somente ao limite, que o atravessa e que contém uma contradição em si. O limite não delimita, mas atravessa a determinação. E é uma contradição, insiste Hegel.

O limite, por um lado, constitui a realidade do ser determinado e, da outra, é a sua negação. Além do limite, como negação do algo, não é em absoluto um nulo abstrato, mas um nulo que simplesmente é, ou o que nós chamamos de outro. No que diz respeito a “*qualcosa*”, nos vem subitamente em mente o outro”. Agora o outro não é “tanto que nós o encontramos assim, de tal maneira que qualquer coisa poderia ser pensada também, mas alguma coisa (*qualcosa*) é em si o outro de si mesmo e pelo alguma coisa (*qualcosa*) o seu limite se torna objetivo” (Hegel 1970, 197-198).

Acho fascinantes essas considerações de Hegel sobre o limite, sobre a complexa estrutura do que chamamos de limite. Há o primeiro sentido de limite que se encontra na coexistência simultânea da duplicidade de seu valor; então, há a própria contradição; então, sua função constitutiva. Essa função se manifesta não apenas na constituição da determinação e, portanto, na conservação da diferença e depois em sua superação, mas também na duplicidade inevitável que Hegel trata como contradição.

Mas há ainda outro aspecto: a função do limite é incontornável na constituição do presente: o limite, de fato, é e não é, é presença e ausência. O presente é o lugar do limite e do absolutamente real; este presente, como presença do limite em sua duplicidade, tem em si uma inquietação que Hegel denomina *Unruhe des Etwas in seiner Grenze* (Hegel 1969, 138), “inquietação de algo dentro de seu limite”. É ao mesmo tempo a inquietação do que é determinado e a abnegação de si, portanto, é a inquietação da contradição que contém em si o que Hegel chama de *ihre gemeinschaftliche Unterschiedenheit* (Hegel 1969, 137), “sua diversidade em comum”.

Em seu famoso artigo *Différance* (Derrida 1968), Derrida retoma uma passagem de Koyré em que aparecem longas citações de Hegel. Derrida concentra-se em um trecho de Hegel, retirado da *Lógica de Jena*, em que Hegel define o limite como o momento do presente, como “uma relação absolutamente diferente do simples”. E ele cita ainda outra passagem na qual Hegel escreve: “Esta relação está (o) presente como uma relação diferente” (Hegel 1967, 203: *Diese Beziehung ist Gegenwart, als eineiffer Beziehung*).

A questão filosófica do limite é o presente e a sua constituição: o presente é o lugar em que se produz uma contradição que não deixa escapar: o tempo e o espaço coincidem e se

negam, presença e ausência se implicam e se anulam, enquanto no intervalo que dá forma ao presente, o espaço se torna tempo e o tempo se torna espaço. Assim como para Saussure a língua é um sistema de diferenças, para Derrida o presente é o lugar da diferença, o lugar da ausência e, portanto, também o lugar da diferença, é o tempo do limite que se diferencia para manter a identidade consigo mesmo.

Agora, Derrida se interessa em dar um nome à ontologia do ser, observando a história de seu desenvolvimento e construindo-a como a história de seu diferimento. Estamos interessados no movimento do presente como um tecido de diferenças. Derrida se interessa em pensar a diferença, libertando-a do horizonte do estar presente para conectá-la ao tempo como horizonte transcendental da questão do ser, tal como foi colocado por Heidegger. Em vez disso, estamos interessados no limite como lugar de diferença no presente. Como lugar da constituição do presente. A questão ontológica da falta e da ausência transforma-se, para nós, na questão da alteridade e da sua existência, da sua presença. Assim como não nos interessa o limite da perspectiva kantiana segundo a qual a metafísica nos leva aos limites, como diz Kant (Kant 1968, 228; 1967, 121: *Allein Metaphysik führet uns ... auf Grenzen*). Esses limites são espaços que a razão se concede para justificar sua superação, seu ir além, como vimos no início deste artigo. Ou seja, reconhecer em si uma competência para compensar sua incompetência, como diria Odo Marquard (Marquard 1973). A questão não é: em que medida uma determinação formal dos limites do nosso uso da razão, isto é, uma determinação tirada de seus princípios, nos permite confiar na razão, que era a questão que se preocupava Kant: a questão é, ao invés, se a razão, ao se colocar além dos limites, pode reconhecer as diferenças que existem e que são negadas pela unidade abstrata de seus princípios dentro dos limites. Em outras palavras, se a razão, fora de si mesma, supera a contradição que ela é em si mesma. A filosofia de Kant (mas também a de Fichte), disse Hegel, "atribui como o ponto mais alto da resolução das contradições do dever da razão, que em vez disso é apenas a posição de persistir na finalidade e, portanto, na contradição" (Hegel 1969, p. 148).

4 O LIMITE COMO PARADOXO CONSTITUTIVO DO DIREITO

As considerações que desenvolvemos até agora nos permitem refletir sobre algumas aquisições primárias.

A determinação do direito, a existência da lei, sua configuração histórica não é um pressuposto nem uma manifestação do que se denomina "identidade" do direito. Não se confunde com o que a tradição do pensamento jurídico chamou de autonomia e que considerou

uma determinação analiticamente necessária da reflexão sobre o objeto. Assim como o direito não pode ser considerado como um objeto de conhecimento mais do que a própria ciência jurídica deve ser considerada como um objeto de direito, como resultado do trabalho de arranjo conceitual das operações de construção, interpretação, decisão do próprio direito, ou como resultado de um trabalho metafísico sobre o direito, que o direito usa para se tornar possível operar.

A determinação do direito, o ser do qual é determinado, é o resultado da manutenção da diferença entre o que é direito e o que não é direito e a diferença se constrói dentro do direito e consiste na re-determinação contínua do limite do direito. É aí que esse age como diferença. Ou melhor: a diferença é o limite do direito. Ou melhor, a diferença é o direito. Se a diferença não se mantém, se o limite não se reconstitui, o ser determinado, o objeto, é evanescente, *verschwindendes*, como dito por Hegel.

E ainda: o limite é interno e externo, o limite é conceitualmente o que está dentro e o que está fora: mas então, isso significa que o que está fora está, ao mesmo tempo, dentro. *Your Inside is Out and Your Outside is In*, é o título de um famoso artigo de Ranulph Glanville e Francisco Varela (Glanville e Varela 1981) de alguns anos atrás. Em outras palavras, o exterior não tem objetividade própria, não tem existência real própria, ou seja, não é algo que possa ser empiricamente observável. Ou melhor: a observabilidade do que está fora depende do fato de um observador que queira observar como o direito constrói o que ele usa como realidade, use a distinção entre interno e externo. O direito, que está no limite, opera a diferença e faz parte da diferença. O observador verá que a diferença é reintroduzida no direito, que o trata como uma diferença interna. O direito reproduz no seu interno, como diferença de referências, a diferença entre interno e externo. O limite, que para o observador de segundo nível é a unidade da diferença, é intransparente ao direito. Para o direito, o que é externo, o que está além do limite, por outro lado, está ausente, e a lei, como disse Derrida, é a presença que se refere a ela, mas não a vê, a mantém fora. O limite, então, permite que o direito não se confunda com a realidade. Não se sucumba a ela. O exterior existe apenas como uma extensão cognitiva, como um espaço cognitivo do que está dentro. O direito se comunica apenas com si mesmo por meio de seu código: conforme a lei / não conforme a lei. Mas, como esta comunicação é uma comunicação jurídica, é interna à lei, a infração também é um direito, pois está agindo de acordo com a lei.

Em outras palavras: se o observador usa a distinção entre dentro e fora para observar, o limite é a unidade da distinção. É por esta razão que o limite não é visto. A função do limite é manter a diferença, mas tanto o interior como o exterior não têm realidade sem limite. Podemos

concluir que o direito se constrói em seu interior o que então usa como realidade e que o mundo permanece indetectável.

E ainda: o *Selbigkeit* do direito, aquele ser determinado por si mesmo, não tem seu *Bestand*, sua consistência, é o resultado de uma diferença em que as diferenças continuamente diferentes que o direito produz por meio da construção do que esse usa como realidade. Mas o direito não pode ver a diferença, assim como não vê o limite que faz a sua diferença. Na verdade, o direito pode ser observado como direito, mas não pode ser observado de forma diferente.

Desse modo, o direito que, como todos os sistemas sociais, sempre opera no presente, constrói o tempo de sua operação. A questão do limite, na realidade, é a questão do tempo do direito. O limite, isto é, a unidade da diferença, o que faz a diferença, o diferente, reabre continuamente a forma da diferença entre identidade e diferença. Essa é a relação diferente de que falou Hegel. "Na realidade em si, a racionalidade e a lei não estão em condições tão tristes que só deveriam ser". (Hegel 1969, 148: *Aber in der Wirklichkeit selbst steht es nicht so traurig um Vernünftigkeit und Gesetz, daß sie nur sein sollten*).

A inobservância da diferença, na verdade, é também a inobservância do presente, porque a relação diferencial só se produz no presente. Essa relação é o presente. O presente, então, é o limite, porque é a dimensão da temporalidade em que se atualiza o potencial de elaboração interna da expansão cognitiva do direito. O direito não pode ir além de si mesmo, como o fez a razão kantiana. O direito não tem que ser, o direito é. E então, é apenas a reconstrução contínua do limite que permite que o direito permaneça dentro de seu limite. Ou seja, reconstruir-se como um direito.

Mas o limite do direito se reconhece como o ser a si, diria Hegel: esse traz consigo a negação como seu limite. E este é o paradoxo do direito. O limite é o paradoxo constitutivo do direito.

5 LIMITE INTERNO E LIMITE EXTERNO DO DIREITO

Direito e sociedade, que é seu limite externo; a sociedade e o mundo que é o seu limite externo. O intervalo que os separa é o intervalo que os une, ou seja um paradoxo: o paradoxo, escreveu Luhmann, é o indicador visível da invisibilidade, a forma, a unidade da diferença.

Agora, seguindo uma tradição que tem raízes na velha metafísica, o pensamento jurídico continua a lidar com a identidade do direito, sua determinação histórica e, portanto, os limites do direito. Trata-se de limites no sentido aristotélico. É chamado de limite, escreveu Aristóteles (Aristóteles, 2008: *Metafísica*, V, 17, 1022), "a extremidade de cada objeto, que é o primeiro

ponto além do qual não é possível presumir qualquer parte do objeto, ou o primeiro ponto deste lado do qual estão contidas todas as partes do objeto" e então, no entanto, ele continuou: dizemos limitar "a substância de cada coisa e a essência a que cada coisa é própria, visto que este é o limite do conhecimento, e sendo o limite do conhecimento é também o limite do objeto". Segundo essa tradição, o limite indica uma delimitação que é constitutiva do objeto, indica seu espaço lógico e ontológico, podemos dizer. O pensamento do direito encontra aqui a justificativa de seu interesse em observar o que está além dos limites do direito, em avaliar a limitação do direito, sua limitada capacidade de ocupar o espaço do agir social, por exemplo os limites da adequação do direito à natureza das coisas, a natureza do homem, a natureza das relações ou do agir. A mesma tradição, então, em suas variantes mais modernas, irá em busca de técnicas que lhe permitam ir além dos limites da adequação insatisfeita, para indicar "o fim de cada coisa", como ainda dizia Aristóteles, como o "ponto de chegada do movimento e da ação", para temporalizar, em outras palavras, as possibilidades de superação de limites: ela encontrará esse recurso em *ter de ser*, nas ideias da filosofia prática que o pensamento kantiano restaurou com novo vigor. As teorias da justiça servirão de horizonte.

Nessa perspectiva, o legado jusnaturalista, a moralidade, a religião fornecerão material semântico e tópicos de comunicação sobre o direito. Mas então haverá princípios, uma fonte inesgotável de inclusão dentro de limites. Os princípios, entretanto, não funcionam por sua riqueza de significado, mas pela completa ausência de qualquer especificidade de significado: os princípios são recipientes universais semanticamente vazios - como muitos já haviam visto no século passado⁸ - eles nos permitem incluir tanto quanto permitem excluir, eles, de fato, adquirem sentido apenas por meio de sua aplicação. O velho Marshall (Marshall 1950, 9) dizia que a cidadania tornara possível alcançar uma grandiosa arquitetura da desigualdade (*citizenship has itself become, in certain respects, the architect of legitimate social inequality*) e que o próprio princípio da cidadania poderia reduzir as desigualdades que ele próprio reconheceu como legítimas.

A tudo isso, o direito só pode reagir como sempre reagiu: por meio da evolução e da re-estabilização. O que, por sua vez, não tem como resultado outra coisa senão o fato de que o direito se re-estabiliza, de fato, adquire um maior potencial de elaboração de eventos, potencializa sua seletividade, reconstitui seu limite como reflexo de seu limite: é outra tautologia, mas a realidade dessa tautologia não pode ser negada, porque as qualificações de sentido por meio das quais o direito reconstrói o mundo dentro dele são os únicos patrimônios

⁸ Por exemplo: Kelsen, Podlech, Luhmann. Cfr. su questo De Giorgi (1991).

semânticos que o direito possui em sua atividade de construção, que ele usa como realidade. No qual o patrimônio de sentido se condensa na memória do direito. (DE GIORGI, 2016a, pp. 149-166).

Sem sua memória, o direito não existiria, porque o próprio direito é sua memória refletida no limite. O direito, por outro lado, é sujeito e destinatário de sua memória. A memória, é claro, não é lembrar, a memória é a unidade da diferença entre lembrar e esquecer. Memória, portanto, é a presença do direito a si mesmo em todas as suas operações. E então: essa herança semântica pode ser desconstruída e então a desconstrução pode ser reconstruída, mas ainda é a linguagem com a qual o direito fala ao mundo. E essa linguagem, como vimos, é um tecido de diferenças.

Entender como as diferenças na linguagem do direito são produzidas e reproduzidas, entender quais são essas diferenças, é fundamental para entender como funciona o limite do direito e como os limites se constituem como barreiras, como fronteiras internas e externas.

Benjamin se preocupou com a diferença constitutiva do direito e tratou o direito como a unidade da diferença da *violência que representa* e da *violência que preserva* o direito (Benjamin 1982); tinha visto no poder destrutivo de uma força que é puro meio, uma ação não violenta de subversão do poder do Estado: a violência, porém, permanece, porque outra ordem de destino será também uma ordem que se imporá como um direito. É verdade que a ideia jusnaturalista-messiânica dos limites da lei leva ao pré-julgado, ao pré-conceito? (Derrida 1985) a pedir para entrar na lei, a pedir para entrar pela porta da lei, como disse Kafka. Mas a entrada é barrada, porque o brilho insustentável da justiça não nos permite ver o que está oculto à vista, tanto o destino quanto a vontade da potência que faz justiça. Muito mais realista e dramático é Kleist (2003), que materializa em seu herói o paradoxo da limitação do direito que é, neste caso, a justiça do reconhecimento do próprio direito e a simultânea sentença de morte do herói. Ou a imagem da indistinguibilidade da diferença entre o deus barbudo e o deus sem barba no Vale do Caos de Dürrenmatt (1998a): a unidade impenetrável de uma diferença em que se realiza a dramaturgia do limite do direito.

O limite interno do direito torna-se perceptível na sua linguagem, naquele tecido das diferenças que ele conecta, naquele tecido das diferenças em que se imprime a seletividade da aplicação dos princípios: essas diferenças são o resultado da transformação da velha naturalidade em artificialidade, da necessidade nas contingências, das desigualdades naturais nas desigualdades artificiais, da homologação de todas as desigualdades e da negação de todas aquelas que não foram legalmente construídas. O limite interno do direito, então, é o limite da inclusão, isto é, o limite da atribuição legal de sentido, o limite da linguagem do direito. Mas o

limite é também o limite externo do direito: deste lado o limite toca o mundo, encara o mundo, diríamos: toca o mundo como limite do seu meio que é a sociedade.

6 A INQUIETAÇÃO DE ALGO DENTRO DE SEUS LIMITES

Externamente, o limite demarca a diferença entre o sistema jurídico e sua semântica de um lado, e a sociedade e seu ambiente, de outro. O espaço social contíguo é ocupado pela política, em virtude daquele acordo evolutivo denominado Estado de Direito. Uma contiguidade ameaçadora, contra a qual o direito deve exercer continuamente seu potencial de aprendizagem e ao mesmo tempo fortalecer o escudo protetor de sua memória. De um lado, qualificações de sentido já estabelecidas; de outro, material que consiste em decisões conflitantes sobre a distribuição dos meios de acesso aos bens socialmente disponíveis; as primeiras já estabilizadas, as demais sempre dotadas de caráter de definitividade provisória. A outra contiguidade ameaçadora é a economia, que motiva reivindicações inesgotáveis contra o direito porque, nas condições marginais impostas pela política, a materialidade do sentido de conflito foi deslocada na distribuição e circulação do símbolo da escassez, ou seja, o dinheiro. Nesse símbolo coexistem as reivindicações dos indivíduos e os limites da proteção.

Nessas condições, o sistema de direito está sujeito a uma abertura cognitiva inesgotável (Maturana 1990) que o torna frágil, instável, exposto às ameaças de um ambiente que não pode controlar por si, só as consequências de suas operações. O potencial de controle social do qual dispõe o direito é cada vez mais escasso, pois depende da capacidade do direito de processar as informações do meio no presente, comparando-as com sua memória e a contínua instabilidade política dessa memória expõe o próprio direito à incerteza de si mesmo. A contingência e a inflação de sentido enfraquecem a eficácia técnica da conceitualidade do direito.

Já o limite externo do direito é continuamente ameaçado pelo fato de que o caráter das decisões políticas fornece suporte para uma economia de incerteza que sublima as expectativas dos indivíduos no símbolo da escassez e ativa uma economia de ação conflituosa que exige decisões jurídicas orientadas para estabilidade do futuro e a certeza das consequências. Mas as consequências constroem um futuro que se conheça: o direito, por outro lado, encara o futuro com o seu *não-saber*, mas também em relação ao seu potencial de construção do presente exige uma grande tolerância à incerteza. No que diz respeito ao futuro, então, o direito expõe-se ao *não-saber* o meio ambiente e ao não-saber de si. O direito é o paradoxo de seu limite.

Na verdade, o recurso que o direito pode distribuir para controlar o presente e acessar o futuro é o risco. O risco como vínculo do futuro, em que se satisfazem a política da economia

e a economia da política e em que, ao invés, se agita a inquietação de algo dentro de seus limites, como dizia Hegel. O agir de indivíduos, por exemplo.

Ora, essa turbulência que se agita nos limites do direito consumiu os pressupostos racionalista-iluministas do sistema de tutela, que constituía uma sólida rede de processamento de informações sobre a qual a memória do direito mantinha sua autoidentificação: da esfera privada às formas de auto-organização da opinião pública, do universo do trabalho às representações das formas de vida, das referências da igualdade aos espaços das diferenças - a semântica do direito foi se transformando de acordo com a orientação política para a gestão do símbolo da escassez. As formas contratuais de trabalho, por exemplo, a economia lógica das desigualdades, a economia lógica da ordem pública e da ordem das ações, as formas de experimentar mecanismos reflexivos de confiança nas relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e a administração pública, têm estampado as consequências do esgotamento desses pressupostos da semântica iluminista de ação e de racionalidade orientada para o direito. Isso significa que o Iluminismo acabou em suas premissas, bem como nos pressupostos da representação do direito como técnica social de estabilização das expectativas de comportamento. A sociedade experimenta em seu direito as primeiras manifestações de sua modernidade, ou seja, da complexidade em sua forma tipicamente moderna.

O direito não pode sair de si mesmo, não pode ultrapassar os limites, como a razão kantiana.

A inquietação de algo no seu limite que se realiza dentro do limite do direito é, na realidade, a inquietação da negação, isto é, da negação que a determinação do direito traz consigo, é a desconstrução que o direito pratica consigo mesmo, é a reconstrução contínua da desconstrução que caracteriza sua memória.

Mas ainda há mais sobre os limites externos do direito: há a tensão contínua da presença do mundo como limite da sociedade. E como outros sistemas sociais se universalizaram, eles toleram a presença do mundo de uma maneira diferente do que o direito pode fazer por causa de seus limites que, em termos evolutivos, o ligam a territórios e espaços. O mundo é duplamente ameaçador para o direito. Seja porque ele pressiona pelo reconhecimento, seja porque sua complexidade é muito alta para o potencial de processamento disponível ao direito. Então, permanece a diferença entre o interno e o externo. Mas para o direito interno e externo, eles estão dentro dos limites; o que está fora dos limites é a outra parte da diferença, aquela que o direito, como parte da distinção e como observador, não vê: tudo o que está na exclusão é depositado fora, o que é absolutamente outro, *das absolut Harte*, disse Hegel.

Diz-se a margem, na fronteira, no local da proibição, *banlieus* da sociedade. Mas também se pode dizer - como já o fizemos - a antecâmara do direito. É chamado de ilegalismo tolerado, de massa, generalizado; é chamada de violência de exclusão; é chamado de escravidão: nenhuma sociedade jamais teve tantos escravos como esta em que vivemos; são chamados de migrantes, são chamados de menores: só este ano, na Itália, cinco mil desapareceram.

O que está na exclusão não é capaz de conexão, não é capaz de diferença, não está só fora, mas está hierarquicamente abaixo, não tem voz; o que está fora só é negativo, é o que está nas fronteiras, pela razão de Kant e pela sua linguagem: o que está fora é a *não-sexualidade*; é a *cor-não-branca* da pele; é *não-cidadania*; é indigência; é a *não-segurança*, isto é, o potencial de perigo; é instabilidade, ou seja, precariedade; é o espaço da *não-competência* do direito; é *não-vida* ou *não-morte*; é mera irrelevância sem conteúdo significativo; simplesmente ausência.

Ora, o que está excluído, o que está ausente, se faz sentir como *Unruhe*: como uma negação do silêncio que a lei carrega em seus limites, uma negação da harmonia dos conceitos; o direito reage a ela como a qualquer ruído, a qualquer rumor, aumentando sua seletividade, ou seja, ativando diferenças de diferenças dentro dele, excluindo também o que estava incluído. Mas como este *Unruhe* está localizado no espaço externo que ocupa o intervalo que existe entre o direito e a política, ele é filtrado, ampliado, carregado de conteúdos morais ou econômicos ou científicos e refletido no espelho da opinião pública que fornece ou subtrai reservas de consentimento ao sistema político, mas também ao sistema econômico em virtude de sua sensibilidade a supostos fatores motivacionais de expectativas. E assim, onde o símbolo da escassez não opera, se ativa a miséria simbólica da misericórdia ou a barbárie do ressentimento.

O que pode construir uma filosofia do direito que também queira ser uma filosofia do limite? Pergunte a si mesmo: como o direito pode ir além dos limites? Como pode o direito sair de si mesmo? Nesta sociedade, o direito é confiado a si mesmo. Não tem suporte externo. Não tem garantias externas. E para o futuro? Como pode o direito enfrentar o futuro em virtude do seu *não-saber*? Mais direto? Reduz o espaço para ação. Menos direto? Aumente a violência das diferenças. O direito é seu limite e seu limite é seu paradoxo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Aristotele. 2008. *Metafísica*. Trad. di Antonio Russo, Milano: Mondadori.

Bateson, Gregory. 1987. *Steps to an Ecology of Mind: Collected Essays in Anthropology, Psychiatry, Evolution and Epistemology* (1972). Northvale, New Jersey - London: Jason Aronson.

Benjamin, Walter. 1982. “Per la critica della violenza” (1920-1921), in *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, trad. e introd. Di Renato Solmi, 7-30. Torino: Einaudi.

De Giorgi, Raffaele. 1991. “Modelli giuridici dell’uguaglianza e dell’equità”. *Sociologia del diritto* 18 (1): 19-33.

-----2013. “Die soziologische Forschung des Rechts in der Systemtheorie”, in *Positivität, Normativität und Institutionalität des Rechts. Festschrift für Werner Krawietz zum 80° Geburtstag*, a cura di A. Aarnio et al., 457-469. Berlin: Duncker & Humblot.

----- 2015. *Temi di Filosofia del diritto*, vol. II. Lecce: Pensa MultiMedia.

-----e Nuzzo, Luciano. 2015. “Criminology: what is it about?”, in *What is Criminology about? Philosophical Reflections*, a cura di Don Crewe e Ronnie Lippens, 84-100. Abingdon, Oxon-New York: Routledge.

----- 2016. “Para uma apologia construtivista do positivismo jurídico”, in *Da teoria das normas à teoria do ordenamento. O positivismo jurídico entre Kelsen e Bobbio*, a cura di C. Caballero Lois e Gustavo Silveira Siqueira. 102-114. Belo Horizonte: Arraes Editores.

----- 2016a. *Temi di Filosofia del diritto*, vol. I (2006), Lecce: Pensa MultiMedia.

Derrida, Jacques. 1968. “Difference”. *Bulletin de la Société française de philosophie*, LXII, n. 3: 73-101.

-----1985. “Préjugés, devant la loi”, in Derrida, J. et al., *La faculté de juger*. 87-140. Paris: Minuit.

Dürrenmatt, Friedrich. 1998. “Minotaurus. Eine Ballade”, in *Werkausgabe in siebenunddreißig Bänden*, Band 26. 9-32. Zürich: Diogenes Verlag.

-----1998a. *Durcheinandertal*, in *Werkausgabe in siebenunddreißig Bänden*, Band 27. Zürich: Diogenes Verlag.

Foerster, Heinz von. 1985. *Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie*. Autorisierte deutsche Fassung von Wolfram K. Köch. Braunschweig: Vieweg.

-----e Bröcker, Monika. 2002. *Teil der Welt. Fraktale einer Ethik – Ein Drama in drei Akten*, Heidelberg: Carl-Auer-Systeme Verlag.

Glanville, Ranulf, e Varela, Francisco J. 1981. “Your Inside is Out and your Outside is In (Beatles 1968)”, in *Applied Systems and Cybernetics: Proceedings of the International Congress on Applied Systems Research and Cybernetics* (a cura di G. E. Lasker). Volume 2. 638-641. New York: Pergamon.

Hegel, G. W. Friedrich. 1967. *Jenenser Logik, Metaphysik und Naturphilosophie*, a cura di G. Lasson. Hamburg: Meiner.

-----1969. *Wissenschaft der Logik*, I (1812), in *Werke in zwanzig Bänden*. Band 5, a cura di Eva Moldenhauer e Karl Markus Michel, Frankfurt a. M.: Suhrkamp. Trad. it. di A. Moni, riv. da C. Cesa: Hegel, G.W.F. 1974. *Scienza della logica*. Tomo primo. Roma-Bari: Laterza.

-----1970. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, I (1817), in *Werke in zwanzig Bänden*. Band 8, a cura di Eva Moldenhauer e Karl Markus Michel, Frankfurt a. M.: Suhrkamp. Trad. it. di Benedetto Croce: Hegel, G.W.F. 1980. *Enciclopedia delle scienze filosofiche*. Tomo primo. Roma-Bari: Laterza.

Kant, Immanuel. 1968. “Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphisik die als Wissenschaft wird auftreten können” (1783), in *Schriften zur Metaphysik und Logik*. Band 1: *Werkausgabe*, Band. V: 111-264, a cura di Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp. Trad. it. di Pantaleo

Carabellese: Kant, Immanuel. 1967. *Prolegomeni ad ogni futura metafisica* (1925). Seconda edizione riveduta a cura di Rosario Assunto. Bari: Laterza.

-----1968a. *Kritik der reinen Vernunft* (1787), in *Werkausgabe*, Band. IV, 2, a cura di Wilhelm Weischedel, Frankfurt: Suhrkamp. Trad. it. di G. Gentile e G. Lombardo-Radice:

Kant, Immanuel. 1969. *Critica della ragion pura*, volume secondo, ed. riveduta da V. Mathieu. Bari: Laterza.

Kleist, Heinrich von, 2003. *Michael Kohlhaas* (1810). Trad. it. di P. Capriolo; ed. a cura di H. Dorowin, Padova: Marsilio.

Luhmann, Niklas. 1981. “Identitätsgebrauch in selbstsubstitutiven Ordnungen, besonders Gesellschaften”, in *Soziologische Aufklärung, 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation*. 198-227. Opladen: Westdeutscher Verlag.

-----1986. *Die Soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt a.M.: Alfred Metzner Verlag.

-----1995. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

-----2000. “Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Heft 1: 3-60.

Luhmann, Niklas. 2006. “System as Difference”, *Organization*, volume 13 (1): 13-37.

Marquard, Odo. 1982. *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

-----1991. “Inkompetenzkompensationskompetenz” (1973), in *Abschied vom Prinzipiellen. Philosophische Studien*. 23-38. Stuttgart: Reclam.

Marshall, Thomas H. 1950. *Citizenship and Social Class*, Cambridge: University Press.

Maturana, Humberto. 1990. “The Biological Foundations of Self-Consciousness and the Physical Domain of Existence”, in Luhmann et al., *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien?*. 47-117. München: Wilhelm Fink.

Nietzsche, Friedrich. 1973. *Unzeitgemässe Betrachtungen. Zweites Stück: Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben* (1874). Trad. it. *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, dalle “Opere di Friedrich Nietzsche”, vol. III, Tomo I, ed. it. diretta da G. Colli e M. Montinari. Milano: Adelphi.

Watzlawick, Paul. 1983. *Anleitung zum unglücklich sein*. München: Piper.

Submissão: 16/11/2021 Aprovação: 25/11/2021

MEMORIA, EXCEPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: Tensiones entre Democracia y Autoritarismo en los Regímenes Políticos Actuales*

MEMORY, EXCEPTION AND HUMAN RIGHTS: Tensions between Democracy and Authoritarianism in the Present Political Regimes

Marcelo Raffin¹

Universidad de Buenos Aires (UBA)

Resumen

Partiendo de la constatación del estatuto y el papel de la categoría de memoria en el mundo actual, este artículo analiza los vínculos posibles entre la memoria, la democracia y la excepción y los derechos humanos. Dicho análisis implicará, al mismo tiempo, el examen de las siguientes cuestiones conexas: en primer lugar, la relación que mantiene la memoria con la construcción de un régimen político, el problema de la verdad y la producción de la verdad y el negacionismo; en segundo lugar, la democracia en tanto régimen político, la tensión entre la democracia y el autoritarismo en la construcción y la vigencia de nuestros regímenes políticos y la teoría de la excepción; en tercer lugar, la relación entre el régimen democrático y los derechos humanos, la configuración de los derechos humanos en el escenario político mundial y regional actual, el papel que pueden desempeñar en relación con los cuestiones señaladas y las potencialidades que pueden llegar a tener en base a las relaciones que se establecen entre ellas.

Palabras clave

Memoria. Excepción. Derechos humanos. Democracia. Autoritarismo.

Abstract

Taking into account the verification of the status and role of the category of memory in today's world, this article analyzes the possible links between memory, democracy and exception, and human rights. This analysis will imply, at the same time, the examination of the following related questions: first, the relationship that memory maintains with the construction of a political regime, the problem of truth and the production of truth and negationism; second, democracy as a political regime, the tension between democracy and authoritarianism in the construction and validity of our political regimes, and the theory of the exception; thirdly, the relationship between the democratic regime and human rights, the configuration of human rights in the current world and regional political scene, the role that they can play in relation to the issues mentioned and the potentialities that they may have based on the relationships established between them.

Keywords

Memory. Exception. Human rights. Democracy. Authoritarianism.

* Este artículo constituye una difusión de resultados parciales de mis investigaciones en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) de Argentina y en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Asimismo, el artículo retoma algunas de las ideas desarrolladas en presentaciones en reuniones científicas y en publicaciones realizadas durante los últimos años, en particular, en "Derechos humanos y democracia en los regímenes posdictatoriales del Cono Sur de América" (2019) y en "Derechos del hombre/derechos humanos" versus "derechos de los gobernados": un análisis de la producción de derechos en el pensamiento de Michel Foucault" (2019).

¹ Investigador Independiente del CONICET, Argentina, con sede en el Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG) de la UBA y Profesor Titular Plenario Regular de Filosofía y Asociado Regular de Sociología en esa universidad. Doctor en Filosofía por la Universidad de París 8 Vincennes-à-Saint-Denis. Posee, asimismo, una Habilitación en Filosofía (HDR -Habilitation à diriger des recherches-) por la misma universidad. Director del Grupo de Estudios Críticos en Política, Derecho y Sociedad (PoDeS) del IIGG de la UBA. También ha sido profesor de Derechos humanos y garantías y de Teoría y Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la UBA y diplomático de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina. Ha publicado, entre otros libros, Verdad y subjetividad en Michel Foucault (1970-1980) (director, 2020), Droits de l'homme, sujet et devenir. L'expérience contemporaine du Cône sud d'Amérique latine (2017) y La noción de política en Agamben, Esposito y Negri (editor, 2015). E-mail: raffinmarcelo@yahoo.com

1 INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas hemos asistido a una serie de prácticas y manifestaciones que han llevado a resignificar el pasado y sus acontecimientos de una manera, en cierto sentido, inédita en comparación con otras experiencias históricas. Lo que en ellas se ha puesto de relieve es un pasado traumático común que implicó, al mismo tiempo, una consideración de la vida humana, del sufrimiento y del dolor, que no había tenido lugar, de esa manera, en las tradiciones de distintas sociedades. Si esta transmutación cultural es consecuencia de la imposición y la adopción de ciertos núcleos problemáticos occidentales y de los valores que conllevan, como, por ejemplo, la teodicea, la sacralidad de la vida humana o la idea misma de “humanidad”, debe ser objeto de un análisis que excede ampliamente los límites de este artículo. Aun así, en las imágenes devueltas por los espejos invertidos que estas cuestiones produjeron –como, entre otras, el colonialismo, la esclavitud moderna o los genocidios–, pudo leerse una clave de comprensión del “humanismo” que excedió insospechadamente sus postulados más conocidos.

En efecto, es innegable que actualmente, y cada vez con más fuerza, un hilo común enlaza el sometimiento, la expoliación y hasta la destrucción de culturas y pueblos autóctonos, con la deshumanización y la explotación de la trata atlántica y la aniquilación y el horror de los genocidios contemporáneos. Estas tres experiencias no pueden ser comprendidas sin su re inserción en el contexto que les es propio y que reconoce en sus líneas centrales de apoyo y funcionamiento, los principios fundamentales de la formación del paradigma político-cultural de la modernidad occidental, aun cuando podamos identificar manifestaciones de esas experiencias en sociedades no occidentales. En este gesto, a veces manifiesto y a veces subrepticio, el drama que se inicia en los siglos XV y XVI tendrá consecuencias decisivas en la configuración de un escenario finalmente único en todo el planeta vía el imperialismo y el colonialismo europeo y occidental. Así, estos componentes heteróclitos de la modernidad occidental parecen haber eclosionado, tanto en diversas latitudes como internamente en el mundo occidental, a lo largo del siglo XX y llevado al emplazamiento de la noción de “memoria” como un instrumento de recuperación y resignificación del pasado pero también y sobre todo, del presente.

La noción de memoria así planteada fue, por consiguiente, el resultado de múltiples experiencias históricas en las que no podría dejar de reconocerse el peso fundacional de la

Shoá así como de otras invenciones culturales como los derechos humanos, los regímenes democráticos, las sublevaciones populares (de distinto tipo y con diferentes actores, de disidencia política, social, cultural, sexual, de género o religiosa), un orden institucional común a nivel internacional y regional, y el Estado de derecho. Todos estos elementos, prácticas e instituciones así como las eventuales y constatables relaciones entre ellos, son sumamente recientes y nos fuerzan a la tarea imprescindible de su discernimiento y del análisis de sus efectos. Este artículo es un intento por comprender y analizar parte de esas relaciones y por destacar algunas de sus derivas en el escenario actual, a partir de tres ejes centrales: el de la memoria, el de la democracia y la excepción y el de los derechos humanos, que se van a ir abriendo en otras cuestiones conexas como el problema de la producción de la verdad, la tensión entre la democracia y el autoritarismo en la construcción y la vigencia de nuestros regímenes políticos, la teoría de la excepción y el papel que los derechos humanos pueden jugar en relación con esos ejes y esas cuestiones y las potencialidades que pueden llegar a tener en base a la relaciones que se establecen entre esos elementos.

Con el fin de desarrollar las cuestiones mencionadas, voy a tomar una serie de herramientas que provienen prioritariamente del campo de la filosofía pero también de otros ámbitos, como la teoría política, la sociología, la historia, el análisis cultural y el derecho. Mi idea es poder poner esas herramientas –algunas clásicas y otras más nuevas–, al servicio del análisis de una problemática que desafía un abordaje unilateral y que convoca contribuciones provenientes de distintos campos. En particular, mi intención es poder tomar a la filosofía y a la teoría en sentido general, como un conjunto de insumos que puede ofrecer un abordaje amplio y preciso de los objetos que pretendo analizar. Ello implicará poner a prueba esas herramientas, dislocarlas y hasta trastocarlas, con el propósito de pensar contextos, prácticas y situaciones otros, tanto diacrónica como sincrónicamente, aunque reconociendo el peso y la especificidad de cada entramado socio-histórico concreto.

De esta manera, procederé al análisis de los siguientes puntos:

- 1 – la cuestión de la memoria propiamente dicha y, en particular, la relación que mantiene con la construcción de un régimen político, el problema de la verdad y la producción de la verdad y el negacionismo;
- 2 – la democracia considerada en tanto régimen político, el vínculo con regímenes de signo contrario en la arena contemporánea y la teoría de la excepción;
- 3 – la relación entre el régimen democrático y los derechos humanos, la configuración de los derechos humanos en el escenario político mundial y regional actual, el papel que

pueden desempeñar en relación con las cuestiones señaladas y las potencialidades que pueden llegar a tener en base a la relaciones que se establecen entre ellas.

2 LA CUESTIÓN DE LA MEMORIA

2.1 La categoría de memoria

El problema o la cuestión de la “memoria”, tal como esta categoría aparece en el debate intelectual, artístico y filosófico contemporáneo, constituye un campo de lucha en el que distintos relatos sobre el pasado intentan apropiarse hegemónica y monopólicamente de su re-construcción, tratando de imponer una visión única y excluyente y disputándose, en consecuencia, un único valor de verdad. En este sentido, es necesario subrayar que la memoria se presenta como un campo de batalla por la reconstrucción de discursos hegemónicos sobre el pasado, insertos en y atravesados por relaciones de poder. De ahí que la memoria es el ámbito de los recuerdos pero también, y al mismo tiempo, de los olvidos, deliberados o silenciados, y de las negaciones, y sobre todo, entonces de la lucha de distintos actores por la reconstrucción del pasado y por los sentidos de ese pasado. Es por ello que, cuando hablamos de memoria, siempre tenemos que preguntarnos de qué memoria estamos hablando, qué recuerdos vamos a elegir, qué imágenes del pasado vamos a retener y construir y qué sentido le vamos a dar. Por ello, también, toda vez que hablamos de memoria, lo hacemos teniendo en cuenta un entramado socio-histórico específico, en el que esa memoria o, mejor dicho, esas memorias hunden sus raíces y cobran significado, acompañando o distanciándose de distintos sentidos que van asignando al pasado.

Como señala el crítico cultural Andreas Huyssen, vivimos, en tiempos de la globalización, en una cultura memorialista donde converge tanto el temor al olvido como la presencia del pasado, aunque en clara tensión entre ellos. Sin embargo, Huyssen explica que el lugar central que hoy se puede reconocer a la memoria tanto a nivel cultural como en los saberes que se ocupan de ella, se ha construido particularmente sobre la base de los debates abiertos a partir de la experiencia traumática de la Segunda Guerra Mundial y de la política de persecución y exterminio implementada por el régimen nazi hacia sus enemigos, en particular, los judíos, que produjeron lo que Huyssen denomina “la globalización del discurso sobre la Shoá”, es decir, su emplazamiento como tropos universal. De esta manera, sostiene Huyssen, “el Holocausto pierde su calidad de índice del acontecimiento histórico específico y comienza

funcionar como una metáfora de otras historias traumáticas y de su memoria” (Huysen, 2000, p. 15).

La cuestión de la memoria implica, en este contexto, una mirada sobre el pasado traumático, sobre situaciones de represión y aniquilación, de catástrofes sociales o de sufrimiento colectivo. Así, la memoria, como índice, déctico o paradigma, refiere a situaciones variadas (como, entre otras, los regímenes dictatoriales y genocidas del Cono Sur de América o los genocidios y exterminios indígenas y la trata atlántica), pero que reconocen un núcleo común en la experiencia traumática.

No debemos olvidar que las memorias, en este sentido, consisten en una manera de distinguir y de poner en relación el pasado con el presente y el futuro a través de la construcción de proyectos personales y colectivos con miras a delimitar los materiales con los que construir el futuro a partir de su potencia disruptiva y transformadora. Siguiendo estas ideas, la socióloga Elizabeth Jelin elaboró la potente noción de “trabajo” de la memoria para dar cuenta de la necesaria dimensión proactiva que supone la construcción de memorias a partir de la acción de sujetos en los procesos de transformación simbólica y elaboración de los sentidos del pasado o, como ella misma lo destaca, sujetos que “trabajan” “sobre y con las memorias del pasado”, que elaboran e incorporan memorias y recuerdos en lugar de re-vivir y actuar (JELIN, 2002, pp. 14-15). De ahí que Jelin señale que su plan de investigación sobre la memoria atiende básicamente a tres premisas centrales (JELIN, 2002, p. 2) que permiten comprender el trabajo de construcción de las memorias:

- 1 – entender las memorias como procesos subjetivos anclados en experiencias y marcas simbólicas y materiales;
- 2 – reconocer a las memorias como objeto de disputas, conflictos y luchas;
- 3 – “historizar” las memorias, es decir, reconocer que existen cambios históricos en el sentido del pasado y en el lugar asignado a las memorias en distintas sociedades, climas culturales, espacios de luchas políticas e ideológicas.

En este sentido, Jelin se plantea la pregunta de saber cómo poder articular democráticamente las diversas memorias en pugna. Arriesga la respuesta de que posiblemente la reflexión sobre el orden democrático requiera la legitimación de espacios de disputas por las memorias por lo que “implicaría, entonces, el reconocimiento del conflicto y la pluralidad, más que buscar reconciliaciones, silencios o borraduras” (JELIN, 2002, p. 137). Pero, advierte, ese reconocimiento del conflicto requiere también un anclaje fuerte en la ley y el derecho.

2.2 El problema de la verdad

Ahora bien, toda vez que hablamos de memoria, estamos hablando, además, y específicamente, de verdad y, sobre todo, de producción de la verdad. Hacer memoria es producir una verdad sobre el pasado, ya sea por una acción explícita o por el gesto del silenciamiento, el olvido o el descrédito, en el marco de un campo de lucha, es decir, de un ámbito conflictivo o un terreno de disputa. Por eso, también, la verdad, eso que llamamos la verdad, como lo incontrovertible, como lo que aseveramos en un sentido con pretensión de disputa de otros sentidos, implica siempre una toma de posición, que nada puede asegurar de manera definitiva. En este sentido, al hablar de producción de la verdad, tal vez podamos referirnos más ajustadamente a ella como a la producción de veridicciones, como propone el filósofo Michel Foucault al desarrollar esta cuestión y, de manera más específica, como a la política de la verdad.

Ciertamente Foucault se ocupó del problema de la verdad en varias ocasiones. Ya a inicios de los años 1970, pudo desanudar la relación entre conocimiento y verdad recurriendo a Nietzsche y mostrando el carácter agonal y artificial de la producción de la verdad, lo que le permitió construir la categoría de “política de la verdad”, mediante la cual subraya el ejercicio de poder en un entramado socio-histórico en toda producción de la verdad (FOUCAULT, 1994a, p. 550).

Diez años más tarde, encontramos la recurrencia del problema de la verdad en Foucault, particularmente a partir de la categoría de parresía, es decir, del decir verdadero o auténtico, como coincidencia entre lo que se piensa, lo que se dice, lo que se hace y lo que se es. Esta noción de parresía permite a Foucault pensar una subjetividad resistente y una existencia como obra. Foucault señala una serie de elementos que caracterizan la parresía:

1 – un vínculo fundamental entre la verdad dicha y el pensamiento de aquel que la dice a otro que la recibe, como traducción del pensamiento en la palabra verdadera;

2 – una puesta en cuestión del vínculo entre los dos interlocutores, el que dice la verdad y aquel al que se dirige esta verdad, por el cual aquel que dice la verdad “se juega”, es decir, se pone en riesgo. De esta manera, la parresía implica una cierta forma de coraje de la verdad; y

3 – lo que se puede denominar un “juego parresiástico”, entre quien dice la verdad y aquel a quien esta verdad está dirigida.

A partir de estas características, Foucault concluye que la parresía es “el coraje de la verdad” de aquel que habla y asume el riesgo de decir, a pesar de todo, toda la verdad que piensa pero también es el coraje del interlocutor que acepta recibir como verdadera la verdad hiriente que escucha (FOUCAULT, 2009, p. 14).

Ahora bien, Foucault relaciona estos desarrollos sobre la parresía con la existencia, es decir, pone en relación la producción de la verdad con la producción de una forma de vida y recurre al ejemplo de Sócrates y de los cínicos, que ponen en juego sus propias vidas en el acto de decir la verdad.

Por lo tanto, estas ideas de Foucault sobre la parresía nos llevan a un punto central en la producción de la verdad como es el de desnudar la relación con el poder y con una toma de posición política. Porque producir la verdad implica, desde esta perspectiva, posicionarse frente al pasado y al presente, producir una verdad, o, más específicamente, producir lo que Foucault llama una “veridicción” en el entramado de relaciones de poder, veridicción que implica, en sí misma, un ejercicio de poder y de resistencia. De esta manera, siguiendo estas ideas, la verdad o las veridicciones nunca se producen de manera inocente o separadas de una coyuntura especial en la que es necesario tomar partido. Porque de lo que se trata en la producción de la verdad es de la producción de la realidad, sea tanto pasada, presente o futura. Por eso, pensar la verdad implica, también, un acto de resistencia como ejercicio de poder, una voluntad de crear y disputar sentidos sobre la realidad.

En este sentido, el negacionismo, es decir, la negación de la realidad de hechos históricos percibidos como de máxima injusticia y que implican responsabilidades en su comisión, tanto científica como judicialmente (LUTHER, 2008, p. 249), implica la producción de una verdad que disputa sentido sobre el pasado al negar hechos y acciones. Por eso, es sumamente importante mostrar el mecanismo que opera en el gesto del negacionismo al negar una verdad que nunca es definitiva y que siempre necesitaremos defender y reafirmar frente a actos que rehúsan todo tipo de discusión y comprobación. Tanto el negacionismo como la posverdad, los discursos de odio y las *fake news*, que cada vez más afloran en nuestras sociedades, apelan a las emociones y rechazan todo tipo de argumentación consistente que permita la producción de una verdad basada en pruebas y puntos controvertibles. El recurso a las ideas y las categorías foucaultianas que acabo de mencionar, nos permite hacer frente al estatuto de aquello que llamamos verdad, que tiene un carácter vulnerable y que siempre puede ser discutido y rebatido pero que, no obstante ello, implica una toma de posición y requiere una fundamentación. De ahí también, insisto, que toda

producción de la verdad implica un acto de poder y, en este sentido, de resistencia, en una arena política.

2.3 El negacionismo

Específicamente la negación de hechos y acciones que tuvieron lugar en el contexto de crímenes de Estado juega un papel sumamente nocivo, en particular en lo que hace a la vigencia y la consolidación de un régimen democrático. La revisión del pasado, la discusión, el debate y sobre todo, su emplazamiento bajo la luz de la arena pública, y la asunción de ese pasado por parte del Estado democrático y de los distintos actores de la sociedad civil, conllevan un ejercicio de recomposición de actores e intereses, que nunca es pacífico pero que es necesario para la construcción de bases sólidas de una cultura democrática.

En este sentido, por ejemplo, la punición legal del negacionismo de los crímenes de Estado se encamina en el sentido de que solo el ejercicio efectivo y eficaz de la justicia lleva a la credibilidad y la confianza en ella y al afianzamiento de la seguridad jurídica y el Estado de derecho (en base al reforzamiento y al reaseguramiento en su aplicación, de los principios básicos de la legalidad, la igualdad, la razonabilidad, etc.). Esta tesis se apoya en la constatación de que solo en la medida en que se tenga en cuenta que la reconstrucción del pasado implica la lucha de distintos relatos en una arena política y el combate del negacionismo, se podrá sostener una creación más “democrática” de lo ocurrido y sentar las bases necesarias de un futuro democrático. Como sostiene la jurista Valeria Thus en *Negacionismo y Derecho penal*, “las expresiones negacionistas chocan frontalmente con la dignidad de las víctimas y sus familiares y el derecho a la memoria” de suerte que “el derecho puede configurarse en una estrategia posible en términos de validez (legitimación interna) y justificación (legitimación externa) para prevenir estas prácticas” (2020, p. 24). Thus explica que si bien el ordenamiento jurídico brinda una numerosa oferta de respuestas jurídicas para saldar cuentas con el pasado, en los últimos años se ha recurrido al derecho penal para dar respuesta a la preocupante expansión de los fenómenos negacionistas con el objeto de procurar y garantizar un ejercicio responsable de la memoria como modo de evitar que este tipo de acontecimiento límite se produzca en el futuro, mediante instrumentos legales de protección mnemónica preventiva contra estas prácticas (2020, pp. 22-23). Porque, como bien sostiene la autora, aquello que está en disputa por detrás de los discursos negacionistas y los debates en torno a su criminalización, es la apropiación política del pasado, aunado a la

estrategia de impunidad que puede derivarse de lo que esos discursos generan en los propios perpetradores de los genocidios (THUS, 2020, p. 30).

Por eso, ante la opción por el olvido deliberado y, más aún, la negación de los crímenes de Estado cometidos, que de manera latente o explícita sobreviven o afloran periódicamente en nuestras sociedades, es necesario subrayar que solo en la medida del conocimiento de lo sucedido (en las distintas versiones de re-construcción del pasado) y de la posibilidad de escuchar las distintas voces y tomar posición frente a la negación de los crímenes cometidos (lo que puede incluir, entre otras medidas, su punición), se puede proceder al debate sobre la definición de un proyecto de sociedad.

Pero probablemente aquello que está en juego en el problema del negacionismo sea lo que podemos denominar en términos filosóficos, una aporía, es decir, un problema sin solución definitiva o sin una solución única y contundente que pueda resolver el problema definitivamente y satisfacer a todes, todas y todos quienes se lo planteen. ¿Esto significa que todo ejercicio de reflexión o interacción con la cuestión del negacionismo no tiene sentido o lleva a soluciones estériles? En absoluto, más bien todo lo contrario. Toda aporía tiene la potencialidad de impulsarnos a la acción y a tomar partido reconociendo los distintos elementos, las alternativas, los riesgos, los peligros y las responsabilidades en juego en la decisión a tomar frente a ella. De ahí que pronunciarse por la necesidad de punir la negación de crímenes de Estado, según tiempos y lugares, es decir, teniendo en cuenta la configuración de las distintas sociedades, la dinámica de actores en juego, sus tradiciones democráticas y autoritarias, la coyuntura de problemas específicos, las capacidades de negociación y las proyecciones a futuro, va a determinar una parte fundamental de la construcción de una cultura y un régimen democráticos. De hecho, puede marcar la diferencia entre el éxito y el fracaso de ese proceso socio-político. Este es el desafío y el problema que plantea el negacionismo en un doble movimiento de comprensión y análisis del pasado y de herramienta de acción para el presente y para el futuro.

3 DEMOCRACIA Y EXCEPCIÓN

3.1 Estado del arte

Al tomar como objeto de estudio y análisis las memorias, de lo que estamos discutiendo, también, es de una definición del presente y del orden político. Ello quiere decir, de un proyecto de sociedad y de vida en común. Por consiguiente, esta discusión presupone,

además, un análisis de la arena en la que se dirimen esas ideas, es decir, la arena de las formas políticas contemporáneas. En este escenario, no podemos dejar de constatar una tensión de formas de signo contrario por la cual las formas democráticas, en sus distintas versiones, con sus virtudes y sus defectos, con mayores o menores grados de consolidación, validez y vigencia, aparecen amenazadas por formas autoritarias, sea de manera abierta o solapada, sea por desplazamiento o corrosión desde el interior de sus instituciones y prácticas.

Siguiendo estas ideas, una serie de pensadores y teóricos políticos, a lo largo del siglo XX hasta hoy, como Carl Schmitt, Karl Löwith, Leo Strauss o Giorgio Agamben, han sostenido la tesis de una continuidad entre formas políticas de signo contrario en la modernidad, según se vayan poniendo de relieve algunos rasgos, aspectos o prácticas constitutivos o esenciales del régimen por sobre otros. La tesis constituye en sí misma tanto un diagnóstico como una advertencia sobre los regímenes totalitarios y fascistas que moldearon las formas de vida, su valor o disvalor o, finalmente, su negación o eliminación, durante el siglo XX, y cómo lo siguen haciendo luego de su desaparición formal bajo nuevos regímenes que se presentan como de signo contrario a aquellos que los precedieron. En cierto sentido, si bien no expresados explícitamente en esos términos, la tesis también se relaciona con algunos señalamientos de Hannah Arendt respecto de las líneas de supervivencia del totalitarismo bajo regímenes democráticos posteriores. En este sentido, Arendt sostiene lúcidamente, al final de *Los orígenes del totalitarismo*, obra publicada en 1951, que

los nazis y los bolcheviques pueden estar seguros de que sus fábricas de aniquilación, que demuestran la solución más rápida para el problema de la superpoblación, para el problema de las masas humanas económicamente superfluas y socialmente desarraigadas, constituyen tanto una atracción como una advertencia. Las soluciones totalitarias pueden muy bien sobrevivir a la caída de los regímenes totalitarios bajo la forma de fuertes tentaciones, que surgirán allí donde parezca imposible aliviar la miseria política, social o económica en una forma valiosa para el hombre (1994, p. 459).²

El desenvolvimiento de los regímenes democráticos contemporáneos, con sus luces y sus sombras, ha demostrado en qué medida han podido prevalecer líneas de continuidad respecto de regímenes de signo contrario (autoritarios, dictatoriales o totalitarios) anteriores o surgir expresiones autoritarias. Estas líneas y estos desarrollos, traducidos en tendencias, corrientes de opinión, ideas más o menos articuladas o prácticas concretas de desinstitucionalización, han llevado a deslegitimar el valor del régimen democrático, a

² Toda vez que no se indique lo contrario, la traducción es propia.

despreciar sus ideas, instituciones y prácticas fundamentales y a erosionar el proceso de consolidación y perfeccionamiento del régimen y su vigencia. Esta situación se torna aún más inquietante en el contexto de procesos posdictatoriales recientes y, en cierto sentido, aún incompletos, como es el caso de las sociedades del Cono Sur de América, en las que el “tratamiento del pasado” en términos de demandas de “verdad”, “justicia”, “reparación”, “reconciliación” y “memoria” ha tenido velocidades y modalidades diferentes, según el caso. A ello se suma, asimismo, la recurrencia de regímenes neoliberales en la región desde las últimas décadas del siglo XX, que no descartan el recurso a la deslegitimación de la democracia cuando no a prácticas abiertamente autoritarias para la consecución de sus prácticas, políticas y cursos de acción. Entre el conjunto de ideas y prácticas deslegitimantes del régimen democrático aparecen, entre otros elementos, la subestimación, el desconocimiento, la negación o abiertamente el embate de los derechos humanos. Dichas acciones refieren, en particular, a las políticas públicas que toman a los derechos humanos como objeto central o como guía de sus planes de acción, los mecanismos de promoción, respeto y realización efectiva de los derechos humanos, la voluntad efectiva de la progresividad de sus horizontes de protección y aplicación y el hecho mismo de considerarlos uno de los pilares indiscutidos de la democracia que, en el mejor de los casos, solo es percibido como un aspecto políticamente correcto.

Frente a este panorama no exento de incertezas, inquietudes y peligros, la discusión en el campo de la teoría y la filosofía política, ha puesto en el centro del debate la noción de “estado de excepción” como mecanismo central de suspensión del orden democrático desde el interior mismo del régimen político.

3.2 Teoría de la excepción

La teoría de la excepción supone la suspensión expresa o tácita de la vigencia de las reglas de juego democráticas y la configuración legal o de hecho de aquello que podemos llamar un “estado de excepción”. Entre quienes se ocuparon seriamente de analizar los alcances y las implicancias de esta noción, no podemos desconocer el trabajo del filósofo Giorgio Agamben quien ha desarrollado una serie de contribuciones que apuntan al corazón mismo de este mecanismo político y de esta institución jurídica.

En su investigación sobre la política, el derecho y la economía contemporáneos, que desarrolló durante los años 1990 hasta mediados de la década pasada, Agamben propone una

serie de conceptos con los que pensar la escena actual, entre los que aparece el estado de excepción. Según Agamben, aquello que caracteriza la política, el derecho y la economía contemporáneos es una relación fundamental entre la vida humana y el poder soberano por la cual el poder soberano captura y modela la vida humana, impidiendo, de este modo, que la vida asuma cualquier otra forma posible. Esta relación no sería solo actual o contemporánea sino que, según Agamben, hundiría sus raíces en los más diversos ámbitos y se vincularía, mediante una relación tenaz y persistente, con las bases del proceso civilizatorio. La relación entre vida y poder, es, según sostiene Agamben, una prolongación y una complementación de la categoría foucaultiana de biopolítica, que constituye, para el filósofo francés, el acontecimiento decisivo de la modernidad (FOUCAULT, 1995, p. 179 y ss.). Más allá de la justeza o no del uso que hace Agamben de esa categoría foucaultiana, concibe el estado de excepción como el marco necesario a partir del cual se produce la operación fundamental de captura y modelación de la vida por parte del poder soberano. Dicha operación es entendida, específicamente, como una inclusión excluyente (una *ex-ceptio*) o, también, como una exclusión inclusiva de la vida biológica (*zoē*) en la vida política (*bíos*) o, como él la denomina, como una "politización de la vida". Agamben sostiene que en el estado de excepción, ambos términos, exclusión e inclusión, *zoē* y *bíos*, derecho y hecho, entran en una zona de indiferenciación irreductible.

Recordemos, además, que junto al estado de excepción, Agamben propone los conceptos de la nuda vida, el *homo sacer*, la oikonomía y la inoperosidad, que completan el cuadro diagnóstico de sus objetos de análisis. Cabe destacar que por nuda vida (*nuda vita*), Agamben entiende la vida biológica o la vida natural, es decir, la vida "desnuda" o desprovista de atributos por oposición a una vida "política" o calificada por la *polis* o la cultura. Asimismo, se sirve de la figura o el paradigma³ del *homo sacer*, proveniente del derecho penal romano arcaico, que da cuenta de la configuración contemporánea de la vida humana en tanto vida que puede ser muerta sin que esa acción configure un homicidio ni un sacrificio. Esta figura ubica entonces a la vida en un umbral de indeterminación entre las acciones propias de los niveles de lo *profano* y de lo *sanctus* de la sociedad romana, haciéndola entrar en el nivel de lo *sacro*. Por su parte, la *oikonomía* aparece como el paradigma de la administración y la gestión de la vida en el marco de la grilla de

³ Agamben entiende el paradigma como "un objeto singular que, valiendo para todos los demás de la misma clase, define la inteligibilidad del conjunto del que forma parte y que, al mismo tiempo, constituye" (2008, p. 19).

inteligibilidad del poder planteada por Foucault con su concepto de “gubernamentalidad” o “gobierno de los hombres”,⁴ como técnica y dispositivo de gobierno al mismo tiempo subjetivo y colectivo. Finalmente, Agamben completa el cuadro con la inoperosidad (*inoperosità*) como desobra (en el sentido de “*désœuvrement*” formulado por Jean-Luc Nancy en *La communauté désœuvrée*), es decir, como aquella actividad que permite volver “inoperosa” toda acción humana (AGAMBEN, 2007, p. 269). Para Agamben, ello significa desactivar el vínculo fundamental de implicación de la *zoē* en la *bíos* o de producción de la “máquina antropológica” y abre así el cuerpo humano, a un nuevo y posible “uso”. El concepto de inoperosidad remite, según Agamben, a la pregunta aristotélica acerca de si existe una “obra” o “tarea” propia del hombre (*tò érgon toû anthropou*) (ARISTÓTELES, 1993, 1097 b 22 y ss.) y lo enfrenta específicamente con el problema de la “acción política” tal como lo entiende la teoría política clásica.

La tesis de la imbricación fundamental entre la vida y el poder que caracteriza el diagnóstico agambeniano del mundo contemporáneo, convierte a su investigación sobre la política, el derecho y la economía en un estudio sobre la metafísica occidental, que se resume en una articulación entre el “viviente humano” y el *lógos*. Esta es la razón por la que Agamben sostiene que esa “politización” de la nuda vida “constituye la tarea metafísica por excelencia cuyo desafío es la humanidad misma del hombre viviente” (AGAMBEN, 1995, p. 11).⁵

En este sentido, Agamben señala que

el estado de excepción, en el que la nuda vida era al mismo tiempo excluida y capturada por el orden jurídico-político, constituía de hecho, en su separación, el fundamento oculto sobre el que descansaba el sistema político entero; cuando sus fronteras se esfuman, la nuda vida que habitaba en él se libera en la polis y deviene al mismo tiempo el sujeto y el objeto del orden político y de sus conflictos, el lugar único tanto de la organización del poder estatal como de la emancipación respecto de él. (1995, p. 12)

⁴ Recuérdese que por “gubernamentalidad”, Foucault entiende una determinada forma de ejercicio del poder-gobierno, como un cierto modo de “racionalizar” ese ejercicio del poder-gobierno, de comprender sus principios de funcionamiento y sus puntos de legitimación a partir de la imbricación fundamental y decisiva entre la vida y el poder, que se produce en la modernidad occidental hasta hoy, en los dos polos del cuerpo individual y de las poblaciones, y respecto de la cual el liberalismo y el neoliberalismo constituyen sus formas ontológico-políticas extremas contemporáneas (FOUCAULT, 2004a y 2004b).

⁵ Idea que claramente condesa el primer epígrafe que abre el libro *Homo sacer I*, de Friedrich Karl von Savigny: „*Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen*“ (“El derecho no tiene ninguna existencia para sí sino que su esencia es antes que nada la vida misma de los hombres considerada desde un aspecto particular”).

El estado de excepción es presentado, por lo tanto, como la ficción que gobierna el misterio del poder por excelencia de nuestro tiempo y, en especial, como el dispositivo que, en última instancia, articula y mantiene unidos los dos aspectos de lo que denomina la máquina jurídico-política occidental. De esta manera, según Agamben, el estado de excepción instituye un umbral de indecibilidad entre la vida y el derecho, entre anomia y *nomos*, entre *auctoritas* (elemento anómico y metajurídico) y *potestas* (elemento normativo y jurídico en sentido estricto) (AGAMBEN, 2003, p. 110).

En consecuencia, esto significa que, en opinión de Agamben, aquello que se encuentra en juego en el centro de la vida política, contrariamente al ideario de declaraciones y principios éticos, políticos, jurídicos y teológicos de la modernidad occidental, es la vida biológica, que, según ese mismo ideario, habría sido excluida de la vida política o cultural en razón de su carácter irracional. Esta operación fundamental de inclusión de la animalidad en la politicidad humana permitiría la libre disposición de la vida y la clave de explicación de fenómenos como, entre otros, los genocidios, los exterminios, los terrorismos y los contra-terrorismos o los diversos mecanismos de la exclusión social y política.

De esta manera, la politización de la vida en el marco del estado de excepción lleva a Agamben a plantear una aporía específica de la democracia moderna y, junto con ella, de los derechos y las libertades fundamentales que acompañan la constitución de la forma del Estado de derecho, así como de las formas de signo antagónico (democracia y totalitarismo) que signan la política contemporánea. Agamben plantea entonces una fuerte crítica a los derechos del hombre y a los derechos humanos, a la sacralidad de la vida, al concepto de pueblo como sujeto político, a la soberanía y a la ciudadanía, a la figura del refugiado, entre otros conceptos centrales de la política y el derecho contemporáneos. Un análisis del papel y las virtualidades de los derechos humanos en su relación con la democracia puede ayudar a comprender esta crítica pero también la relación misma entre ambos conceptos y la potencialidad de los derechos humanos como herramienta estratégica de lucha política y de resistencia a los poderes.

4 EL PAPEL Y LAS POTENCIALIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1 Democracia y derechos humanos

En el mundo contemporáneo, se ha vuelto evidente una relación necesaria entre los derechos humanos y la democracia: los derechos humanos definen de manera calificada un

régimen democrático actuando como una suerte de fiel (como en una balanza) de la vigencia de ese régimen. En efecto, los derechos humanos en su relación con la democracia, permiten evaluar en qué medida ese régimen está vigente o es disminuido o erosionado por prácticas contrarias, a las que podemos denominar con un nombre general que se ha hecho habitual en la tradición de la teoría política moderna, como autoritarias. Ciertamente los derechos humanos no constituyen la única herramienta para diagnosticar la vigencia de un régimen democrático pero sí ciertamente se transformaron en uno de sus componentes centrales que permiten esa operación.

Al mismo tiempo, cabe resaltar que en el marco de la relación entre democracia y derechos humanos, estos se convirtieron también en una suerte de creencia incuestionable a la que se apela desde perspectivas teóricas, ideológicas o políticas muy diferentes. En efecto, se puede afirmar que los derechos humanos son reivindicados hoy tanto por posiciones políticas de izquierda como de derecha, por la tradición marxista como por la liberal, volviéndose así una suerte de posición políticamente correcta cuyo único límite posible está constituido por las expresiones del fascismo o del totalitarismo, que se presentan como su negación misma. Esto no quita que, de todas formas, expresiones autoritarias o de regímenes con características democráticas debilitadas, hagan un uso particular del discurso de los derechos con el fin de apuntalar o nutrir su propia legitimidad o conseguir algún tipo de beneficio en las relaciones entre actores internacionales o internos. Como sea, y aun reconociendo el valor y la potencialidad de los derechos humanos, es necesario, al mismo tiempo, atender a su límites y a sus puntos ciegos con el fin de evitar caer en posiciones sacralizantes y fortalecer el régimen democrático.

En este sentido, cabe resaltar en particular que hoy, en nuestra región, pero también en otras latitudes, la relación entre formas políticas democráticas y autoritarias, como señalé, parece haberse tensado llevando a una configuración paradójal de los derechos humanos por la cual estos aparecen connotados de manera tanto positiva como negativa. Un análisis más pormenorizado de esta cuestión puede ayudarnos a comprender mejor sus potencialidades y a tratar de superar, en parte, sus puntos ciegos.

4.2 Los derechos humanos como realidad paradójal

En efecto, en mi opinión, los derechos humanos constituyen hoy una realidad paradójal, con connotaciones tanto positivas como negativas. Lo que se puede constatar

actualmente en relación con los derechos humanos, en las arenas políticas locales, nacionales, regionales e internacional, es un proceso a veces consecutivo pero a veces también paralelo, de apogeo y caída de los derechos humanos o de lo que podría entenderse, en otras palabras, como de legitimación y de deslegitimación de los derechos humanos. Ciertamente, no podemos dejar de reconocer toda una serie de desarrollos políticos, jurídicos y administrativos (entre los que aparecen instrumentos normativos, instancias de protección y exigibilidad, instituciones y actores) que han llevado a instalar a los derechos humanos como una herramienta específica de la lucha política y jurídica y de resistencia a los poderes y como una estrategia de emancipación ante situaciones de opresión y dominación, así como una serie de ideas, prácticas, debates, redes y colectivos que permitieron, finalmente, identificar a los derechos humanos como un objeto con contornos definidos en el horizonte cultural de nuestra sociedades. Pero, al mismo tiempo, no podemos dejar de reconocer que los derechos humanos han sido y son objeto principalmente de fuertes críticas provenientes de distintos campos (político, cultural, filosófico, económico, jurídico, del pensamiento poscolonial y decolonial) y actores (entre otros, el movimiento de mujeres, las diversidades sexuales y de género, los pueblos autóctonos, los afrodescendientes). Entre esas críticas, voy a tomar solo dos, provenientes de los campos político y filosófico, sin por ello dejar de destacar el alcance y la potencialidad de las otras señaladas:

1) Por un lado, la crítica que consiste en señalar la deformación de los derechos humanos por uso abusivo de sus fines propios, como, por ejemplo, el hecho de servir de justificación a guerras o intervenciones militares en su nombre. Baste recordar algunos ejemplos paradigmáticos como la Guerra del Golfo Pérsico de 1990-1991 en nombre de la defensa del derecho a la libre determinación del pueblo kuwaití o las numerosas intervenciones humanitarias en África con el objetivo de mantener la paz y la seguridad internacionales y los derechos humanos en los países implicados. Estas críticas se refuerzan con posiciones que provienen tanto de la izquierda (que ve en los derechos humanos, en estos casos, un instrumento de dominación de las potencias hegemónicas) como de la derecha (que, en ocasiones, asocia los derechos humanos con un instrumento de lucha de las fuerzas de izquierda). Este tipo de críticas remite entonces a una “desnaturalización” de los derechos humanos –lo que necesariamente no tiene nada que ver con su “naturaleza” intrínseca–, sino con un uso tergiversado de sus fines enunciados; y

2) Por otro lado, la fuerte crítica que proviene del campo filosófico, que ataca los fundamentos y la naturaleza misma de los derechos humanos en la medida en que los concibe

como un dispositivo ficticio de las formas políticas modernas o de captura y modalización de la vida humana, que hace que la vida sea configurada de una cierta manera impidiendo la libre virtualidad de sus formas. Estas críticas fueron formuladas por la así denominada filosofía posmoderna y, en particular, en el marco del debate sobre la biopolítica. En esta línea, se inscribe evidentemente la crítica de Michel Foucault pero también las de Giorgio Agamben, Roberto Esposito, Antonio Negri, Gilles Deleuze, Slavoj Žižek y Jacques Rancière, con las especificidades y las diferencias de cada uno de ellos.⁶

Aun teniendo en cuenta estas críticas, como expresé, no podríamos dejar de reconocer la potencialidad de los derechos humanos como herramienta específica de la lucha política y jurídica y de resistencia a los poderes y como una estrategia de emancipación ante situaciones de opresión y dominación. En este sentido, la noción de “derechos de los gobernados” (*“droits des gouvernés”*) propuesta por Foucault como independencia de los gobernados respecto de los gobernantes, se presenta como una herramienta política y jurídica para luchar contra la gubernamentalidad contemporánea en términos de inversión del orden establecido o de vía de creación de otro sentido u otro estado de cosas, que puede eventualmente ayudar a rehabilitar la noción de derechos humanos, con la que marca, de todas formas, un contrapunto y una crítica. Foucault funda los “derechos de los gobernados” en la inmanencia misma de la espontaneidad de la lucha política, del acto de resistencia, de la sublevación y, en este sentido, los concibe como una “estrategia” en el ejercicio de poder y, entonces, como “práctica de libertad”, que lleva a que transformar la vida en sujeto de su propia existencia (FOUCAULT, 2004b, p. 43 y 1994b, pp. 707-708).⁷

5 EPÍLOGO

Llegados a este punto, frente a esta constatación y a un panorama siempre cambiante y frágil de las democracias actuales, creo que es necesario recordar, nuevamente, la necesidad de combatir toda forma de impunidad de acciones contrarias a la democracia, a la justicia y al Estado de derecho y permanecer sumamente atentos, atentas y atentos ante las tentativas de ciertas acciones que se pretenden llevar a cabo sobre el descrédito de la democracia y los

⁶ Dichas críticas aparecen específicamente en Agamben (1995), Deleuze (1988), Esposito (2002), Foucault (1995 y 2004), Negri y Hardt (2000), Rancière (2004) y Žižek (2005).

⁷ A mayor abundamiento sobre la cuestión de la noción de “derechos de los gobernados” en Foucault, v. Raffin, 2009b.

derechos humanos. Porque no hay que engañarse: ni los derechos humanos ni la democracia están asegurados de una vez y para siempre, ni ahora ni nunca. Se trata de un trabajo y una batalla cotidianos. En ese trabajo y en esa batalla cotidianos, la memoria o las memorias, ese significativo tan particular que ha venido a emplazarse con varios significados en este contexto, juegan un papel fundamental.

Las variables y los factores analizados convergen para favorecer la configuración de un panorama ambivalente, hecho de luces y sombras, de interferencias, obstáculos y potencialidades para el futuro tanto de la democracia como de los derechos humanos. Tomar conciencia de ese panorama y de las posibilidades que abre el presente diagnóstico, podrá ofrecer caminos de libertad y de mayores desarrollos de la democracia y los derechos humanos o de opresión, autoritarismo y de reforzamiento de las relaciones de dependencia política, económica y cultural. Porque no escuchar el estruendo de la batalla y no tomar parte en ella puede significar el deslizamiento subrepticio e imperceptible pero firme por una pendiente que nos lleve incluso a perecer en ella. Actuar de otro modo no es solo un imperativo sino una necesidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. II potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995
- AGAMBEN, Giorgio. *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria. Per una genealogía teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II, 2*. Macerata, Neri Pozza, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum*. Sul metodo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.
- ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego/New York/London: A Harvest Book/Harcourt Inc., 1994.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*. Trad. Pallí Bonet, J., Madrid, Gredos, 1993.
- DELEUZE, Gilles. *Gauche. En L'abécédaire Deleuze*, realizado con Claire Parnet por el director Pierre-André Boutang, 1988.
- ESPOSITO, Roberto. *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2002.

FOUCAULT, Michel. **La vérité et les formes juridiques**. En Dits et écrits II 1970-1975, n° 139, pp. 538-646. París: Gallimard, 1994a.

FOUCAULT, Michel. Face aux gouvernements, les droits de l'homme. En **Libération**, n° 967, 30 de junio-1° de julio. En Dits et écrits IV 1980-1988, n° 355. París : Gallimard, 1994b.

FOUCAULT, Michel. La volonté de savoir. **Histoire de la sexualité 1**. París: Gallimard, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Sécurité, territoire, population**, cours au Collège de France de 1977-1978. París: EHESS/Gallimard/Seuil, 2004a.

FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**, cours au Collège de France de 1978-1979. París: EHESS/Gallimard/Seuil, 2004b.

FOUCAULT, Michel. Le courage de la vérité. **Le gouvernement de soi et des autres II, cours au Collège de France**. 1984. París: Gallimard/Seuil, 2009.

HUYSSSEN, Andreas. En busca del tiempo futuro. **Puentes**, año 1, n° 2, diciembre, 2000, pp. 12-29.

JELIN, Elizabeth. Los trabajos de la memoria. Madrid: Siglo XXI/SSRC, 2002.

JELIN, Elizabeth. **La lucha por el pasado**. Cómo construimos la memoria social. Buenos Aires: Siglo XXI, 2017.

LUTHER, Jorg. El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada. **REDCE**, n° 9, enero-junio de 2008, pp. 247-295.

NEGRI, Antonio y HARDT, Michael. **Empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

RAFFIN, Marcelo. Derechos humanos y democracia en los regímenes posdictatoriales del Cono Sur de América. **Revista Pistis Praxis**, v. 11, n° 1, jan./abr. 2019a, pp. 29-50.

RAFFIN, Marcelo. "Derechos del hombre/derechos humanos" versus "derechos de los gobernados": un análisis de la producción de derechos en el pensamiento de Michel Foucault. Dorsal. **Revista de Estudios Foucaultianos**, n° 7, diciembre de 2019b, pp. 33-52.

RANCIÈRE, Jacques. Who Is the Subject of the Rights of Man?. En *South Atlantic Quarterly* 103.2/3, 2004, pp. 297-310.

THUS, Valeria. **Negacionismo y Derecho penal**. El rol del Derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado. Buenos Aires: Didot, 2020.

ŽIŽEK, Slavoj. Against Human Rights. En **New Left Review**, n° 34, Jul-Aug, 2005, pp. 115-131.

EL DERECHO A LA VERDAD Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN MÉXICO

THE RIGHT TO THE TRUTH AND TRANSITIONAL JUSTICE IN MEXICO

Javier Espinoza de los Monteros¹
 Universidad Anáhuac México

Resumen:

La presente contribución reflexiona sobre el papel que desempeña la "justicia transicional" en la configuración de las democracias. Esta busca atender las violaciones graves a derechos humanos (desapariciones forzadas, torturas, homicidios) que se han proferido en el pasado por la autoridad pública a la sociedad civil durante etapas de conflictos que alteran la paz. Tiene la pretensión de que aquellas situaciones no queden impunes, que no se repitan y que se establezca un rediseño institucional: democrático y de derechos. Nos hemos trazado como objetivo analizar, por un lado, los alcances de la verdad y los demás componentes que conforman la justicia transicional y, por otro lado, la situación de la transición democrática en México, describiendo los principales obstáculos para su materialización. Hemos utilizado el método histórico, comparativo y también la sociología sistémica. Podemos atisbar que la verdad (pasado), como la determinación de aquellos que son objeto de punibilidad es una construcción del sistema del derecho. Que esta justicia no es ontológica sino casuística; que los derechos no constituyen inmunidades de los sujetos, que las garantías vienen después y que éstas últimas las utiliza el Estado para legitimarse. En México la justicia transicional ha servido para legitimar la impunidad y se ha utilizado para aparentar un respeto y compromiso con la sociedad civil, los defensores de derechos humanos y la comunidad internacional. En todo caso, no ha habido ni justicia ni transición.

Palabras clave:

Justicia transicional derecho a la verdad, Estado mexicano, democracia autoritaria, impunidad, teoría de los sistemas sociales.

Abstract:

This contribution reflects on the role played by "transitional justice" in shaping democracies. This one seeks to address serious human rights violations (forced disappearances, torture, homicides) that have been uttered in the past by public authorities to civil society during stages of conflicts that alter the peace. It has the claim that those situations do not remain unpunished, that they do not recur and that an institutional redesign be established: democratic and rights. We have set ourselves the objective of analyzing, on one hand, the scope of the truth and other components that make up transitional justice, and, on the other hand, the situation of democratic transition in Mexico, describing the main obstacles to its materialization. We have used the historical and comparative method and also systemic sociology. We can see that the truth (past), as determination of those who are subject to punishment is a construction of the legal system. That this justice is not ontological but casuistic; that rights do not constitute immunities of subjects, that guarantees come later and that the lastones are used by the State to legitimize itself. In Mexico, transitional justice has served to legitimize impunity and has been used to show respect and commitment to civil society, human rights defenders, and the international community. In any case, there has been neither justice nor transition.

Keywords:

Transitional justice, right to the truth, Mexican State, authoritarian democracy, impunity, social systems theory.

1 PLANTEAMIENTO

Nosotros hemos intitulado nuestra contribución de la siguiente manera: El derecho a la verdad y la justicia transicional en México.

¹ Investigador de la Facultad de derecho de la Universidad Anáhuac México. Coordinador del Centro para el Desarrollo Jurídico de la misma institución. Doctor en Formas de la evolución del derecho por la Universidad del Salento (Italia).

Aquí nosotros reflexionaremos sobre tres grandes temas, los cuales constituyen tres significativos ámbitos de la reflexión, estos son: la verdad, la justicia y las transiciones (que es una transición hacia un régimen democrático y de derechos). Éstas -las transiciones- ponen de manifiesto un problema sobre la temporalidad: el pasado, el presente y el futuro. Un pasado que ya ha acontecido -y que ha estado marcado por la violencia, por la razón de Estado, y un futuro con la ilusión de mejores condiciones. Mas todo aquello que acontece acontece siempre en la simultaneidad del presente: el "pasado presente" (porque se re-construye, en el presente) y un futuro que se piensa ya se ha iniciado, el "futuro presente", con la puesta en marcha de programas, de esta técnica de construcción de vínculos para el futuro que llamamos *justicia transicional*. Un mecanismo cuya finalidad estriba, precisamente, en reivindicar el pasado repleto de calamidades y conquistar en el futuro, el tiempo de los derechos.

Ahora bien, la justicia transicional constituye un tema fundamental dentro de nuestros Estados constitucionales, pero también en el ámbito del derecho internacional y en las agendas de los estados tanto en Latinoamérica como en gran parte del mundo. Esta es utilizada como un instrumento para tratar de aportar una solución a los problemas del pasado: a la impunidad de hechos y situaciones atroces, a la violencia sistemática de los derechos humanos; busca ofrecer reparaciones, sancionar a los culpables, resarcir a las víctimas, y producir rediseños institucionales, digamos más racionales, más civilizados. En otras palabras, busca "re-componer un orden social". Un orden social que tanto las dictaduras como los conflictos armados, han impedido materializar, han negado. Es la búsqueda incesante por la democracia, por la paz, por la reconciliación: un orden que constituya el orden de los derechos.

Como es sabido, ellos -los derechos- vienen descritos como la verdad del mundo moderno, y tienen asignada una función guía, de orientación, de orientación del actuar. Límite y marco de valoración de éste.

Pero: ¿La verdad, esto es la verdad de los derechos, puede decir de verdad cómo conducirnos? ¿Qué es lo que corresponde en relación al acceso a la justicia, a la paz, y la reconciliación? Y cuando hay conflicto entre estos ¿esta verdad puede establecer inmunidades, protecciones de la humanidad de los sujetos? Ellas constituyen intocabilidades frente a los poderes público y privados? ¿Ellas pueden prevenir un "no más", como se acostumbra decir? ¿y este derecho puede acceder a la verdad, como si fuera una categoría ontológica sustancial, que está allí, delante de nosotros? ¿Se puede hablar de justicia en un sentido objetivista, es decir, otra vez, en un sentido ontológico? ¿O bien, se trata de un derecho que se construye lo que usa como fundamento, lo que usa como verdad? ¿Se trata de un derecho que se produce a través de procedimientos? Si esto es así, con ellos ya nos hemos despedido de la justicia (en un

sentido ontológico) como guía, como orden del mundo. ¿Por qué precisamente se habla de la justicia transicional no cómo un modelo unitario sino como paradigma casuístico, dependiente de las circunstancias de cada país?

¿En qué consiste, pues la verdad de esta justicia?

Si hoy se pregona en la literatura que no solamente desde el derecho se debe estudiar esta problemática, sino que también debe ser abordada desde una perspectiva “multidisciplinaria”, nosotros quisieramos echar mano del aparato conceptual de la teoría de los sistemas sociales: queremos observar la política y el derecho modernos. Pensamos que esta herramienta de análisis pueda proporcionar conocimientos útiles para la descripción y observación de estos sistemas sociales y de manera particular nos puedan dar indicaciones más realistas sobre: la verdad, la democracia, los derechos y la justicia.

De este modo, se puede observar la particular forma en la que el derecho construye lo que usa como realidad: la verdad pasado, la factualidad, pero también como construye esta artificialidad que se ha dado en llamar “deber ser”. Y se puede observar la función de los procedimientos jurídicos, así como indicar cuáles son las alternativas reales de la democracia en latinoamérica, qué nos podemos esperar. Todos estos elementos que están en la base de la llamada justicia transicional. Nosotros sabemos que las descripciones, las teorías, las representaciones del “orden social”, nos han impedido observar la “realidad” de esta sociedad, que es la sociedad moderna, y cuáles sean las consecuencias de la modernidad.

En efecto, tenemos carencia de fundamentos y la exclusión que se produce mediante la estrategia de la inclusión. Y tenemos respecto a estos universales condensados de sentido: riesgos, incertudumbre, y no saber, un no saber del futuro. Y un no saber de la verificabilidad de las expectativas hacia el derecho.

Respecto a la justicia transicional en México podemos decir que esta “racionalidad” o bien esta tecnología de la producción de sentido que hemos brevemente descrito, todavía es muy precaria. Entre nosotros las condiciones del “estado de derecho” han sido todavía muy, por decirlo así, “rudimentarias”. Esto tiene que ver con nuestra viciitud histórica. En Latinoamérica han proliferado los regímenes dictatoriales y en el caso de México una “dictadura de partido” que por muchos años monopolizó el acceso al poder y ejercía plena dominación, imposibilitando el disenso; y luego nos encontramos, más contemporáneamente, con “democracias autoritarias”.

El derecho y la política de la sociedad moderna encuentran dificultades para operar. En esas condiciones es difícil que pueda operar la política y el derecho como sistemas inmunitarios de la sociedad moderna frente a la exterioridad, frente a la complejidad de un mundo que

constantemente expone a la variación. No alcanzan plausiblemente sus grados de autonomía, de autosuficiencia que permita producir su diferenciación funcional, que les permita producir sus procesos de auto-regulación. La política de la justicia transicional, en relación a estos parámetros, ha sido solamente una fachada. Una simulación. Una teatralización grotesca de comisiones de la verdad y un acceso a la justicia fallidos. Ha sido el mismo Estado el que ha obstaculizado el conocimiento de los abusos del pasado y el que haya podido plantearse, seriamente, posibilidades para que las autoridades puedan ser llamadas a cuentas, en todo caso, los ha exonerado: por tanto no han habido ni culpables, ni reparaciones, ni verdad.

Ciertamente una cosa es “no-saber” y otra cosa es: “no querer saber.”

El orden de nuestros ejes temáticos que abordaremos son los siguientes:

Semántica y origen de la justicia transicional; El derecho a la verdad: como construcción del pasado y su justiciabilidad ; y, por último, La justicia transicional en México: una cuestión postergada.

2 SEMÁNTICA Y ORIGEN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

La historia de la justicia transicional es la historia de la exigencia de reparaciones, de la pretensión de la verdad, y la aspiración hacia el tránsito hacia un régimen de paz, democrático y derechos humanos. Pero también puede ser vista, desde otra perspectiva, desde lo que niega; y así tenemos que es también: la historia de la violencia, de la criminalidad y de los horrores y atrocidades del Estado y sus autoridades, la historia del sufrimiento de las personas que han sido objeto de esta violencia, de sus familiares, de una incansable búsqueda de las víctimas, de la incapacidad de las instituciones de justicia. Es pues la historia de la promoción de la paz y la historia de una violencia simultáneamente.

Esta semántica ha encontrado plena justificación, su autocomprensión, en cuanto viene descrita como un complejo particular de técnicas jurídico-políticas, que se expresa mediante la adopción de medidas de tratamiento del pasado en el que se han perpetrado graves violaciones de los derechos, y que en circunstancias de cambio político exigen ser reparados, así como configurar un nuevo régimen que evite o bien en su caso sancione ese tipo de conductas: un orden, por antonomasia, democrático.

Como indica precisamente Teitel:

la justicia transicional puede concebirse como “la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tiene el objeto de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes opresores. (2003, p.70 y ss.)

En este mismo sentido el “Centro Internacional para la Justicia Transicional” (2015), la concibe como “el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales”.

Siendo que el proceso de mutación a la democracia supone la adopción de mecanismos de justicia transicional, generalmente se identifican cuatro obligaciones para los Estados, que son los ejes que vertebran esta justicia, a saber: 1) La satisfacción del derecho a la justicia; 2) La satisfacción del derecho a la verdad; (3) La satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas; y 4) La adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición. Sobre esto volveremos más adelante.

Asimismo, podemos decir que se trata de una Justicia casuística, en el sentido de que no existe un modelo unitario, es decir, una única propuesta o una única solución. Como se dice en la literatura ésta:

Se manifiesta de diversas maneras de acuerdo con las condiciones específicas de cada conflicto, de cada país y de cada momento histórico. La cultura, la fuerza de los poderes enfrentados, los intereses económicos tras el conflicto y las exigencias internacionales en materia de derechos humanos son algunos de los factores que influyen en las características concretas de cada proceso de justicia transicional. (IBARRA PADILLA, A., 2016, p.238).

En este mismo sentido, el ya citado Teitel, considera que la regla de justicia tiene una naturaleza cambiante, adaptable, esto es, que es contingente y su función más que guiar o fundamentar a un determinado orden jurídico-político, constituye exigencia, reivindicación y un termómetro de medición del cambio de valores característico de estos períodos extraordinarios y más que nada convulsivos.

En cuanto al origen más inmediato de esta semántica suele ubicarse a los juicios de Nüremberg que han conocido de las conductas anti-jurídicas (en un sentido muy amplio) del régimen del nacional-socialismo, de sus autoridades. Pero no se trata solamente de una referencia meramente histórica o academicista; su importancia radica en que es precisamente en este contexto en donde se producirá la expansión de la cultura de los derechos, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el ámbito externo. Nos referimos a la justicia de los vencedores en el ámbito internacional, por un lado, y a aquel cúmulo de derechos que se encuentran enmarcados en las constituciones democráticas, derecho que expone al derecho a un alto grado de variabilidad, de tratamiento de la contingencia, por el otro.

Como es sabido se trataba de un régimen que pudo prescindir de la cultura de los derechos (del derecho subjetivo) y que reivindicaba la cultura, sí de los derechos, pero de los derechos de la comunidad, de la raza (COSTA, P., 2004), en virtud de la pertenencia, de la adscripción (*genossenschaft*). Se trataba, en realidad, de un tipo de derecho natural, que preconizaba, hacía énfasis en la superioridad de la raza, en la homogeneidad, supuesta, del grupo. De este modo, se producía la distinción entre superior e inferior. Entre la raza aria y los otros. Como toda identidad era excluyente, producía distancia frente al otro: en este caso frente a los judíos, los gitanos, los romaníes y otros sectores de la población que contaminan la pureza racial, como los homosexuales y discapacitados) pero también *frente a los adversarios políticos*.

De ahí una persecución feroz y una discriminación atroz frente a estos grupos y sectores de la población. Que lleva al exterminio de amplias partes de estos sectores.

Los diques del derecho fueron removidos. Será abolido el catálogo de derechos de la Constitución de Weimar, sustituidos por un estatuto de emergencia. La división de poderes fue dejada de lado. En realidad, se trataba de una concentración del poder, una nulificación de la operatividad de las instituciones. No había oposición, no había contra-peso.

Si en un principio hubo intentos de encubrir las acciones ilegales de la autoridad, como se dice con un “mantito de legalidad”, lo cierto es que el actuar fue producido por fuera del derecho, o bien en la secrecia. En la arbitrariedad actuaba el cuerpo de protección, las tropas de asalto y la Policía Secreta, eran verdaderos “espacios de vacío legal” (AMBOS, K. Y MEYER-ABICH, N., 2009). Fue practicada la tortura, el exterminio y los tratos crueles e inhumanos en campos de concentración. Con esto queremos decir: no fue todo amparado, como generalmente se dice por una literatura reduccionista, por el derecho positivo, sino mediante su violación. Ciertamente una barbarie y una tragedia.

En efecto: las sentencias ilícitas típicas de la época nazi se caracterizaron por el desprecio y la deformación de las reglas fundamentales de procedimiento establecidas. Y realmente parece que la brutalidad política del nacionalismo tuvo que ver más bien con la prevaricación del Derecho que con la reflexión metódica responsable, como ha mostrado Karl Luig (HORN, N., 2000).

Algunas voces proclamaron “El retorno del derecho natural”. En realidad, si se quiere ver así se trata de un breve periodo, de este supuesto retorno. Solo que el derecho natural no volverá a fundamentar más al derecho como un orden extra-sistémico. El derecho en la modernidad había producido su diferenciación funcional y por tanto su auto-control.

El derecho natural, decía Luhmann (2010), levantó una "cortina de humo" ya que los derechos no han impedido que se sigan perpetrando violaciones. Lo que realmente era necesario era la fortaleza y las contraposiciones de las instituciones político-jurídico políticas. Lo que aconteció en Alemania fue posible porque las instituciones no pudieron cumplir su función, no había límites, no generaban contrapeso.

Los derechos ciertamente no garantizan un no más. Y de esto tanto de México como de Latinoamérica pueden extraerse buenos ejemplos, es muy aleccionadora su experiencia. Sobre esto volveremos más adelante.

Con la caída del régimen del Estado totalitario y el fin de la guerra, las autoridades, como se sabe, serán llamadas a rendir cuentas. Respecto a los crímenes perpetuados, en la Alemania de la posguerra, se desarrollaba la así llamada *doctrina de la violación de los derechos humanos*.

Aquí no podemos detenernos demasiado solamente diremos que el derecho natural se ajustó a la situación política. Por derecho natural se enjuició a las autoridades nazis, no obstante que ya habían sido sentenciados por la jurisdicción local, por delitos -y sanciones- que no existían. Pero defendiendo el derecho natural -la inviolabilidad de la vida de los judíos, opositores políticos y demás grupos objetos de persecución- pudieron disponer de la vida de las autoridades nacional-socialista. Y así Nüremberg constituía el símbolo de una doble barbarie.

Como decía en los juicios de Tokio -la reafirmación de los precedentes de Nüremberg- el juez de la India: la justicia internacional se edificaba sobre escombros. La justicia transicional era y sigue siendo la justicia de los vencedores. Se producía un derecho de intervención, más bien una excusa. Utiliza este artefacto refinado que es la humanidad: en el nombre de los valores universales dice Chomsky (2002). Así las grandes potencias pueden invadir territorios y apropiarse de los recursos. También se inventan a los enemigos. Pero contra ellos que violan derechos, no hay intervenciones, están excluidos.

En el ámbito interno se desarrollaron las estructuras institucionales que llamamos Estados constitucionales. Los derechos vendrían sustraídos a las vicisitudes políticas, a las contingencias parlamentarias, a la soberanía legislativa. Porque el derecho, se aducía, no podría tener cualquier contenido. Los derechos ahora serían el límite de la producción normativa (FERRAJOLI, 2017). La democracia, se dice, se desarrollaría a través de los derechos. Ya no bastaría el cómo de las decisiones, que fueran adoptadas mediante mecanismo procedimentales, sino a través del qué, de los límites y vínculos sustanciales que constituyen los derechos y principios de justicia -dice un teórico contemporáneo multicitado-. Pero ellos no pueden cumplir la función de un límite objetivo porque ellos no contienen contenidos materiales, no pueden

guiar. Lo hacen de caso en caso. Desplazando un derecho sobre otro. Y así tenemos que el derecho construye lo que usa como fundamento: ellos no son certeza.

Decía Carlos Cárcova la función de los derechos es producir un efecto “tranquilizador y legitimante”. (CÁRCOVA, C., 1988). Pensamos que tenemos nuestro derecho a que se nos realice justicia, a que se acceda a la verdad y tenemos nuestro derecho a la paz. En realidad, el derecho no puede acceder al pasado y del derecho a la paz y la seguridad no sabemos si se deba punir o bien se deba perdonar, conciliar, olvidar, no dan indicaciones para el actuar, es ciertamente una semántica vacía, desprovista de contenidos. Indicaba Luhmann: “Visto desde una perspectiva cognitiva, se trata de paradojismos, de autobloqueos del conocimiento...” (LUHMANN, N., 2014, p.101).

Decía van der Ven, con los derechos humanos estamos sujetos a la situación. En este caso, estamos dependientes del sistema del derecho que construye el límite antes mediante el legislador y ahora, con la apertura de otro polo decisional, mediante el juez, sobre todo el constitucional (KAUFMANN, A., 1998).

Ellos no son justicia. Como decía José Saramago, “una cosa es el nombre y otra cosa es la cosa” (SARAMAGO, J., 2021). En otras palabras, una cosa son los conceptos y las teorías y otra es la realidad, los hechos. Los conceptos tendrían que coincidir con la realidad, pero esto no es siempre así. ¿Cómo puede atribuirsele justicia a algo que es variable, mutable, que se va modificando?.

3 EL DERECHO A LA VERDAD: LA CONSTRUCCIÓN DEL PASADO Y SU JUSTICIABILIDAD

Uno de los ejes fundamentales de la justicia transicional lo constituiría el acceso a la verdad ya que esta no es otra cosa sino:

[...] el esfuerzo por construir paz sostenible tras un período de conflicto, violencia masiva o violación sistemática de los derechos humanos. El objetivo de la justicia transicional implica llevar a juicio a los perpetradores, revelar la verdad acerca de crímenes pasados, brindar reparaciones a las víctimas, reformar las instituciones abusivas y promover la reconciliación (ZYL, P., 2011, p.47).

Si la verdad del mundo moderno, sus fundamentos lo constituyen los derechos humanos, éstos deben ser realizados. De ahí el vínculo estrecho entre verdad (es decir, derechos) y Estado constitucional.

En efecto, el Estado constitucional lo constituye aquel ordenamiento jurídico-político que se gesta en la segunda mitad del siglo XX y que está destinado a garantizar los derechos subjetivos (ZOLO, D., 2018).

Derechos y justicia constitucional: “ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un ordenamiento como “Estado democrático de derecho”” (ROLLA, G., 2002, p. 126).

Verdad y derecho, su relación es uno de los grandes temas clásicos de la filosofía del derecho y, por antonomasia, de la sociología jurídica por lo que respecta al derecho moderno. El derecho tendría que corresponderse con la realidad y esto implicaría que se realizara la justicia. Verdad y justicia son, ciertamente, nociones que se implican. Se trata, en otros términos, del problema del fundamento del derecho, lo que le otorga su validez. Sea en el ámbito legislativo, sea en la decisión judicial.

Para la filosofía del derecho la verdad se encontraría en un orden metafísico y para la sociología se localizaría en la realidad empírica, en la sociedad. Tendría que haber pues una correspondencia del derecho con la realidad metafísica o bien con la factualidad: desde esta perspectiva podríamos hablar de verdad. Fundamento del derecho vinculante. Realidad metafísica y factual serían la fuente última de la normatividad. La cual -ésta última- no sería válida en sí misma. Tanto el legislador, así como el juez –en sus ámbitos de operatividad- tendrían el imperativo, la exigencia ineludible de procurar la compatibilidad del derecho con dichos fundamentos para materializar la justicia. En las diferentes vertientes del derecho –ramas- sería una exigencia. Todo esto se debe de tomar *cum grano salis*.

Pero ¿Qué es la verdad? y ¿cómo se garantiza la verdad?

Para las teorías de la justicia en la verdad encontraríamos la justicia o el derecho justo. Si se observa detenidamente, el encontrar la verdad de los hechos del pasado y la reparación integral de las víctimas no es otra cosa que el problema del acceso a la justicia, la realización de la paz también constituye uno de los derechos humanos.

El artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reza: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

La Comisión y la Corte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han confirmado que el derecho a la verdad se halla establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos conforme con las disposiciones que amparan el derecho a un juicio justo, libertad de pensamiento y expresión y el derecho a la protección judicial.

Las cortes, el legislador y organismos construyen el derecho. Determinan el límite, configuran el contenido del derecho, definen lo que sea este derecho.

Sobre esta construcción baste observar, en la literatura, lo siguiente:

En efecto, aunque los contornos de este derecho no están aún claramente delineados, es un consenso mínimo que —ya sea como deducción de otros derechos fundamentales, o como evolución de la costumbre internacional— se puede hablar de un principio emergente que reconoce el derecho de las víctimas de las más graves violaciones a conocer las circunstancias y responsabilidades de los crímenes que sufrieron... La Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó en el 2005 una resolución reconociendo el “derecho a la verdad”, la misma que reiteró en años posteriores, incluyendo el mandato a la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de emitir informes sobre la naturaleza y aplicación de dicho derecho" (GONZÁLEZ CUEVA, E., 2011, p.350-351).

Ahora bien, el problema de la verdad es el problema de la realización de la justicia de los derechos: “Es compartida de forma generalizada la conclusión de que la garantía es parte esencial. Condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de las personas no se encuentran protegidas eficazmente.” (ROLLA, G., 2002, p.134). Los derechos quedarían como *verfassungsmäßig* (poesía constitucional), a solamente ser enunciados en los textos normativos sin tener la posibilidad de ser accionables y restituidos mediante las técnicas de garantía. En todo caso: “Se admite de un modo general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial” (ROLLA, G., 2002, p.134).

Ciertamente: es importante indicar que la Corte Interamericana no considera que el deber de proveer remedio efectivo por parte de los Estados sea satisfecho con una investigación no judicial:

la Corte exige que las investigaciones no estén constreñidas por amnistías u otros obstáculos de facto o de jure. En este sentido, conviene enfatizar que —al menos en Latinoamérica— aunque se aprecia el valor específico de una comisión de la verdad, su contribución a la justicia es vista como complementaria a la actuación penal" (GONZÁLEZ CUEVA, E., 2011, p.351).

Nos parece significativa la siguiente frase de un destacado ius-penalista, Arthur Kaufmann: “Quien pretende conocer el "Derecho justo" -sea éste lo que sea- de igual modo que se conoce, p. ej., un árbol, ha errado ya el tiro en el momento de apuntar.” (KAUFMANN, A., 1994, p. 10).

La justicia, o la verdad, sea lo que sea ha sido presentada y argumenta en modo ontológico-sustancial. En esta descripción el sujeto está fuera del objeto, lo tiene a distancia. Lo objetivo se contrapone al sujeto, no se confunden. El objeto no debe estar contaminado por el sujeto, por sus particulares apreciaciones del mundo.

Para decirlo con las palabras de Paul Watzlawicz y Ceberio (2006, p.73-74):

Las epistemologías tradicionales, en las que se involucran las ciencias clásicas, han considerado que la percepción o el acto perceptivo refleja una realidad independiente del observador. La mayoría de las investigaciones científicas se han propuesto descubrir determinados hechos, adjudicando a dicho evento la calificación objetivo. Pero el término descubrir supone la existencia de una realidad allí afuera, que debe apresarse a través de los sentidos y en ese acto convertirla en patrimonio de nuestros conocimientos.

En efecto, como es sabido la dignidad de aquellas disciplinas que podían catalogarse como científicas, su carácter de científicidad estribaba en la condición de poder tratar a su objeto sin interferencias. Sustraerse de los juicios de valoración.

Esta es la forma de la percepción de la realidad, de la verdad que nos ha legado el occidente.

En la teoría de la sociedad de Luhmann y De Giorgi (1998) ellos han puesto de manifiesto que en cada descripción de la realidad nosotros estamos auto-implicados. Que nosotros somos parte del mundo que describimos, es decir, somos parte del objeto que construimos. Verdad es una construcción de un observador.

Como dice Heinz von Foerster no hay observaciones sin observador. En otras palabras, toda observación es producida por un observador.

Entonces en la teoría occidental, en sus epistemologías no comparece el observador, pero no se elimina, sino que se esconde, viene ocultado. Solamente de esta manera la verdad puede constituir, como decía Maturana (1997), un argumento para obligar. La verdad, los valores y la facticidad no tendrían su origen en los sujetos, no serían construcciones consensuales, serían valores o hechos objetivos. Solamente de esta manera pueden ser objeto de imposición. Si esto no fuera así entonces se podría observar que la verdad carece de fundamento ontológicos, que "El objeto observable se relativiza y la impregnación de significado -inherente al observador- que lo reviste, convierte el acto cognoscitivo en subjetivo y autorreferencial" (CEBERIO Y WATZLAWICZ, 2006, p.74).

En realidad, lo que tratamos como verdad es el resultado de acuerdos, de consensos, o como dice De Giorgi (2018) de la democratización de la experiencia.

Otras sociedades, anteriores a la sociedad moderna, tenían como presupuesto la idea de una verdad objetiva. Ellas mediante esta verdad describían un deber ser, y ella operaba como la orientación del mundo. Esta sociedad se ha emancipado pero debe esconder su ausencia de verdad, debe esconder su artificialidad. Por ello acude a la razón, a la razón de los derechos. Mediante esta razón el derecho puede autoconservarse, puede inmunizarse frente a las posibilidades, frente a la contingencia (DE GIORGI, 2022). La verdad ya no está dada, predeterminada, debe producirse.

Este derecho, el derecho de la modernidad, opera mediante observaciones, mediante construcciones de realidad. No opera mediante fundamentos: mediante una realidad metafísica o una factualidad. Mejor dicho, opera mediante la construcción de fundamentos. El observador no comparece porque sino se podría de manifiesto que este derecho no tiene derecho a ser derecho, que este derecho inventa su legitimación. Este derecho oculta el hecho de que puede ser diverso de como es. Oculta la contingencia. Esta sociedad no persigue un fin, no persigue una verdad. Los sistemas deben autoproducir su realidad y mediante ella estabilizarse, hacerse posible su operar.

No bastaría solamente con conocer la verdad, el pasado de los hechos atroces sino su justiciabilidad, *conditio sine qua non*, pues: “Es importante no solo hacer saber ampliamente que han ocurrido violaciones de los derechos humanos, sino también que los Gobiernos, los ciudadanos y los perpetradores reconozcan la injusticia de tales abusos. El establecimiento de una verdad oficial acerca de un pasado brutal puede ayudar a inocular a las futuras generaciones contra el revisionismo y empoderar a los ciudadanos para que reconozcan y opongan resistencia a un retorno a las prácticas abusivas” (ZYL, P., 2011, p. 51).

Del derecho y el proceso penal, en su literatura se dice que estos tienen por finalidad la búsqueda de la verdad en los hechos. Los hechos no son una realidad objetiva que este allí, delante del juez. El juez construye los hechos mediante los cuales construye la norma. Los hechos los construye el juez mediante el material probatorio y los testimonios y demás elementos que tiene a su disposición. El juez no puede penetrar en el pasado. La verdad “pasado” es una construcción por parte del derecho. Solamente en la mitología griega los ciegos Aedo y Vate, poseídos por las musas, podían penetrar en el tiempo en el pasado y el en futuro. Ellos podían acceder al tiempo que ya no existe. Luego contándole a Mnemosine esta relataba: a través de ella el tiempo se reintroduce en el tiempo (DE GIORGI, R., 2005). El derecho opera con su ceguera porque no puede ver lo que no puede ver, lo que no está ahí. El derecho opera con sus límites. El juez no está dotado de estas capacidades divinas.

La tipicidad, es decir, el encuadramiento de la realidad al tipo penal está construido bajo los presupuestos sujeto-objeto. Para decirlo con otras palabras, se piensa que el juez tiene frente así la realidad pasado. Que esta realidad la subsume en la norma mediante la actividad silogística.

Naturalmente en el derecho la verdad no puede ser cualquier cosa. La construcción de la verdad está determinada por el material probatorio del propio derecho el cual claro está puede ser interpretado de diferente manera y llegar a conclusiones diferentes. En todo caso, como se dice en el lenguaje jurídico, se tiene que fundar y motivar.

Con el derecho no podemos alcanzar juicios irrefutables de verdad o falsedad sino más prudentemente podemos decir plausibilidad, viabilidad.

Un ius-filósofo contemporáneo ha indicado: El derecho no puede acceder a la “verdad” pero tampoco puede renunciar a la verdad. Más concretamente: “Si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad” (FERRAJOLI, L., 1995, p.45).

En efecto se trata de la distinción entre arbitrariedad e incertidumbre. La verdad del derecho no puede ser cualquier cosa, sin ninguna referencia a sus propios elementos. No sería derecho porque se colaría fuera del mismo, fueron de sus estilos argumentativos, de sus procedimientos, de sus conceptos, de su racionalidad. Podemos decir que en el derecho hay incertidumbre, que la decisión es contingente pero que el derecho debe operar en referencia a sí mismo, a sus propios elementos.

Los procedimientos jurídicos, jurídicizan los problemas y los vuelven objetos de decisión (LUHMANN, 1995). Canalizan los problemas sociales y así el derecho puede decidir sobre ellos. Esta es la forma en la que operan las comisiones de la verdad y la justicia penal. Y estas tienen su verdad que han construido, las víctimas tienen también su verdad y la sociedad tiene su verdad.

Asimismo, se puede añadir que las garantías no evitan la violación de los derechos. Las garantías son secundarias, ellas intervienen después de la violación. De este modo el derecho transfiere su competencia a la economía, tiene que resarcir económicamente. Cómo podría de otro modo el derecho reparar o resarcir la pérdida de una persona, tiene que cuantificar. El derecho no puede evitar la violación.

La violación de los derechos y la misma reparación de éstos se produce en el ámbito del Estado. Las alternativas están allí, en este ámbito y es precisamente el Estado, a través de sus mecanismos de garantías, que vuelve a reafirmar su competencia monopolizadora de ser el que puede y debe reparar, ofrecer la tutela. En todo caso, el Estado viola los derechos (se

deslegítima) y luego él mediante sus procedimientos, repara, produce nuevamente su legitimación. Ciertamente una circularidad. Esto es precisamente lo que acontece con la justicia transicional, buscar volver la confianza hacia el Estado, hacia su derecho y sus instituciones, busca recomponer el orden que ha sido violado y deber ser re-pristinado por él mismo.

4 LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN MÉXICO: UNA CUESTIÓN POSTERGADA

Lo que ha caracterizado a gran parte de Latinoamérica en la segunda mitad del siglo XX, ha sido la presencia de dictaduras militares y en nuestro caso, el mexicano, la dictadura de partido. Las dictaduras surgieron, en general, para frenar al enemigo político que constituía el comunismo. Una ideología que se había expandido por estos territorios y que había sido revolucionaria y triunfalista tanto en la URSS como en Cuba. En todo caso, tanto las dictaduras latinoamericanas como la dictadura de partido en México pueden ser caracterizadas y tener en común la eliminación de la disidencia, la violencia y brutalidad. El exterminio de la oposición que viene construido como enemigo.

En esas condiciones no se puede hablar de la política moderna en el sentido de la democracia; obviamente tanto en la dictadura como en la dictadura de partido hay monopolización violenta, centralización de la toma de decisiones. En efecto, no puede operar el cambio y la contraposición entre consenso y disenso. Las alternativas, es decir, el disenso es fuertemente reprimido y no se puede aspirar a un cambio, a las contingencias de las luchas políticas por llevar su ideología al poder (DE GIORGI, R., 2018).

Esto es pues lo que identificado ha Latinoamérica y a nuestro país. Luego emergerán las democracias, el llamado tránsito hacia la democracia. No obstante, en su generalidad, ellas han sido democracias autoritarias. Asimismo, la oposición de un sector (el disenso) se ha manifestado fuera del ámbito de la política estatalista, ha enfrentado al Estado y en algunos casos lo ha rebasado.

Ha habido una precariedad de los niveles evolutivos del derecho y la política como sistema en este ámbito latinoamericano

En todo caso, las democracias emergentes tendrán que vérselas con el pasado, con los problemas generados por las dictaduras -pero también ha acontecido que dentro de estas democracias también se han perpetrado violaciones graves a los derechos. Es así que:

Las transiciones políticas vividas en América Latina durante la década de los ochenta tuvieron como factor común la conciencia de los grupos democráticos de que, una vez producido el retorno de los militares a los cuarteles, estos seguirían conservando una

importante cuota de poder político, en algunos casos consagrada en el nuevo orden constitucional. Al mismo tiempo, las transiciones de los ochenta fueron impulsadas por una importante novedad: el surgimiento de un movimiento social favorable a los derechos humanos, y su creciente relevancia en el discurso y en la legitimidad de los opositores a las dictaduras militares (GONZÁLEZ CUEVA, E., 2011, p. 342).

La democracia, los nuevos grupos civiles que habían accedido al poder tenían que legitimarse. Y para ello no podían hacer caso omiso del pasado, no podían soslayar las atrocidades de los regímenes militares dictatoriales. Su legitimación la encontraron en la defensa de los derechos humanos. En caso contrario, no buscar la justicia de los crímenes cometidos generaría un rechazo por parte de la ciudadanía.

La jurisdicción ordinaria, la justicia ante los tribunales parecería lenta, podía llevar años, podían producirse dilaciones, además de que políticamente no resultaba conveniente que la justicia tradicional penal conociera de estos casos. Urgía restituir la paz social y crear las condiciones para un régimen democrático estable. "Se trataba de enfrentar juicios masivos involucrando a toda la cadena de comando de instituciones complejas, con todas las garantías apropiadas de debido proceso: los sistemas judiciales nacionales no estaban a la altura de esa exigencia y la posibilidad de tribunales internacionales simplemente no existía en los años ochenta" (GONZÁLEZ CUEVA, E., 2011, pp. 342-343,).

En algunos países latinoamericanos (en quince) se optó por la instauración de comisiones de la verdad. Éstas venían a complementar a la justicia tradicional, a darle celeridad, pero no eran independientes de aquella justicia. Los diseños fueron variados. Y los resultados, la forma de enfrentar también fue variada, es decir, casuística. En otras palabras, dependiente de las circunstancias: se puede observar que las comisiones para la verdad y la justicia en Latinoamérica han surgido de diversos contextos, desarrollado distintas metodologías y obtenido resultados diferentes (CUELLAR, A., 2020).

En los años sesenta, setenta y ochenta la dictadura de partido produce graves violaciones a los derechos humanos. En lo específico frente a movimientos sociales estudiantiles, entre otras manifestaciones sociales que expresaban inconformidad; el gobierno disolvió las protestas, la oposición y, en todo caso, produjo una persecución, muertes masivas, ejecuciones extra-judiciales, tortura y desapariciones forzadas.

Ha sido con la llamada transición democrática, es decir, con la alternancia política producida en México, que el nuevo gobierno, que había dejado atrás años de la hegemonía política de un partido único, comenzaba a enarbolar y promover el paradigma de la justicia transicional en el país. Se comenzaba a utilizar este lenguaje y a debatir sobre sus exigencias y alcances. Si bien puede rastrearse, desde el gobierno anterior, la inquietud por vincularse al

derecho internacional y los organismos regionales de protección de derecho humanos (tratados internacionales en materia de derechos humanos), lo cierto es que con el gobierno del presidente Fox, se creo una comisión de la verdad. Y con ello se buscó gestionar el pasado y no dejar en la impunidad aquellos actos de violaciones graves. En este sentido ha indicado Hirales que:

Así, desde el punto de vista de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos, México estaba inmerso en un proceso de transición y alternancia democráticas que abría la posibilidad de avanzar hacia situaciones y procesos de justicia transicional que, al desenterrar los fantasmas de la “Guerra Sucia”, permitieran exorcizarlos, conocer la verdad de lo acontecido y, con ello, ayudarle al país a sacudirse ese lastre del pasado bajo premisas de justicia, sanción a los perpetradores de violaciones graves, reparación del daño, garantías de no repetición y conocimiento de la verdad histórica (HIRALES MORÁN, G., 2017, p.133).

En realidad, la llamada transición democrática fue solamente un cambio de partido. La situación de precaridad, de exclusión, de pobreza, la desigualdad, falta de oportunidades laborales en el país han seguido siendo deplorables para gran parte de la población mexicana. Y por lo que respecta a la comisión de la verdad su labor fue un rotundo fracaso. No necesariamente por la actividad desarrollada por los colaboradores sino porque fue sabotada por el mismo Estado, por la misma autoridad pública. Y con ello se perdió la posibilidad de llamar a cuentas a los perpetradores, en todo caso, estos fueron exonerados. La impunidad y la violencia fue legitimada por el derecho. Se trato de una manipulación político-jurídica.

Los obstáculos los ha puesto el mismo Estado. Ha desaparecido la información. Es el caso de los informes de la llamada FEMOSPP. No hay culpables, y se ha generado la impunidad y se han visto beneficiados los responsables de las graves violaciones de derechos humanos. Esto es un no querer saber, como ya lo apuntábamos.

La actuación de la comisión fue oscurecida ya que:

Más de cuatro años después del decreto que la creo, y tras una serie de equívocos y contradicciones públicas externas y con su propio equipo, el Fiscal Especial entregó su informe histórico (17 de noviembre de 2006), casi en la clandestinidad, al titular de la PGR. Informe que, siete meses después, la PGR negó su existencia. Es decir, no están localizables o son “inexistentes” al menos dos mil documentos obtenidos del AGN y otros acervos documentales que contenían información relacionada con las matanzas del 2 de octubre de 1968 y del 10 de junio de 1971, así como las detenciones ilegales, ejecuciones extrajudiciales. O sea, las instituciones de procuración de justicia desaparecieron hasta el informe histórico (HIRALES MORÁN, G., 2017, p.132).

La serie de obstáculos a la comisión fueron puestos por la fiscalía (en ese entonces Procuraduría General de la República), Los poderes Judicial y legislativo, así como en los medios de comunicación.

Con todas las dilaciones y atropellos posibles: “Lo que ocurrió, en el interín... fue una historia de consignaciones fallidas, órdenes de aprehensión concedidas y luego revocadas por los jueces, en contra de algunos de los más connotados perpetradores de violaciones de derechos humanos...” (HIRALES MORÁN, G., 2017, pp.132-133).

Todo parece indicar que la creación de comisiones en México ha sido con la finalidad de aparentar un respeto y compromiso con los derechos humanos, la creación de una imagen frente a la comunidad internacional. Estas comisiones a veces han sido creadas para para disimular la falta de voluntad política de llevar a cabo acciones judiciales.

Se puede atisbar que:

Si la verdad judicial es aquella que se descubre y reconstruye en los procesos judiciales que investigan, juzgan y sancionan a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, es evidente que en México ella constituyó un fracaso o dicho de otro modo, para la verdad judicial no hubo represión gubernamental, ni Guerra Sucia, nunca hubo una política de Estado para desaparecer opositores ni para cometer ejecuciones extrajudiciales, la tortura no existió y, por tanto, no había materia que juzgar (GONZÁLEZ CUEVA, E., 2011, p.341) .

En el 2011 se ha producido un gran re-diseño institucional que ha modificado la arquitectura constitucional. Y se ha pregonado que este ha pasado a ser un régimen de los derechos. Las reformas constitucionales propugnaban por configurar un Estado constitucional en el que se tutelara de forma efectiva los derechos. Los derechos estarán en el centro del ordenamiento jurídico. Este proceso se enmarcaría en la realización de la democracia a través de los derechos, en lograr una democracia sustancial y no meramente formal. Em otras palabras una democracia en la que no solamente valga el cómo de las decisiones sino el qué de las decisiones: los límites sustanciales que constituyen los derechos. Ciertamente uno de los grandes pilares de la justicia transicional.

Lo cierto es que con todo y este andamiaje constitucional se han continuado produciendo violaciones graves a los derechos humanos: desapariciones forzadas, tortura, asesinatos, tanto por las fuerzas policiales como por las fuerzas armadas. Y las violaciones del pasado no han sido o no debidamente reparadas. Estos son los dolorosos casos de Atenco, Ayotzinapa, Campo Algodonero, Rosendo Radilla, entre otros.

De todo ello se puede decir que el panorama general ha sido que las diversas comisiones de la verdad han fracasado. Y se puede decir también lo mismo de la ley general de víctimas del presidente Peña Nieto.

Hemos tenido una justicia transicional de fachada. Y no obstante que el gobierno apela al paradigma y al lenguaje de la justicia transicional para legitimarse, lo cierto es que: “se sigue

recurriendo al discurso de justicia transicional, sin que haya, a final de cuentas, ni justicia ni transición”.

El panorama es desolador, preocupante. En el 2018 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió un informe en el que ha indicado que la situación persiste, esto es: “un problema de violaciones a derechos humanos, delitos que no han sido sancionados, impunidad por hechos no esclarecidos, víctimas que no han sido identificadas, atendidas y reparadas, así como de instituciones que carecen de capacidades para garantizar que los hechos no se repitan” (CNDH, 2018).

En el escenario actual, con el cambio de administración federal, se ha abierto el tema a la discusión pública. El gobierno ha instrumentado algunas acciones que en realidad no tienen que ver con la justicia transicional; han sido más que nada medidas populistas, más que, verdaderamente, mecanismos o instrumentos de justicia transicional.

También han implementado algunas medidas que han sido puestas en tela de juicio. En efecto, lo que se ha generado en este gobierno ha sido la Militarización del espacio público. A la milicia se le ha aginado cumplir funciones policiales: la guardia nacional. Si bien el entonces candidato a la presidencia de la República Andrés Manuel López Obrador, a diferencia de sus predecesores había establecido una relación de conflicto con las fuerzas armadas, en su llegada a la presidencia, como mandatario, estableció un proceso de reconciliación. Las fuerzas armadas ahora han sido insertadas en los procesos de “Operaciones de construcción de paz”, esto es, en la lucha contra el narcotráfico y apoyo a la seguridad pública (BENÍTEZ MANAUT, R., 2021). De ahí la crítica de los especialistas de seguridad y la desconfianza en que el ejército realice estas funciones que ni le corresponden y que han sido perpetradores de crímenes graves, de exceso del uso de la fuerza, desapariciones forzadas, etc.

Asimismo, ha sido visto como un mecanismo de justicia transicional la “consulta popular” para enjuiciar a los expresidentes de la República. Naturalmente esta cuestión no es objeto de la consulta y no es un asunto que dependa de una mayoría. La comisión de un delito no está sujeta a escrutinio público. Se trata de una medida de ocurrencia y populista, que genera más gastos que una incidencia de fondo.

Se ha instaurado la comisión de verdad para el caso de Ayotzinapa pero todavía está todo en efervescencia. Esto podría constituir “un precedente en la forma de resolver los conflictos relacionados con violación a los derechos humanos” (CUELLAR, A., 2020, p.280).

Nos parece que está todavía por verse y discutir la acciones que tomará este gobierno sobre la justicia de transición. Lo que será importante es que este llamado a la justicia no sea

una llamarada de humo, una fachada para generar una reacción positiva frente a la comunidad internacional. Tratar de generar la imagen de que se respetan los derechos humanos.

La experiencia y desarrollo de las comisiones de la verdad incluso ha demostrado que estas han ampliado su espectro, sus competencias y las conductas que sean objeto de punibilidad y la tutela de los derechos (GONZÁLEZ CUEVA, E., 2011).

Pero lo cierto es que con la pandemia los pobres serán más pobres y aumentará el desempleo, seguramente se incrementarán los índices de inseguridad. Todo esto en el tiempo de los derechos y la democracia constitucional, de la democracia sustancial. Mi querido maestro ha dicho: *nosotros tenemos un desierto que llamamos paz, que llamamos democracia.*

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K. y MEYER-ABICH, N. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos antijurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania, en **Revista penal**, núm. 24, 2009.

BENÍTEZ MANAUT, R. La Militarización con respaldo popular. La transición militar en México 2000-2020. En BENÍTEZ MANAUT, R. y GÓMEZ SÁNCHEZ, E. **Fuerzas armadas, guardia nacional y violencia en México**. Ciudad de México: CASEDE, 2021.

CÁRCOVA, C. "Acerca de las funciones del derecho". Crítica Jurídica. **Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, (9), 47-58, 1988.

CEBERIO, M. y WATZLAWICZ, P. **La construcción del universo**. Conceptos introductorios y reflexiones sobre epistemología, constructivismo y pensamiento sistémico. Barcelona: Herder, 2006.

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. **¿Qué es la justicia transicional?**. Nova Iorque: ICTJ. Disponible en: <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>. Acceso en 22 nov. 2021.

CHOMSKY, N. **El nuevo humanismo militar**: Lecciones de Kosovo. México: Siglo XXI editores, 2002.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS (CNDH-CIDE). **Estudio para elaborar una propuesta de política pública en materia de Justicia Transicional en México**.

Disponible en:

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/Estudio_Justicia_Transicional_Mexico.pdf. Acceso en 22 nov. 2021.

COSTA, P. Derechos. en FIORAVANTI, M. **El Estado moderno en Europa**. Instituciones y derecho. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

CUELLAR, A. Las comisiones por la verdad en América Latina. El caso de Iguala (México). **Temas sociológicos**, N° 26. Pp. 257-285, 2020.

DE GIORGI, R. **Observación sociológica de la filosofía del derecho**. México: Ed. Derecho global, 2018.

_____. (2022). **La razón inmunitaria**. El derecho de las democracias a soberanía viral. México: Ed. Derecho Global (En proceso de publicación).

_____. Roma como memoria de la evolución, en **Historia y Gráfica**, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, núm. 25, pp. 185-209, 2005.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

_____. **La democracia constitucional**. México: Porrúa, 2017.

GONZÁLEZ CUEVA, E. ¿Hacia dónde van las comisiones de la verdad?. En **Justicia transicional: Manual América Latina**. Brasilia: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.

HIRALES MORÁN, G. **México, ajustando cuentas con la historia: justicia transicional fallida**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.

HORN, N. Sobre el derecho natural racionalista y el derecho natural actual. **Anuario de derechos humanos**, núm°. 1, pp. 77-94, 2000.

IBARRA PADILLA, A. Justicia transicional: la relación Derecho Poder en los momentos de transición. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte Barranquilla, Colombia núm. 45, enero-junio, pp. 237-26, 2016.

KAUFMANN, A. En torno al conocimiento científico del derecho. en Revista Persona y Derecho: **Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, N° 31, pp. 9-28, 1994.

KAUFMANN, A. La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. Persona y derecho: **Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, núm°. 38, pp. 11-34, 1998.

LUHMANN, N. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. Milano: Giuffrè, 1995.

_____. **La paradoja de los derechos humanos**. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____ y DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. México: Ed. Triana / Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. **Los derechos fundamentales como institución**. Aportación a la sociología política. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MATURANA, H. **La objetividad**. Un argumento para obligar. Chile: Dolmen, 1997.

NACIONES UNIDAS. **Declaración Universal De Los Derechos Humanos**. Nova Iorque: UN, 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> Acceso en 22 nov. 2021.

ROLLA, G. **Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

SARAMAGO, J. **El nombre y la cosa**, México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2021.

TEITEL, R. Genealogía de la justicia transicional. **Harvard Human Rights Journal**, núm. 16, pp. 69-94, 2003.

ZOLO, D. Las premisas históricas y teóricas del Estado constitucional, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, J. (coord.) **Las dimensiones del Estado constitucional**, México: Ed. Derecho Global, 2018.

ZYL, P. Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto. en REÁTEGUI, Félix (Editor) **Justicia transicional**. Manual para América Latina. Brasília: Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011.

DEMOCRACIA DIGITAL COMO UMA DIFERENÇA: novos direitos, novas exclusões¹

DEMOCRAZIA DIGITALE COME DIFFERENZA: nuovi diritti, nuove esclusioni

Pasquale Luigi Di Viggiano²
Universidade de Salento

Resumo:

A participação social contemporânea e a política digital (e-Democracia) é produto da digitalização do Estado e de seus aparelhos, caracterizados pela produção de novos direitos viabilizados pelas tecnologias de comunicação. A digitalização do aparato estatal por meio de novas tecnologias baseadas em algoritmos inteligentes e as regras sobre a sociedade da informação e comunicação têm desencadeado a produção dos chamados "novos direitos" cuja aplicabilidade amplia o conceito de democracia, estabelecendo uma diferença entre o governo tradicional dos assuntos públicos e as crescentes demandas das comunidades cada vez mais ligadas ao sistema de comunicação digital. Os direitos de acesso à Internet e à rede, ao voto eletrônico, à comunicação com a Administração Pública (AP) por meio de novas tecnologias, ao recebimento de serviços públicos digitais são paralelos aos deveres do Estado caracterizados pela satisfação dos novos direitos. Ao mesmo tempo, há um risco crescente de que as formas de participação digital produzam níveis intoleráveis de exclusão que afetam a democracia. Observar e descrever, com as ferramentas conceituais do Centro de Estudos de Risco, como o sistema de direito, política e sociedade evoluem através da relação com o ecossistema digital impulsionado pelo arquipélago das inteligências artificiais representa o objetivo e o desafio sempre incerto nos resultados, sempre novos nas aquisições, mas sempre estimulante e rentável do ponto de vista da pesquisa social, política e legal.

Palavras-chave:

E-Democracy. Direitos digitais. Inteligências artificiais. Exclusão/inclusão. Risco.

¹ Tradução: Rafael Libaneo, revisão: Lucas Gontijo

² Pasquale Luigi Di Viggiano, is Adjunct Professor of IT Laboratory of Social Planning and Project Management - Master's Degree Course in Euro-Mediterranean Governance of Migration Policies; Deputy Director of the Centro di Studi sul Rischio and teacher for the "Digital Administration" module of the SSPL (Graduate school for the legal professions) and the APPREST Master; scientific director of FAMI action research: Migrants coming-App, Department of Legal Sciences, University of Salento. PhD in Legal Sciences, he deals with legal informatics and legal sociology. He is the author of monographs, essays and articles in national and international journals. Among his most recent publications: Legal perspectives of intelligent machines, in «Electronic Journal of Law, Economics, Management», Year VII, n. 3/2017; Artificial intelligence and organizational communication. Technologies for Business Project Engineering in health, Trento, Tangram Scientific Editions, 2019; Intelligenza artificiale e diritto: il rischio del lavoro tecnologico, . In: L. F. Vergara, H. E. Zornosa Prieto., J. E. Duglas Price, (a cura di), Derecho y política en la deconstrucción de la complejidad. Estudios sobre el presente como diferencia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.

Abstract:

La partecipazione sociale e politica digitale contemporanea (e-Democracy) è un prodotto della digitalizzazione dello Stato e dei suoi apparati, caratterizzata dalla produzione di nuovi diritti resi possibili dalle tecnologie della comunicazione. La digitalizzazione degli apparati dello Stato attraverso le nuove tecnologie basate su algoritmi intelligenti e le norme sulla società dell'informazione e della comunicazione hanno innescato la produzione di cosiddetti "nuovi diritti" la cui esigibilità amplia il concetto di democrazia stabilendo una differenza tra il tradizionale governo della cosa pubblica e le crescenti pretese delle comunità sempre più legate al sistema della comunicazione digitale. I diritti di accedere a Internet e alla rete, all'e-voting, a comunicare con la Pubblica Amministrazione (PA) attraverso le nuove tecnologie, a ricevere servizi pubblici digitali sono paralleli a doveri dello Stato caratterizzati dalla soddisfazione dei nuovi diritti. Contemporaneamente cresce il rischio che forme di partecipazione digitale producano livelli di esclusioni intollerabili che intaccano la democrazia. Osservare e descrivere, con gli strumenti concettuali del Centro di Studi sul Rischio, come il sistema del diritto, della politica e della società evolvono attraverso il rapporto con l'ecosistema digitale trainato dall'arcipelago delle intelligenze artificiali rappresenta l'obiettivo e la sfida sempre incerta negli esiti, sempre nuova nelle acquisizioni ma sempre stimolante e proficua sotto il profilo della ricerca sociale, politica e giuridica.

Keywords:

E-Democracy. Diritti digitali. Intelligenze artificiali. Esclusione/inclusione. Rischio.

1 PREMISA

A progressiva afirmação na sociedade contemporânea da forma de um novo sistema operacional social definido como em rede permite-nos fazer uma observação dos dispositivos sociais disponíveis para descrever como o cotidiano de uma vida interligada e essa perpétua ligação oferece infinitas oportunidades de fazer parte do dar e do ter no networking. Oportunidades que apresentam riscos de extremo isolamento ou uma nova sociabilidade constantemente conectada. O novo sistema operacional social, entendido como "individualismo em rede", se liberta das restrições de grupos intimamente unidos, mas também requer o desenvolvimento de habilidades e estratégias de rede, trabalhando para manter laços e equilibrar várias redes sobrepostas. Três elementos delineiam a "tripla revolução" que conduziu a esta transformação: o surgimento das redes sociais, a capacidade da Internet de atingir os indivíduos e a conectividade sempre ativa dos dispositivos móveis, à qual se soma o desenvolvimento progressivo de uma série variada de Inteligências Artificiais e estratégias para sua aplicação. A afirmação desse modelo expandiu as relações pessoais para além das famílias e bairros; transformou o trabalho, cada vez mais realizado fora dos locais tradicionais (Smart Working), em empresas menos hierárquicas e predominantemente lideradas por equipes; encorajou as pessoas a criar e compartilhar conteúdo online; mudou a forma como as pessoas obtêm informações. Isso mudou a maneira de se comunicar das pessoas.

É claro que dentro desse modelo as relações pessoais correm o risco de se retornarem exclusivamente virtuais (mas não menos reais); como os trabalhadores "digitais", que estão sujeitos às novas formas de exploração enquanto os instrumentos de proteção legal demoram a

ser implementados; como o compartilhamento de conteúdo nas redes produz um perfil muito preciso que se transforma em controle social; como a informação que circula na rede muitas vezes é falsa e cria uma devastadora onda de desinformação pública e perversa modelagem da opinião com impacto significativo na política, nos governos, na formação de consensos e, em última instância a possibilidade de distorção democrática.

Observar esse processo e descrever seus resultados permite estabelecer os métodos e identificar as ferramentas utilizadas para a construção de novos direitos e a formação das novas identidades da democracia contemporânea, mas também nos permite destacar as diferenças em relação ao modelo clássico.

2 TECNOLOGIAS PARTICIPATIVAS: O ESTADO DIGITAL

O uso de tecnologias digitais e a digitalização progressiva da administração pública têm ajudado a direcionar a evolução do Estado moderno, que gradativamente assume aspectos moldados pelas mesmas tecnologias: transforma suas burocracias por meio da reengenharia de processos administrativos; comunica-se digitalmente com cidadãos e empresas, mas usa os mesmos instrumentos juridicamente relevantes também para se comunicar internamente; forma e gerencia as identidades digitais dos cidadãos que são alcançados em seu domicílio digital (agora obrigatório para uma grande variedade de setores de produção e profissionais); estabelece legalmente a “cidadania digital” e o princípio segundo o qual todos os atos formais da PA devem ser baseados no princípio do “Digital First” e neste princípio as plataformas habilitadoras by Default e by Design devem ser construídas. Ou seja, projetado para o campo digital desde sua concepção (by Design) e isso sem outras intervenções reguladoras (by Default).

Esses processos, ativos na Itália e na Europa (mas com diferentes dimensões, representam um fenômeno mundial), agora delineiam uma configuração do estado contemporâneo muitas vezes referido como o estado digital, dentro do qual também as formas de governo e os respectivos graus de democracia são delineados como consequência de práticas de obtenção de consentimento cada vez mais determinadas pelos procedimentos digitais (e-Voting) numa sociedade em que a opinião pública está exposta ao risco da pós-verdade e mistificações tecnológicas e em que, agora, o arquipélago das inteligências artificiais desempenha um papel decisivo.

Se o que foi dito tem alguma plausibilidade, então a atenção pode ser direcionada para formas de democracias eletrônicas, ou e-Democracia, fortemente delineadas por estratégias de

gestão digital dos aparelhos públicos e do sistema político. A e-Democracia pode ser erroneamente entendida como um novo tipo de democracia, alheio ao conhecido conceito de "poder popular" mas, na realidade, ao invés de demolir os preceitos anteriores, reestrutura seus alicerces, dando nova vida ao conceito de democracia. E-Democracia é uma aquisição recente, onde se entende qualquer experimentação e utilização de tecnologias da informação e telemática para garantir aos cidadãos a máxima e mais fácil participação política e institucional, a qualquer nível. A e-Democracia nos leva a considerar a orientação crescente para a inovação e também nos leva a falar em e-Government, ou seja, o governo eletrônico do estado e o impacto que ele produz no desenvolvimento dos aparelhos estatais, muitas vezes também entendidos como burocracias. Por outro lado, a atividade de gestão e governo assente em decisões políticas apoiadas nas tecnologias de comunicação eletrônica é identificada como e-Governance.

O e-Government, hoje evoluído para Open Government, situa-se na base da ideia atual de Estado Digital que fundamenta as suas mudanças no “aparelho de estado”, resultando numa ferramenta essencial de evolução. A principal característica do e-Government diz respeito a possibilidade de governo eletrônico dos negócios públicos e, em particular, à capacidade de comunicar e gerir os documentos da Administração Pública com dispositivos telemáticos digitais que, juntamente com uma ação de mudança organizacional, permitem uma otimização da gestão administrativa. Eles funcionam e representam um importante auxílio para a construção de decisões. Os especialistas em sistemas digitais estão cada vez mais envolvidos nesses processos de Decision Making para incluir o uso de algoritmos neurais e preditivos, típicos das inteligências artificiais. Portanto, para o governo eletrônico, segundo a OCDE, deve-se entender “o uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) pelas políticas públicas e administração pública, aplicado a uma ampla gama de funções administrativas que têm o potencial de transformar estruturas e procedimentos administrativos”. Para a Comissão Europeia, o e-Government consiste na utilização de “novas tecnologias para aumentar a participação no processo democrático”.

Consequentemente, o e-Government se desenvolve e se estabiliza como uma pré-condição para a democracia digital. Mas ele representa agora a história da administração digital enquanto uma nova fronteira digital emerge em uma função evolutiva, a chamada *hiperautomation*, capaz de aumentar a estabilização dessa nova organização estatal e potencializar suas atividades. Este termo teve um forte crescimento em uso nos últimos 3 anos, provavelmente produzido pela publicação do relatório do Gartner Top 10 Strategic Technology Trends for 2020.

Com a globalização da capacidade de comunicação, possibilitada pela transformação digital da sociedade em rede, o Estado perde simetria e sincronia com relação aos fenômenos sociais que deveria governar. Não só isso, mas o espaço e o tempo tornam-se um fardo dilacerante para o Estado e seus aparatos à medida que as relações sociais, políticas e econômicas ocorrem em espaços físicos ou virtuais dentro de sistemas sociais que o Estado não controla enquanto a velocidade dos eventos sociais e tecnológicos não pode ser orientada por lei ou por decisões político-administrativas que apresentam longos tempos de produção. Como se sabe, as decisões políticas ou jurídicas vêm sempre após o surgimento do problema que as gerou.

A hiper-automatização poderia ajudar os aparatos do Estado, inclusive o judiciário, pois é um misto de tecnologias de automação e inteligência artificial, que permite às organizações identificar, controlar e automatizar rapidamente o maior número de processos possível. Graças à hiperautomatização, aliada à reengenharia de processos, as organizações privadas e estaduais podem reduzir os custos operacionais, desde que garantam maior conexão entre si, maior interoperabilidade. Essas tecnologias, quando combinadas, são capazes de aumentar a capacidade dos humanos de concluir processos com mais rapidez, eficiência e menos erros. Embora a automação simples permita que você faça as mesmas tarefas com mais rapidez, os especialistas em hiperautomatização dizem que ela oferece a possibilidade de fazê-las de maneira ainda mais inteligente. No entanto, os benefícios de tal tecnologia só podem ser percebidos sob a condição de um plano de automação forte, após ter otimizado os processos e torná-los eficientes, evitando a automação de processos errados e desconhecidos, ou seja, sem tê-los primeiro tornado transparentes após o mapeamento e análise do próprio processo. Do lado dos resultados, o Robotic Process Automation (RPA) que, por meio de softwares "inteligentes", os chamados "robôs", pode realizar automaticamente as atividades repetitivas de operadores humanos, imitando seu comportamento e interagindo com aplicativos de computador da mesma forma que o operador, e o desenvolvimento de tecnologias de mineração de processos, em combinação com IA para automação inteligente, ao longo dos anos adquiriram a capacidade de automatizar processos complexos usando dados não estruturados com um nível significativo de ambigüidade. Acredita-se que esse modelo seja aplicado às burocracias do estado, especialmente neste momento em que a transição digital, após a pandemia, está sendo invocada e financiada por muitos.

Nessa perspectiva, até mesmo o direito precisa evoluir e assumir uma configuração mais adequada, pois uma forma semelhante de gestão da coisa pública estruturada em um estado digital generalizado exige novas regras jurídicas com máximo compartilhamento universal. Não

é mais apenas uma questão de governar a inteligência artificial por meio da lei, mas de gerenciar todas as implicações que a dependência de algoritmos correlacionados está produzindo com regras compartilhadas. Em particular, para o assunto tratado, o fato de que "a dependência de algoritmos está destruindo a confiança dos cidadãos em seus governos e na democracia" é preocupante porque algoritmos não são perfeitos e são afetados pela *weltanschauung* [visão de mundo] e preconceitos de quem os desenvolve. Isso não significa que a IA deva ser abandonada por causa de sua "imperfeição", porque os humanos também não são perfeitos. Os magistrados apresentam imperfeições e preconceitos, nem a lógica argumentativa de suas sentenças os deixa a salvo do erro, da mesma forma que os avançados dos sistemas de diagnóstico médico baseados em IA são capazes de diagnosticar doenças melhor do que muitos especialistas.

3 NOVOS DIREITOS, NOVAS EXCLUSÕES

O interesse do Estado em reger as tecnologias da comunicação e a sua aplicação aos processos sociais tem levado os legisladores a introduzirem um novo tipo de direito no caso em questão, geralmente designados por "novos direitos", com particular ênfase nas regras que podem ser atribuídas à construção de uma "Carta da Cidadania Digital" em um sistema de democracia tecnológica emergente. Na Itália, a referência a este modelo está contida na Seção II do Código de Administração Digital reformado, um termo usado para indicar o Decreto Legislativo 82/2005.

O direito de comunicar com as burocracias do Estado através das TIC, num estado que se organiza para se tornar digital, muitas vezes não corresponde a uma possibilidade real de os cidadãos e as empresas poderem se comunicar com as administrações públicas através de ligações telemáticas.

Por outro lado, do outro lado da rua, o vizinho privado está construindo um sistema monetário internacional caracterizado por uma moeda digital cuja solidez não é garantida por qualquer estado, como é o caso das moedas tradicionais, mas exclusivamente pela confiança dos "clientes" em relação a esta forma de criptomoeda consistente em uma rede de nós, ou seja, PCs, que a gerenciam de maneira distribuída ponto a ponto; e no uso de criptografia forte para validar e proteger as transações. Esta atividade, antes vista com grande desconfiança por bancos e governos, é hoje uma prática "comum" onde até os Estados se referem com grande interesse. O governo chinês interveio proibindo os bancos de usar Bitcoin em suas trocas, tanto para prevenir os riscos de lavagem de dinheiro quanto para defender a estabilidade financeira. Por

outro lado, não impôs nenhuma restrição às trocas entre pessoas físicas, tanto que a China é atualmente o principal mercado de Bitcoins com mais de 35% de todas as transações mundiais.

A Europa mantém uma atitude de prudência e só em 2018, com a Diretiva UE 2018/843 do Parlamento Europeu, é que reconheceu oficialmente as criptomoedas, exigindo, no entanto, que todos os prestadores de serviços de carteira digital realizassem verificações sistemáticas para pôr fim ao regime de anonimato de seus clientes associado à moedas virtuais.

As criptomoedas são ladeadas, novamente, pela iniciativa privada, pelos chamados Smart Contracts que, baseados na mesma plataforma tecnológica transparente e segura utilizada para as criptomoedas, a Blockchain, garantem um campo de ação potencialmente extenso, mas com limites legais bem visíveis. Eles não substituem as formas contratuais tradicionais, mas lidam com funções condicionais “se / então” incorporadas em softwares ou protocolos de TI. Eles são uma ferramenta útil para a resolução alternativa de disputas. A utilização desta forma de acordos Smart está em constante evolução graças à simplificação das operações segundo as quais, quando ocorre um evento previsto é acionado um automatismo que produz o efeito acordado: se houver prazo, inicia-se o pagamento.

Só recentemente a lei interveio para tratar destas matérias que incidem também no ordenamento jurídico que se obriga a utilizar novos instrumentos jurídicos para regular os processos tecnológicos que vão adquirindo relevância para o direito que obriga a reconhecer novos direitos. Em particular, para este estudo, estão aqueles direitos relacionados ao uso das tecnologias digitais como ferramentas para o exercício da participação democrática.

Sobre o tema da democracia, na Itália, o art. 9º do Decreto Legislativo 82/2005 intitulado “Participação democrática eletrônica”. Relacionado ao direito de uso das tecnologias estabelecidas pelo art. 3 e art. 7º da mesma norma, o artigo 9º impõe às administrações estaduais a obrigação de “favorecer todas as formas de uso das tecnologias para promover uma maior participação dos cidadãos no processo democrático, para facilitar o exercício dos direitos políticos e civis e das formas de consulta preventiva online sobre os projetos de documentos a adotar”. O exercício deste direito é permitido apenas a quem possua identidade digital e possua um domicílio digital.

No que diz respeito aos mecanismos de participação, a lei italiana exclui o sistema eleitoral de votação eletrônica, ao passo que, em vários estados, a votação eletrônica é uma realidade consolidada. O exemplo do Brasil é o mais completo e renomado sistema de votação eletrônica, muitas vezes tomado como uma comparação jurídico-tecnológica quanto à validade, à segurança, ao sigilo e à integridade da expressão digital da vontade do eleitor.

No limiar do terceiro milênio, difundia-se a ideia de que a disponibilidade de informação, acessível a todos e a baixo custo, produzida e veiculada pela Internet, teria fomentado uma maior mobilidade social e limitado os processos de exclusão. A capacidade de acessar informações relacionadas à necessidade contextual de transferência de informações no uso da Internet e das mídias sociais alimenta o universo da comunicação social, produzindo infinitas possibilidades de inclusão social, mas tantos sistemas infinitos de exclusão, criando e estabelecendo desigualdades. Do ponto de vista da comunicação digital, podem ser observados, pelo menos, dois tipos de processos: um que diz respeito a reprodução e reforço das desigualdades já existentes; outro relacionado a práticas que desencadeiam desigualdades específicas relacionadas à disseminação e uso de tecnologias digitais.

O paradoxo reside na constatação de que desigualdades crescentes e profundas são ampliadas pela desigualdade de acesso às TIC justamente pelo fato de os excluídos permanecerem à margem pelo fato de o acesso às tecnologias de comunicação ser o pré-requisito para a participação. Em particular, na perspectiva de um Estado digital, são precisamente as camadas mais frágeis da população que mais poderiam se beneficiar com a oferta de serviços online, sendo, em vez disso, excluídas e marginalizadas pelas tecnologias.

4 DEMOCRACIA DIGITAL COMO DIFERENÇA.

A fundação das democracias liberais representativas se assenta na possibilidade de todos os cidadãos expressarem o seu voto, exercendo assim a delegação fiduciária aos eleitos através de mecanismos eleitorais legais. A própria democracia, desde suas origens, pode ser representada como uma tecnologia voltada para a coleta e gestão de consentimentos utilizados para fins políticos e relativos às condições de viabilidade dos estados democráticos. Com o advento da modernidade, a evolução do Estado como sujeito político é acompanhada, ao mesmo tempo, por um extraordinário progresso científico que diz respeito não apenas à aquisição de novos conhecimentos técnicos, mas também à transformação das formas contemporâneas de democracia de tempos em tempos.

Na representação das tecnologias da democracia, se discute o tema do voto eletrônico, entendido e conjugado de maneiras diversas; regulada pelos ordenamentos jurídicos nacionais, precisamente pela sua capacidade potencial de contribuir para a formação de democracias generalizadas na condição de garantir a segurança mas, ao mesmo tempo, pode tornar-se um instrumento capaz de consolidar distopias e fragilizar a qualidade e as características das democracias atuais. Nessa perspectiva, podemos descrever um cenário segundo o qual o digital

pode, por um lado, permitir uma participação mais ampla dos cidadãos na formação da vida democrática enquanto, em caso de outras condições políticas, sociais, econômicas e tecnológicas, pode prejudicar seriamente a democracia. A tecnologia digital por si só não produz nem garante democracia. Ela mesma não é democrática, pois não é produzida por decisões democráticas, pois sua existência é o êxito de seleção e não votação.

O exercício do voto, desde finais do século XIX, tem-se caracterizado pela necessidade dos grandes Estados constitucionais de tipo democrático-representativo, de garantir a todos os cidadãos o direito de manifestar a sua preferência eleitoral: mesmo aos que não o podem para votar em seu eleitorado por causa de seu justificado afastamento, como, por exemplo, os militares. Este método é denominado de votação à distância definido como “controlado” ou “não controlado” em relação a possibilidade de verificação ou não da identidade do eleitor e das condições de votação estabelecidas em regulamento. Um caso típico de votação descontrolada é o voto por correspondência, que ainda é amplamente exercido.

As tecnologias digitais, que têm reparametrizado os métodos de comunicação privados e institucionais da sociedade contemporânea, oferecem aos sistemas democráticos as possibilidades e soluções que permitem que a vontade popular se expresse através da expressão do sufrágio universal à distância através do voto eletrônico. O voto analógico, então, está se preparando para se tornar uma armadilha das velhas democracias e emergem instâncias segundo as quais o voto eletrônico seria uma forma plausível e útil de substituir o voto no papel. Assim, a Europa, há mais de vinte e cinco anos, considerou compatível o voto remoto expresso em formato eletrônico e, mais recentemente, tem enfatizado o potencial que a interação entre tecnologia e direito pode oferecer aos sistemas democráticos com o uso do voto eletrônico como expressão legítima do direito constitucional de voto.

Esta transição da votação analógica para a digital, em direção a e-Democracia, parece ter começado também considerando o fato de que diferentes sistemas permitem a votação eletrônica tripulada ou não tripulada para diferentes tipos de votação (eletiva ou deliberativa) e para diferentes áreas de autonomia territorial. Democracias muito grandes, como Brasil, Canadá, Estados Unidos ou Índia, mas também democracias menores, como a Espanha, agora apresentam uma disseminação progressiva do voto eletrônico mesmo em face de problemas de segurança ou reservas sobre sua aplicabilidade e funcionalidade específicas, pois é vulnerável à manipulação.

O voto eletrônico, no entanto, apesar de seus diferentes significados, representa em muitos aspectos um elemento de resgate das demandas sociais orientadas para os valores da

plena soberania popular que se expressam por meio de formas e instrumentos de democracia participativa, direta e deliberativa.

A crise de velhas ideologias e partidos tradicionais, que se manifestou nos últimos anos do século passado, produziu um declínio da confiança nas expressões político-partidárias de massas e uma onda de "antipolíticas", inclusive radicais. Essa tendência causou descontentamento com a política, mas também estimulou a produção de movimentos populares de opinião. Um processo de seleção, que se desenvolveu espontaneamente ao longo do tempo, viu alguns desses movimentos desaparecerem ou se tornarem básicos, enquanto outras formações organizadas como movimentos que intervieram para substituir ou apoiar partidos tradicionais que competiam pela gestão de necessidades sociais que foram marginalizadas ou ignoradas por muitos anos da política oficial. É o caso do Movimento Verde na Europa; é o caso da Forza Italia, a Liga ou Movimento 5 Stelle na Itália.

No início dos anos noventa do século passado, a opinião pública percebeu que os grandes partidos se tornaram "gigantes com pés de barro": gigantes pela sua penetração na vida pública nacional, mas com pés de barro pela impotência de governar. Isso abriu caminho para uma forte onda de anti-política que descreveu a política como algo ineficiente, muito caro, autorreferencial e oligárquico, útil apenas para reproduzir o poder de políticos profissionais e, portanto, completamente indiferente - senão hostil - ao necessidades de modernização do país. A Forza Italia, na Itália, representa um modelo exemplar de promoção do "partido do presidente", com lideranças oriundas da sociedade civil e não da política, estruturada desde o início "como uma máquina eleitoral destinada a apoiar a eleição de seu líder por meio de uma estreita conexão com os meios de comunicação e uma estrutura territorial em que os órgãos periféricos se assemelhavam mais aos clubes culturais do que às seções partidárias, uma vez que não elegiam representantes nem colaboravam na definição dos programas" (Ventrone, 2008). As novas formações movimentistas e populistas, inicialmente identificadas como anti políticas, promoveram a formação e o crescimento do sentimento de pertencimento de uma massa eleitoral muito variada, alimentando expectativas de inovações radicais a partir de uma visão segundo a qual a própria comunidade de pertencimento teria conseguido satisfazer as necessidades coletivas de uma identidade compartilhada, proteger os interesses materiais de seus membros e oferecer a estes a possibilidade de participar ativamente dela por meio do estabelecimento de uma democracia digital dentro do movimento. A experiência italiana é singular e paradigmática e pode se resumir nas palavras do cofundador do Movimento 5 Stelle, Davide Casaleggio, que em entrevista ao jornal "La Verità" em 27 de julho de 2018 com o título emblemático: "A mudança vai sobrecarregar tudo. O Parlamento? Talvez seja inútil" descreve

um programa que poderia ter sido delirante, mas com suposições interessantes. Nesta perspectiva específica, as tecnologias representam o fator que permite alcançar a democracia eletrônica direta, superando não só a democracia representativa, mas também o próprio Parlamento como é atualmente entendido. Até a possibilidade de que em algum tempo nem seja necessário ter um parlamento. A declaração de Casaleggio é muito clara: "Hoje, graças à Internet e às tecnologias, existem muito mais ferramentas democráticas e eficazes de participação em termos de representação popular do que qualquer modelo de governo do século XX. A superação da democracia representativa é inevitável". Nesse caso, todas as vozes dos campos políticos se uniram ao qualificar essa ideia de "aberrante" até a afirmação do ex-presidente da Câmara, Schifani, segundo a qual "pensar em substituir projetos de lei e emendas por algoritmos significa confiar a democracia a mecanismos obscuros".

Há pouco tempo, a notícia publicada pela ANSA informava que foi desenvolvido o primeiro robô "pensante" com um mini-cérebro real feito de "neurônios crescidos em tubos de ensaio que o comandavam aprendendo com seus próprios erros". O evento, confirmado pelo chefe do Laboratório de Robótica Inspirada no Cérebro (BraIR Lab) da Scuola Superiore Sant'Anna, em Pisa, consiste em um estudo, publicado na revista *Applied Physics Letters* por pesquisadores da Universidade de Tóquio, que descreve uma pesquisa onde ele construiu uma rede neural de um robô não reproduzida artificialmente em um computador, mas composta de células nervosas e neurônios biológicos cultivados em laboratório. O interesse está centrado na capacidade dessa rede neural "biológica" não estruturada de realizar uma tarefa específica, que apesar de ser caótica, ou seja, com conexões aleatórias entre neurônios, ainda consegue aprender com erros que são sinalizados por um impulso elétrico.

5 CONCLUSÃO

Com base nas sugestões orientadas pelas mais recentes fronteiras de pesquisa em IA, as próximas inteligências artificiais poderão se beneficiar do poder do Qbit, a capacidade de aprender através de redes neurais biológicas indo além do nível usual de Machine Learning para realizar a utopia ou o pesadelo de muitos: ter máquinas computadorizadas capazes de decidir por conta própria.

Que impacto essas inovações terão na forma e resiliência das democracias? E ainda: na presença de um ecossistema de inteligências artificiais não morais em evolução, há uma obrigação de pensar em uma nova ética?

Descreveu-se como a formação de consensos que determina governos e afeta as democracias é um processo que apresenta muitas incógnitas, mas sobretudo está ligado às convicções que a chamada "opinião pública" elabora e expressa. Um papel decisivo é desempenhado pela comunicação que na sociedade contemporânea se forma e cada vez mais é veiculada com método exclusivo de fluxos digitais. Numa sociedade em rede, a comunicação é a estrutura das relações sociais que estão expostas ao risco inevitável de notícias falsas e desinformação tidas como fonte primária de formação de opinião e, se possível, de formação de consciências.

Com essas premissas, é possível afirmar que em um sistema de democracias eletrônicas, o resultado do voto, mesmo por meio das ferramentas digitais de e-Voting, tem implicações problemáticas, não óbvias. É necessário, portanto, levar em conta o condicionamento dos meios de comunicação através dos quais são veiculadas mensagens que falam ao ventre de uma população desiludida e hostil à política dos comerciantes: qualquer mensagem que toque os cordões da anti-política produzirá um consenso, que muitas vezes apoia formas de democracia desviadas, "iliberais" teorizadas por Fareed Zakaria. Os exemplos conhecidos referem-se à Rússia de Putin, aos EUA de Trump, à Hungria de Orban, ao Brasil de Bolsonaro, que tem medo do voto eletrônico porque o sistema brasileiro é o mais seguro e evita fraudes eleitorais.

Mas por que falamos de democracias quando elas são iliberais, ou seja, não são verdadeiras democracias? Ao contrário das formas autocráticas do passado que eram mono partidárias, o caráter democrático das democracias iliberais deriva do fato de surgirem de uma livre eleição de líderes pela população. Nas democracias iliberais, é o povo que vota voluntariamente em seus líderes em um sistema multipartidário. Este é o caráter democrático. O caráter iliberal deriva do fato de que não só direitos e liberdades dos indivíduos são colocados no centro da ação governamental mas um nacionalismo exasperado, a centralidade formalista dos valores religiosos e da tradição, o controle da mídia, uma liderança populista, uma forte interferência do governo na economia. A democracia iliberal exalta a vontade do povo como fonte de poder absoluto, que como tal não pode ser prejudicado por minorias e oposições, por controles judiciais e da mídia, por constituições.

Portanto, as liberdades podem ser decapitadas ou suprimidas por esse sentimento comum. A justiça que defende os direitos dos indivíduos é um alvo político e as tentativas de limitar sua liberdade são frequentes. É por isso que o oxímoro "democracias iliberais" não faz sentido.

A tecnologia digital, as inteligências artificiais são ferramentas que podem permitir uma maior participação, podem permitir uma melhor comunicação universal, mas as máquinas não

determinam a democrazia, pelo menos enquanto não aprenderem a tomar decisões autônomas com um valor juridicamente relevante. Por enquanto, homens e mulheres precisam pensar nisso como cidadãos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATO, G., & Clementi, F. (2012). **Forme di Stato e Forme di Governo**. Bologna: Il Mulino.

AZZARITI, G. (2009). La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa. In G. Brunelli, A. Pugiotto, & P. Veronesi, Scritti in onore di Lorenza Carlassare. **Il diritto costituzionale come regola e limite del potere** (Vol. V. Sez. I - Della democrazia e delle sue dinamiche, p. 1777-1888). Napoli: Jovene. Tratto il giorno novembre 01, 2021 da <https://journals.openedition.org/tp/1182>

BUCCOLIERO, L. (2009). **Il Governo elettronico**. Modelli, strategie di innovazione ed elementi di valore per una pubblica amministrazione digitale. Milano: Tecniche Nuove .

BUSON, E. (2021, OTTOBRE 27). Il primo robot che impara grazie a neuroni veri. **Tratto da ANSA.IT**: https://www.ansa.it/canale_scienza_tecnica/notizie/tecnologie/2021/10/27/il-primo-robot-che-impara-grazie-a-neuroni-veri-video_1e59703f-a211-4767-9827-6c8d576e5d66.html

CAPPIELLO, B., & CARULLO, G. (2020). Gli Smart Legal Contracts: prospettive per l'impiego nel settore pubblico-privato. In R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA, R. CAVALLO PERIN, & D.-U. GALETTA (A cura di), **Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale** (p. 305-320). Torino: Giappichelli.

CERI, P., & BROGNA, P. (1998). **La tecnologia per il XXI secolo: prospettive di sviluppo e rischi di esclusione**. (P. C. Brogna, A cura di) Torino: Giulio Einaudi.

CLEMENTI, F. (2020). **Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico**: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). *Federalismi*, 216-222.

CUKANI, E. (2021). **Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?** Napoli: ESI.

DI VIGGIANO, P. L. (2013, ottobre 29). **Lo Stato e le sue burocrazie digitali**. (D. Limone, A cura di) *Rivista elettronica di Diritto*, V(3), 136-149.

FERRAJOLI, C. F. (2020). Come esautorare il parlamento. Un caso esemplare del declino di una democrazia rappresentativa. *Teoria politica*, 10(10), 155-187.

FORUM PA, R. (2021, ottobre 13). **Hyperautomation: che cos'è e perché rappresenta la prossima frontiera digitale.** Tratto da forumpa.it: <https://www.forumpa.it/pa-digitale/hyperautomation-che-cose-e-perche-rappresenta-la-prossima-frontiera-digitale/>

GAMMICCHIA, G. A. (2018, Maggio 14). **L'identità digitale: nuova frontiera del diritto all'identità personale.** Tratto il giorno 2021 da <https://giuricivile.it/>: <https://giuricivile.it/lidentita-digitale-nuova-frontiera-del-diritto-allidentita-personale/>

KELSEN, H. (1955). **La democrazia.** Bologna: Il Mulino.

LINDNER, R., AICHHOLZER, G., & HENNEN, L. (2016). *Electronic Democracy in Europe. Prospects and Challenges of E-Publics, E-Participation and E-Voting.* (R. Lindner, G. Aichholzer, & L. Hennen, A cura di) Heidelberg: Springer,.

NIDA-RÜMELIN, J., & WEIDENFELD, N. (2019). **UMANESIMO DIGITALE: Un'etica per l'epoca dell'Intelligenza Artificiale.** Milano: Franco Angeli.

PANETTA, K. (2019, ottobre 2019). <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-10-strategic-technology-trends-for-2020>. Tratto da <https://www.gartner.com/en:https://www.gartner.com/smarterwithgartner/gartner-top-10-strategic-technology-trends-for-2020>

PEDRAZZI, S. (2020, Maggio 8). **Cos'è l'Hyperautomation e Come Sarà il Futuro della Trasformazione Digitale?** Tratto da <https://www.my-invenio.com/it:https://www.my-invenio.com/it/blog/cos-e-hyperautomation-e-come-sara-il-futuro-della-trasformazione-digitale>

POLLIFRONI, M. (2020). **Open-Government.** Torino: Giappichelli.
 Repubblica, R. d. (2018, luglio 28). https://www.repubblica.it/politica/2018/07/23/news/casaleggio_parlamento_inutile-202476029/. Tratto da https://www.repubblica.it:https://www.repubblica.it/politica/2018/07/23/news/casaleggio_parlamento_inutile-202476029/

SANJAY, K. (2011). *Analysis of Electronic Voting System in Various Countries.* **International Journal of Computer Science and Engineering**, 3(5), 1825 ss.

SANTOSUOSSO, A. (2020). **Intelligenza artificiale e diritto: perchè le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto.** Milano: Mondadori.

TRUCCO, L. (2017). *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale.* In T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, & M. BASSINI. **Diritti e libertà in Internet.** Milano: Le Monnier.

VENTRONE, A. (2008, giugno 26). **La crisi della politica e lo sradicamento dei partiti.** Tratto da <https://www.italianieuropei.it:https://www.italianieuropei.it/it/la-rivista/archivio-della-rivista/item/600-la-crisi-della-politica-e-lo-sradicamento-dei-partiti.html>

WELLMAN, L. R. (2012). **Networked:** the new social operating system. Cambridge, MA : The MIT Press.

WIKIPEDIA. (2021, ottobre 31). **Robotic Process Automation**. Tratto da
https://it.wikipedia.org/wiki/Pagina_principale:
https://it.wikipedia.org/wiki/Robotic_Process_Automation

ZAKARIA, F. (1997, Dec.). **The Rise of Illiberal Democracy**. Foreign Affairs, 76(6), 22-43.

Submissão: 16/11/2021 Aprovação: 25/11/2021

MEMÓRIA, LEMBRANÇA E ESQUECIMENTO: ou sobre como construir o futuro¹

MEMORY, REMEMBRANCE AND OBLIVION: or, on how to build up the future

Marcelo Campos Galuppo²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Resumo

O presente artigo pretende argumentar em favor de um conceito de Memória que inclua tanto a lembrança quanto o esquecimento, e de sua importância para a construção do futuro de uma sociedade, a partir de exemplos da literatura, notadamente de *Grande Sertão, Veredas*, de João Guimarães Rosa, do *Sermão da Terceira Domingo de Advento*, de Padre Antônio Vieira e do conto *Funes, o Memorioso*, de Jorge Luis Borges. Para isso, pretende-se distinguir a Memória real da Memória delirante (representada em nosso tempo pelas *Fake News*) e estabelecer um critério político que permita escolher entre o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido.

Palavras-chave:

Memória; Esquecimento; Fake News; Direito e Literatura; Direito e psicanálise

Abstract

This paper advances a concept of Memory that also includes Oblivion and its importance to build up the future of society. It uses some examples from the Latin-American Literature to show that we should distinguish both true memories from make-believe memories (as the ones that we find in Fake News) and what should be remembered from what should be forgotten.

Keywords:

Memory; Oblivion; Fake News; Law and Literature; Law and Psychoanalysis

1 MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

O corpo dos seres vivos foi programado para reconhecer algo que desconhece, não apenas para reconhecer um agente agressor, mas para reconhecer o que ele ainda não conhece, algo distinto de si próprio, um outro ser vivo que, vindo de fora, ameaça o equilíbrio homeostático do organismo. O coronavírus da Covid-19, por exemplo, era desconhecido pelo corpo humano durante quase toda sua evolução, mas ainda assim este foi capaz de reconhecer o que não conhecia e produzir uma resposta imunológica para lidar com a ameaça. Mas lembrar-se de algo que não se conhece pode ser arriscado, como algumas reações somáticas violentas

¹ O presente texto tem origem em minha participação no II Congresso Latino-Americano Direito, Memória, Democracia e Crimes de Lesa Humanidade, realizado na PUC Minas entre os dias 03 e 05 de novembro de 2021. Gostaria de agradecer àqueles que contribuíram para esse debate na figura do professor Lucas Alvarenga Gontijo.

² O presente artigo é fruto de pesquisa financiada pelo CNPq. O autor é professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Presidente da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito - ABRAFi. Vice-presidente da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social - IVR. Ex-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-graduação em Direito - CONPEDI.

ao invasor revelaram (sob a forma de uma resposta imunológica desproporcional que alguns corpos apresentaram³), e por isso vacinas foram desenvolvidas: elas transformam a reação ao invasor em uma espécie Memória. Reagir ao que se conhece é não apenas mais eficiente, mas também mais seguro. A Memória é um fato inscrito na própria natureza biológica dos seres vivos, e a Memória como evento psíquico ou social é a apenas um desenvolvimento dessa capacidade em seres vivos complexos, sobretudo nos animais superiores dotados de um sistema neural especializado (Maturana; Varela, 1995).

Há, no entanto, duas estratégias básicas para a Memória como um evento neural, inscritas na biologia dos animais superiores. Compare os exemplos da galinha e do beija-flor: a galinha cisca pelo terreiro em um padrão que parece desordenado, errático, aleatório, enquanto o beija-flor percorre sempre a mesma rota, com uma precisão cronométrica no percurso do caminho traçado anteriormente, sempre o mesmo caminho, visitando sempre as mesmas flores no mesmo período do dia. Poderia se pensar que apenas o beija-flor possui uma Memória eficiente, mas na verdade tanto a galinha quanto o beija-flor possuem Memórias eficientes para seus modos de vida. Cada uma dessas estratégias revela um tipo diferente de Memória. Trata-se de diferentes estratégias de sobrevivência ligadas a diferentes mecanismos adaptativos. Beija-flores encontram seu alimento em flores, que estão sempre no mesmo lugar. Galinhas se alimentam de pequenos insetos que se locomovem ou de grãos que, apesar de caírem imóveis no chão, uma vez comidos não podem ser encontrados no mesmo lugar. O beija-flor precisa se lembrar de onde ele encontrou alimento ontem para encontrar alimento hoje, enquanto a galinha precisa se esquecer de onde ela encontrou alimento ontem para encontrar alimento hoje. Esquecer é uma propriedade da Memória tão importante quanto lembrar-se. Na verdade, a lembrança pode ser um entrave para a aprendizagem e para a vida tanto quanto o esquecimento.

Há um conto do argentino Jorge Luís Borges sobre isso: *Funes, o memorioso* (Borges, 2000, p. 539 e ss.). Irineu Funes era alguém que se recordava eideticamente de absolutamente tudo, de todos os detalhes prosaicos do que vivia, a maioria deles inúteis, mas que era incapaz de dar sentido aos fatos. O narrador do conto diz que Funes “tinha aprendido sem esforço o inglês, o francês, o português, o latim. Suspeito, entretanto, que não era muito capaz de pensar. Pensar é esquecer diferenças, é generalizar, abstrair. No abarrotado mundo de Funes não havia senão pormenores, quase imediatos” (Borges, 2000, p. 545, grifo meu). A Memória compulsiva

³ Segundo Blasi e Holzhey, “O sistema imune é concebido para manter a identidade e integridade do organismo através da intolerância. No entanto, quando ele se torna muito intolerante e falta-lhe tolerância para consigo mesmo, atinge-se uma situação chamada de doença autoimune” (Blasi; Holzhey, 2014, p. 73).

era para Funes um substituto da inteligência e da imaginação, uma forma de mantê-lo preso ao eventos passados, incapaz de encaminhar-se para o futuro ou mesmo de compreender o presente.

É Riobaldo, no Grande Sertão, Veredas, quem nos explica porque a estratégia de Funes não permite conhecer a realidade:

A lembrança da vida da gente se guarda em trechos diversos, cada um com seu signo e sentimento, uns com os outros acho que nem não misturam. *Contar seguido, alinhavado, só mesmo sendo as coisas de rasa importância.* De cada vivimento que eu real tive, de alegria ou pesar, cada vez daquela que hoje vejo que eu era como se fosse diferente pessoa. Sucedido desgovernado. Assim eu acho, assim é que eu conto. O senhor é bondoso de me ouvir, *tem horas antigas que ficaram muito mais perto da gente do que outras, de recente fala.* O senhor mesmo sabe. (Rosa, 2006, p. 88, grifos meus)

A teoria da Memória de Riobaldo revela que lembrar não é alinhar cronologicamente todos os fatos, como se todos pertencessem entropicamente a um universo homogêneo e indiferenciado, mas ordená-los em sua ordem de importância, hierarquiza-los, avalia-los, julgá-los, e, inclusive, excluí-los. Para se lembrar de algo é preciso se esquecer de algo, e Freud alertava que quando nos lembramos (paradoxalmente) que nos esquecemos de algo damos conta não só do valor protetivo do esquecimento, mas sobretudo do funcionamento complexo do mecanismo da Memória (Freud, 2014). A indistinção do valor e da importância dos fatos operada por Funes tornava sua lembrança inútil, enquanto a Memória de Riobaldo, ordenada pela importância dos eventos, se revela redentora ao final: somente assim podemos significar a realidade, atribuir-lhe um sentido e, sobretudo, compreender os erros do passado para se evitá-los no futuro (o que exige isolar causas suficientes para explicar a realidade distinguindo-as de meros eventos que, ainda que ocorrendo contemporaneamente ao que se quer compreender, não guardam com ele nenhuma relação).

A estratégia de Riobaldo é um misto da estratégia da Galinha e do Beija-flor, e é exatamente isso que permite que ela seja mais do que mera erudição, acúmulo de dados que, indistintos em sua importância, abarrotam o sujeito e interpõem-se entre ele e sua ação. A Memória de Riobaldo conecta o passado ao futuro em projetos, enquanto a Memória de Funes o prende no instante presente que impede o progresso por permanecer sempre presente.

A Memória e seu suporte biológico, o cérebro, é uma máquina do tempo. Mas, como adverte o físico Carlo Rovelli (2018), seu objetivo não é transportar-nos ao passado, mas gestar o futuro. É a capacidade de antecipar as consequências futuras dos eventos presentes com base em nossas experiências passadas que permite-nos transformar o mundo de alguma forma, torná-lo habitável.

2 MEMÓRIA E FAKE NEWS

O tema da Memória na Filosofia remonta pelo menos a Platão, que no *Fedro* observou que os instrumentos para lembrar (a escrita) são, ao mesmo tempo, instrumentos para esquecer (Platão, 1975). Por mais efetiva que a Memória seja, e mesmo que recorrendo ao esquecimento como uma estratégia para se lembrar melhor daquilo que realmente importa, ela ainda assim pode nos enganar. Tome-se, por exemplo, o caso da Psicanálise: Freud acreditava inicialmente que o aparelho psíquico de seus pacientes havia se formado por um processo de repressão que ele identificou como o produto da violência sexual dos pais sobre seus filhos. Isso, no entanto, não correspondia à suas experiências mais imediatas, inclusive à sua própria experiência com seus filhos, marcada pela ternura (que, ainda que seja um substituto da meta do desejo sexual, é destituída de natureza genital), e o desenvolvimento de suas pesquisas o levou a concluir, para seu horror inicial, que a verdade era bem outra: eram as crianças que, desejando ser o alvo do amor de seus pais, forjavam uma história alternativa, encobridora desse desejo, insuportável para o ego e o superego (Freud, 2016). Em lugar de serem desejados, eram eles que desejavam. Como diz Jill Gentile, neste caso, “a antítese da verdade não era a falsidade, mas ao contrário o esquecimento” (Gentile, 2016, p. 201). O esquecimento se produz também por um processo de repressão, quando aquilo que se lembra é mais insuportável do que aquilo que se deseja. O problema, nesse caso, não é tanto o esquecimento, mas a falsa Memória encobridora da realidade.

É verdade que nossa Memória pode encobrir a realidade, mas esse encobrimento é sempre imperfeito, como indicava o próprio Freud: no esforço de reprimir nossos desejos, camufla-los de um modo socialmente aceitável, produzem-se sintomas neuróticos, um mecanismo que gera alívio, mas ao mesmo tempo gera angústia (*Angst*) para o sujeito, em primeiro lugar porque esse encobrimento é impossível: O aparelho psíquico não é como uma cidade, em que os vestígios do passado são demolidos, implodidos e eliminados para que novas estruturas se construam por cima. Nada pode ser esquecido na psique, regida por um princípio que Freud chamou de “conservação do psíquico” (Freud, 2010, p. 20). Podemos não estar conscientes das pulsões que nos movem, mas elas estão ali, determinando nossas ações. Esquecer disso é confiar demais na *soberania do sujeito*, a crença moderna de que controlamos a linguagem, quando somos de fato por ela controlados (Butler, 2021).

A Memória exige recordar o que ela mesma encobriu. Sua tarefa, portanto, não consiste apenas em distinguir o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido pela consciência, mas

também em distinguir o que são lembranças reais do que são lembranças delirantes, substituições neuróticas da realidade. Lembro-me, por exemplo, de como a Ditadura Militar produzia uma Memória delirante sobre um Brasil que nunca existiu, que, transferindo a violência para o passado, nos impedia de vê-la no presente: Nas décadas dos anos setentas e oitentas do século passado, era-nos ensinado que os africanos foram trazidos ao Brasil como escravos para substituir os povos nativos porque esses eram preguiçosos (e não por causa dos interesses mercantis do capitalismo inglês por trás desse comércio horroroso), uma narrativa encobridora da violência racial do Brasil contemporâneo.

Talvez este segundo problema, da distinção entre Memória vivida e Memória delirada, seja de mais fácil solução do que o primeiro (o da seleção entre o que se deve lembrar e o que se deve esquecer - não no sentido do lapso produzido pelo aparelho psíquico, mas daquilo que deve ser intencionalmente relegado ao passado), porque permite uma resposta metodológica no campo da pura epistemologia (enquanto a primeira questão demanda uma resposta política). Umberto Eco escreveu uma crônica interessante chamada "Como reconhecer um filme pornô", datada de 1989. Para muitos, a resposta a essa pergunta parecia óbvia, mas o lançamento de vários filmes nos anos setentas e oitentas mostraram que a tarefa era mais difícil do que se pensava: *Diavolo in corpo (Diabo no corpo)*, de Marco Bellochio (1986, três anos antes da crônica de Eco) e *Ai no korida (Império dos Sentidos)*, de Nagisa Oshima (1976), foram filmes que borraram para sempre o limiar entre a pornografia e o erotismo, entre a indústria do sexo e o cinema de autor, quando se apropriaram de cenas de sexo explícito com os atores, e não com dublês, para tentar superar a iniludível opacidade que impede distinguir o real do que é representado artisticamente. A partir de então, a presença de órgãos sexuais em cena, a simulação e mesmo a consumação física de atividades sexuais não eram mais critérios úteis para distinguir o cinema autoral e o cinema pornográfico, e era preciso encontrar um novo instrumento que permitisse fazê-lo. Umberto Eco propôs um critério peculiar: filmes pornográficos eram cheios daquilo que ele chamou de *tempos mortos*, eventos verossímeis, consistentes com a narrativa, mas absolutamente irrelevantes para o filme e dispensáveis para o espectador imaginativo. Por exemplo, para que finalmente Gilberto aparecesse em relações explícitas com Gilberta (nomes que Eco dá aos personagens fictícios de um filme pornográfico em sua crônica), com uma performance que amedrontaria e estimularia ao mesmo tempo tanto a maratonistas quanto a contorcionistas, era preciso que ambos se encontrassem, por acaso ou de propósito, no *lobby* do hotel. Ambos deveriam ir até o balcão da recepção e preencher a ficha de registro, realizando o *check-in*. A câmera captaria por alguns minutos a ficha sendo preenchida, em todos seus detalhes, e depois ambos entrariam no elevador. Antes de chegarem

ao décimo primeiro andar, onde aconteceria a cena que realmente interessaria ao tipo de espectador que procura por esse tipo de filme, a câmera enquadraria o marcador dos andares, e veríamos lentamente os números se sucedendo. Esses *tempos mortos* seriam necessários em um filme pornográfico porque a transgressão precisa de um pano de fundo de normalidade para ser suportável. Como diz Eco,

representar a normalidade é das coisas mais difíceis para qualquer artista – enquanto representar o desvio, o delito, o estupro, a tortura, é fácil. (...) O filme pornográfico precisa representar a normalidade – essencial para que a transgressão possa despertar algum interesse – do modo como ela é concebida por cada espectador. E, portanto, se Gilberto precisa tomar o ônibus e se deslocar do ponto A para o ponto B, veremos Gilberto tomando o ônibus e o ônibus percorrendo todo o trajeto entre A e B. (Eco, 1993, p. 178)

Se a transgressão fosse explicitamente onipresente em toda a narrativa, ela cairia em uma indiferença e em uma indistinção ao modo de *Funes, o memorioso*, e deixaria de ser capaz de cumprir sua função de induzir à excitação e, eventualmente, à tentativa, sempre frustrante, de repetir o desempenho daqueles atores. Como diz Eco, os espectadores “prefeririam que o filme mostrasse cenas inomináveis o tempo todo. Mas isto não passa de uma ilusão. Seriam incapazes de aguentar uma hora e meia de cenas inomináveis. E é por isso que os tempos mortos são essenciais” nesses filmes (1993, p. 179)

O conceito de tempos mortos está ligado à navalha de Ockham, não para afirma-la, mas para subvertê-la. Guilherme de Ockham, um filósofo franciscano do século XIV, pensava que não devemos multiplicar os entes de modo desnecessário para explicá-los (Adams, 1995, p. 633), e esse princípio metafísico é geralmente interpretado da seguinte forma: quando há duas explicações para um fato, é provável que a correta seja a mais simples delas (algo que a língua inglesa veio a designar como a *elegância* de uma teoria). Em termos muito práticos, isso significa que a mentira é uma história geralmente muito mais complexa do que a realidade⁴.

⁴ Há um episódio do sitcom *Big Bang Theory* chamado *The Loobenfeld Decay* (temporada 1, episódio 10) que ilustra bem isso. Nele, Leonard Hofstadter e Sheldon Cooper (dois cientistas da universidade californiana Caltech) se encontram com sua vizinha Penny (de quem, no entanto, nunca saberemos o sobrenome, o que indica, por si só, não se tratar de uma série pornográfica). Penny (uma jovem de Nebraska que vive na Califórnia em busca de sucesso como atriz) convida-os para assisti-la naquela noite, em sua primeira oportunidade de representar (uma substituição no musical *Cats*). Leonard e Sheldon, no entanto, temem que Penny seja uma má atriz (ou que o musical não seja bom), e Leonard conta uma mentira para não aceitarem o convite: eles assistiriam a um simpósio de Física Quântica aquela noite. No dia seguinte, Sheldon bate à porta de Penny e diz que eles mentiram (parecia-lhe muito fácil que a mentira contada por Leonard fosse descoberta por Penny: bastaria que ela descobrisse a senha

Quando combinamos Eco e Ockham, podemos desenvolver uma técnica para distinguir a realidade de *Fake News*, que é a versão contemporânea da Memória delirante. Se comparada à realidade, as *Fake News* tendem a desenvolver histórias muito mais elaboradas, hiper-realistas, ricas em detalhes irrelevantes para a própria história, cuja presença permite distingui-las da própria realidade. Penso aqui nos médicos dos vídeos anti-vacina, que são sempre da NASA (como se a NASA estivesse preocupada com vacinas, quando na verdade está preocupada com um modo de se apropriar, se não do espaço sideral, pelo menos dos frutos economicamente perceptíveis de sua exploração), ou na estratégia usada para desacreditar um dos candidatos da esquerda à presidência em 2018, atribuindo-lhe a distribuição de mamadeiras fállicas⁵.

É preciso entender aqui o papel da *coerência* na formulação de *Fake News*. Durante muito tempo, o conceito de verdade assentava-se em uma teoria chamada de *fundacionalista*. No Teeteto (201c), Platão definiu o conhecimento como sendo uma “opinião verdadeira acompanhada de uma explicação racional” (Platão, 1988, p. 85), ou seja, uma crença verdadeira e justificada. Para o fundacionalismo, tanto a *verdade* do conhecimento se define como uma correspondência entre a expressão racional de algo e o mundo real quanto a *justificação* se define pela qualidade real de algo (como as ideias, de Platão, ou o Cogito e Deus, de Descartes), externa ao próprio discurso, e que representa seu fundamento. Desde a revolução empreendida por Wittgenstein (2014), no entanto, é pouco crível tanto que o mundo possa ser conhecido em sua totalidade por meio da linguagem quanto que haja um acesso não-linguístico a essa realidade. Por isso, a Teoria do Conhecimento do século XX tem proposto outra abordagem, chamada de *coerentismo*, para a qual “é a coerência global de um sistema de crenças que determina se uma crença em particular é justificada” (O’BRIEN, 2006, p. 78). Para que um sistema seja coerente, três condições devem ser preenchidas:

para acessar o email deles e entrasse na programação dos seminários daquela semana para verificar que era tudo mentira). No lugar da primeira mentira, Sheldon conta uma segunda mentira: na verdade Leonard foi ajuda-lo a resgatar um primo drogado. Para que essa mentira fosse uma irrevelável (*unreveling*), Sheldon contrata um ator para viver o papel de seu primo e o aloja em seu próprio apartamento: A mentira torna-se cada vez mais complexa, uma armadilha na qual o próprio Sheldon se prende.

⁵ Um excelente exemplo é apresentado no canal *Porta dos Fundos*, em que a personagem *Dona Helena* “desmascara” as mentiras que eles querem esconder de nós (mas eles são quem, mesmo?). O melhor episódio é, provavelmente, aquele em que ela desvenda o código por trás do nome da doença atribuído à pandemia de 2020/2021 (Covid-19): https://www.youtube.com/watch?v=CPd_wKsipYc (acesso em 11 de novembro de 2021).

1. Em primeiro lugar, as proposições de um sistema de crenças não podem ser contraditórias (O`BRIEN, 2006, p. 78), o que significa, por exemplo, que não podem afirmar que João seja culpado e que João seja inocente ao mesmo tempo;
2. Em segundo lugar, “um sistema coerente de crenças possui um número mínimo de casos em que a verdade de uma crença em particular torne improvável que outra de suas crenças seja verdadeira” (O`BRIEN, 2006, p. 78). Por exemplo, se digo que “João matou Maria com um tiro” e que “João nunca possuiu uma arma de fogo”, as duas proposições não são coerentes, ainda que não sejam opostas logicamente.
3. Em terceiro lugar, um sistema de crenças, para ser coerente, requer mais do que a simples consistência das proposições: exige que elas conectem-se e apoiem-se umas nas outras. Por exemplo: as proposições Azul é minha cor predileta, Bill Clinton foi presidente dos Estados Unidos e Amanhã vai ser quinta-feira, apesar de consistentes, não são propriamente coerentes, pois não integram o mesmo sistema de proposições.

É uma falha paradoxal no terceiro requisito, gerada pela produção artificial de excesso de detalhes irrelevantes (que acabam sendo, em primeiro momento, desconexos e, em um segundo momento, contraditórios, usados como suporte de autoridade para aquilo que é falso) que impede as Fake News de serem coerentes. Em outros termos, é o excesso de tempos mortos, como diria Umberto Eco, ou a presença desnecessária de distinções que multiplicam os entes, como decorreria do pensamento de Ockham, que tornam muito provável que, quando tomadas em conjunto, as proposições que formam as *Fake News* sejam coerentes o suficiente para cumprir o critério necessário para se dizer que uma teoria seja verdadeira. Quanto mais detalhes, sem os quais paradoxalmente faltaria autoridade às *Fakes News*, mais se produz incoerência ao discurso.

3 MEMÓRIA E FUTURO

Um sistema informacional que opere com muitas variáveis não é eficiente e está submetido a erros constantes (Maturana; Varella, 1995), dificilmente atingindo o nível de coerência necessário para ser qualificado como verdadeiro. Algum esquecimento mantém o sistema operante, e esse pressuposto é consistente com a teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn (e, em especial, como o conceito de *ciência normal* – 1994). Esse esquecimento, necessário para o funcionamento de um sistema, pode ser acusado de hipocrisia e mesmo de

cinismo, mas podemos contornar esse problema se imaginarmos que o esquecimento de um elemento do sistema não implica sua eliminação, mas suas recepção dentro de outro sistema. Diferentes sistemas podem ser incompatíveis entre si, mas ainda assim prover uma explicação coerente da realidade. Essa ideia se relaciona ao conceito da mecânica quântica de *complementariedade*, desenvolvido por Niels Bohr: “duas descrições incompatíveis e mutuamente excludentes para descrever entidades elementares, tais como ondas e partículas, podem ser igualmente válidas e necessárias para uma avaliação completa, ainda que não possam ser combinadas em um mesmo quadro” (Blasi; Holzhey, 2014, p. 80).

No entanto, mais difícil do que responder à pergunta sobre a (in)coerência das *Fake News* que permite reconhece-las, produzida por seu excesso de detalhes e de tempos mortos, é determinar o que precisa ser esquecido e o que precisa ser lembrado para que a Memória possa cumprir bem sua função. Precisamos de uma teoria que distinga o que é relevante do que não o é para podermos selecionar, dentre a pleora de informações, aquelas que vale à pena ser lembradas. Há duas maneiras de operar essa distinção: retrospectivamente e prospectivamente. A técnica retrospectiva é *aparentemente* a técnica de Riobaldo, que afirma no *Grande Sertão, Veredas*:

Eu atravesso as coisas – e no meio da travessia não vejo! - só estava era entretido na ideia dos lugares de saída e de chegada. Assaz o senhor sabe: a gente quer passar um rio a nado e passa; mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais em baixo, bem diverso do que primeiro se pensou. Viver nem não é muito perigoso? (Rosa, 2006, p. 30).

A mensagem de Riobaldo parece ser que somos cegos no meio da travessia do rio da vida, e que o sentido da realidade (e o destino) só pode ser conhecido depois que se chega lá, mas esse é um engano que Guimarães Rosa produz no leitor desatento para tentar se redimir. Riobaldo sabe que a escolha do que é relevante deve ser feita no início da jornada, traçando um mapa para o desejo, e não depois que se percorreu o caminho. Riobaldo, agora velho, recorre a uma estratégia retrospectiva porque perdeu a chance de fazê-lo prospectivamente no momento oportuno. Podemos perceber esse subterfúgio para salvar o sentido da existência no romance de Guimarães. Riobaldo afirma: “Um está sempre no escuro, só no último derradeiro é que clareiam a sala”, parecendo dizer que só retrospectivamente os eventos da vida, e a própria vida, ganham sentido. No entanto, ele completa: “Digo: o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia” (Rosa, 2006, p. 67). É preciso manter os olhos abertos durante a travessia para distinguir o que é o real. A dimensão trágica da vida consiste exatamente nisto: que “o que induz a gente para as más ações estranhas, é que a gente está

pertinho do que é nosso por direito, e não sabe, não sabe, não sabe!” (Rosa, 2006, p. 96). A estratégia de Riobaldo jovem não foi uma boa estratégia, porque permitiu que apenas a boa ou má fortuna fizessem a vida florescer. A vida que se guia assim, na base do “vamos ver aonde vai dar”, só pode terminar frustrada, por ter tomado um caminho distinto daquele que se *deveria* ter tomado: ela não permite fazer escolhas, mas é arrastada pelas escolhas realizadas pelos outros.

Há, no entanto, uma outra forma de distinguirmos a realidade daquilo que nos distrai da realidade, e é Santo Agostinho que a apresenta no livro X de suas *Confissões* (X; XIV, 21). O órgão do corpo que se assemelha à Memória é o estômago (Agostinho, 2017, p. 265). O estômago discrimina entre o alimento bom e o nocivo, e o faz prospectivamente, não visando a condição passada do corpo, mas seu bem-estar futuro. Há alimentos que impedem a homeostase do corpo, e por isso produzem sua morte, como venenos e produtos contaminados, que introduzem no corpo um elemento que o desintegra. O estômago vomita aquilo que prejudicará o corpo, e a Memória deve fazer o mesmo com os eventos da realidade, discriminando aquilo que produz a vida e aquilo que lhe é nocivo. Há muito que deve ser esquecido para se seguir em frente (não no sentido do apagamento da Memória, que seria impossível, mas de sua resignificação), e a neurociência afirma que o cérebro sabe prospectivamente do que irá se lembrar e do que irá se esquecer⁶ no momento mesmo em que as Memórias estão sendo produzidas: é um projeto da mente que estrutura essa seleção (Dehaene, 2020, p. 180). Ainda que o esquecimento como mero apagamento não seja possível para o aparelho psíquico, ele é, também para Freud, o instrumento pelo qual a civilização se impõe à barbárie, criando a lei, oposta à violência (Freud, 2010), entendida não apenas como força física, mera coerção, mas como a violação da lei e o gozo perverso que decorre dessa violação (Costa, 1984).

A seleção do que importa e do que não importa para a Memória é produto da distinção entre o que gera e o que impede o florescimento da própria vida: é um mapa ou roteiro para o desejo, mas também para sua contenção, mapa que inclui excluir caminhos, cidades, paisagens.

⁶ Sabemos disso porque ressonâncias magnéticas do cérebro revelam que as Memórias que irão se formar como Memórias de longa duração, que serão lembradas posteriormente, são processadas em regiões distintas do cérebro daquelas que são meramente operativas, e que serão esquecidas. No momento em que vive aquilo que será convertido em Memória, o cérebro distingue o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido. O problema de *Funes* é exatamente a indistinção entre as Memórias de longa duração e as meramente operativas. Por outro lado, a distinção entre Memória de longa duração e Memória meramente operativa pode ser um bom critério para se distinguir os limites do perdão e da tolerância, mas esse é um tema derivado que é preciso momentaneamente deixar de lado.

A Memória inclui o esquecimento, que é então um *pharmakon*, estranha palavra grega que significa ao mesmo tempo remédio e veneno, que pode curar ou matar. Por isso lembrar e esquecer não são em si mesmos bons ou ruins: depende do que se lembra e do que se esquece.

Há algum critério que determine o que devemos lembrar e o que devemos esquecer? É Padre Vieira quem responde a essa pergunta. No [Primeiro] Sermão da Terceira Domingo do Advento, ele diz:

os antigos, quando queriam prognosticar o futuro, sacrificavam os animais, consultavam-lhes as entranhas, e conforme o que viam nelas, assim prognosticavam. Não consultavam a cabeça, que é o assento do entendimento, senão as entranhas, que é o lugar do amor; porque não prognostica melhor quem melhor entende, senão quem mais ama. E este costume era geral em toda a Europa antes da vinda de Cristo, e os Portugueses tinham uma grande singularidade nele entre outros gentios. Os outros consultavam as entranhas dos animais, os Portugueses consultavam as entranhas dos homens (...). Era costume dos antigos portugueses (diz Estrabão) consultar as entranhas dos homens que sacrificavam, e delas conjecturar e adivinhar os futuros. A superstição era falsa, mas a alegoria era muito verdadeira. Não há lume de profecia mais certo no mundo, do que consultar as entranhas dos homens. E de que homens? De todos? Não. Dos sacrificados. As entranhas dos sacrificados eram as que consultavam os antigos (...) Se quereis profetizar o futuro, consultai as entranhas dos homens sacrificados” (vol. I, p. 209).

A Memória é uma escolha política sobre o futuro, e sua tarefa consiste em operar distinções (entre o real e o apenas imaginado, mas também entre o que devemos lembrar e o que devemos esquecer, não no sentido de apagar, o que seria impossível, mas no sentido de ressignificar os fatos, em si mesmos dispersos e episódicos, mas unidos pela linha temporal da Memória). Como disse Garcia-Roza, é graças ao esquecimento do tempo atual que temos acesso ao tempo eterno (Garcia-Roza, 1990).

No entanto, é preciso lembrar a pergunta para que qualquer resposta faça sentido⁷, mas respostas erradas no meio do caminho devem ser esquecidas. E a pergunta essencial de qualquer sociedade deve ser: o que é uma sociedade justa? (Rawls, 2016). O desvio do caminho empreendido pelos brasileiros nos últimos anos precisa ser esquecido para podermos nos lembrar do rumo certo a trilhar, e isso precisa ser feito porque há sacrificados na história cujas vidas devem orientar o futuro que escolhemos, um futuro mais justo, em que a liberdade e a

⁷ Na obra *O Guia do Mochileiro das Galáxias*, Douglas Adams narra que, por milhares de anos, o computador *Pensador Profundo* calculou a resposta para a pergunta sobre o sentido da vida, “a grande questão da vida, do universo e de tudo o mais” (Adams, 2010, p. 131). Quando despertou, o computador respondeu a pergunta com um número: 42. O problema é que os cientistas haviam esquecido qual era exatamente a pergunta que fizeram, e o computador acrescentou: “quando vocês souberem qual é exatamente a pergunta, vocês saberão o que significa a resposta” (Adams, 2010, p. 133).

igualdade possam ser reais. Ter isso em mente é a única vacina à nossa disposição para impedirmos o avanço da barbárie.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Douglas. *O Guia do Mochileiro das Galáxias* (Volume um da Trilogia de Cinco). São Paulo: Arqueiro, 2010.

ADAMS, Marilyn MacCord. Ockham's Razor, or Principle of Parsimony. In: HONDERICH, Ted. *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University, 1995. P. 633.

AGOSTINHO (Santo). *As Confissões*. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2017.

BLASI, Luca di; HOLZHEY, Christoph. Epilogue. In: BROWN, Wendy; FORST, Rainer. *The Power of Tolerance: A Debate*. New York: Columbia University, 2014. P. 71-101.

BORGES, Jorge Luis. Ficções. In: _____. *Obra completa*, Vol. I. São Paulo: Globo, 2000. P. 471 a 592.

BUTLER, Judith. *Discurso de Ódio: Uma política do performativo*. São Paulo: Unesp, 2021.

COSTA, Jurandir Freire. *Violência e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

DEHAENE, Stanislas. *How We Learn*. New York: Viking, 2020.

ECO, Umberto. Como identificar um filme pornô. In: _____. *O segundo diário mínimo*. Rio de Janeiro: Record, 1993. P. 177 a 179.

FREUD, Sigmund. *Conferências introdutórias à psicanálise*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. (Obras Completas, vol. 13)

FREUD, Sigmund. O Mal Estar na Civilização. In: _____. *O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos (1930-1936)*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. P. 13 a 122. (Obras completas, vol. 18).

FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. In: _____. *Três ensaios sobre a Teoria da Sexualidade, Análise fragmentária de um caso de histeria ("O caso Dora") e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. P. 13-172 (Obras completas, vol. 6)

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade: Na Filosofia e na Psicanálise*. 5 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

GENTILE, Jill. *Feminine Law: Freud, Free Speech and the Voice of Desire*. London: Karnac, 2016.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. Campinas: Psi II, 1995.

O'BRIEN, Dan. *An Introduction to the Theory of Knowledge*. Malden: Polity, 2006.

PLATÃO. Fedro. In: *Fedro – Cartas – O primeiro Alcebiades*. Belém: Universidade Federal do Pará, 1975. P. 31 a 99. (Diálogos, V).

PLATÃO. Teeteto. In: *Teeteto e Crátilo*. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988. P. 1 a 100. (Diálogos, IX).

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

ROVELLI, Carlo. *A ordem do tempo*. São Paulo: Objetiva, 2018.

VIEIRA, Antônio (Pe.). [Primeiro] Sermão da terceira Domingo do Advento. In: _____. *Sermões*. Porto: Lello, 1959. Vol. I, p. 187 a 216.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2014.

Submissão: 12/11/2021 Aprovação: 08/02/2022

“RECORDAR (NÃO) É VIVER”: a tensão entre memória e aceleração na formação da subjetividade jurídica neoliberal

“REMEMBERING IS (NOT) LIVING”: the tension between memory and acceleration in the formation of neoliberal legal subjectivity

José Luiz Quadros de Magalhães¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Henrique Weil Afonso²

Faculdade Damas

Resumo

O problema que orienta essa pesquisa é o seguinte: como a tensão entre a memória e a aceleração do tempo social impacta a formação do sujeito de direito no contexto neoliberal? Partindo de estudo de natureza teórica e conceitual, amparada em análise documental e pesquisa bibliográfica, a pesquisa sustenta a hipótese de que a formação de uma subjetividade jurídica neoliberal pode ser evidenciada a partir de uma crise do tempo histórico. Esta se apresenta desde o prisma de uma teoria crítica da aceleração social, proposta por Hartmut Rosa, e estabelece uma forma específica de sujeito de direito que se molda em torno de imperativos próprios do neoliberalismo. Após mapear os contornos da tensão aludida, procede-se ao exame dos elementos constitutivos da legalidade neoliberal para, finalmente, propor-se uma descrição da subjetividade jurídica neoliberal.

Palavras-chave:

Aceleração Social; Memória; Sujeito de Direito.

Abstract

The problem that directs this investigation is the following: how does the tension between memory and the acceleration of social time impact upon the formation of the legal subject in the neoliberal context? Grounded on a theoretical and conceptual study, and supported by documental and bibliographical analysis, the research is structured around the hypothesis that the formation of the neoliberal legal subjectivity may be brought to the fore by a crisis of historical time. The latter presents itself through the prism of a critical theory of social acceleration, as put forth by Hartmut Rosa, and establishes a specific form of the legal subject that molds itself around neoliberal imperatives. The paper maps out the aforementioned tension and examines the constitutive elements of neoliberal legality. Finally, it concludes with a discussion of the neoliberal legal subjectivity.

Keywords:

Social Acceleration; Memory; Legal Subject.

1 INTRODUÇÃO

Em artigo publicado no *Jornal El Comercio* em outubro de 2007, o presidente peruano Alan García Pérez lançou mão da metáfora do “cachorro do jardineiro” (*el perro del hortelano*) - aquele cachorro que, não sendo vegetariano, *não come as verduras da horta de seu tutor mas não deixa que os outros animais as comam* - para descrever a síndrome incapacitante responsável pelo estado de pobreza e atraso do país.

¹ Doutor em Direito (UFMG). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas e Professor Associado da UFMG. Contato: jlqmagalhaes@gmail.com

² Doutor em Direito (PUC Minas). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Damas (FADIC, Recife). Contato: henriqueweil@faculdedamas.edu.br

Em pleno ciclo da alta das *commodities* no mercado global, no qual os vizinhos do continente vinham auferindo ganhos substanciais ao ampliar a escala de exploração de minérios, monoculturas e petróleo em seus territórios, Pérez atribuía à mentalidade do “cachorro do jardineiro” a culpa pelo fato de que “existem muitos recursos sem uso que não são transacionáveis, que não recebem investimento e que não geram trabalho.” O quadro geral desenhado pelo ex-presidente é este: “existem milhões de hectares de madeira que estão ociosas, outros milhões de hectares que as comunidades e associações não cultivaram ou cultivarão, ademais centenas de depósitos minerais que não se pode trabalhar e milhões de hectares de mar que nunca viram a maricultura nem a produção.”

Diante do que rotulou “demagogia” ou “engano” pelos quais “estas terras não podem ser tocadas porque são objetos sagrados e que essa organização comunal é a organização original do Peru”, a solução proposta seria “esta mesma terra vendida em grandes lotes traria tecnologia da qual se beneficiaria também o *comunero* [plebeu]”. Este deveria ser o impulso salvacionista do país, facultando a exploração das terras amazônicas (incluindo o petróleo) ou a utilização comercial do potencial hídrico dos Andes. Portanto, conclui Pérez, em face da enganosa filosofia do “cachorro do jardineiro”, a realidade nos diz que “devemos atribuir valor aos recursos que não utilizamos e trabalharmos com mais esforço”, pois “esta é a aposta do futuro, o único que nos fará progredir”.³

Em março de 2021, o Ministro da Economia do Brasil comunicou a intenção do governo de implementar o Bônus de Inclusão Produtiva (BIP). Medida de alívio endereçada aos milhões de indivíduos - em particular, trabalhadoras e trabalhadores informais - em situação de precariedade social e econômica agravada pela pandemia da COVID-19, o BIP seria concedido mediante o comprometimento dos eventuais beneficiários em participar de “cursos de qualificação profissional” a serem promovidos pela administração federal. Ademais, a proposta também estabelece a associação do benefício à Carteira Verde e Amarela, programa que “reduz encargos trabalhistas a fim de estimular a formalização de pessoas de baixa renda” e que à época estava em vias de ser relançado.⁴

Além do referido *quid pro quo*, o custeio do BIP estaria condicionado à aprovação de Emenda Constitucional destinada a disciplinar o equilíbrio fiscal em tempos de crise. O plano de fundo da proposta é composto por uma agenda de privatização de empresas públicas com o

³ Para as referências destes parágrafos, ver <https://elcomercio.pe/bicentenario/2007-1-el-sindrome-del-perro-del-hortelano-1-bicentenario-noticia/>, acesso em 07 de julho de 2021.

⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/02/governo-quer-auxilio-rebatizado-com-3-parcelas-de-r-200-e-exigencia-de-curso.shtml/>, acesso em 04 de abril de 2021.

alegado propósito de custear programas como o BIP ou a prorrogação do auxílio emergencial - implementado em abril de 2020, por iniciativa do Congresso Nacional, contemplando 67 milhões de cidadãos e cidadãs. Ao final, a proposta do BIP foi retirada.

Há, nas falas do ex-chefe de Estado peruano e do atual Ministro da Economia brasileiro, elementos discursivos de ampla reverberação prática. No primeiro exemplo, a associação feita entre os modos de vida dos povos originários com a condição de atraso econômico e os obstáculos que estes mesmos modos apresentam para o futuro do país são exemplificativos da reconfiguração sócio-econômica das sociedades capitalistas sob o neoliberalismo. A consideração essencial sobre uma *sociedade neoliberal* é que nesta, amparados em Dardot e Laval, o “[...] neoliberalismo é precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade” (2016, p. 34).

No segundo exemplo, a proposição de uma política pública - que usualmente é concebida em termos de sua indissociação do comando Constitucional de efetivação de direitos fundamentais - terá, na versão do Min. Guedes, sua concessão *condicionada* à submissão dos seus beneficiários aos programas de treinamento profissional providos pelo Estado. A interposição de uma *condicionalidade* deixa transparecer então o modelo da *forma jurídica* em que o neoliberalismo, a um só tempo, é viabilizado legalmente e reforça as condições de sua reprodução (BRABAZON, 2017b).

A razão da escolha destes dois episódios para a contextualização inicial do presente esforço de pesquisa pode ser assim explanada: *tanto o diagnóstico do problema* - o atraso econômico e social atribuído à mentalidade do “cachorro do jardineiro” - *quanto a alternativa de superação do mesmo* - a aplicação da cartilha neoliberal de comodificação de todos os aspectos da vida, e para a qual a forma jurídica é essencial - *podem ser compreendidos desde suas conexões com uma forma de subjetivação específica do neoliberalismo* (DARDOT e LAVAL, 2016; FRASER, 2016; HICANPIÉ e RESTREPO, 2012).

Está-se a afirmar que, ao lado do tipo específico de sociabilidade produzida pelo neoliberalismo, não se deve perder de vista o desenho de uma forma de subjetivação que se mostra indispensável ao triunfo daquela. Contudo, *para além de bem como sem desconsiderar a importância de investigar, por exemplo, os traços comportamentais e os meios de sofrimento psíquico* (SAFATLE, 2021) ou o arcabouço valorativo de certa *ética do trabalho*⁵ (ABÍLIO,

⁵ A denominada *uberização das relações trabalhistas* responde por uma das formas contemporâneas tanto de conformação dos sujeitos quanto de controle produtivo, aliando o emprego de tecnologias informacionais - as plataformas digitais - a um conjunto de proposições de uma ética do trabalho. Assim explica Ludmilla C. Abílio:

2020; SENNETT, 2009) relacionados ao neoliberalismo, pode-se indagar se este sujeito neoliberal encontraria equivalente em termos de uma *subjetividade jurídica neoliberal*.

Caso a resposta a esse questionamento seja afirmativa, e é o que se suspeita a partir dos exemplos citados bem como da proposta de pesquisa que se segue, abre-se uma via promissora de estudos cuja repercussão, acredita-se, seja intensa no campo jurídico. Propõe-se abordar o problema sugerido desde o prisma histórico-temporal pertinente à compreensão da memória e o problema de sua apreensão no marco da aceleração social (ROSA, 2019). Menos pelo anseio de desvelar os enigmas do contemporâneo, tão fugidivo quanto paradoxalmente previsível e relacionado com o tempo “[que] a este adere através de uma dissociação e um anacronismo” (AGAMBEN, 2009, p. 59), mas sobretudo porque, como tem sido anotado em destacados estudos na área (OST, 1999; KIRSTE, 2008; COSTA JR e CATTONI DE OLIVEIRA, 2021), dinâmicas destemporalizantes e aceleratórias tendem a desestabilizar, ou até a inviabilizar, a busca pela temporalidade própria do direito.

A primeira parte desta pesquisa se volta para o esclarecimento da problemática do tempo do direito, em particular o lugar da memória - que encerra seus próprios desafios - em face daquilo que Hartmut Rosa (2019) tem proposto como marco reflexivo de uma *teoria crítica da aceleração social*. Partindo da tensão entre memória e aceleração social, a sessão seguinte recupera os elementos formativos da subjetividade jurídica neoliberal (BRABAZON, 2017a; 2017b) com vistas a estabelecer os contornos daquilo que possivelmente representa uma transformação conteudística dos direitos fundamentais, sem perder de vista seus equivalentes em outras ordens jurídicas⁶: a instauração de um regime jurídico que atende às especificidades do sujeito de direito neoliberal em um ambiente de rejeição da dimensão memorial dos direitos e de ascensão de um imperativo de aceleração que toca não apenas a ideia de sujeitos, como também repercutirá nas capacidades coletivas de mobilização política e democrática.

“Envolta na produção discursiva do empreendedorismo, a uberização remete também aos modos de subjetivação relacionados às formas contemporâneas de gestão do trabalho e ao neoliberalismo [...], 1999), que nos demandam uma compreensão do engajamento, responsabilização e gestão da própria sobrevivência, praticados e experienciados pelos trabalhadores e trabalhadoras uberizados.” (2020, p. 113). Ver, também, Silva e Weil (2020, p. 110), para uma reflexão sobre os impactos da teoria da aceleração do tempo na compreensão da categoria trabalho: “O que se apresenta como desafio para a edificação de tempos duráveis que viabilizem a sincronia das temporalidades, por exemplo, da socialização familiar, do trabalho e do cuidado, pode ser traduzido como a capacidade de instituir no tecido social o tipo memória coletiva responsável pela coexistência entre indivíduos e grupos”.

⁶ Mantouvalou (2020) oferece as linhas gerais do esquema *welfare-to-work*, em implementação no direito inglês há quase três décadas, para estabelecer suas conexões com um quadro mais amplo de injustiça social. Constata Dean (2007) uma transformação nas fundações dos Estado de Bem Estar “maduros” do Norte Global em que “a proteção social de trabalhadores nas nações ricas depende cada vez mais dos desdobramentos da competição internacional por investimentos de capital e, deste modo, até onde a participação do mercado de trabalho doméstico pode ser promovido, os custos do trabalho limitados, e a produtividade do trabalho maximizada.” (2007, p. 574)

2 HÁ LUGAR PARA A MEMÓRIA EM UMA SOCIEDADE EM CONSTANTE ACELERAÇÃO?

Na edição de 2012 de uma de suas obras de referência, Antonio M. Hespanha, ao indagar sobre o papel da história do direito na formação dos juristas, afirma que a disciplina tem por missão “*problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é *o racional, o necessário, o definitivo*” (2012, p. 13, destaque no original). Afinal, pontua o autor, o direito é um discurso “legitimador”, como demonstra a insistência de certa categoria do discurso jurídico de se insular em espaços imunes à apreciação crítica e democrática. Uma das formas de manifestação desse isolamento é a busca por falsas continuidades na história do direito, que equiparia a seara jurídica com aquela aura de *naturalidade* que se prestaria a elevar a história acima da política.

No mesmo diapasão, a ideia de *progresso histórico* tem servido de anteparo a toda sorte de reformas modernizadoras. Se, em tal noção, a métrica moderna do tempo histórico consolida o *prognóstico* como o “momento consciente da ação política” (KOSELLECK, 2006, p. 32), há também um sentido de ineditismo que se adere ao “horizonte de expectativas” de modo a imprimir certa previsibilidade futuro a partir do “espaço de experiências” do tempo presente. Contudo, como adverte Hespanha, o progresso - e, portanto, uma história progressista do direito - porta o risco da *sacralização* do presente, “*glorificado* como meta, como o único horizonte possível da evolução humana” (2012, p. 20, destaque no original).

Afirma-se que o desafio da história do direito passa por resistir aos apelos de sua *naturalização* bem como oferecer compreensões do fenômeno jurídico que ampliem a estreiteza dos cânones progressistas. No cruzamento de múltiplas apreensões da realidade histórica, destacamos a problemática da temporalidade⁷ para a ordem normativa, em especial por sua relação com o moderno paradigma da duração e transformação a moldar o vocabulário do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX, assimilando a tarefa de

⁷ A título de referência, na historiografia dos séculos XIX e XX, a problemática do tempo recebeu contribuições significativas das ciências sociais. A questão, distante de ser exclusiva do campo de historiadores, repercute na trajetória de campos como a antropologia e a psicologia. No primeiro caso, não se pode deixar de destacar as teorizações de um tempo social plural em Braudel - e sua *longue durée* - bem como as contribuições de Lévy-Strauss para a compreensão da dimensão cultural nos domínios da antropologia. Tem-se nos citados autores exemplos de uma fecunda intersecção de conhecimentos que oportunizam a renovação da percepção mesma do tempo social para além da homogeneidade linear-temporal moderna (HARTOG, 2015). Também para Koselleck (2006) a relação entre “espaço de experiência” e “horizonte de expectativa” é derivada de “[...] um dado antropológico prévio, sem o qual a história não seria possível, ou não poderia sequer ser imaginada” (2006, p. 308).

proporcionar esquemas normativos a um só tempo duráveis e permeáveis diante das pressões de ordem social, cultural, política e econômica.

A relação entre tempo e direito torna-se fundamental para a apreensão de um tipo particular de tensão que ganha cada vez mais ímpeto: *a conformação de uma temporalidade própria do direito, suficientemente estável - pois se refere a uma memória institucionalizada e, quando necessário, a um desligar-se do passado - mas que não acarreta fechamentos aos impasses de uma realidade complexa e que mantenha a capacidade de realizar os acordos firmados na condição de promessas* (OST, 1999), *seria, em medida cada vez menos negligenciável, impedida pela prevalência de dinâmicas aceleratórias⁸ próprias da modernidade* (ROSA, 2019), *mas que se prestam a operar indistintamente no diapasão do tempo dos mercados*.

Cabe situar em parte os debates teóricos sobre a memória para apreender o seu sentido para a pesquisa em curso. Pois a função mnemônica do direito tem sido elaborada para captar sua especificidade enquanto integrante de um tempo próprio do direito. Afinal, o ato de lembrar ou de esquecer é relativo a uma decisão que, no campo jurídico, é mediada pela lei. Por certo, está-se a elaborar elementos da *memória social* em sua interação com os atos que, mediados pela lei, irão selecionar o material relevante para a continuidade da ordem jurídica. As ordens jurídicas modernas têm por mote a continuidade dos esquemas normativos, que desde o século XVIII são abrangidos pela matriz constitucional. Assim:

Dentro do sistema jurídico, a presença do passado depende de uma seleção. A normatividade da lei significa essa vinculação do futuro com base em um passado selecionado. A lei decompõe o passado, confere e avalia sua relevância e a necessidade de mantê-lo. Isso pode servir a demandas para proteger confiança ou à necessidade de construir arranjos temporais para suavizar as consequências das mudanças na lei (KIRSTE, 2008, p. 139).

O direito cumpre uma função instituidora quando realiza a intermediação do ingresso da memória social em seus quadrantes (OST, 1999). Todavia, têm-se apontado fatores que operam como verdadeiros *gatekeepers* nesta tarefa, como a persistência dos cânones positivistas da história do direito - se prestando à produção da memória *oficial* estatal (FONSECA, 2009) -

⁸ A perspectiva de Hartmut Rosa (2019) sobre a aceleração moderna encerra importantes desdobramentos para a presente pesquisa. Note-se, porém, que a temática da aceleração tem sido objeto de análise por parte da historiografia, como em Koselleck (2006, p. 37): “O tempo que assim se acelera a si mesmo rouba ao presente a possibilidade de se experimentar como presente, perdendo-se em um futuro no qual o presente, tornado impossível de se vivenciar, tem que ser recuperado por meio da filosofia da história. Em outras palavras, a aceleração do tempo, antes uma categoria escatológica, torna-se, no século XVIII, uma tarefa do planejamento temporal, antes ainda que a técnica assegurasse à aceleração um campo de experiência que lhe fosse totalmente adequado.”

, a influência que as relações de poder - ou a dimensão de poder do saber histórico - exercem no tocante à legitimidade de indivíduos ou coletividades para figurar enquanto *sujeito(s) da história* (TROUILLOT, 1995) e as dissonantes vozes que, ao compor a rica diversidade de saberes que o pensamento pós-colonial procura ressignificar em face da trajetória de ocultamento levada a cabo pela modernidade (RUFER, 2010).

Sem prejuízo de outras importantes contribuições, as referidas críticas são suficientes para situar algumas das dificuldades de se lidar com o passado, bem como compreender a centralidade da ordem jurídica neste percurso, seja como reparador de injustiças históricas, seja como reproduzidor de processos históricos que acarretam continuidades de violação de direitos, cujo exemplo mais relevante tem sido a justiça de transição.

A historiografia crítica permite situar a capacidade de produção de um tempo jurídico durável a partir, em primeiro lugar, do reconhecimento da memória e, em segundo lugar, da necessária abertura à factualidade que desenha “horizontes de expectativa” em fértil interação com os “espaços de experiência”, pois “[...] passado e futuro jamais chegam a coincidir, assim como uma expectativa jamais pode ser deduzida totalmente da experiência” (KOSELLECK, 2006, p. 310). A adequação destas categorias para a compreensão do tempo histórico é percebida quando “[...] entrelaçam passado e futuro [...] [e] dirigem as ações concretas no movimento social e político” (KOSELLECK, 2006, p. 308).

Os pontos suscitados, em conjunto, compõem um panorama da imprescindibilidade de uma temporalidade própria do direito, bem como as dificuldades associadas a esta tarefa. A seguir, é oportuno proceder à demarcação da tese de Hartmut Rosa (2019) sobre a *aceleração do tempo* e seu possível efeito desestabilizador das condições através das quais os sistemas jurídicos pretendem realizar a tarefa de conciliar as referidas temporalidades. Portanto, diante dos inquietantes desdobramentos da aniquilação das distâncias e compressão do espaço (SCHEUERMAN, 2001), indaga-se sobre possíveis convergências entre a aceleração temporal e a lógica dos mercados no neoliberalismo no sentido da produção de um modelo de subjetividade jurídica avessa à institucionalização da memória social.

Para Rosa, a virada do século XX para o século XXI despertou uma transformação na estrutura temporal nas sociedades.⁹ Como nossa forma de estar no mundo depende em larga

⁹ Hartmut Rosa considera que a temática da aceleração orienta a reflexão da sociologia clássica, porém não ao ponto de operar como uma força com contornos próprios. Os clássicos - Marx, Weber, Durkheim - oferecem um panorama do processo aceleratório moderno, isto é, são tentativas de “situar a experiência cultural fundamental da Modernidade, aqui descrita, em termos transformativos estruturais de *modernização*” (ROSA, 2019, p. 94, destaque no original). Sumarizando o percurso dos clássicos, para Rosa “suas definições, ainda hoje tão influentes, da modernização como processo de individualização, de racionalização, de diferenciação e de crescente dominação da natureza, têm seu centro comum na experiência de uma enorme aceleração, mobilização e dinamização da vida

medida das estruturas do tempo da sociedade em que estamos inseridos, o autor procederá ao exame de elementos da vida humana e de suas instituições a fim de problematizar o impacto que a aceleração temporal exercerá nelas. Uma vez que a *aceleração técnica*, a *aceleração do ritmo de vida* e a *aceleração dos índices de mudança social e cultural* conduzem a uma *crise do tempo* “[...] que coloca em questão as tradicionais formas e possibilidades, individuais e coletivas, de capacidade organizativa” (ROSA, 2019, p. LX), relevante será a tarefa de examinar aspectos da tese de Rosa para o campo da história do direito.¹⁰

A aceleração técnica abrange o movimento mais rápido de pessoas, bens e informações, como também a “transformação mais ágil de matéria e energia” (ROSA, 2019, p. 144). No plano da aceleração dos índices de mudança social, a noção de *contração do presente* ajuda a compreender a experiência moderna de tempo pela crescente “velocidade de obsolescência” (ROSA, 2019, p. 151): o prazo de validade das experiências que orientam a ação é gradualmente encurtado - “passado e futuro têm que ser reescritos, nas mais diversas áreas sociais, em intervalos cada vez menores” (2019, p. 154). Já a aceleração do ritmo da vida é aferida num plano objetivo - redução do intervalo de tempo entre terminar uma atividade e iniciar outra, pela diminuição de pausar, pelo *multitasking* - e num plano subjetivo - “aumento do sentimento de carência do tempo, de pressão temporal, da estressante obrigação de aceleração, além do medo de ‘não conseguir acompanhar o ritmo’” (ROSA, 2019, p. 157).

Para o autor, “uma sociedade é moderna quando apenas consegue se estabilizar dinamicamente; quando é sistematicamente disposta ao crescimento, ao adensamento de inovações e à aceleração, como meio de manter e reproduzir sua estrutura” (ROSA, 2019, XI). A abrangência desta formulação decerto demandaria maior discussão da fenomenologia da aceleração social ou mesmo das forças motoras da aceleração, como faz o autor (ROSA, 2019). Sem prejuízo da importância de tais temáticas, uma vez realizada, ainda que sucintamente, a exposição das premissas gerais da teoria da aceleração social, compete dar seguimento ao exame de elementos de repercussão mais imediata para campo jurídico e para o entendimento da subjetividade a ele relacionada.

social; elas representam uma espécie de resposta e uma tentativa de explicação dessa experiência moderna fundamental” (2019, p. 110-111).

¹⁰ É imperativo destacar a relevância do estudo de Costa Jr e Cattoni de Oliveira (2020) para o presente trabalho. Nesta ocasião, a ameaça de destemporalização do constitucionalismo é ilustrada pela implementação do programa “Uma Ponte para o Futuro” (Emenda Constitucional n. 95). Os autores constatam uma demanda por aceleração do tempo para que um projeto específico de futuro possa ser mais rapidamente realizado. A complexidade do tempo histórico é então drasticamente reduzida, dando espaço a uma “nova consciência histórica [...] como pano de fundo da atual crise constitucional cujo passado é percebido como um espaço em que a experiência constitucional é encurtada e rechaçada e o futuro como horizonte desprovido de legado e de projeção, o que resulta um processo de aceleração social contra a Constituição” (2020, p. 230).

Portanto, em face das forças aceleratórias, a modernidade se caracteriza por sua aversão ao passado. Tanto o olhar voltado para o progresso no futuro quanto a ruptura com a tradição, potencializados pelas tecnologias de encurtamento do espaço-tempo e pelo motor cultural da aceleração, situam o passado nas searas do atraso. Uma dificuldade que este esquema apresenta aos sistemas jurídicos consiste na capacidade destes, usualmente empregando a linguagem do constitucionalismo, instituir duração a dinâmicas sociais, políticas e econômicas crescentemente pressionadas por forças aceleratórias.

Ernane Salles da Costa Jr e Marcelo Cattoni de Oliveira (2021), ao analisarem os impactos da Emenda Constitucional n. 95 desde o prisma da aceleração social, argumentam que iniciativas desconstitucionalizantes como a EC n. 95 ilustram como “a pressão pelo desenvolvimento econômico tende a se manter em detrimento dos direitos que amparam a integração social, o que leva ao declínio do horizonte normativo da Constituição” (2021, p. 223). “Trata-se de ajustar”, continuam os autores, “compromissos públicos duráveis - por meio da limitação de recursos para os direitos sociais - às pressões imediatistas do *mercado*” (2021, p. 223, destaque no original), o que acaba por deslocar a Constituição para faixas temporais contraditórias, isto é, em “horizontes temporais paradoxais”:

A Constituição, reiteramos, funciona numa temporalidade outra que a do mercado: sua concretização é tarefa presente e permanente de longa duração. Por outro lado, a lógica da Economia conecta crescimento com aceleração no sentido que a produção e a produtividade devem se desenvolver em tempos cada vez mais curtos: “tempo é dinheiro”, repetimos com Benjamin Franklin. [...] Como consequência, o horizonte temporal da Constituição precisa contrair continuamente com a primazia do prazo curto do mercado. Essas pressões temporais contraditórias impõem não só uma lógica situacionista, sem direção; também exige que a Constituição se acelere a tal ponto de modo a perder sua autonomia (COSTA JR e CATTONI OLIVEIRA, 2021, p. 224).

Para assumir a tarefa de instituir um tempo durável, como nos orienta Ost (1999), os sistemas jurídicos - e aqui enfatizamos as Constituições - precisam se diferenciar das pressões que sobre eles são exercidas, e que por vezes almejam substituí-lo ou modificá-lo ao ponto de torná-los irreconhecíveis. O que a pressão aceleratória faz aqui é desestabilizar o pressuposto da *ação política enquanto projeto*, isto é, sua função de direção do curso do desenvolvimento social. Sob esta luz, as forças democráticas que se encarregam de acomodar, no quadro institucional fornecido pelo projeto constitucional, as variadas percepções sobre o social, recebem o rótulo de lentas, arcaicas e ineficientes diante das demandas advindas de campos como a economia.

É interessante notar que a pressão aceleratória atua sobre o processo legislativo de modo a descaracterizá-lo. A tradição liberal, por exemplo, relaciona o grau de legitimidade das

normas produzidas pelos parlamentos ao tempo de maturação dos debates legislativos que conduziram a um ou outro desfecho. Em contraste, a forma de trabalho cadenciado do legislativo tem sido considerada inapta para os domínios do Executivo, seara da ação ágil e efetiva necessária ao enfrentamento da rapidez dos eventos do cotidiano, das crises e das urgências. O desenho institucional que provê sustentação a esta relação se materializa, como escreve William Scheuerman, “na separação entre o legislativo e o executivo que oferece em parte uma sensível incorporação institucional da divisão do trabalho (complementar) entre estes dois pré-requisitos fundamentais do bom governo” (2001, p. 51; ROSA, 2019).

A compressão do tempo e do espaço demanda um Poder Executivo equipado com o poder discricionário necessário para alterar, e até mesmo ignorar, leis que se tornam anacrônicas e irrelevantes diante do ritmo das sociedades contemporâneas. A articulação entre as demandas de um tempo em aceleração - particularmente no trato das urgências no plano econômico - e a constatação da ineficiência dos corpos legislativos contribui para o panorama de legitimação de práticas antidemocráticas que, em tempos recentes, visam equipar o Poder Executivo com quaisquer prerrogativas necessárias para fazer frente às crises que se apresentam. Nesse sentido, Scheuerman (2001) destaca as tendências de substituição de leis formais por decretos (executivos) e de se esvaziar o conteúdo material em favor de orientações procedimentais.

Outrossim, fenômenos como o *constitucionalismo abusivo*¹¹ e o *constitucionalismo austeritário*¹² também parecem exibir uma dimensão temporal, na medida que podem ser compreendidos como a expressão antidemocrática da rejeição do tempo das democracias que atende a um imperativo aceleratório alinhado às necessidades dos mercados. Traduzidos em termos de uma teoria da aceleração social, se “a política democrática corre o risco de dessincronizar-se em relação às inovações sociais e econômicas mais facilmente aceleráveis”

¹¹ A literatura voltada para o exame do colapso das democracias contemporâneas tem empregado termos como *constitucionalismo abusivo*, *erosão constitucional*, *colapso constitucional* ou *populismo constitucional* para descrever a gradual acomodação de práticas antidemocráticas, ou até mesmo de reformas desconstitucionalizantes, no esteio das Constituições em países como Hungria, Colômbia, EUA e Polônia. Por fugir do escopo imediato da presente pesquisa, remetemos ao importante estudo de Cláudio Pereira de Souza Neto (2020), que não somente oferece um panorama do estado da arte do tema, como aprofunda o exame a partir do caso brasileiro.

¹² Sobre o tema, ver Costa Jr e Cattoni Oliveira (2021). No mesmo sentido, José Adércio L. Sampaio (2020) examina o processo de “ressignificação constitucional” que vislumbra na vinculação de direitos fundamentais à justiça social “[...] uma espécie de conto de fada, se não se achar submetida às contingências dos recursos disponíveis, das diferenças de talentos e esforços individuais, e, especialmente, da capacidade de gestão pública e privada dessas contingências” (2020, p. 40). “Em sendo assim”, continua o autor, “‘Constituição social’ e ‘democrática’, paralisada pela suposta sobrecarga normativa e geradora de crises, estaria a dar lugar a uma ‘Constituição austeritária’, que se ateriasse não a projetos irrealizáveis de liberdade e igualdade, mas a buscas dos direitos possíveis, por meio de instituições técnicas que complementarizariam e até, em parte, substituíram os processos eleitorais e parlamentares” (2020, p. 40).

(ROSA, 2019, p. 511), perderá, então, “[...] sua função de *agente transformador*, assumindo o status de um jogador a mais, preponderantemente *reativo*” (ROSA, 2019, p. 531, destaque no original).

A evidência de que o projeto político da modernidade está condicionado a se realizar em limites temporais de adequação que situam, de um lado, as pressões aceleratórias técnicas, produtivas, culturais e sociais e, de outro, os arranjos institucionais encarregados de sua acomodação, também acarreta implicações à ideia de sujeito capaz de realizar tal projeto. A formatação da subjetividade na modernidade tardia, conforme a terminologia adotada por Rosa (2019), gradualmente se afasta das formas de individualização cuja perspectiva é de desenvolvimento de um projeto de vida no curso do tempo para uma definição de identidade destemporalizada, isto é, situacional.

3 MAPEANDO A LEGALIDADE NEOLIBERAL

A teoria crítica do direito tem empreendido significativos esforços na elucidação dos papéis que a ordem jurídica exerce no contexto do desenvolvimento dos imperativos capitalistas de produção e trocas (PACHUKANIS, 2017; MIÉVILLE, 2008). Para a identificação do direito com a *mercadoria* se faz necessário um *tipo de direito* - um que não mais fosse específico de um povo ou comunidade, mas que fosse geral e intercambiável. Uma concepção de direito geral e abstrato, isto é, desembaraçado da materialidade das relações de cada povo e comunidade, também demanda que o mesmo desembaraço valide a mediação das relações entre potenciais compradores e vendedores de propriedades - era fundamental que as partes de uma relação jurídica fossem iguais perante a lei (BRABAZON, 2017b).

É importante diferenciar a concepção de direito relacionado ao contexto liberal - demarcado entre o final do século XVIII e a década de 1930 no cenário Anglo-Europeu -, ao qual se associa uma forma de legalidade específica, daquela concepção de direito própria do contexto neoliberal, isto é, pensada em pequenos nichos econômicos na Europa (ordoliberalis) e nos Estados Unidos (em particular a Escola de Chicago). Apontar as diferenças entre as duas vertentes permitirá identificar a forma legal própria do neoliberalismo.

As referências ao liberalismo trazem à tona sobretudo a questão dos *limites do governo*. Esta questão permanece central, a despeito da necessidade dos esforços que as “[...] técnicas utilitaristas do governo liberal tentam orientar, estimular e combinar os interesses individuais para fazê-los servir ao bem comum” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 33), na medida em que a ideia de lei natural aplica-se também para a circunscrição e regulação das decisões políticas.

Sendo, outrossim, uma doutrina dos limites, a ela se adequa o que Honor Brabazon denominou “legalidade liberal”:

[...] um sistema de regras generalizadas que são interpretadas pela razão e aplicadas uniformemente para todos, seguindo procedimentos formais racionais de uma maneira desprovida de preocupações e resultados políticos, [perfazendo] alegações ambiciosas e descontextualizadas acerca da neutralidade, igualdade e racionalidade do direito (2017a, p. 2).

Sem dispensar a significância do exame das ordens jurídicas no contexto liberal¹³, passa-se ao estabelecimento de um parâmetro conceitual sobre a compreensão de neoliberalismo. Afinal, trata-se de conceito amplo, capaz de abrigar variadas acepções não somente no campo econômico, como também na seara dos estudos sociais e jurídicos, sem prejuízo de outros desenvolvimentos.

Nestes termos, amparados por Dardot e Laval (2016), por neoliberalismo entende-se uma racionalidade totalizante que não somente é destrutiva do aparato do *welfare state*, mas também, e principalmente, produtiva de formas particulares de sujeitos e de relações sociais.¹⁴ A lógica do neoliberalismo se sustenta em uma ideia de crescimento permanente e unidirecional, ou seja, em direção a um futuro que nunca chegará. Isto implica em movimento, transformação permanente em uma direção de forma cada vez mais veloz. Velocidade é violência. Pensem em uma mão que acarinha o rosto de uma pessoa, suave e delicadamente. Agora acelere cada vez mais o movimento da mão: violência.¹⁵ Na aceleração não há tempo para pensar, não há tempo para entender: velocidade gera superficialidade. A *sociedade do desenvolvimento* parte do pressuposto da “flecha do tempo”, o que sustenta a ideia de entropia, caos, desorganização crescente.

Neste ponto, então, nos perguntamos neste artigo: como o poder hegemônico, econômico, não democrático, atua para manipular as vontades, desejos e percepções, de

¹³ É possível afirmar, com razoável segurança, que é de Max Weber a mais difundida compreensão do direito racional, sua legitimidade e forma de Estado com ele associado, na condição de um dos elementos viabilizadores das condições específicas do campo econômico no capitalismo novecentista. Há, em Weber, um papel específico reservado ao direito para o desenvolvimento do capitalismo na Europa e, conseqüentemente, para a ascensão do sistema capitalista industrial moderno. Da mesma forma, a explicação de Weber se afasta daquilo que David Trubek (2007) denominou “determinismo marxista”, pois em Weber teriam sido fatores não econômicos - como as necessidades da profissão jurídica e de organização política -, aliados a alguns fatores econômicos - como as necessidades da burguesia -, importantes na formação das instituições de direito particulares à Europa.

¹⁴ Ao trabalharmos com o conceito a partir de Dardot e Laval (2016), não negligenciamos as importantes contribuições de Michel Foucault no *Nascimento da Biopolítica*. Trata-se, tão somente, de uma opção teórica, o que, não obstante, permite apreender os reflexos do pensamento foucaultiano na obra de Dardot e Laval. Em Foucault, o neoliberalismo é compreendido como uma razão governamental, ou seja, uma espécie de racionalidade que é empregada como estratégia de administração estatal. Ver Foucault (2008).

¹⁵ Recomendamos a leitura de Franco Berardi (2019).

maneira a impedir a democracia e fazer com que as instituições e mecanismos que deveriam servir à democracia sirvam para a manutenção de seus interesses de permanente crescimento e acumulação? Algumas palavras são importantes para entendermos *onde estamos*: crescimento, desenvolvimento, individualismo e competição são palavras ensinadas e cultuadas desde a escola infantil até a universidade. São palavras que estão na razão de ser das empresas e que atestam valores de base na escada do previsto sucesso e reconhecimento (status) social.

O culto ao desenvolvimento na modernidade está intimamente ligado à competição, à vitória, incentivada nas escolas que carimbam pessoas, desde muito cedo, como vitoriosas e derrotadas: o melhor aluno; a melhor nota; o melhor trabalho; o melhor desempenho; a melhor dissertação; a melhor tese, de criança até o fim da vida somos jogados em uma competição destruidora, esmagadora, gerando muito mais exclusão e individualismo, ganância e egoísmo.

No âmbito do aprendizado, por exemplo, o aluno é incentivado a vencer o *outro*. O colega é um competidor, um adversário, logo, o sentimento desenvolvido é de não cooperação, não solidariedade. Interessante como isto nos acompanha para o resto da vida. A informação e o conhecimento passam a ser, assim, um *trunfo* nas mãos de poucos. Quem detém informação, tem poder. Podemos ver as consequências disso por toda a sociedade. Pensemos na democracia representativa. A política democrática deveria ser o espaço do debate racional para possibilitar a construção dialogada da vida em sociedade com bem-estar e felicidade. Será?

Como funcionam os parlamentos Ocidentais, quase todos, formados por pessoas competitivas, apressadas, correndo em direção ao sucesso? Os parlamentares não escutam uns aos outros, e não poderia ser diferente. O parlamentar do partido “A” compete com os parlamentares de outros partidos. Ele precisa vencer, inicialmente esperando que seu argumento seja vitorioso em relação aos argumentos diferentes dos parlamentares de outros partidos, mas também ansiando pelo destaque entre os parlamentares do seu próprio partido.

É certo que nessa disputa seria uma grande derrota deixar-se convencer pelo *melhor* argumento do outro. Não há escuta aberta ao convencimento, ao aprendizado ou ao consenso. O que importa é a vitória nas eleições, a vitória de seus projetos: individualismo, competição, poder, sucesso. Essas pessoas apenas reproduzem o que aprenderam durante toda a sua vida.

Logo, o *argumento* deixa de ser necessário. Não será o melhor argumento o vitorioso e, para descobrir, isto basta observar o funcionamento dos parlamentos das chamadas democracias representativas pluripartidárias competitivas. Algumas são apenas bipartidárias de fato, como ocorre nos EUA e Reino Unido. Embora existam diversos partidos, dois partidos, muito semelhantes, se revezam no poder. A “democracia” passa então a ser um jogo acelerado de negociações que envolvem múltiplas *moedas de troca*, com cada vez menos espaço para a

construção de um projeto fruto do diálogo efetivo em busca de consensos que permitam que todos ganhem, e para isso todos abram mão de alguma coisa. Verifica-se, então, a dessincronização entre o tempo das Constituições e o tempo acelerado da competição política.

A velocidade que o desenvolvimento exige não permite o envolvimento com a vida, a percepção cuidadosa das complexidades cada vez maiores das engrenagens que construímos (FRASER, 2016). A busca da vitória não permite ceder, escutar, construir consensos. Ora, é óbvio que concordar com o adversário é uma *derrota* nesta sociedade da competição. Pois, a partir desse desenvolvimento referenciado, o que assistimos é que o jogo político, veloz, tem, é claro, uma comunicação rápida, superficial, e que, para ser eficiente, apela aos sentidos radicalizados, grosseiros, e não à sensibilidade. Não há tempo para a razão e para o sensível, delicado.

Para que a vida seja possível, para que a liberdade seja possível, para que a democracia exista, é necessário nos envolvermos. É preciso tempo.¹⁶ Mas o ritmo da sociedade hedonista, hiperativa e hiperconsumista não nos dá tempo, pois se ampara na dessincronização. A democracia que elege nomes por meio de marketing pesado e desinformação da massa também não muda este espectro. Precisamos de calma, de tempo, de mais acesso à educação, de conscientização expandida. Só o tempo permitirá a sensibilidade necessária para compreendermos *aonde* chegamos com toda essa pressa e *para onde* não podemos continuar caminhando.

Nesse sentido, conhecimento exige tempo. A compreensão de uma verdade, exige tempo. A mentira, em contraste, é rápida. Os sentimentos abruptos, apaixonados, impedem a sensibilidade, e “isso levaria à perda da capacidade de integração da própria vida de forma narrativa em um passado provedor de referências e em um futuro provedor de sentido, e da capacidade de se obter, assim, uma orientação duradoura [...]” (ROSA, 2019, p. 37)

A velocidade do desenvolvimento como compreendido na modernidade gerará, portanto, a superficialidade. O negacionismo é um produto desse movimento ou tendência mundial. Negar é algo muitas vezes imediatista. Apenas um *não* para o conhecimento parece bastar, mas o conhecimento se constrói ao longo do tempo – daí dizermos, sem dúvida, que o conhecimento científico é coeso. Estudar, pensar e amar exigem sensibilidade, o que exige,

¹⁶ Hartmut Rosa diagnostica uma *luta pelo tempo da vida*: “no contexto das práticas cotidianas, estratégias de tempo como deixar esperar, deter, anteceder, atrasar, mudar o ritmo, variar a duração etc. estão frequentemente no centro de conflitos sociais, enquanto em um nível intermediário, a “luta pelo tempo da vida” - ou seja, por tempo de formação e de aposentadoria, por reivindicações de férias e feriados, por trabalho nos fins de semana e em períodos noturnos, por regulamentação para casos de doença ou desemprego - ocupa os debates econômicos e, por vezes também, os de cunho político em sociedades capitalistas de forma até mais intensa que exigências salariais.” (ROSA, 2019, p. 25)

também, tempo e coragem. Negação e ódio são rápidos. São frutos do medo. O ódio é o *vazio*. Preencher a vida de amor exige tempo. O *vazio* é rápido, aliás, imediato. O *vazio* já está.

Existe, na atualidade, muito medo de sentir, refletir e entender. As pessoas *fecham os olhos* e agridem com muita violência qualquer revelação que ameace suas certezas – as quais que escondem seus medos. Por isso, a política do ódio que agora cresce no mundo, com as expressões de novos movimentos de base nazifascista, ganham cada vez mais espaço. São políticas de ódio, do *vazio*, da ausência tanto de amor como de sensibilidade, conhecimento, democracia, e tudo mais que exige paciência, tempo e, logo, coragem. Vivemos a ascensão ao poder dos covardes.

Neste quadro, o neoliberalismo sustentará que o melhor meio de promoção do bem-estar é através da atividade empreendedora individual. Este fim é alcançado por meio de elementos como o livre mercado, a liberalização das finanças e do comércio, bem como pelo desempenho de um papel estatal limitado a certas tarefas de organização social e econômica. Sua faceta transnacional é baseada na ideia de que o mundo caminha em direção a um consenso fundado em uma economia global integrada no qual o livre mercado, a desregulação, a privatização, a atuação de organizações multilaterais e a proteção dos interesses dos investidores estrangeiros são elevados a princípios edificantes de uma ordem global neoliberal (KREVER, 2013; DARDOT e LAVAL, 2016).

De especial interesse para este trabalho é o espectro de elementos necessários ao entendimento, novamente dialogando com Honor Brabazon (2017a), da “legalidade neoliberal”. Em primeiro lugar - e talvez contrariamente a uma certa crítica do neoliberalismo -, o neoliberalismo requer o fortalecimento do Estado, e não seu apagamento. Trata-se, a um só tempo, da implementação de regras necessárias à competição de mercado e do desenvolvimento de subjetividades requisitadas pela ordem social neoliberal. Aqui observa-se uma mudança significativa na ideia de um Estado provedor de bens e serviços, consoante o paradigma do Estado Social, para um Estado regulador da competição de interesses privados (LLERAS, 2017), atuando como um facilitador das transações de mercado por meio de instituições jurídicas específicas, como a garantia de direitos de propriedade e o reforço de obrigações contratuais (BRABAZON, 2017a).

A literatura tem anotado que o *welfare state*, que decerto sustentava economias mercado ao atuar como um mediador dos interesses do capital e do trabalho, além de provedor de barreiras protetivas frente à atividade predatória dos mercados - estabelecendo amarras legais e éticas àqueles, nos termos da análise de Polanyi (2012) - está sendo progressivamente

substituído pelo *Estado neoliberal*, uma mudança em direção a um Estado facilitador dos mercados e da expansão dessa lógica para todas as esferas da vida (DARDOT e LAVAL, 2016).

Em segundo lugar tem-se a juridificação das relações sociais. Neste quadrante “o direito aparenta ser universal e fixo, independente de conjecturas históricas e de vontade política, e decisões jurídicas parecem ser questões técnicas de interpretação de textos legais universais e fixos” (BRABAZON, 2017a, p. 7). Decerto um fenômeno conhecido tanto da sociologia jurídica quanto da teoria política e constitucional, constata-se que, sob o prisma da juridificação, o direito é elevado ao status de principal instrumento de mediação das relações sociais e de formatação das subjetividades e, neste sentido, o direito configura as relações sociais à sua imagem.

A premissa de uma igualdade formal, já referida no início desta seção, se funda na abstração de todas as condições históricas de substantiva desigualdade. A produção da ordem jurídica neoliberal é dependente tanto de uma formatação específica do indivíduo quanto da moldura de uma ordem democrática espontânea e preservada pelo autointeresse de indivíduos atomizados, livre e igualmente postos em competição meritocrática pelos bens sociais escassos. Este esquema ofusca e transforma demandas redistributivas e por reconhecimento para se adequarem ao vernáculo jurídico neoliberal, reduz a complexidade do tecido social e dos sujeitos e coletividades que o compõem, solapando solidariedades coletivas e os sentidos de vida e de bem comum (FRASER, 2016).

Ademais, a legalidade neoliberal irá tocar na garantia dos contratos. Este ponto é relevante porquanto é ilustrativo do deslocamento discursivo sobre a qual a legalidade neoliberal parece se sustentar. À medida em que a provisão de benefícios é progressivamente envelopada pelo modelo de um contrato celebrado entre o indivíduo e o Estado, as condições sob as quais aquele livremente adentra uma relação contratual é obscurecida (MANTOUVALOU, 2020). Não somente questões como a desigualdade social e a pobreza são desfocadas da relação jurídica: em paralelo à despolitização do desemprego nota-se o gradual deslocamento do debate para o *campo moral*, isto é, a ênfase recai mais sobre a responsabilidade individual que trabalhadores desempregados têm ao preservar seus contratos com o Estado (HARTLEY, 2007).

Juntamente com a juridificação, “a mediação das relações sociais por meio de mecanismos legais como os contratos mobiliza a orientação da forma legal no sentido de se considerar os fatos de casos individuais no lugar de seus contextos e sua significância mais amplos” (BRABAZON, 2017a, p. 9). A resultante despolitização das demandas por redistribuição e reconhecimento favorece a reconfiguração da ordem jurídica:

[...] a abstração do direito em relação aos contextos sociais específicos nos quais ele figura obscurece sua indeterminação, sua contingência histórica, e as relações de poder que o sustentam. Isso permite que o direito aparente ser universal e fixo, independente da conjuntura histórica e da vontade política, e decisões legais tenham a aparência de questões técnicas relacionadas à interpretação de textos universais e fixos em um sentido bastante formalista (BRABAZON, 2017b, p. 169).

A busca por maior segurança e previsibilidade no campo negocial é atendida por meio da redução - ou até pela *eliminação* - da indeterminação do direito. Para tanto, lança-se mão de mensurações quantitativas que produzem um diagnóstico institucional ora mais amplo, podendo abranger instituições no campo jurídico, ora, como tem se tornado usual inclusive no direito brasileiro¹⁷, aferindo a performance da jurisdição em aspectos considerados relevantes. Krever assinala que os estudos neste quadrante enfocam análises de indicadores em termos de percepção, alcance e objetividade, e deixam intocados um ponto central: “as categorias que são empregadas nos projetos de indicadores não são neutras ou objetivas, mas são elas mesmas o resultado de teorias implícitas sobre a vida social e relações sociais - teorias que são ofuscadas pelas reivindicações de neutralidade e objetividade” (KREVER, 2013, p. 137).

O pensamento institucionalista das décadas de 1980 e 1990 captou esta formatação e a aplicou nos esboços normativos voltados para o desenvolvimento econômico. As instituições jurídicas tornam-se mecanismos a serviço do desenvolvimento econômico, proporcionando um vocabulário para a atividade política mas que, a despeito deste novel uso, “preserva a estreiteza de sua concepção, fomentando as mesmas pressuposições de formas anteriores do pensamento neoliberal: o empreendedorismo individual como motor do crescimento; e o papel do Estado limitado a facilitar a operação de um sistema mercados *laissez faire*” (KREVER, 2013, p. 134). Sem a segurança jurídica dos contratos, da propriedade e da jurisdição, a confiança nas transações não se sustentaria. Os sistemas jurídicos se aproximam cada vez mais dos mercados, moldando-se ou moldando-o a depender das circunstâncias.

¹⁷ Spengler (2011) argumenta que as sucessivas crises do Estado constituem o pano de fundo da denominada crise na prestação jurisdicional - que se converte em uma crise de eficiência e uma crise de identidade. O processo de juridificação, acima referido por Brabazon (2017a), é então incrementado diante da “idealização do Judiciário e da figura do juiz para o qual se transferem todos os anseios e todas as expectativas dos mais diversos segmentos sociais” (SPENGLER, 2011, p. 13). É interessante perceber, a partir do estudo citado, a perspectiva que se descortina a partir de panoramas de crise: a solução usualmente perpassa o fomento de maior produtividade, o que, em seu turno, aproxima o campo jurídico das estatísticas de performance, mensuração de custos e aferição de eficiência. Nesse sentido, conferir o estudo de Gomes e Guimarães (2013). Finalmente, o Conselho Nacional de Justiça publica anualmente o relatório “Justiça em números” destinado a proporcionar uma análise quantitativa do volume de processos pendentes (75,4 milhões em 2020), de novos casos ingressados (25,8 milhões em 2020), bem como do total de processos baixados (27,9 milhões no mesmo ano). Cf: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>> Acesso em 10 de julho de 2021). O *website* do CNJ disponibiliza a ferramenta “Painel CNJ” que fornece índices de produtividade organizados por Tribunal, instância e por magistrados.

4 ELEMENTOS DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA NEOLIBERAL

A despeito da expansão normativa dos parâmetros estabelecidos, o panorama até aqui descrito não lograria êxito caso uma concomitante mudança no plano das subjetividades não fosse igualmente incentivada. Uma ordem jurídica formatada tal qual as premissas neoliberais - neutra, fixa, imune às contingências, desprovida de ancoragem comunitária e inserida no espectro individualista concorrencial - necessita se referir a uma específica ideia de sujeito de direito. Este é a projeção jurídica de um projeto econômico mais vasto, que não somente remete ao *transbordar* da lógica de mercado para todas as esferas mobilizáveis da vida social (FOUCAULT, 2008), mas que, não menos relevante, é portador de um sentido específico de temporalidade.

Niklas Angebauer (2019), na esteira de recentes estudos na área (DARDOT e LAVAL, 2016), considera o neoliberalismo um regime de racionalidade que emprega um repertório de ações de governamentalidade que se presta a moldar a “conduta da conduta” dos indivíduos, isto é, a maneira como governam a si e aos outros. Sob este prisma, “[...] a racionalidade neoliberal promove e reforça um agregado de ideias regulatórias sobre como existir, se comportar e florescer como um ser humano” (2019, p. 2). Dentre estas “ideias regulatórias”, o preceito lockeano da “propriedade de si mesmo”¹⁸ e sua gradual evolução para a máxima “todos somos empreendedores” materializam o ponto de convergência definitivo para o protótipo de sujeito neoliberal.

Autores como Dardot e Laval (2016), Angebauer (2019) e Dean (2007) referem-se à transformação das subjetividades em termos de uma desmoralização do indivíduo sob o neoliberalismo. Isto fica evidente quando o Estado, da forma como foi concebido pela experiência do constitucionalismo social e suas políticas de bem estar, em fins da década de 1970 e de modo mais incisivo na década de 1980, passa a figurar como obstáculo à realização

¹⁸ O autor destaca o caráter classista das premissas que John Locke estabeleceu acerca da noção propriedade de si mesmo, a despeito do fato de que sua formulação final em Segundo Tratado sobre o Governo ser considerado um trabalho liberal clássico: “a noção de propriedade de si mesmo foi originalmente um recurso retórico utilizado pelo Levellers para fortalecer sua posição contrária à associação entre riqueza material e direitos políticos. A noção aceitava a confluência oligárquica da liberdade e propriedade mas, metaforicamente, internalizava a propriedade relevante no sujeito, e desta forma transformava o argumento oligárquico em argumento igualitário. Locke enfrentou a temática e a desenvolveu sob a forma de uma doutrina coerente. [...] Além de um poderoso ataque ao absolutismo [...], os argumentos de Locke serviram os interesses das classes proprietárias de terras. Elas justificavam os cercamentos e o comércio colonial; elas abriram a possibilidade de privação de direitos por meio da noção de consentimento tácito; e elas analisavam problemas sociais como o desemprego - um notório efeito colateral dos cercamentos - como uma mera falha da moralidade individual que demandava medidas disciplinares severas.” (ANGEBAUER, 2019, p. 5).

do capitalismo em processo de financeirização. Aqui interessa sobretudo indicar uma substancial mudança de paradigma:

O Estado de bem-estar, querendo promover o bem-estar da população por meio de mecanismos de solidariedade, eximiu os indivíduos de suas responsabilidades e dissuadiu-os de procurar trabalho, estudar, cuidar dos filhos, prevenir-se contra doenças causadas por práticas nocivas. A solução, portanto, é por em ação, em todos os domínios e em todos os níveis, sobretudo no nível microeconômico do comportamento dos indivíduos, os mecanismos de cálculo econômico individual. O que deveria ter dois efeitos: a moralização dos comportamentos e uma maior eficiência dos sistemas sociais (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 211).

Se o neoliberalismo requer a expansão da lógica de mercado para todas as esferas da existência, esta mesma existência será avaliada a partir de uma régua moral na qual o cidadão “cliente” dos serviços públicos do *welfare state* ocupará a marca de “indesejável”, “improdutivo” ou “ultrapassado”. O duplo registro a que se referiu Foucault (2008) se apresenta sob a forma de um *homo oeconomicus* indutor da primazia do mercado sobre o direito. Seu lugar será ocupado pelo modelo de indivíduo responsável por si mesmo, que nada espera da sociedade, e que deve provar constantemente seu valor. Menos estabilidade, mais imprevisibilidade; menos segurança existencial, mais vulnerabilidade face às exigências cambiantes de uma economia e sociedade aceleradas (ROSA, 2019). “A vida”, assinalam Dardot e Laval (2016, p. 213), “é uma perpétua gestão de riscos que exige rigorosa abstenção de práticas perigosas, autocontrole permanente e regulação dos próprios comportamentos, misturando ascetismo e flexibilidade.”

No cerne da questão está a transferência do risco da atividade desempenhada, antes do tomador de serviços, para o “parceiro” ou “parceira”. Indivíduos inseridos numa lógica de concorrência são forçados a “ter de crescer, acelerar e inovar continuamente para apenas pôr-se no lugar, não para escapar da crise”, conduzindo a uma “impossibilidade existencial” (ROSA, 2019, p. XXVI). Antes sujeito, a designação mais adequada segundo Rosa (2019) passa a ser a de *jogador*:

“o ‘jogador’ decide sobre a velocidade e a duração dos acontecimentos, e sobre ações conectivas, não dentro do quadro de um plano geral ou de um conceito temporal abstrato-linear, mas sim de forma flexível e de acordo com a situação, a partir do tempo interno e do horizonte temporal de cada acontecimento atual, por assim dizer.” (ROSA, 2019, p. 475)

No lugar de um *ser* concebido como um processo de alternativas de vida e de ação, em que o sujeito é o responsável pela construção de seu futuro em termos de planejamento e

previsibilidade, ganha forma a ideia de um sujeito moldado por um elemento radicalmente novo: a *situacionalidade*. A faceta contingente dos caracteres pessoais necessários para fazer frente às necessidades do modo de produção reinante¹⁹ atende ao ritmo de transformação dos trabalhos tanto numa escala intrageracional - rotula-se como ultrapassada a ideia de se ter uma única carreira profissional durante a vida - quanto no esquema temporal flexibilizado da *gib economy*. Esta “[...] liquefação da *identidade pessoal estável* em favor de um projeto de si mais aberto”, anota Rosa (2019, p. 466, destaque no original), faz da contingência o traço impositivo gerador da adaptabilidade do indivíduo.

O imperativo da flexibilidade aporta nos domínios das relações trabalhistas de forma a reconstituí-las inteiramente. Horários flexíveis, trabalho *just-in-time*, *zero-hour work contracts*, gerenciamento algorítmico do trabalho, economia de plataformas, *crowdwork*, uberização das relações trabalhistas (ABÍLIO, 2020; MANTOUVALOU, 2020): trabalhadoras e trabalhadores são tornados “parceiras” e “parceiros” de controladores de serviços virtuais ou reais enquanto os contratos de trabalho, cuja regulação legal é alvo de ataques - como a Reforma Trabalhista de 2017 no Brasil - para serem substituídos ou por acordos do tipo “termos de adesão”, de amplo emprego em plataformas digitais, ou simplesmente alargando as fronteiras do trabalho formal em direção à informalidade.

É neste panorama que a precariedade é tornada modelo desejado de gestão da vida (ALVES et al, 2021). Uma precariedade mediada pela forma jurídica que se metamorfoseia ao ponto de não possibilitar sua distinção diante dos imperativos acelerados da produção. Incapaz de cultivar outros sentidos para a existência que não a urgência da sobrevivência, a sociedade gradativamente se decompõe em um apanhado de indivíduos movidos a se adaptarem, se reconstituírem, se reinventarem.

5 CONCLUSÃO

A compressão da dignidade humana por unidade de tempo atende aos imperativos de uma sociedade que se planeja e se refunda tal qual mercados se expandem. Nesta sociedade de mercado, em que o campo democrático é empobrecido e a institucionalidade jurídica é

¹⁹ Neste ponto, o estudo de Richard Sennett aborda o impacto que o capitalismo contemporâneo exerce sobre os caracteres pessoais. Nos dias de hoje, trabalhadores e trabalhadoras passam por uma transformação em que rotina relativamente estável de tempo dos moldes keynesianos, bem como sua clássica expressão industrial no fordismo, é substituída pela temporalidade desconectada da emergente “nova economia” pela qual a flexibilidade atende à necessidade de reações rápidas: os traços de caráter que atendiam a formas anteriores do capitalismo (p. ex., os compromissos de longo termo que atestavam atributos como a lealdade) tendem a entrar em conflito com os imperativos institucionais do tempo presente (SENNETT, 2009).

esvaziada de qualquer conteúdo capaz de viabilizar uma vida digna de ser vivida, a forma do sujeito neoliberal se anuncia como o único caminho. É esta *forma* que irá falsear a emancipação do sujeito de suas condições materiais de produção da vida: *gerentes de si mesmos*, submetidos aos ditames da aceleração como estratégia de sobrevivência, o horizonte de possibilidades se estreita.

O estado de ódio em que milhões de pessoas estão mergulhadas impede o funcionamento da razão, retira a possibilidade de compreensão e qualquer reflexão. O ódio é o *vazio*, é imediato, o ódio altera o equilíbrio químico do corpo. O ódio é como uma paixão. Recomendo ao leitor assistir a uma palestra do psicanalista Antônio Quinet chamada “Ignoródio”, disponível no YouTube. Quinet nos lembra das três paixões para Lacan: o amor, o ódio e a ignorância. Essas paixões se comunicam. A guerra de afetos atua neste campo: o ignoródio que se espalhou em nossa sociedade.

Aí encontramos o negacionismo. É fundamental para a conexão entre ódio e ignorância a demolição da ciência, a instauração do *vazio*, a negação do conhecimento científico, da história, da filosofia, e – não precisamos ir tão longe – a negação do óbvio, a negação do real. O efeito é o *delírio*. A produção de pessoas *ocas*. Aculturadas e com ódio vindo de um medo do real.

Os mecanismos atuais de aceleração e simplificação do mundo podem ser chamados de *guerra de afetos*. Trata-se de um processo que parte da identificação de interesses, desejos e medos. A geração de notícias falsas alimenta, diária e ininterruptamente, a mente dos sujeitos mergulhados em seus aparelhos digitais e redes sociais. Com o tempo as notícias ficam mais distanciadas do real e mais agressivas. O medo transforma-se em ódio. Essas paixões, a ignorância e o ódio, retiram a pessoa do campo de qualquer possibilidade de razão e sensibilidade. A pessoa *mergulha* em uma espécie de delírio (produzido e alimentado). Velocidade, sobrevivência, busca do reconhecimento de um mérito que jamais será reconhecido, fazem parte de uma subjetividade precária, guiada por fortes emoções.

É a dessensibilização que faz com que esses sujeitos neoliberais respondam apenas a radicalidade de emoções brutas, velozes, violentas. A pessoa fica *blindada* ao real, ao conhecimento, à escuta. Claro que não se combate essa guerra de afetos com discursos racionais, muito menos mostrando o real que grita diante de todos nós. A última coisa que uma pessoa *em delírio* quer é enxergar o real. O real é tudo que ela teme. Essa pessoa reagirá com violência crescente às tentativas de argumentação racional ou de provas do real.

Então, o que fazer? Ora, trata-se de uma *guerra de afetos*. O *campo de batalha* é o espaço afetivo. Contra os afetos negativos só há uma solução, e esta, é claro, não é responder

ódio com ódio. Estaremos definitivamente derrotados se fizermos isso. Aliás, odiar é fácil. O ódio pode nascer do medo, da covardia. No ódio a pessoa se fecha, se protege e logo agride. A dessincronização do tempo favorece a perpetuação desta lógica: numa *guerra de afetos*, os afetos negativos têm de extinguidos por forças dos afetos positivos. Só com amor venceremos o ódio. Caso contrário, podemos nos transformar no que combatemos. Amor exige muita coragem. Quando amamos nos abrimos, nos expomos, nos arriscamos. Ódio é covardia. Amor é coragem.

A forma jurídica neoliberal é hostil à retenção significativa de aprendizados e experiências que forjam a memória coletiva. Este é um importante substrato de composição da normatividade jurídica: instituições e direitos representam aprendizados coletivos, sedimentos temporais de lutas e conquistas. Referem-se a um passado rememorado e reconhecido, e alimentam uma expectativa de futuro pautada em compromissos. Sem este substrato, isto é, sem a riqueza de aprendizados partilhados de indivíduos e coletividades, com suas trajetórias e histórias, não há anteparo possível para a institucionalização de um tempo jurídico suficientemente durável. Refletir sobre os retrocessos no campo dos direitos a partir de uma perspectiva da crise do tempo histórico representa, em nossos dias, uma tarefa urgente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABÍLIO, Ludmilla Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? **Estudos Avançados**, vol. 34, no. 98, 2020, p. 111-126.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Chapecó: Editora da Unachapecó, 2009.

ALVES, Marco Antônio Sousa; ALVES, Izabella Riza; PATENTE, Zilda Manuela Onofri. Neoliberalismo como propulsor da precariedade. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, vol. 7, no. 1, 2021, p. 1-23.

ANGEBAUER, Niklas. Property and capital in the person: Lockean and neoliberal self-ownership. **Constellations**, vol. 27, no. 1, 2020, p. 50-62.

BERARDI, Franco. **Depois do futuro**. São Paulo: Ed. UBU, 2019.

BRABAZON, Honor. Introduction: understanding neoliberal legality. In ____ (ed). **Neoliberal legality: understanding the role of law in the neoliberal project**. New York: Routledge, 2017a, p. 1-21.

BRABAZON, Honor. Dissent in a juridified political sphere. In: In ____ (ed). **Neoliberal legality: understanding the role of law in the neoliberal project**. New York: Routledge, 2017b, p. 167-189.

- COSTA JR, Ernane Salles; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Tempo da Constituição e Ponte para o Futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social. **Revista Direito e Praxis**, vol 12, no. 1, 2021, p. 197-236.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.
- DEAN, Hartley. The ethics of welfare-to-work. **Policy and Politics**, vol. 35, no. 4, p. 573-590, 2007.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**, no. 10, 2009, p. 143-166.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FRASER, Nancy. Expropriation and Exploitation in Racialized Capitalism: A Reply to Michael Dawson. **Critical Historical Review**, vol. 3, no. 1, 2016, p. 163-178.
- GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. **Revista de Administração Pública**, vol.47, no. 2, 2013, p. 379-401.
- HARTOG, François. **Regimes de Historicidade: presentismo e experiências do tempo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- HESPANHA, Antonio Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.
- HICANPIÉ, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, ano IV, vol. 8, 2012, p. 97-120.
- KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. **Revista Mestrado em Direito**, ano 8, no. 2, 2008, p. 125-143.
- KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2006.
- KREVER, Tor. Quantifying Law: legal indicator projects and the reproduction of neoliberal common sense. **Third World Quarterly**, vol. 34, no. 1, 2013, p. 131-150.
- LLERAS, Andrés Palacios. Neoliberal law and regulation. BRABAZON, Honor (ed). **Neoliberal legality: understanding the role of law in the neoliberal project**. New York: Routledge, 2017, p. 61-76.
- MANTOUVALOU, Virginia. Welfare-to-work, Structural Injustice and Human Rights. **Modern Law Review**, 2020, p. 1-26.

MIÉVILLE, China. The commodity-form theory of international law. In: MARKS, Susan (ed.). **International Law on the Left: Re-Examining Marxist Legacies**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 92-132.

MOORE, Jason; PATEL, Raj. **A history of the world in seven cheap things: a guide to capitalism, nature, and the future of the planet**. Oakland: University of California Press, 2017.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROSA, Hartmut. **Aceleração: a transformação das estruturas temporais na Modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

RUFER, Mario. La temporalidad como política: nación, formas de pasado y perspectivas poscoloniales. **Memoria Social**, vol. 14, no. 28, 2010, p. 11-31.

SAFATLE, Vladimir. A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JR, Nelson; DUNKER, Christian (orgs.). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021, p. 17-46.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Austeritária. **Revista Espaço Jurídico**, vol. 21, no. 1, p. 39-58, 2020.

SCHEUERMAN, William E. Liberal Democracy and the Empire of Speed. **Polity**, vol. 23, no. 1, p. 41-67, 2001.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoais do novo capitalismo**. São Paulo: Editora Record, 2009.

SILVA, Renata Celeste Sales; WEIL, Henrique. O trabalho na sociedade contemporânea: apontamentos sobre a aceleração do tempo histórico. **Duc in Altum Cadernos de Direito**, vol. 12, no. 28, 2020, p. 101-122.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 7, no. 1, 2011, p. 7-34.

TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the Past: Power and the Production of History**. Boston: Beacon Press, 1995.

TRUBEK, David. Max Weber sobre Direito e a Ascensão do capitalismo (1972). **Revista DireitoGV**, vol. 3, no. 1, 2007, p. 151-186.

Submissão: 11/11/2021 Aprovação: 08/03/2022

CAPITALISMO, REGIME DE EXCEÇÃO E CRIMES DE LESA HUMANIDADE: perspectiva teológica

*CAPITALISM AS AN EXCEPTION REGIME AND CRIMES AGAINST HUMANITY:
 theological perspective*

Elio Estanislau Gasda¹

Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE)

Resumo:

O artigo é de caráter ético-teológico. Tem como objetivo discorrer sobre dois crimes de lesa humanidade cometidos pelo capitalismo no contexto histórico da conquista e da colonização na América e na África: tráfico de seres humanos e a escravização dos trabalhadores. Em seguida, examina o envolvimento direto da Igreja Católica nestes crimes. A segunda seção, de enfoque teológico, explicita como a Memória da Salvação realizada por Cristo gera duas atitudes: pedido de perdão às vítimas, reconhecimento da deturpação do Evangelho para fins econômicos. Usar o nome de Cristo para justificar crimes contra a humanidade é blasfemar. Essa purificação da memória leva ao compromisso com a justiça e com a defesa dos Direitos Humanos como sinal dos tempos. Na conclusão evidencia-se que o cristianismo é sempre subversivo frente a regimes de exceção. A memória das vítimas dos crimes de lesa humanidade potencializa a esperança de realização da justiça em plenitude. É o paradigma ético da justiça de transição.

Palavras-chave:

Capitalismo, regime de exceção, Direitos Humanos, Teologia, Cristianismo, Povos indígenas, Povos africanos.

Abstract:

The article has an ethical-theological focus. It aims to discuss two crimes against humanity committed by capitalism in the historical context of conquest and colonization in America and Africa: human trafficking and slave labor. It then examines the Catholic Church's direct involvement in these crimes. The second section, with a theological focus, explains how the Memory of Salvation performed by Christ generates two attitudes: apology to victims; recognition of the misrepresentation of the Gospel for economic purposes. To use the name of Christ to justify crimes against humanity is to blaspheme. This purification of memory leads to a commitment to justice and the defense of Human Rights as a sign of the times. The conclusion shows that Christianity is always subversive against exceptional regimes. The memory of victims of crimes against humanity enhances the hope of achieving full justice. The memory of victims is the ethical paradigm of transitional justice.

Keywords:

Capitalism, exception regime, Human Rights, Theology, Christianity, indigenous people, african people.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos conquistados em diversos períodos históricos fazem com que se cumpra aspectos da justiça. Pessoas e coletivos se mobilizam no enfrentamento de injustiças sustentadas na raça, na religião, na cultura, na sexualidade, no gênero, na economia. Exigem cumprimento da justiça. As ciências humanas têm se debruçado sobre questões fundamentais de justiça. Uma delas é a justiça de transição. Entendida como esquema de abordagens, mecanismos judiciais e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, visa atribuir responsabilidades e exigir a efetividade do direito à memória e à verdade para que

¹ Bacharel em filosofia (1997) e teologia (2002) pela FAJE, Mestre (2005) e Doutor (2010) em teologia pela Pontifícia Universidade Comillas de Madrid (Espanha), professor de Teologia Moral Social.

os crimes de lesa humanidade não mais se repitam (ONU, 2004). Trata-se de uma justiça conectada aos direitos humanos.

A justiça de transição começa pela reabilitação da memória dos milhões de injustiçados pelos crimes de lesa humanidade. Leituras sistêmicas dos crimes cometidos por regimes de exceção como o capitalismo são inadiáveis e imprescindíveis.

A conquista e colonização da América e a invasão da África integram um mesmo capítulo da história de exploração do trabalho escravo em grande escala. Este artigo tem por objetivo contribuir na discussão dessa problemática a partir de um olhar teológico. Para isso, está organizado em três momentos.

Primeiramente, apoiado na memória histórica sistematizada em obras de referência, se caracteriza o capitalismo como um regime de exceção que implementa dois métodos de exploração do trabalho: a escravização e o tráfico de seres humanos. Com a única finalidade de acumular riqueza, a compreensão do trabalho humano como mercadoria foi aplicada de forma radical. Civilizações foram destruídas, milhões de indígenas e africanos foram dizimados por essa estratégia na África e na América. Esse genocídio marcou o início da violação permanente dos direitos humanos nos dois continentes. Tais estratégias contaram com o protagonismo da Igreja Católica. Papas, bispos, reis católicos, instituições religiosas, deram o aval para invadir novos territórios, caçar, comercializar, escravizar, torturar e eliminar seus habitantes.

A teologia ocupa o segundo momento. Como fazer teologia diante de crimes de lesa humanidade tão estarrecedores? O que o teólogo tem a dizer na questão da justiça de transição? O Deus dos cristãos tem algo a dizer?

Inspirada em Jesus de Nazaré, a teologia foca no injustiçado. O conteúdo da fé cristã está condensado na Memória do mistério de salvação em Cristo. Pedir perdão às vítimas é a primeira atitude que se impõe. A segunda é reconhecer a supressão da mensagem de Cristo causado por interesses econômicos e políticos. Essa purificação da memória é fundamental para que tais erros não se repitam. Essa primeira atitude leva ao compromisso com a justiça e com a defesa dos Direitos Humanos. Não só, mas de entender os Direitos humanos como ‘sinais dos tempos’.

O texto oferece a contribuição da teologia no labor de desmascaramento da perversidade dos regimes de exceção. A institucionalização do pecado da avareza é identificada como causa primeira da barbárie produzida pela voracidade do capitalismo. A religião do ídolo dinheiro exige a negação da humanidade do outro. Essa dinâmica se traduz na corrupção como radicalização absoluta do pecado. A corrupção impede que crimes de lesa humanidade sejam julgados. Onde há concentração de riqueza e corrupção há violência. A corrupção mata!

Esperançar! Na última parte, o texto reflete sobre a memória cristã esperançada em uma nova humanidade. Cristo, vítima de um regime de exceção, se identifica com todos os injustiçados e esquecidos da história. Sua cruz é símbolo de protesto e denúncia das estruturas de violência. O teólogo, ao fazer da teologia um grito de denúncia dos crimes de lesa humanidade, está contribuindo com a formação de consciências humanistas.

Recuperar o passado esquecido ou falsificado é exigência de justiça deduzida da memória histórica que torna as vítimas visíveis. Elas têm muito a dizer. A memória das vítimas potencializa a esperança de uma plena realização da justiça.

2 CAPITALISMO COMO SISTEMA DE TOTALIDADE

A justiça de transição começa pela reabilitação da memória dos milhões de injustiçados pelos crimes de lesa humanidade. Leituras sistêmicas dos crimes cometidos por regimes de exceção são necessárias para que genocídios como o dos povos indígenas e povos africanos nunca mais se repitam. A leitura em perspectiva sistêmica é imprescindível para se exigir políticas de justiça de reparação aos direitos humanos violados na história.

A superação do capitalismo como sistema de totalidade é condição para a efetivação da verdadeira justiça e da concretização dos direitos humanos. Com sua obsessão pelo crescimento da riqueza, o capitalismo é um sistema que devora o mundo e as pessoas. O mecanismo da máquina econômica, controlado pela dinâmica da concorrência, revela-se no desenvolvimento das forças destrutivas dos recursos naturais e da força de trabalho. O jogo brutal dos vencedores apaga da memória os derrotados. Desde o início, ele produziu mais perdedores do que vencedores. O saldo global é devastador. A voracidade da economia de mercado cortou o acesso livre da humanidade aos bens universais da natureza, através da "privatização do mundo".

O fato de o capitalismo enriquecer uns poucos às custas da exploração e empobrecimento das maiorias é um dado histórico irrefutável desde suas origens. No coração do capitalismo está o amor ao dinheiro. Sem avarizia não existiria capitalismo. Dinheiro acima de tudo. Nada é mais importante.

É preciso historicizar o capitalismo. Desde suas origens, a acumulação ilimitada de riqueza é seu motor, eixo e bússola. Essa dinâmica não se mantém sem que haja, simultaneamente, a expansão territorial. O capitalismo foi se firmando como sistema à medida que os mercados se ampliam. Um exame crítico da sua história demonstra que se trata de um sistema-mundo e uma economia-mundo, ou seja, um sistema de totalidade (WALLERSTEIN, 1974).

O elemento orgânico que permite conjugar os processos históricos e os mecanismos de acumulação de capital é a divisão do trabalho, pois o mesmo ultrapassa barreiras culturais e fronteiras nacionais. Em diferentes etapas do capitalismo, a acumulação ocorre através da transformação das relações de produção em vista de novas formas de exploração do trabalho humano.

O processo de expansão do capitalismo remonta às incursões geográficas do Renascimento europeu, ao Mercantilismo, as grandes navegações espanholas e portuguesas. A conquista e colonização da América, a escravização do nativo e o tráfico de africanos destruíram sistemas econômicos-culturais na África e nas Américas. A conquista e colonização da América e a invasão da costa Africana integram um mesmo capítulo da história do capitalismo.

O capitalismo foi se firmando à medida que a acumulação de capital se tornava uma atividade-fim dos mercados. A colonização das Américas se enquadra como fonte de extração de riqueza deste sistema nascente. A expansão geográfica é um dos componentes decisivos da formação do capitalismo. Em 1621 é criada a Companhia das Índias Ocidentais. Em Londres é fundada, em 1660, a Royal African Company, que teria o monopólio do tráfico de escravos na Inglaterra.

No período colonial brasileiro, foi constituída uma estrutura cujo fim era exportar produtos primários para atender à demanda do velho continente. A economia brasileira era essencialmente comercial (JUNIOR, 1942).

2.1 Regime de exceção: o Estado e o mercado

O Estado moderno e o capitalismo surgem como instituições escravistas. O tráfico de seres humanos para fins de comercialização e escravização é instituído pelo Estado para atender as demandas do mercado. Estado e economia de mercado estavam em sintonia no que se refere à escravidão como estratégia geopolítica. Ou seja, foi uma política de Estado e de mercado. O Estado criou as leis, garantiu incentivos financeiros e apoio militar para viabilizar o comércio de seres humanos e sua escravização.

A Escravidão está na gênese do Estado brasileiro. A independência do país foi produto de pacto entre as classes escravistas realizado em defesa da manutenção do regime de escravidão. A figura do imperador representava os direitos dos escravizadores sobre os seus escravizados. Foi a coroação do sistema escravista (MAESTRI, 1999).

A escravidão não é um fenômeno isolado na história. Foram mais de três séculos caçando, vendendo e comprando seres humanos como política de Estado ao serviço do mercado. Crescimento da riqueza de alguns às custas da barbárie. É regime de exceção porque excluiu a pessoa dos escravizados do direito positivo para os inserir como propriedade privada de seu dono. Essa política tornou o escravizado um excluído do direito.

O tráfico de seres humanos e a escravização do trabalho significou um regime de exceção imposto pelo Estado sobre milhões de pessoas. O Estado converteu a exceção em norma. A norma para o escravizado é o seu proprietário. O Estado concedeu ao proprietário todo os poderes sobre o escravo. O poder sobre a vida do escravo é totalmente transferido para seu proprietário. Engenho, fazenda, garimpo e senzala são territórios onde impera a vontade soberana do proprietário. São espaços fora do direito. Portanto, a escravidão é o paradigma do regime de exceção em plena modernidade.

Para o escravo o direito não existe. A única lei que conhece é a vontade do seu proprietário. Isso somente é possível com a permissão do Estado. A fuga do escravo está tipificada como furto de propriedade. Não é crime matar um escravo. Entretanto, ajudar o escravo que foge ou protegê-lo, é cometer um delito grave contra a propriedade privada. Trata-se de propriedade privada. Tal é o regime de exceção imposto pelo Estado ao escravizado. Uma condição de *vida nua, homo sacer* (AGAMBEN, 2002).

2.2 Tráfico de pessoas e trabalho escravo: crimes de lesa humanidade

O tráfico de pessoas e o trabalho escravo resultou de uma engenhosa articulação político-econômica para a expansão do capitalismo em suas origens. O capitalismo conseguiu se impor apoiado nestes dois crimes de lesa humanidade. Aliou-se ao Estado para normalizar um regime absolutamente antiético.

A exploração do trabalho como fonte de acumulação de riqueza é um dos pilares do capitalismo. A escravização de seres humanos é parte da sua história desde suas origens. A orientação da exportação de produtos para atender as demandas do mercado externo gerou uma dependência de mais trabalhadores. A exigência de mão de obra escrava em abundância era um imperativo econômico inevitável (SIMONSEN, 1937). O "capitalismo colonial agrário" nas Américas explorou o trabalho escravo em grande escala, de norte a sul da América. A chegada dos europeus a América produziu uma das maiores catástrofes humanitárias da história, o genocídio de 40 milhões de indígenas, ou 9% da população mundial (MARQUESE; SALLES, 2016).

No Brasil a população nativa era de aproximadamente quatro milhões distribuídos em centenas de povos diferentes, falando mais de mil idiomas. Três séculos depois, esta mesma população foi reduzida a 700 mil (GOMES 2019, p. 21-123; FAUSTO, 2019).

Os portugueses começaram a caçar, a vender e escravizar os nativos imediatamente à invasão do território. A Coroa Portuguesa legalizou a escravidão dos nativos por meio das *Cartas de Doação das Capitanias Hereditárias*. A *Provisão* de 17 de outubro de 1653 decretou como única condição para a escravização o fato de serem ‘selvagens’. Caçar índios era o principal objetivo dos bandeirantes paulistas, que destruíam completamente todas as aldeias que encontravam. O bandeirante Raposo Tavares caçou e escravizou entre 40 mil e 60 mil índios (ALENCASTRO, 2000, p.191-194).

As *Leis Pombalinas* de 1755 e 1758 aboliram a escravidão indígena, mas sem efetividade. O início do tráfico de africanos escravizados, em meados do século XVI, não interrompeu a escravização do índio pelo menos até o século XVIII. Em 1574, os africanos representavam 7% dos trabalhadores escravizados. Por volta de 1638 já compunham a totalidade (FAUSTO, 2019, p. 80).

2.3 Uma ideologia: racismo estrutural

O racismo estrutural faz parte da natureza do capitalismo. Desde suas origens, potencializou sua expansão. O tráfico de pessoas e a escravização do negro aumentaram justamente nos primórdios da modernidade. O racismo, como ideologia da superioridade biológica de uma raça sobre outra raça, surge a partir da colonização das Américas e da escravização do africano (DAVIS, 2001).

O racismo não deve ser analisado não de forma descontextualizada, mas sim no contexto do capitalismo (WILLIAMS, 1975). Relações raciais são produzidas historicamente. Dessa forma, é que se pode entender sua razão de ser e por qual motivo continua se reproduzindo.

O racismo constitui a base ideológica do conjunto de relações sociais de subjugação e discriminação do negro no Brasil. A ideia de supremacia da raça branca se baseia nas diferenças fenotípicas, genotípicas, morais e intelectuais sobre outras raças (BANTON, 1979).

A escravidão no mundo antigo não tinha nenhuma conotação racial. O capitalismo criou a necessidade do racismo para justificar a escravidão do negro e o tráfico negreiro. A escravidão do homem negro fornecia o elemento necessário para a emergência da ideologia racista. Seu fundamento foi, no início, teológico. Posteriormente, o evolucionismo. A teoria científica da seleção natural, do darwinismo, surge como mais explicação mais eficiente da ideologia racista.

Filósofos como Immanuel Kant, tinham definido os seres humanos de África como preguiçosos. “O calor húmido é propício ao forte crescimento dos animais em geral, dele brota o negro, que é bem adaptado ao seu clima, nomeadamente forte, carnudo, ágil, mas, dada a abundante oferta da sua pátria (!), é preguiçoso, mole e fútil” (KANT, 1993, p. 23). Para Kant, “os negros de África não têm por natureza nenhum sentimento que ultrapasse o ridículo [...] Os negros são muito vaidosos, mas à maneira negra, e tão tagarelas que têm de ser dispersos à pancada” (KANT, 1988, p. 880).

Hegel rotulava a cultura dos "negros" como a fase pré-civilizacional mais baixa do "espírito do mundo": “O negro representa [...] o homem natural em toda a sua selvajaria e indomabilidade [...] não há nada que se possa encontrar neste carácter que tenha uma conotação humana” (HEGEL, 1992, p.120ss.).

A obra de Robert Knox (1791-1862), *The Races of Men*, editada em 1850, é a primeira grande formulação teórica sobre a “raça”. Em uma humanidade dividida numa série de tipos raciais diferentes, os “negros” e os “brancos” são aos distanciados. *Essai sur l'inégalité des races humaines*, de Joseph Arthur de Gobineau (1816-1882), destacado teórico do racismo, foi publicado em 1853/4.

Em sociedades capitalistas em que houve o fim do trabalho escravo, a integração do negro se deu em uma situação subalterna e de marginalização social. A maioria esmagadora dos negros compõem as classes exploradas e vivendo em condições extremamente precárias. O racismo se reproduz nas contradições do capitalismo, ou seja, na luta de classes. O racismo é estrutural.

2.4 Mercadoria e ferramenta de trabalho

A classificação dada ao escravo oscilava entre ‘coisa’ e propriedade. A compreensão do trabalho humano como mercadoria, é invenção do capitalismo, foi aplicada de forma radical nessa primeira etapa de sua história. Estima-se que por volta de 1800 houvesse aproximadamente 45 milhões de escravos em todo o mundo (ALENCASTRO 2000, 85,144).

A África teria aproximadamente 200 milhões de habitantes na época da chegada dos europeus (Gomes 2019, p. 142-143). Sabe-se com relativa precisão, que 12.521.337 de seres humanos embarcaram na África em cerca de 36 mil viagens de navios negreiros entre 1500 e 1867. Desses, 10.702.657 chegaram vivos à América. Quase dois milhões morreram na travessia.

Os escravizados eram caçados e comercializados ao longo do litoral africano, numa extensão territorial de quase 6 mil quilômetros de comprimento por mil de largura. Essa faixa costeira se estenderia por mais quatro mil quilômetros com a inclusão de Moçambique (ELTIS e RICHARDSON, 2010, 37). Nada foi tão durador, organizado, lucrativo e gigantesco quanto o tráfico negreiro do continente africano para as Américas. Envolveu quatro continentes, reconfigurou a história, a economia, a sociedade e a cultura de todos os países implicados. O tráfico negreiro foi a atividade comercial mais próxima da que chamariam de capitalismo (NABUCO 1977, p. 101).

Esses crimes de lesa humanidade são o fenômeno mais determinante da história do Brasil, maior território escravista do capitalismo por 350 anos. O país recebeu quase 40% dos 12,5 milhões de africanos traficados para a América, dez vezes mais que as colônias inglesas da América do Norte. A travessia para o Brasil foi a rota mais viajada do tráfico entre o século XVII e XVIII (FERREIRA, 2012, p.1). Como resultado, por volta de 1600, o número de cativos no Brasil já era quatro vezes superior aos europeus (BOXER, 1969, p, 112). Os africanos foram a primeira mercadoria das relações comerciais do Brasil com outros países vizinhos.

Portugueses e brasileiros foram os maiores traficantes de seres humanos da história. Uma de cada três viagens era organizada no Brasil. O Rio de Janeiro, maior porto negreiro da história, respondeu pelo transporte de 1,5 milhão de escravizados (THE TRANSATLANTIC SLAVE TRADE DATABASE).

A chegada dos primeiros africanos escravizados ao Brasil coincide com o início dos engenhos de açúcar em Pernambuco, em 1535. O trabalho escravo foi responsável pelo auge da produção açucareira. Os maiores engenhos exploravam até 150 escravos submetidos a jornadas diárias longas, duras e perigosas. O escravo era considerado unicamente como um animal de trabalho, um ativo econômico descartável e repostado logo que esgotasse sua capacidade produtiva.

O propósito do tráfico de pessoas para a escravização sempre foi o lucro. Até meados do século XIX, compra e venda de seres humanos eram atividades comuns na economia. Existia até a Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão. Criada em 1759, era responsável por fornecer a mercadoria escravo para o nordeste do país.

Segundo historiadores, o capital gerado pelo tráfico de pessoas seria suficiente para financiar a Revolução Industrial. Coincidentemente, os lucros aumentaram de forma substancial a partir do século XIX. Era íntima a ligação de mercadores e banqueiros italianos com o tráfico de escravos (THORNTON, 1992, p. 31).

Até o início do século XIX, em plena Revolução Industrial, o tráfico negreiro era o maior de todos os negócios do mundo. Vender escravos era tão lucrativo que se criou a reprodução de cativos, um negócio com o objetivo de vender crianças da mesma maneira com que se criavam e vendiam vacas no mercado (Freyre, 2006, p. 333).

A escravidão fez parte deste momento histórico do nascimento do capitalismo. O braço escravo foi uma reinvenção do capital em plena modernidade. O processo de trabalho num engenho escravista do século XVI é similar ao de uma grande lavoura capitalista. Inserido nesse processo de produção, o escravo representa uma antecipação do moderno operário. O trabalho escravo não era visto como custo, mas como um instrumento de produção como outro qualquer. Os oligarcas necessitavam de mão-de-obra para gerar lucro. O escravo era uma mercadoria e um fator de produção.

O Brasil, no período da colonização, apresentava os elementos de um sistema capitalista: acumulação de capital, economia de mercado, trocas monetárias, empresas que tinham o lucro como único objetivo, exploração do trabalho como fonte de riqueza. Em 1697 há o desembarque em Lisboa da primeira “partida” de ouro em barra embarcado no Rio de Janeiro. As Minas Gerais, região produtora desse ouro, é assolada pela fome.

Tráfico de seres humanos e escravização, dois crimes de lesa humanidade altamente lucrativos. O trabalho escravo sustentava a riqueza dos reinos europeus. No Brasil os mais ricos eram traficantes de escravos. A compra e venda de seres humanos gerou muitas fortunas.

2.5 A Igreja: Novas cruzadas sob a Ordem de Cristo

A Coroa Portuguesa empenhou-se na concretização de duas tarefas: incorporar indígenas e africanos ao catolicismo através do batismo; deportar o maior número possível de africanos para as Américas para serem escravizados. Para isso, contaram com o protagonismo da Igreja Católica. A Ordem dos Cavaleiros Templários esteve na retaguarda das grandes navegações portuguesas do século XV e XVI.

Em 1317, o rei português dom Dinis acolheu os templários perseguidos na Europa. Rebatizada de Ordem de Cristo, os templários foram decisivos para a expansão comercial. Em 1418, papa Martinho V, na bula *Sane Charissimus*, deu aval às navegações portuguesas, conferindo status de novas cruzadas, agora contra os infiéis na África. As terras conquistadas passariam à Ordem de Cristo.

As caravelas de Pedro Álvares Cabral, cavaleiro da Ordem de Cristo, ostentavam em suas velas a cruz da Ordem de Cristo. Outra bula, *Dum Diversas*, publicada em 1452 pelo papa

Nicolau V, autorizava a Ordem de Cristo para caçar, escravizar e comercializar os ‘infiéis’. Em 1455 o mesmo papa publicou *Romanus Pontifex*, bula dirigida a D. Afonso V de Portugal, reafirmando *Dum Diversas*. Mais de 150 mil africanos foram capturados pelos portugueses entre 1450 e 1500 (GOMES, 2019, p. 51-56).

O espanhol Cristóvão Colombo chega à América em 1492, mesmo ano da construção do Castelo de São Jorge de Elmina, primeiro entreposto de tráfico de seres humanos na África. O início oficial do tráfico negreiro para a América foi marcado por um decreto de 1510, do rei Fernando Católico de Espanha. A Igreja, não se opunha a escravização do negro. Ordens religiosas foram grandes proprietários de cativos.

3 PERSPECTIVA TEOLÓGICA: MEMÓRIA, PERDÃO E REPARAÇÃO

3.1 Memória e justiça

Como fazer teologia diante de crimes de lesa humanidade tão estarrecedores? O que o teólogo tem a dizer na questão da justiça de transição? O Deus dos cristãos tem algo a dizer?

Terá se for inspirada em Jesus de Nazaré e focar no injustiçado

O olhar da justiça remete para o injustiçado e para a injustiça contra ele cometida. É uma forma de negação do outro. O sofrimento da vítima questiona as instituições que o excluam do direito. A justiça requer a memória como condição para fazer presente a injustiça do passado. O apagamento da memória serve para perpetuar a injustiça cometida no passado. A memória é extremamente importante para reparar as injustiças históricas.

A justiça de transição e a história exigem uma releitura dos Direitos Humanos para que estes sejam compreendidos e apropriados de forma adequada. Tornar históricos conceitos teóricos, e verificar a raiz mais profunda da sua negação. Falar de Direitos humanos na América Latina é rememorar as vítimas do regime de exceção imposto pelo capitalismo. Os Direitos Humanos exigem ser pensados a partir das particularidades dos contextos históricos-territoriais. No caso da América Latina, os seres humanos preferenciais dessa releitura são todos os injustiçados e espoliados dos seus direitos fundamentais. Seu clamor pode ser escutado nas organizações dos povos indígenas, nos movimentos afrodescendentes, na população LGBTQ+, nos movimentos feministas, nas organizações dos trabalhadores do campo e da cidade, nas juventudes periféricas.

3.2 Perdão e reparação

Frente aos crimes de lesa humanidade da qual participou, a Igreja pode ter duas atitudes: justificar sua postura frente ao sofrimento infligido. Ou responsabilizar-se, reconhecer sua falta de discernimento frente aos acontecimentos e assumir as dores das vítimas.

Papa Francisco, na encíclica *Fratelli tutti*, identifica três posturas erradas do cristianismo que podem ser aplicadas à Igreja em sua trajetória: desvios do Evangelho, uso político do catolicismo, interpretações equivocadas do magistério.

As religiões nunca incitam à guerra e não solicitam sentimentos de ódio, hostilidade, extremismo nem convidam à violência ou ao derramamento de sangue. Estas calamidades são fruto de desvio dos ensinamentos religiosos, do uso político das religiões e também das interpretações de grupos de homens de religião (FRANCISCO, 2020, n. 285).

Invasão, destruição, genocídio, escravização, tortura. Usando a cruz, em nome de Deus, os invasores europeus transformaram a África e a América em um gigantesco cemitério. Um calvário interminável. Reconhecer a culpa, pedir perdão é o mínimo que a Igreja poderia fazer. Confissão pública é obrigação moral. Em 1985, Joao Paulo II, no discurso aos intelectuais africanos, lamentou que muitos cristãos e nações cristãs, contribuíram para o tráfico de africanos para serem escravizados nas Américas (JOÃO PAULO II, 1985, n. 13).

No início do 2º Milênio, João Paulo II voltou a pedir perdão pelos erros da Igreja Católica desde sua fundação. A confissão pública foi realizada na Basílica de São Pedro durante a Missa do primeiro domingo da Quaresma. Essa purificação da memória incluiu o perdão pelo uso de “métodos não evangélicos” no serviço da Fé e desrespeito dos direitos dos povos e das respectivas culturas e religiões. Atentados contra a dignidade da mulher e as violações dos direitos humanos também estavam incluídos na lista dos pecados da Igreja na história.

Nesse contexto, a Comissão Teológica Internacional elaborou o documento “Memória e Reconciliação: A Igreja e as culpas do passado” (COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL, 2000). O texto aponta a *purificação da memória* entre os *sinais dos tempos*.

Esta consiste no processo destinado a libertar a consciência pessoal e coletiva de todas as formas de ressentimento ou violência que a herança de culpas do passado pode haver deixado, mediante uma renovada avaliação histórica e teológica dos acontecimentos implicados que conduza ao reconhecimento de culpa e contribua para um real caminho de reconciliação. As culpas passadas fazem sentir o peso das suas consequências também hoje.

Carregamos o peso dos erros e culpas dos que nos precederam. A memória dos crimes cometidos não deve ser cancelada.

Na comemoração do V Centenário da evangelização da América, a IV Conferência Geral do Episcopado Latino-americano, realizou uma liturgia penitencial pela atitude da Igreja frente ao genocídio indígena e ao tráfico e escravização dos povos africanos. Na ocasião, a violação sistemática dos Direitos Humanos foi apontada como desafio à evangelização. Os direitos humanos são considerados sinais dos tempos, ou seja, como passagem de Deus na história (cf. VATICANO II, *Gaudium et spes*, n. 4.11). Em chave latino-americana, os direitos humanos são destacados como o primeiro dos “novos sinais dos tempos” (cf. CELAM, 1992, n. 164-168).

3.3 Amor ao dinheiro, raiz de todos os males (1 Timóteo 6, 10)

A perspectiva da teologia é importante para a compreensão da gravidade dos crimes de lesa humanidade.

Os regimes de exceção e as violações aos direitos humanos brotam do mistério do mal presente na história. Todos os regimes de exceção se sustentam em mecanismos que institucionalizam a injustiça e a violência. É um problema estrutural que remete ao mistério do pecado no mundo. “O pecado prolifera em estruturas opressoras, na dominação e no espólio de povos, raças e classes sociais” (GUTIERREZ, 1980, 130).

As estruturas perversas não aparecem do nada. A relação entre países dominadores e países explorados/oprimido desmascara a dimensão de totalidade do capitalismo. O pecado por excelência é construído no confronto gerado pelo opressor/dominador sobre o oprimido/dominado. Nele, o pecado se expressa como injustiça em todas as dimensões da economia internacional, da divisão do trabalho até o consumo (DUSSEL, 1987). Institucionalizada, essa estrutura se reproduz em todas as relações humanas. Coletivos humanos dominam e exploram outros grupos humanos de forma constante.

A América Latina foi engendrada neste confronto iniciado na conquista e exploração e continuado até os dias atuais. É a faceta mais violenta do ‘pecado do mundo’. Milhões de seres humanos foram cruelmente coisificados para que o capital pudesse se expandir.

Estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais produziram e continuam produzindo muito sofrimento e violência.

As relações internacionais do capitalismo sempre são relações de dominação dos países poderosos sobre os países oprimidos, é o pecado internacional de uma estrutura mundial injusta que causa a morte de nações inteiras. Essas estruturas são herdadas historicamente. É o pecado mais fundamental da atualidade... nações inteiras tem suas vidas roubadas por outras nações (DUSSEL, 1987, p. 154).

A destruição do outro como ser humano está na origem desta catástrofe que acompanha a história da América Latina. A voracidade do capitalismo desconhece limites. São estratégia e mecanismos perversos que funcionam contra a vida humana, contra a justiça e contra o cristianismo que brota do Evangelho. Há uma busca obsessiva pela riqueza a qualquer preço. É a causa primeira da injustiça e das agressões mais cruéis contra a vida humana. “A adoração do antigo bezerro de ouro (Êxodo 32,1-35) encontrou uma versão nova e impiedosa no fetichismo do dinheiro e na ditadura de uma economia sem rosto e sem um objetivo verdadeiramente humano” (FRANCISCO, 2013, EG, n. 55). A oposição entre o amor ao dinheiro e o amor a Deus atinge dimensões dramáticas no capitalismo. Este sistema de totalidade se expandiu globalmente descartando a maioria da humanidade. É uma luta entre a vida e a morte.

“Toda a Doutrina Social da Igreja se revolta contra o ídolo dinheiro, que reina em lugar de servir, tiraniza e aterroriza a humanidade” (FRANCISCO, 2015). A idolatria está relacionada com a manipulação de símbolos religiosos para legitimar negação da dignidade humana e possibilitar todo tipo de crimes de lesa humanidade. Relações humanas dão lugar a relações econômicas. A naturalização da violência é uma demonstração do poder da riqueza. “Onde há idolatria, apagam-se Deus e a dignidade do ser humano” (FRANCISCO, *Evangelii gaudium*, 57).

Em linguagem teológica, se trata da radicalização mais absoluta do pecado, a corrupção. Antes de falar em pecado original, expressão ausente na Bíblia, a tradição cristã dizia que o ser humano vive uma situação de corrupção, ou seja, seu coração está apodrecido. O pecado brota do fundo do ser humano corrompido (Mc 7,2-12). A corrupção está na base do capitalismo e seus laços com o poder e o dinheiro.

Quem vive em riqueza não vê o ser humano nos pobres e não sabe mais onde estão os limites. É o que acontece com o homem rico da parábola (Lc 16, 19-29). O rico sabia que o pobre homem estava lá, sabia o nome dele, mas havia atingido o ponto de não retorno, seu pecado se transformou em corrupção. Era um corrupto: sabia das miséria, mas vivia feliz (FRANCISCO, 2017).

A corrupção é pior do que o pecado, diz Papa Francisco: “A corrupção é quando o pecado entra lentamente na consciência e não deixa espaço nem para o ar, tudo se torna pecado: isto é corrupção.”

A corrupção está na base de sistemas que impõe regimes de exceção sobre populações indefesas. Em Nápoles, Francisco alertou: “Fechar a porta aos migrantes, tirar o trabalho e a

dignidade do povo chama-se corrupção. É uma tentação para os negócios fáceis, para a delinquência, para os crimes. Quanta corrupção há no mundo!” (FRANCISCO, 2017b).

O conluio entre corruptores e corrompidos é uma das principais causas das violações aos direitos humanos. A corrupção impede que as denúncias contra os crimes de lesa humanidade sejam julgadas e seus autores sejam condenados. Regimes de exceção se apoiam na corrupção para se manter impunes. Oligarquias são favorecidas e fortalecidas a partir da cumplicidade entre governo e elite nos três poderes da república. A finalidade principal é manter seus privilégios e aumentar seu patrimônio.

A corrupção, como dado intrínseco a todo sistema apoiado na acumulação de riqueza, desponta quando há concentração de poder. É uma estratégia dos poderosos para concentrar ainda mais poder. Nessa dinâmica, o poder Judiciário é uma espécie de superestrutura que legitima todo o sistema. A corrupção compromete a legitimidade das instituições públicas no exercício da justiça. Qual a ideia de justiça de um sistema judiciário corrompido por séculos de escravidão em um país que abusou dos habitantes mais desprotegidos? Quando o poder é sequestrado pelo dinheiro, os interesses corporativos se sobrepõem aos interesses da justiça. Avanço importante contra os regimes de exceção é identificar e combater a corrupção que os sustentam. A corrupção mata!

4 CRISTIANISMO, MEMORIAL DE LIBERTAÇÃO

4.1 Memorial de Cristo

O Memorial da história da salvação ocupa o centro do cristianismo (GASDA, 2014, p. 195-197). O Cristianismo é, acima de tudo, memorial da plena libertação de todas as formas de opressão. Memória ativa e esperançada em um novo céu e uma nova terra onde reina a justiça e a fraternidade inaugurada por Cristo.

Do grego *anámnesis*, o termo memorial é utilizado por Jesus na última ceia com seus amigos: “Fazei isso em minha memória” (cf. Mc 14,22-25; Mt 26,26-29; Lc 22,15-20). A palavra grega, por sua vez, é tradução do hebraico *zikkārōn* (cf. Ex 12,14; 13,3; Dt 16,5), da ceia pascal judaica. Fazer memorial do mistério da Páscoa é deixar-se configurar por Cristo e comprometer-se com a libertação de todas as escravidões (SCHOTTROFF, 1978, p. 710-724).

A teologia cristã brota do memorial do mistério de um Deus encarnado, traído, torturado e crucificado. Associada ao destino dos condenados da terra, a existência do cristianismo se deve à Memória de um Subversivo condenado à morte por um regime de exceção imposto na Palestina pelo Império Romano. O Império romano, determinava as condições de vida na

Palestina. Seu poder era exercido à base de terror, violência, extorsão e cumplicidade dos líderes locais. Jesus foi executado por crucificação, uma forma de suplício que as forças de ocupação aplicavam para aterrorizar povos escravizados, torturando publicamente os subversivos até a morte (cf. HORSLEY, 2004, p. 34-35)². A mensagem deste crucificado por ordem do Império Romano era a boa notícia aos pobres, um *euangélion* (cf. Mc 1,15; Mt 5,3-12), assumiu a figura do Servo sofredor (cf. Mt 8,17) e carregou os clamores de todos os flagelados da terra (cf. Mt 25,31-46).

Desde a conquista e colonização, a maioria dos povos latino-americanos vive um verdadeiro calvário. Na América Latina o capitalismo normalizou o regime de exceção para os indígenas, negros, mulheres periféricas e população LGBTQI+. A fé em Cristo leva a entender o sofrimento de forma distinta. Só um Deus sofredor pode dar sentido à dor humana. Os sofredores do mundo atualizam a Paixão de Cristo em suas vidas. Jesus Cristo se identifica com todas as vítimas dos regimes de exceção na história.

Deus abraça a dor humana em Cristo desfigurado pelos crimes de lesa humanidade. Anular a dignidade do outro é negar a Deus do qual o outro é reflexo. Ofender a Deus é rejeitar sua imagem no outro. Cristo toma a forma do injustiçado. O que se faz ao outro se faz a Deus. A cruz de Jesus é símbolo de protesto e denúncia das estruturas e regimes geradores de violência.

O teólogo vive em um mundo marcado por histórias de injustiça, sofrimento e morte. Como discípulo de Jesus Cristo e profundamente solidário com as vítimas, também está comprometido com a superação de sistemas alicerçados na negação da vida, da justiça e da fraternidade. Onde há sofrimento, se faz teologia ouvindo a voz de Deus nos clamores dos flagelados. Nada mais contrário ao cristianismo do que um regime que condena milhões de seres humanos à morte em nome da avareza.

4.2 Em Cristo, a humanidade foi promovida à dignidade incomparável

Os direitos humanos têm raízes profundamente teológicas. O princípio da igualdade entre os seres humanos, alicerce dos direitos humanos, pode ser encontrado em diversos textos

² “Os romanos adotaram a crucificação como forma extremamente dolorosa de execução por tortura, aplicável principalmente a escravos insubmissos e provincianos rebeldes. Em geral, era acompanhada de outras formas de tortura, como a flagelação implacável. As crucificações eram realizadas em lugares elevados em razão de seu demonstrativo sobre a população escravizada. Os generais e governadores romanos designados para a Judeia e Galileia usavam sistematicamente a crucificação para aterrorizar a população e reprimir focos de resistência. Os romanos chamavam os rebeldes mais perigosos de bandidos” (pg. 34).

bíblico-teológicos. Segundo Celso Lafer, “(...) o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos” (LAFER, 2001, p. 119).

Os direitos humanos condensam as principais exigências éticas do Evangelho. Mulheres e homens de todas as orientações sexuais, ideológicas, negros, brancos, pardos, todas as raças e nações, culturas e religiões, são criaturas de Deus e destinatárias de Sua graça. “O ser humano é um reflexo do Cristo, porque foi criado por meio Dele e em vista Dele” (Colossenses 1,15-17).

O Concílio Vaticano II (1965) destaca essa fundamentação teológica:

A igualdade fundamental entre todos os homens deve ser cada vez mais reconhecida, uma vez que, dotados de alma racional e criados à imagem de Deus, todos têm a mesma natureza e origem; e, remidos por Cristo, todos têm a mesma vocação e destino divinos. Deve superar-se, como contrária à vontade de Deus, qualquer forma social ou cultural de discriminação, quanto aos direitos fundamentais da pessoa, por razão do sexo, raça, cor, condição social, língua ou religião (GS, n. 29).

A universalização da dignidade humana se dá através de instrumentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Interpretado como sinal dos tempos, é uma expressão visível, ainda que imperfeita, da presença do Reino de Deus na história (WACKENHEIM, 1979, p. 55-62). O Reino proclamado por Jesus no Evangelho não é abstração celestial. A pessoa de Jesus é a principal referência dos direitos humanos. Crimes de lesa humanidade devem ser denunciados por serem contrários à sua pessoa e mensagem: “Tudo o que fizestes a um destes meus pequenos, que são meus irmãos, foi a mim que o fizestes” (Mateus 25, 40). O outro é *imagem viva* de Deus, resgatada por Cristo e tornada sujeito da ação permanente do Espírito Santo.

Cristo, de ambos os povos fez um só, tendo derrubado os muros da separação suprimindo os ódios e inimizades (Efésios 2, 14). A imagem da destruição dos muros faz cair por terra todas as discriminações. Se somos todos irmãos e irmãs, não há mais estranhos ou estrangeiros: “Não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós sois um só em Cristo Jesus” (Gálatas 3, 27-28). Essa é a mensagem do fundador do Cristianismo: O amor é a Lei. Porque Deus é amor (1 Jo 4, 8).

4.3 Fratelli tutti

Papa Francisco, na encíclica *Fratelli tutti* (FT, 2020), situa a dignidade humana como referência da nossa irmandade. Somos todos irmãos. Fraternidade é o contrário da indiferença, do egoísmo, da discriminação. “Reconhecendo a dignidade de cada pessoa, podemos resgatar entre nós o desejo universal de irmandade, uma só humanidade, filhos desta mesma terra que nos protege, cada um com sua própria voz, como irmãos” (FT, 8).

A fraternidade é o caminho pelo qual as barreiras geográficas, políticas, étnicas, culturais e religiosas podem ser superadas. Todas as divisões são superadas quando nos aproximamos dos outros como irmãos. Se trata de resgatar aquilo que a civilização perdeu de mais valioso: sua humanidade. O amor humano tem a dimensão do universo, é aberto a todas as criaturas (FT, 6). É urgente “voltar a levar a dignidade humana ao centro e sobre este pilar construir as estruturas sociais alternativas que necessitamos” (FT, 168).

O princípio da irmandade na dignidade não admite exceção. O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos aponta que os mesmos derivam do “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Ideia explicitada em seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

Em razão tão somente de sua condição, todo ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados por seus semelhantes. A dignidade humana, princípio objetivo que sustenta o direito, é anterior à legislação. Mas o Direito é uma instância fundamental para que a justiça se cumpra. Todas as lutas por justiça abrangem o ordenamento jurídico-político. Todos os demais direitos só são possíveis de concretização quando respeitado o princípio da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Desde suas origens o capitalismo mostrou sua essência e finalidade. Privados de direitos fundamentais, para os pobres a exceção é norma até os dias atuais. Os direitos, na América Latina, precisam ser conquistados com muita luta. O projeto iluminista da Modernidade - igualdade, liberdade, fraternidade - não se realizou para as grandes maiorias do mundo. A igualdade vê-se desmentida pelo abismo entre ricos e pobres excluídos; a liberdade é um privilégio dos incluídos no mercado; a fraternidade não se concretizou sequer nos países desenvolvidos.

É ingenuidade acreditar que se pode humanizar um sistema cuja essência é transformar tudo em mercadoria. É impossível que a justiça se realize onde os corruptos fazem a lei. Todo

sistema apoiado em regime de exceção se empenha em esconder suas consequências perversas para assim garantir a impunidade aos culpados. Os fatos, porém, existem e, quando narrados, entram para a história. O apagamento da história das vítimas seria uma segunda injustiça. As gerações do presente precisam empenhar-se para que ela não ocorra.

O nome de Cristo não pode ser usado para justificar os crimes contra a humanidade. As comunidades dos cristãos reunidos em Igreja serão sempre subversivas frente a todo regime de propagador de injustiça e violência. Defender a vida e os direitos humanos é da essência do cristianismo.

Apoiada em sua tradição bimilenar, a Igreja comunga com as prescrições nacionais e internacionais em torno dos direitos humanos. A opção cristã será sempre pelos mais vulneráveis, abandonados e descartados da sociedade. Intensificar sua presença nas lutas coletivas pelo reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos é seu dever.

A injustiça histórica tem se mostrado de modo agressivo nas sociedades latino-americanas do nosso tempo. O aumento da pobreza é comparável ao aumento do racismo, do feminicídio, da LGBTfobia. Inspirada no Evangelho, cabe à teologia insistir na afirmação da dignidade de cada pessoa criada à imagem e semelhança de Deus e na unidade do gênero humano.

A teologia tem uma contribuição original neste labor de desmascaramento da maldade intrínseca dos regimes de exceção. Enquanto seres humanos forem tratados pelo Estado e pelo capitalismo como meros recursos econômicos, ninguém estará a salvo de violações constantes aos direitos humanos. As duas formas extremas de exploração: o tráfico de pessoas e o trabalho escravo não são práticas restritas ao capitalismo nascente. Ao contrário, continuam atuais e não se restringem aos africanos e indígenas, mas afeta brancos pobres, imigrantes, mulheres e crianças. Ambos os crimes de lesa humanidade persistem como característica do capitalismo contemporâneo. São séculos de guerras, genocídios, racismos, xenofobia, misoginia, multidões continuam descartadas na história. A humanidade precisa ser defendida da barbárie. Nenhuma legislação pode ser tolerante com a violência contra seres humanos.

Esperançar! A memória das vítimas potencializa a esperança de uma plena realização da justiça. Recuperar o passado é exigência de justiça. As vítimas têm muito a dizer. “Deixar falar o sofrimento é a condição de toda verdade” (Adorno). A consciência humana não pode sentir-se livre enquanto existirem escravizados e escravizadores. “O silêncio diante do mal é o próprio mal” (Dietrich Bonhoeffer).

A primeira consequência ética da reflexão teológica sobre a experiência de Deus é a solidariedade com os oprimidos e o compromisso pela superação de toda forma de injustiça. Desmascarar todos os modelos de idolatria é outra consequência.

Inspirada na proclamação da Boa Notícia de Jesus humilhados e explorados da terra, a Igreja sempre terá muito a oferecer nesta luta incessante contra os ídolos que povoam o capitalismo. Deus não quer sacrifícios, mas misericórdia e justiça para todos os explorados da terra (Mt 9, 13).

Buscar a justiça é fazer Memória de Cristo! Sua ressurreição é a manifestação mais clara da justiça de Deus com as vítimas da história.

“Bem-aventurados os perseguidos por causa da justiça porque deles é o Reino dos Céus” (Mt 5,10).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer. O poder soberano e a vida nua.** Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALENCASTRO, Luís Felipe. **O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BANTON, Michael. **A ideia de Raça.** Lisboa: Edições 70, 1979.

BOXER, Charles. **O império marítimo português: 1415-1825.** Lisboa: Edições 70, 1969.

CELAM (CONFERÊNCIA GERAL DO EPISCOPADO LATINO-AMERICANO). **Santo Domingo – Conclusões IV Conferência do Episcopado Latino-americano.** Nova evangelização, Promoção humana e Cultura cristã: “Jesus Cristo ontem, hoje e sempre” (Hb 13,8). 7ª Edição Tradução oficial da CNBB, 1992.

COMISSÃO TEOLÓGICA INTERNACIONAL. **Memória e reconciliação: a Igreja e as culpas do passado.** Roma: Librería Edictrice Vaticana, 2000.

CONCÍLIO VATICANO II. **Constituição pastoral Gaudium et spes.** Sobre a Igreja no mundo atual. Roma: Librería Editrice Vaticana, 1965.

DAVIS, Brion. **O problema da escravidão na cultura ocidental.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Ética Comunitária: liberta o pobre!** Petrópolis: Vozes, 1987.

ELTIS, David; Richardson, D. **Atlas of the Transatlantic slave trade.** New Haven: Yale University Press, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** São Paulo: EDUSP, 2019.

FERREIRA, Roquinaldo. **Cross-Cultural Exchange in the Atlantic World: Angola and Brazil during the Era of the Slave Trade**. New York: Cambridge University Press, 2012.

FRANCISCO, Papa. **Exortação Apostólica Evangelii gaudium (EG)**: sobre o anúncio do Evangelho no mundo atual. Roma: Librería Editrice Vaticana, 2013.

_____. **Discurso ao II Encontro mundial dos movimientos populares** (Bolívia). Roma: Librería Editrice Vaticana, 2015.

_____. **Carta Encíclica Laudato Sí (LS)**: sobre o cuidado da casa comum. Roma: Librería Editrice Vaticana, 2015.

_____. **Carta Encíclica Fratelli tutti (FT)**: Sobre a fraternidade e a amizade social. Roma: Librería Editrice Vaticana, 2020.

_____. Meditações matutinas na Santa Missa celebrada na capela da Casa Santa Marta. **A corrupção é o pior pecado**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/cotidie/2017/documents/papa-francesco-cotidie_20170403_corrupcao-pior-pecado.html. Acesso em: 27 out. 2020

GOMES, Laurentino. **Escravidão, vol. I** - Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019.

GASDA, Élio. **Cristianismo e economia**: repensar o trabalho além do capitalismo. São Paulo: Paulinas, 2014.

GUTIERREZ, Gustavo. **Pobres e Libertação em Puebla**. São Paulo: Paulinas, 1980.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte** [Lições sobre filosofia da história], in: Werke Bd. 12, Frankfurt/Main, 1837), 1992.

HORSLEY, Richard. **Jesus e o Império**. O Reino de Deus e a nova desordem mundial. São Paulo: Paulus, 2004.

JOÃO PAULO II, Papa. **Discurso a los Cuerpos constituidos y al Cuerpo Diplomático en Yaoundé** - 12-8-1985 n. 13, *L'Osservatore Romano*, 1 de septiembre de 1985, p. 8.

JUNIOR, Caio Prado. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Martins Fontes, 1942.

KANT, Immanuel. **Von den verschiedenen Rassen der Menschen** [Sobre as diferentes raças humanas]. In: Werkausgabe Bd. XI, Frankfurt/Main, 1775), 1993.

_____. **Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen** (Observações sobre o sentimento do belo e do sublime) In: Werkausgabe Bd. II, Frankfurt/Main, 1764) Edições 70, Lisboa, 2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MAESTRI, Mário. ‘A coroa e o tronco: escravidão e o Estado nacional brasileiro’. In: **Ágora** (Santa Cruz do Sul), v. 3, n.2, p. 7-33, 1999.

MARQUESE, Rafael; SALLES, Ricardo. **Escravidão e capitalismo histórico no século XIX: Cuba, Brasil e Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

Nabuco, Joaquim. **O abolicionismo**. Petrópolis: Vozes, 1977.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Declaração Universal dos Direitos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 08 set.2021

ONU. Conselho de Segurança. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report Secretary-General, 2004.

SIMONSEN, Roberto. **História econômica do Brasil: 1500-1820**. São Paulo: Nacional, 1937.

SCHOTTROFF, W. Recordar (zkr). In: JENNI, E. (ed.); WESTERMANN, C. (colab.). **Diccionario teológico manual del Antiguo Testamento – vol. I**. Madrid: Cristiandad, 1978.

THE TRANSATLANTIC SLAVE TRADE DATABASE. **Explorar a dispersão de africanos escravizados pelo mundo Atlântico**. Disponível em: <https://www.slavevoyages.org>. Acesso em: 26 set. 2021.

THORNTON, John. **Africa and Africans in the making of the Atlantic World, 1400-1800**. New York: Cambridge University Press, 1992.

WACKENHEIM, Charles. ‘O significado teológico dos direitos humanos.’ In: **Concilium**, n. 144, p. 55-62, 1979.

WALLERSTEIN, Immanuel. **The Modern World-System - I: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century**. New York: Academic Press, 1974.

WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e Escravidão**. Rio de Janeiro: Americana, 1975.

Submissão em 16/11/2021. Aceito 21/12/2021

**O BRASIL AFRICANO, O GEODIREITO & O RACISMO ESTRUTURAL-
INSTITUCIONAL***THE AFRICAN BRAZIL, GEOLAW & STRUCTURAL-
INSTITUTIONAL RACISM*

Rafael Sanzio Araújo dos Anjos¹
Universidade de Brasília

Resumo:

Para expressar aspectos fundamentais da Geografia Afrobrasileira, o artigo usa referências das linguagens cartográfica e fotográfica numa perspectiva historiográfica, geopolítica e do geodireito, revelando territorialidades distintas no espaço e no tempo, isto porque existe um convívio secular não assumido, regido por uma geografia da inexistência, pautada na hostilidade da temática, na omissão das informações e nos erros e equívocos oficializados, que funcionam como estratégias básicas do Estado para a manutenção do sistema dominante conservador, oligárquico, segregador e preconceituoso. A diminuição crescente dos prestígios da geografia e da cartografia nas estruturas de poder; o modelo fragmentário de tratar as demandas territoriais seculares e pendentes do país, assim como, a manutenção do pensamento social racista dominante, no que se refere às matrizes africanas no território e do povo brasileiro, constituem entraves básicos na implementação eficaz das políticas públicas e privadas permanentes, duradouras e articuladas no Brasil. Neste paper buscamos auxiliar na ampliação dos conhecimentos sobre as referências geográficas conflitantes do Brasil Africano contemporâneo e trazer outros elementos para o entendimento das configurações espaciais e da governança dos territórios afrobrasileiros, em risco permanente e sem lugar definido na nação.

Palavras-Chave:

Geografia Afrobrasileira. Geodireito. Geopolítica Afrobrasileira. Racismo Estrutural. Cartografia Afrobrasileira. Racismo Institucional. Território Afrobrasileiro. Governança Afrobrasileira. Racismo Geográfico.

Abstract:

To express fundamental aspects of Afro-Brazilian Geography, the article uses references from cartographic and photographic languages in a historiographical, geopolitical and geopolitical perspective, revealing distinct territorialities in space and time, this because there is an unassumed secular coexistence, governed by a geography the inexistence, based on the hostility of the theme, the omission of information and the official errors and mistakes, which function as basic strategies of the State for the maintenance of the dominant conservative, oligarchic, segregating and prejudiced system. The growing decrease in the prestige of Geography and Cartography in power structures; the fragmentary model of dealing with the country's secular and pending territorial demands, as well as the maintenance of the dominant racist social thought, with regard to the African matrices in the territory and the Brazilian people, constitute basic barriers in the effective implementation of public and private policies permanent, lasting and articulated in Brazil. In this paper we seek to assist in expanding knowledge about the conflicting geographical references of contemporary African Brazil and bring other elements to understand the spatial configurations and governance of Afro-Brazilian territories, at permanent risk and with no defined place in the nation.

Keywords:

Afro-Brazilian Geography. Geopolitics. Afro-Brazilian Geopolitics. Structural Racism. Afro-Brazilian Cartography. Institutional Racism. Afro-Brazilian Territory. Afro-Brazilian Governance. Geographic Racism.

1 INTRODUÇÃO

Não é mais aceitável a manutenção da nação brasileira se “apresentando” para o sistema dominante como um “país da Europa”, mantendo um processo secular de

¹ Geógrafo, Prof. Titular da Universidade de Brasília \ Gestor do Projeto GEOAFRO \ Diretor do Centro de Cartografia Aplicada & Informação Geográfica - Site: www.projetogeoafrobrasil.com

invisibilidade da realidade, sobretudo nas marcas irreversíveis encontradas no território que se organizou, na população conflitante configurada e na estrutura da sociedade dividida. Estas são “instâncias concretas no conjunto amplo das contradições, que têm como “pano de fundo” as referências dos cinco séculos de sistema escravista criminoso (aqui incluídos os quatro séculos do Brasil Colonial e os 100 anos do século XX do Brasil República de mentalidade escravocrata), ainda não resolvidas no país. Neste sentido, as demandas para compreensão desta complexidade são grandes e existem poucas disciplinas mais bem colocadas do que a Geografia e a Cartografia para auxiliar na representação e interpretação das inúmeras indagações nesta primeira metade do século XXI.”(ANJOS, 2020)

A Geografia continua sendo o melhor instrumento de observação do que aconteceu, porque apresenta as marcas da historicidade espacial; do que está acontecendo, isto é, tem registrado os agentes que atuam na configuração espacial atual e o que pode acontecer, ou seja, é possível capturar as linhas de forças da dinâmica territorial e apontar as possibilidades da estrutura do espaço no futuro próximo (ANJOS, 2011). Entretanto, algumas Geografias foram construídas e contadas na perspectiva dos “vencedores”, ou seja, dos representantes do sistema geoeconômico dominante com o apoio do Estado nas suas legitimações, sobretudo as jurídicas. Nesta direção, a “Geografia Afrobrasileira que tratamos nessa oportunidade, é concebida não como uma fatia de um parcelamento geográfico, mas tem como perspectiva ser um componente estrutural e revelador da Geografia Real, que faz o resgate de um dos principais “Brasis invisíveis” secularmente, ou seja, povos e territórios que existiram e se mantêm sobreviventes, mas de uma maneira marginal, oficioso, residual e não vistos na sua plenitude. Esta Geografia que traz a espacialidade da exclusão e do conflito secular da nação, é o que questionamos aqui e propomos outras leituras e representações do espaço geográfico, onde a complexidade conflitante da África existente-resistente no Brasil seja considerada devidamente. Neste sentido, caracterizar e interpretar espacialmente as estruturas existentes na formação territorial do Brasil e do seu povo diverso, tomando como referência os aspectos geográficos da herança africana reveladora no território brasileiro é a premissa básica da Geografia Afrobrasileira” (ANJOS, 2020).

Entendemos que no conceito de território estão agregados os sentimentos de apropriação de uma porção do espaço, assim como, quanto ao seu limite e a sua fronteira. “O território é o suporte principal da existência humana! Ele é na sua essência um fato espacial e social secularmente atrelado a uma dimensão política, permeado de identidade, possível de categorização e de dimensionamento” (ANJOS, 2011). Nesta direção, no “território afrobrasileiro estão gravadas as referências culturais e simbólicas das matrizes da África na

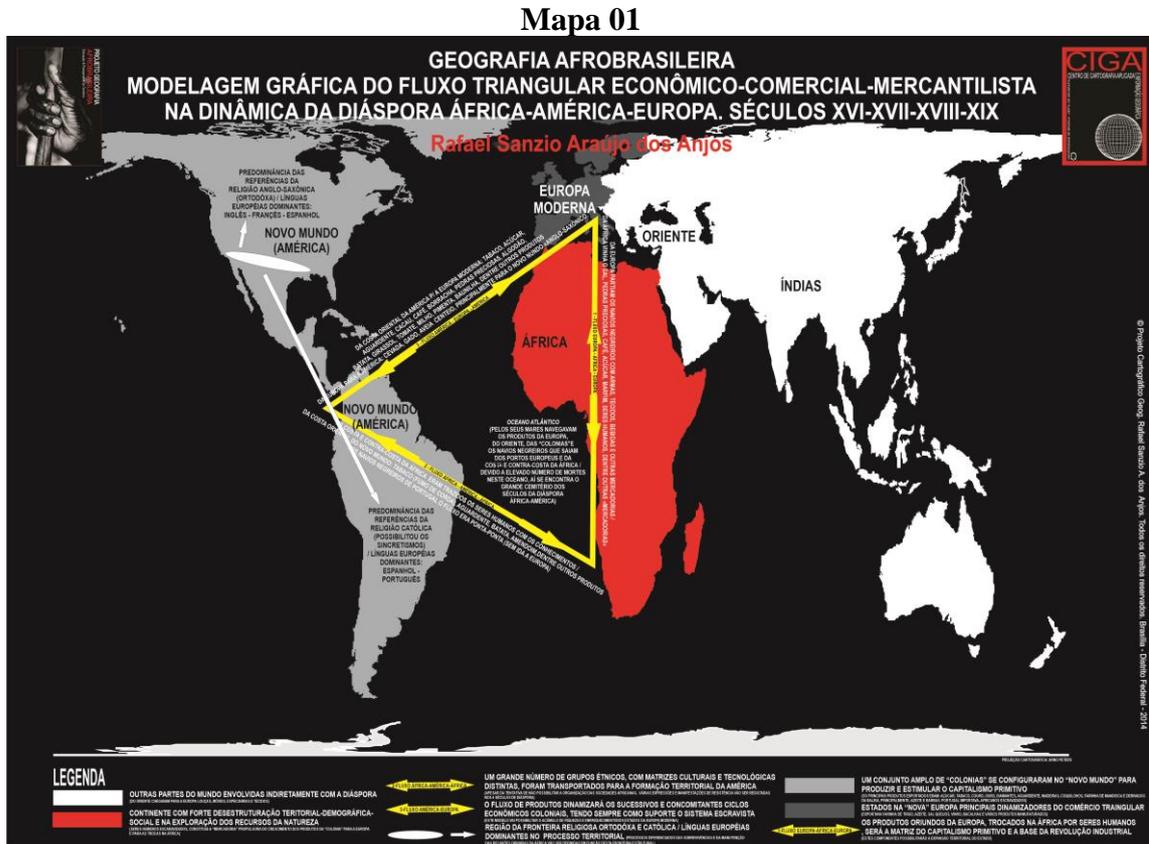
sua coletividade, ou seja, é o espaço multe escalar (cadastral, urbano, municipal, regional e nacional) construído e materializado a partir das suas referências identitárias e de pertencimento territorial, onde a sua população tem um traço de origem étnica e social predominante” (ANJOS, 2020).

Tomamos como premissa que tratar do Brasil Africano nos contextos geográficos, cartográficos e fotográficos, buscando reconhecer a geopolítica da exclusão e o seu sistema de governança precário e hostil, assim como, superar o racismo estrutural e institucional existentes é ter uma atuação sobre um dos mecanismos estratégicos da manutenção da inexistência territorial e social secular do Brasil Colonial sobrevivente. Neste *paper* buscamos auxiliar na ampliação dos conhecimentos e das informações sobre as referências espaciais conflitantes na nossa nação de raiz africana, assim como, trazer outros elementos geográficos para o entendimento das configurações e da governança atuante no Estado de mentalidade colonial que comanda o país. Algumas referências sobre a Geografia da Diáspora e a Geopolítica repressora e hostil do modelo secular instaurado na África e no Brasil, são tratadas no item a seguir.

2 UMA SÍNTESE DA GEOPOLÍTICA DA DIÁSPORA AFRICANA E DO BRASIL COLONIAL EM CONFLITOS E TENSÕES

Ao longo dos séculos XV, XVI, XVII, XVIII e XIX se processa o alargamento do mundo conhecido, sobretudo os territórios a ele incorporado, as “novas” fronteiras constituídas e impostas e a evolução significativa das técnicas. Este longo período da história dos seres humanos vai se caracterizar por uma nova fase nas relações entre estes e a natureza e é neste contexto que a Ciência Geográfica vai se desenvolver e servir ao grande projeto de dominação escarvista justificada globalmente e que tinha a África como epicentro da produção de riquezas, exércitos e fortalecimento dos Estados. O “grande triângulo dos fluxos econômicos – comerciais do século XV ao XIX envolvendo a Europa, a África e o Novo Mundo (América) tinham o oceano Atlântico como grande espaço de ligação e por seus mares navegavam as mercadorias da Europa, do Oriente, das colônias e os “navios negreiros” que saíam da rede de portos europeus e da costa e contra costa do continente africano. É neste oceano que se encontra o grande cemitério dos séculos da diáspora África-América. A modelagem gráfica do **Mapa 01** a seguir mostra as principais referências dos fluxos comerciais e de mercadorias nos quatro séculos do tráfico e a Geografia da Diáspora que se configurou e se estruturou com base na dinâmica do sistema escravocrata nas margens do

Atlântico e do Pacífico e no interior do continente americano, sobretudo a de dominação Ibérica, mesmo com as suas contradições sociais, políticas e econômicas” (ANJOS, 2014).



Fonte: ANJOS, R.S.A. O Brasil Africano: Cartografia para Educação. Mapas Editora & Consultoria, 2014

No Fluxo Europa-África-Europa os navios saídos dos portos escravagistas europeus levavam armas, tecidos, bebidas e outras mercadorias e dos portos africanos vinham o sal, pedras preciosas, café, açúcar, marfim, seres humanos dentre outros produtos tropicais. O Fluxo América-África-América caracterizou-se prioritariamente pelos deslocamentos dos distintos grupos étnicos com suas bagagens culturais e tecnológicas para a ocupação e formação dos novos territórios coloniais e da sua costa Oriental eram exportados o fumo de corda, aguardente batata, amendoim, dentre outras mercadorias. Do Fluxo América-Europa-América saíam açúcar, aguardente, cacau, tabaco, café, borracha, pedras preciosas, algodão, batata, girassol, tomate, milho, pimenta, baunilha, etc. e, para o Novo Mundo eram encaminhados cevada, gado, aveia e centeio. Os pontos fixos de articulação e “nós” se caracterizavam principalmente pela rede de cidades e portos que vão dar suporte locais e regionais na Geografia da Diáspora. “Os deslocamentos seculares espaciais dos povos africanos para o Brasil por quatro séculos (XVI-XIX), não devidamente quantificada,

documentam como a consolidação da sociedade escravagista conseguiu estabilizar-se e desenvolver-se mesmo com os conflitos políticos e as contradições econômicas e sociais. Aqui está a matriz fundamental da exploração perversa dos recursos da natureza conduzido por um modelo onde o controle dos meios de produção, dos capitais, dos recursos tecnológicos e da concentração de terras vai se cristalizar por cinco séculos, incluído aqui o século XX (República Escravocrata), tendo a manutenção das desigualdades como “pano de fundo” permanente” (ANJOS, 2010).

O processo de pulverização das distintas matrizes africanas no território colonial pelo Estado escravagista tinha, também como estratégia dificultar a organização social, extinguir a língua de origem e impossibilitar a continuidade das culturas, ou seja, foram criados dispositivos reais para que as populações oriundas da África perdessem as suas referências identitárias e, por conseguinte, houvesse uma diluição da identidade étnica africana. Esse é mais um fator geográfico que colabora para a falta de uma referência ancestral de origem da população afrobrasileira com interferências profundas na sua cidadania e no sentimento de pertencimento territorial.

“Na América escravocrata o quilombo significava a expressão geográfica concreta dos conflitos e tensões no sistema dominante e era uma reconstrução e elaboração de um tipo de organização territorial existente na África Meridional. É a primeira grande territorialidade africana da resistência ao sistema opressor no Novo Mundo. A grande extensão dos povoados “livres“, com uma forma de organização territorial de matriz africana, que vão se desenvolver nas margens brasileiras do Oceano Atlântico, têm em comum a referência de um espaço seguro e protegido, não necessariamente isolado, com igualdade de condições na maioria das relações comunitárias, de liberdade, de acesso à terra e de uma base possível de ter confrontos e guerras” (ANJOS, 2010).

Apesar de no Brasil ocorrer apenas em 1850, a primeira metade do século XIX caracterizou-se pelos vários tratados visando abolir o tráfico negreiro. Pelo quadro de ilegalidade e clandestinidade, os dados estatísticos dos movimentos demográficos são bem imprecisos. Por pressões geopolíticas europeias esse é o período em que são desfeitas as ligações bilaterais entre os continentes africano e americano, sendo destruídas as rotas do tráfico triangular entre a América, a África e a Europa. Entretanto, o Brasil por 66 anos e os Estados Unidos por mais 90 anos, continuaram escravistas depois da independência. Algumas referências sobre a Geografia de Estado de suporte colonial e o modelo institucional excludente na condução das demandas territoriais e dos povos de matriz africana no Brasil, são tratadas no item a seguir.

3 A GEOGRAFIA DE ESTADO EXCLUDENTE DO BRASIL E O RACISMO ESTRUTURAL - INSTITUCIONAL NA CONDUÇÃO DAS DEMANDAS DOS TERRITÓRIOS E DOS POVOS DE MATRIZ AFRICANA

A “Geografia Oficial, ou seja, a Geografia que o Estado brasileiro tem desenvolvido ao longo dos seus cinco séculos de existência formal no sistema global, vai se operacionalizar sobre esse contexto duradouro de dominação e exploração dos territórios e dos povos subjulgados e inferiorizados, apostando portanto nas desigualdades, na ineficiência das ações governamentais, restringindo o acesso à educação e a saúde e, exigindo obrigações dos seguimentos menos favorecidos. Mesmo com está Geopolítica Colonial de proteção da classe que detém o capital e os meios de produção, o Brasil era e continua extremamente frágil porque dependia e depende da força de trabalho dos povos africanos e tradicionais da floresta para se manter. É oportuno lembrar que fomos a Colônia que mais importou forçosamente seres humanos africanos de distintas matrizes étnicas e o último a sair do sistema escravista na América, resolvido institucionalmente com a assinatura da Lei Áurea (1888), devido à pressões internacionais e num contexto interno de tensão entre segmentos com interesses distintos da sociedade dominante e com desdobramentos traumáticos na sociedade e no território brasileiro nesses 133 anos “carregando” as referências do escravismo criminoso” (ANJOS, 2019).

É evidente que a Lei “Áurea” visava impedir a cidadania plena dos africanos e seus descendentes no Brasil, consolidando uma Geografia Oficial das Desigualdades ao “engessar” uma estrutura de privilégios seculares. Neste sentido, os marcos jurídicos da Lei Feijó (1831) que proibia claramente o tráfico de seres humanos africanos, mas que ficou conhecida como “Lei para Inglês Ver” pelo não cumprimento pelo Império; a Lei 001 (1837), institucionalizava que os (as) africanos (as) e afrobrasileiros (as) não podiam estudar e proibiam os mesmos de frequentarem escolas públicas; a 1ª. Lei de Terras (1855) registra as proibições para africanos e seus descendentes não terem terras no Brasil; o 1º. Censo Demográfico (1872) ao revelar que 70% da população do Império era de povos de matriz africana, vai ser criado o contexto onde é desenhada a “Política de Embranquecimento e Extermínio”; a Lei Saraiva Cotegipe (1885) traz imposições para analfabetos não votarem para não termos lugar na política; a Lei da Vadiagem (1890) que institucionaliza a violência e sua naturalização, ou seja, a formalização do Estado policial e a Lei 9081 (1911) que cria várias facilidades para os imigrantes europeus, como o pagamento da passagem da Europa

para o Brasil, acolhimento nos portos, alimentação e agasalho e condução até o local de destino. Estas são algumas referências do geodireito com rebatimentos direto no ordenamento do território, na estruturação da sociedade e na cidadania, cujo “pano de fundo” visavam promover a extinção do povo de matriz africana pela fome, deseducação, desterritorialidade e inexistência no sistema dominante, ou seja, a materialização de fato de uma Geografia Racista e de forma plena.

Estes fatos “mostram por que o Brasil vai se manter com um pensamento social dominante preconceituoso, pautado num conceito errôneo generalizado na nação continental até os dias atuais, materializado em ações e fatos de discriminações em praticamente todos os segmentos da sociedade. Importante o reconhecimento da sobrevivência desta Geopolítica Colonial no Brasil, que saiu do período escravocrata “zangado”, portanto resistente e contrário na sua maioria a deixar as regras dos privilégios institucionais e sociais do sistema político-econômico-social escravista e, esta resistência não resolvida de cinco séculos, ainda se configura de forma predominante na sociedade e no território multiescalar contemporâneo com um racismo estrutural, ou seja, uma crença comportamental de seres superiores (existentes, visíveis e oficiais) com documentos e lugar no território e, seres humanos inferiores (inexistentes, invisíveis e marginais) sem documentos e sem lugar.” (ANJOS, 2020)

Ainda como desdobramento dessa “Velha República Escravocrata”, temos em 1968 a chamada “Lei do Boi” que institucionaliza cotas estudantis para os filhos dos fazendeiros do Brasil contemporâneo de mentalidade colonial. É evidente que o país não é contra as cotas raciais, ele é contra o povo afrobrasileiro e suas referências culturais e territoriais, ou seja, contra os (as) “negros” (as)! Esta Geografia das Desigualdades mantida secularmente pela estrutura dos privilégios é uma violência permanente com a nação e seus recursos naturais (água, petróleo, mineração, etc), que é irrelevante se vão se esgotar, degradar ou acabar, isto porque, existe junto ao seletivo grupo dominante um plano “B”, que é o seu passaporte europeu ou a dupla cidadania. Esta estratégia confirma a mentalidade ainda resistente nos donos dos meios de que o Brasil é para ser explorado, vendido, loteado e defendido, quando oportuno como nos séculos XVIII e XIX.

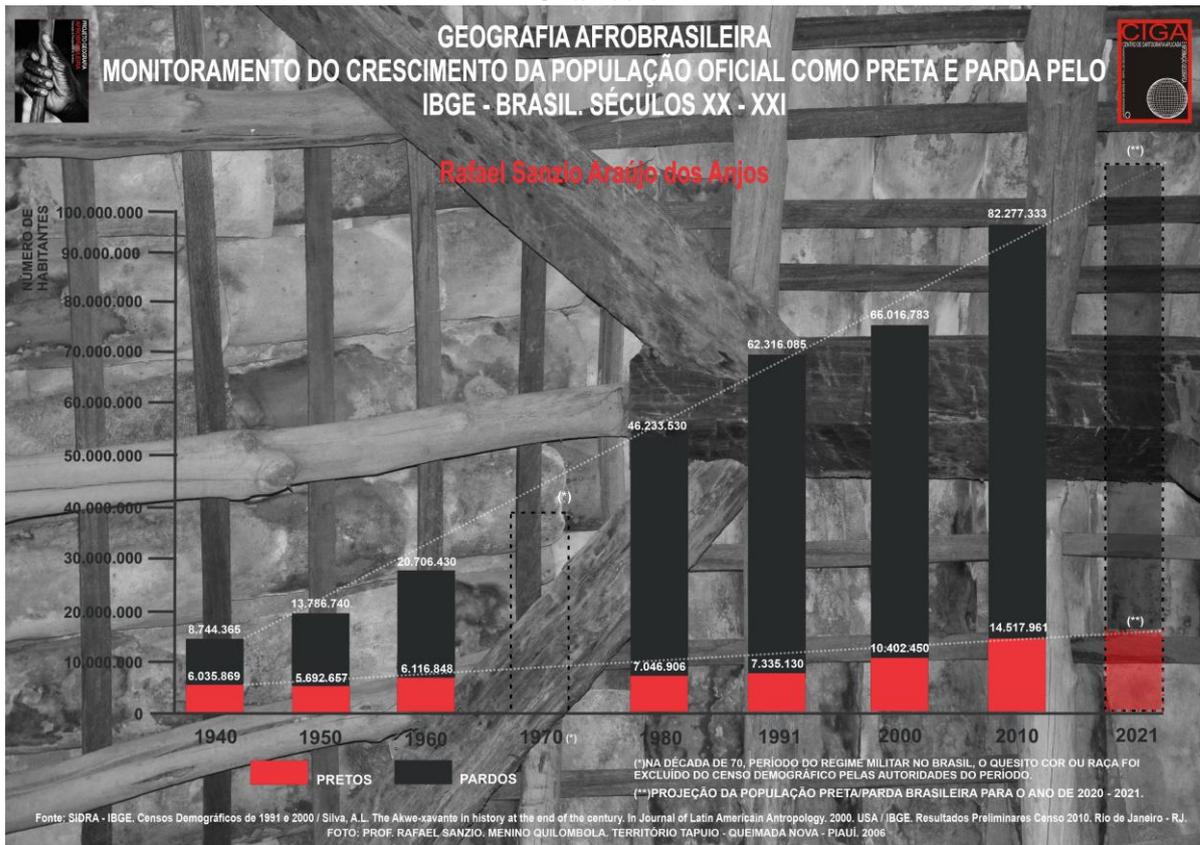
Outra questão estrutural do “Brasil africano” é a demográfica, que continua sem uma resposta e representação adequada, isto porque os critérios de aferição racial oficiais levam à subestimação do número real de cidadãos de matriz afrobrasileira que integram o país. No primeiro censo realizado em 1872 a “cor da pele” definia lugares na sociedade colonial-imperial, nas quais grupo étnico e condição social estavam indissociavelmente ligados. Esta herança colonialista sofreu pequenos ajustes ao longo do século XX, mas se mantém da

essência no século XXI. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) continua agrupado os indivíduos em brancos, pretos, amarelos e pardos, considerando brancos, pretos ou amarelos os que assim se declararem e os “outros” ficam classificados como pardos. Recentemente, esta instituição inseriu o grupo dos “índios”.

O **Gráfico 01** mostra a evolução das populações preta e parda do Censo realizado em 1940 até o mais recente (2010) e algumas constatações são relevantes: “1. A timidez do crescimento da população preta, secularmente associada a um contingente escravizado e inferir revela como o racismo e a mentalidade colonial pesistem na sociedade brasileira; 2. O crescimento espetacular dos pardos ao longo de todas as décadas computadas. É um fenômeno! Por que será ! Lembramos que associado ao “pardo” está a indefinição da sua identidade, do seu lugar na sociedade, da sua referência ancestral, em síntese, da sua territorialidade. Não podemos deixar de lado o que nos lembra o ditado popular: “de noite todos os gatos são pardos”. São milhares de homens, mulheres, crianças e idosos que sentem internamente, que não existe, ainda, um lugar definido na estrutura social do país; 3. O tímido aumento no crescimento da população declarada preta nas últimas revela os esforços realizados nos distintos níveis da educação, por entidades representativas, movimentos organizados e políticas públicas pontuais nesses períodos, como a implementação da Lei 10.639 e, 4. Neste **Gráfico** consta ainda uma simulação da projeção gráfica das estatísticas oficiais do processo de crescimento das populações preta e parda para o ano 2020.” (ANJOS, 2018)

Devemos assumir que a população considerada como “parda” no histórico dos Censos é de fato o contingente que tem graus diferenciados de ascendência africana e fica evidente que a população do Brasil com referência no continente africano não é minoria e, sim maioria. As estratégias em curso de ampliação da deseducação e consolidação das referências de “minorias étnicas e raciais” são componentes que visam consolidar o processo de embranquecimento do Brasil Escravocrata, desenhado pelas elites “brancas” e pelos “Brasis” Colonial, Imperial e Republicano (Velho e Novo) como política de Estado e não de Governo para a manutenção do Brasil desigual e racista. Entretanto, a perspectiva da ampliação da consciência afrobrasileira da população, não somente a parda, assim como, o fortalecimento de esclarecimento ancestral das matrizes africanas na formação e construção da nação, possibilitarão a emergência de uma Brasil Africano real e com lugar no território, na sociedade e no sistema.” (ANJOS, 2018)

Gráfico 01



Fonte: ANJOS, R.S.A. Mapeamento dos Terreiros do Distrito Federal 1ª. Etapa – Cartografia Básica. Instituto Baobás, Brasília, 2018.

A forma descaracterizada e “desqualificada como o Estado brasileiro tem conduzido a política cartográfica e geográfica no país para os seguimentos excluídos secularmente, revela uma fragmentação institucional e das ações burocráticas, constituindo um modelo de governança que fortalece os conflitos operacionais e de atribuições, mas sobretudo causa um dano irreparável na gestão eficaz das políticas públicas no território. Vamos tomar dois exemplos recentes da materialização de racismo institucional territorializado no Estado ineficaz e segregador e sua expressão no processo de ordenamento do território nacional.” (ANJOS, 2020)

O Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir) tem como referência básica se constituir em uma forma de organização e de articulação voltadas à implementação de um conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades raciais no Brasil, buscando garantir à população afrobrasileira a efetiva igualdade de oportunidades, defesa dos seus direitos e combate à discriminação racial e demais maneiras de intolerância. O Sinapir foi instituído pela Lei n. 12.288\2010 no bojo do Estatuto da Igualdade Racial e regulamentada pelo Decreto n. 8.136\2013 com a expectativa de promover uma transformação

institucionalizada eficaz e efetiva no alcance dos benefícios à população de matriz africana no Brasil. A adesão oficial ao Sinapir pelas vinte e seis (26) Unidades da Federação e os cinco mil quinhentos e setenta (5.570) municípios é uma condição básica para que os organismos de promoção da igualdade racial estaduais, distritais e municipais possam agir de forma descentralizada e democrática nas modalidades de gestão Básica, Intermediária ou Plena, que serão definidas a partir do grau de institucionalização da política de igualdade racial no âmbito da unidade territorial político – administrativa. O **Mapa 02** mostra uma representação cartográfica da nação e os entes federados participantes do Sinapir (SEPPIR, 2019), ou seja, as unidades políticas que aderiram ao Sistema, o seu nível de adesão e as que não aderiram (ANJOS, 2020). As constatações espaciais principais são as seguintes:

1. Das vinte e seis (26) Unidade Federativas (UF), quatro (4) não aderiram (Amazonas, Roraima, Tocantins e Piauí; a Bahia é o único Estado com adesão Plena; Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo e Paraíba com adesão Intermediária e os demais com adesão Básica (Acre, Rondônia, Para, Amapá, Maranhão, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Goiás, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul). Se retomarmos os dados da população escravizada no Censo de 1872, que revela as unidades políticas mais escravagistas no século XIX, portanto as que mais se enriqueceram com o sistema, apenas a Bahia mantém a referência. Os demais (São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Maranhão e Ceará) estão na condição mais baixa na adesão, ou seja, a Básica;
2. O **Mapa 03** mostra os registros dos municípios párticipantes no Sinapir e a sua modalidade de gestão. Apenas oitenta (80) municípios estão cadastrados em distintas modalidades no país, ou seja, menos de 2% do total de municípios existentes no Brasil (5.570). o número de municípios com adesão por Regiões do IBGE são as seguintes: Região Norte - três (03), Região Nordeste – dezoito (18); Região Centro-Oeste – sete (07); Região Sudeste – trinta e seis (36) e Região Sul – dezesseis (16). Estes dois mapas temáticos mostram de forma evidente a geopolítica real do racismo estrutural e institucional do Estado reproduzido na hostilidade e ausência de participação na político territorial da nação visando inserir a matrizes africanas. (ANJOS, 2020)

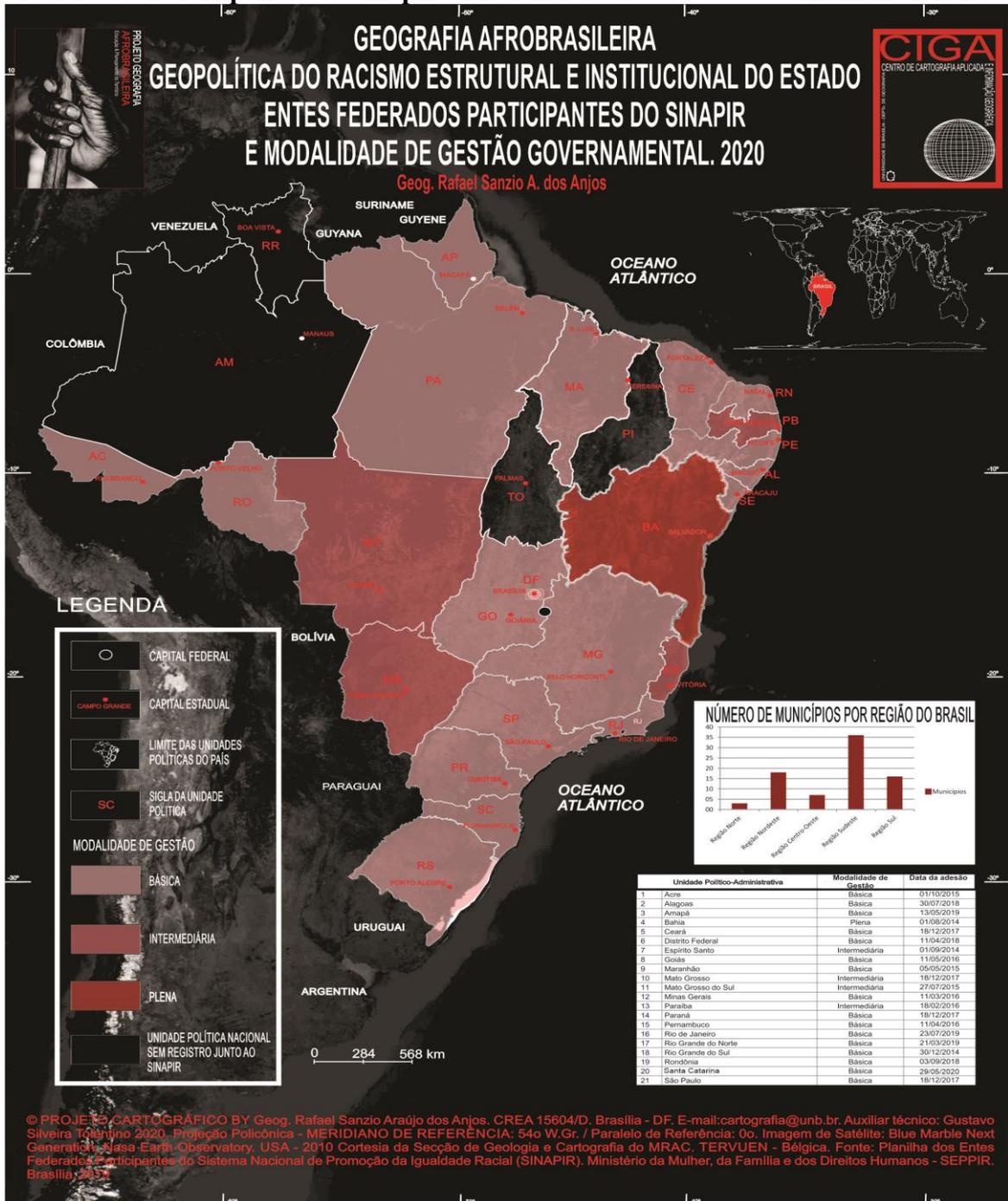
O Dia Nacional da Consciência Negra é uma conquista do Movimento Negro Unificado (MNU) e é comemorado na data de morte do herói Zumbi, último grande líder do Quilombo de Palmares ou Angolajanga (Pequena Angola) estruturado no século XVII na

Província de Pernambuco. A República de Palmares, como era conhecida tinha em 1670 uma população estimada em 20.000 habitantes, distribuídos em uma área de 27.000 km². Em 20 de novembro de 1695 morreu Zumbi dos Palmares. A data foi instituída oficialmente pela Lei n. 12.519, de 10 de novembro de 2011, portanto há nove anos (10), mas não instituiu um feriado nacional. Em 2022 a Lei completará dez (11) anos. O **Mapa 04** mostra as unidades políticas e os municípios no Brasil que aderiram com feriado na data de 20 de novembro: Dia Nacional de Zumbi dos Palmares e da Consciência Negra.

As respostas espaciais dos dados sistematizados (SEPPIR-Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019), revelam algumas constatações relevantes. São as seguintes:

1. Das vinte e seis (26) UF apenas cinco (05) fizeram a adesão ao feriado no dia 20 de novembro, ou seja, estados e total de municípios (413) a partir de leis estaduais (Amazonas, Mato Grosso, Amapá, Rio de Janeiro e Alagoas);
2. Dez (10) UF tiveram registros municipais que aderiram, entretanto é um feriado no município, de forma pontual. Esta ação fragmentária se revela de forma bastante distinta no território, por exemplo: em Santa Catarina, no Tocantins, na Paraíba e no Maranhão, apenas um município aderiu ao feriado; no Paraná e Espírito Santo, duas (2) adesões; Bahia, três (03) municípios; Goiás, quatro (04); Minas Gerais, nove (09) e São Paulo cento e dois (102) municípios aderiram. Este último, o Estado de maior adesão municipal no país;
3. As Unidades políticas com seus municípios que não aderiram são as seguintes: Acre, Rondônia, Roraima, Pará, Ceará, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul e o Distrito Federal;
4. Esta cartografia afrobrasileira revela que 80 % das Unidades Políticas do país estão ausentes da oficialização do Dia Nacional da Consciência Negra proposto por Lei e a fragmentação espacial dos municípios, revela o isolamento da temática na governança. Dos cinco mil quinhentos e setenta municípios existente no país, apenas 10 % (540) aderiram, seja por leis estaduais e/ou municipais. Unidades Políticas secularmente escravocratas do Brasil e que se desenvolveram e enriqueceram com a escravidão, se mostram ausentes e omissas, esquecendo-se de que o "silêncio" fala! (ANJOS, 2020).

Mapa 02: Geopolítica do Racismo Estrutural e Institucional do Estado – Entes Federados Participantes do Sinapir e Modalidade de Gestão Governamental. 2020.



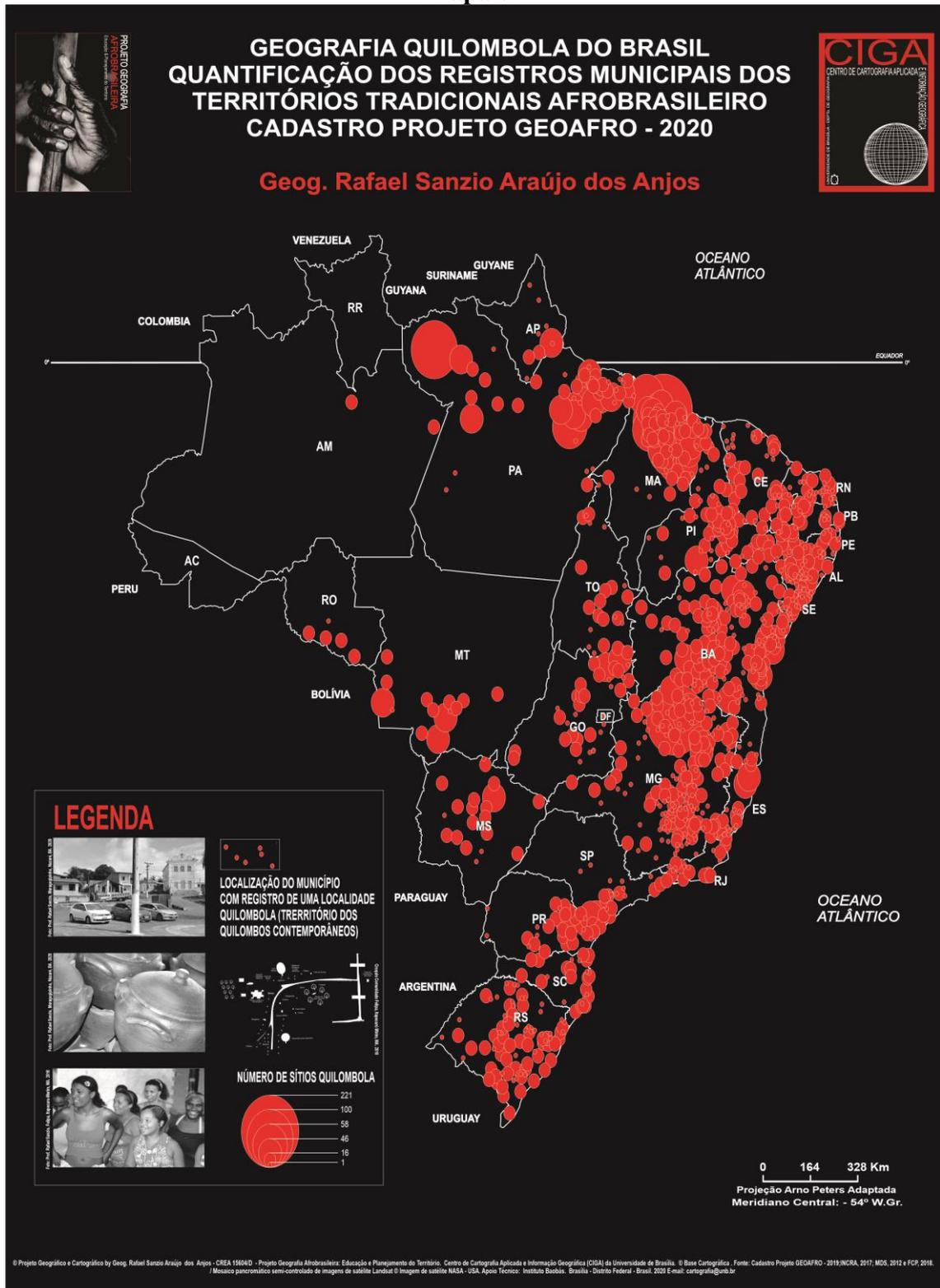
Fonte: ANJOS, R.S.A. Representações Espaciais Conflitantes dos Brasis oficial & Oficioso. UFRGS, 2020

Mapa 04: Unidades políticas e Municípios que aderiram ao Feriado de 20 de Novembro – Dia Nacional de Zumbi dos Palmares e da Consciência negra no Brasil. Lei 12.519 (2011).



Fonte: ANJOS, R.S.A. Webinar GEOAFRO IV, 2020

Mapa 05



Fonte: ANJOS, R.S.A. Quilombos: Geografia Africana - Cartografia Étnica – Territórios Tradicionais. Mapas Editora & Consultoria, Brasília, 2010 \ Atualização: Projeto GEAfro, Brasília, 2020.

Tramita no Senado Federal um projeto (PLS 482 \2017), do senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP), propondo que o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra se torne feriado em todo a nação. Esta em tramitação na Câmara do Deputados também o Projeto de Lei 5228\20 que propõe transformar em feriado nacional o Dia Nacional de Zumbi e da Consiência Negra, já celebrado de forma fragmentária na nação no dia 20 de novembro. O texto do autor da proposta, o deputado Gervásio Maia (PSB-PB), obriga também o poder público e a iniciativa privada a promoverem campanhas contra o racismo e a violência racial em todas as suas formas. Esses dois contextos das territorialidades do Sinapir e do Dia Nacional de Zumbi dos Palmares e da Consciência Negra no Brasil são alguns do conjunto amplo de exemplos reveladores do tipo de governança racista que se processa em todos níveis da gestão pública, ou seja, federal, estadual e municipal, que tem se constituído num entrave estrutural nas ações operacionais jurídicas - administrativas, econômico - territoriais e sobretudo sociais para o "Brasil africano".

Mesmo o Brasil sendo apontado como a segunda maior nação do planeta com população de ascendência na África, é com relação a esse povo que são computadas as estatísticas mais discriminatórias e de depreciação socioeconômica ao longo do século XX e XXI no bojo do modelo racial e cultural "branco". Nos piores lugares da sociedade e do território, com algumas exceções, estão as populações afrobrasileiras. Dessa maneira, ser descendente do continente africano no país, secularmente continua sendo um fator de risco, um desafio para manutenção da sobrevivência humana, um esforço para ter visibilidade no sistema dominante e, sobretudo, colocar uma energia adicional para ser – estar inserido no território. Neste sentido, Vargas deixa claro que nós "negros vivenciamos a violência não em razão do que fazemos, mas por causa de quem somos, ou melhor, de quem não somos. A violência gratuita equivale a um estado de terror que é independente de leis, direitos e cidadania." (VARGAS, 2017). Algumas recomendações básicas são apontadas a seguir.

4 ALGUMAS CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Tomando como referência que as construções analíticas e as especulações não se esgotaram, concluímos e recomendamos o seguinte:

1. A manutenção do "quadro de desinformação da população brasileira no que se refere ao continente africano e suas referências continua sendo um entrave estrutural para uma perspectiva real de alteração na nossa frágil e incompleta democracia. Não

podemos perder de vista que entre os principais obstáculos criados pelo sistema para a inserção da população de matriz africana na sociedade brasileira, está a inferiorização desta no sistema escolar com danos imensuráveis para as sucessivas gerações, uma vez que estamos tratando com uma ordem que está institucionalizada há mais de dois séculos, sobretudo na educação geográfica e histórica permitidas e na forma distorcida e limitada como é ensinada e aprendida no país. O Brasil oficial ao negar ser uma nação racista, ele não está apenas ocultando as desigualdades étnico-raciais definidas secularmente na sua estrutura social e territorial, mas também, tentando invisibilizar as políticas de genocídio e de embraquecimento em curso, assim como, manter resguardado o sequestro de cinco séculos das integridades existências africanas e afro-brasileiras” (ANJOS, 2020);

2. Apesar do modelo das desigualdades geográficas secular na concentração dos meios da produção, dos capitais e das terras no Brasil, ou seja, mesmo sendo o país mais desigual do planeta, onde quase 30% da renda está nas mãos de apenas 1% dos habitantes do país (PIKETTY, 2017), existem poucos ganhos das políticas públicas reparatórias nestes últimos 30 anos que não podem ser apagados da memória e nem do território. A questão fundamental do presente e do futuro próximo do Brasil Africano é: como garantir políticas de Estado que sustentem os direitos sociais e individuais da sua população marginalizada? Quando vai ocorrer a reforma agrária e urbana necessária? E o passaporte da população afrobrasileira do (s) país (es) dos seus ancestrais? A implementação das cotas reparatórias nas empresas públicas e privadas é para quando? As experiências conquistadas nas políticas de Governo passados foram relevantes, mas não suficientes e nem permanentes (ANJOS, 2020);
3. A Geografia Afrobrasileira possibilita “ver” o que muitos (as) não querem enxergar, mesmo usando artifícios como a negação da realidade. A “Geografia Oficial do país ao não tratar devidamente a Geografia Afrobrasileira, se configura uma forma explícita de discriminação no racismo estrutural de cinco séculos. Este sem dúvida, é um dos principais desafios geográficos do século XXI. O **Mapa 05** mostra a distribuição geográfica quantitativa dos territórios quilombolas da nação, maior expressão da territorialidade africana nos cinco séculos de sistema escravista no Brasil, que não tem propositalmente uma cartografia oficial, como estratégia básica de não visibilizar oficialmente esta demanda territorial, ou seja, a representação cartográfica, mesmo sendo fruto das pesquisas é um documento “oficioso”, porque o Estado o ignora, mas usa quando lhe é conveniente. Tomamos aqui este exemplo da

questão das comunidades quilombolas no território brasileiro com uma das mais fundamentais que não pode ser mais tratada com ações pontuais, esporádicas e nem atrapalhada por conflitos de atribuições institucionais presentes de forma significativa, nestas duas primeiras décadas do século XXI e com indicadores de manutenção. O modelo vigente da governança das demandas das matrizes africanas no país é desagregador e pode ser alterado quando tivermos uma perspectiva real de mudança na política de Estado do país, com foco nas reparações das dívidas seculares com o “Brasil Africano” (ANJOS, 2020);

4. Tomamos como premissa que as informações por si só não significam conhecimento. Entretanto, “elas nos revelam que com o auxílio da ciência e da tecnologia, que temos condições de colaborar com o conhecimento geográfico na modificação das ações e das políticas pontuais e superficiais recorrentes na nação. Do ponto de vista instrumental entendemos o mapa oficial como uma ferramenta eficaz no auxílio para a resolução de conflitos territoriais (suporte e mediação na definição de fronteiras e uso do território conflitante). Neste sentido, a geolocalização oficial como política pública, ou seja, a informação geográfica precisa e automatizada assegurada com segurança e responsabilização pelo setor decisório (respeito à Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD e ao Marco Civil da Internet), como uma ferramenta de visibilidade e revelação da nação invisibilizada pelo racismo estrutural e todo o seu mecanismo de Estado mantenedor das desigualdades, é uma “porta concreta” para subsidiar a adoção de medidas consequentes na alteração das situações emergenciais das populações e dos territórios do “Brasil Africano” (ANJOS, 2020).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, R.S.A. **Quilombos: Geografia Africana-Cartografia Étnica-Territórios Tradicionais**. Mapas Editora & Consultoria, 190p. Brasília, 2010

_____. **Territorialidade Quilombola: Fotos & Mapas / Quilombola Territoriality: Photos & Maps**. Mapas Editora & Consultoria., 124 p. Brasília, 2011

_____. **Atlas Geográfico ÁFRICABRASIL**. Mapas Editora & Consultoria, Brasília, 104p. 2014

_____. **O Brasil Africano – Algumas Referências dos Séculos XVI – XXI: Cartografia para Educação**. Mapas Editora & Consultoria, Brasília, 2014b

_____. **“As geografias oficial e invisível do Brasil: algumas referências”**. *Revista*

GEOUSP. v.19, n.2 (2015) São Paulo: 374-390

_____. **Diversidade étnica no Brasil invisível-visível: Apropriações-usos dos territórios & conflitos sócio-espaciais.** In: SUERTEGARAY, D.M.A., SILVA, C.A., PIRES, C.L.Z. & PAULA, C.Q. (org.). "Geografia e conjuntura brasileira". Consequência Editora,. Porto Alegre: Anpege, 2017, p.275-309.

_____. **Geografia oficial, cartografias invisíveis, geotecnologias e educação geográfica.** Boletim Paulista de Geografia. ISSN: 2447-0945 V. 99 (2018) São Paulo

_____. **Mapeamento dos Terreiros do Distrito Federal: 1ª. Etapa Cartografia básica.** (ORG.). Câmara dos Deputados, Ministério da Cultura, Fundação Cultural Palmares, Projeto GEOAFRO, Instituto Baobás, CIGA-UnB. Brasília, 2018 216 p.

_____. **O Brasil africano invisível-visível e geografia secular perversa.** Revista Humanidades No. 63 ISSN 0102.9479, pp. 75 – 99 Editora UnB. Brasília, 2019.

_____. **Atualização do Cadastro Técnico dos Registros Municipais dos Territórios Quilombolas do Brasil–Relatório Preliminar.** Projeto GEOAFRO\CIGA-UnB, BsB\2020

_____. **Territórios invisíveis do Brasil Africano: cartografias & tensões sócio – espaciais nos terreiros religiosos.** In: Rego, N., Azevedo, A.F. & Kozel, S. (Org.). "E-book *Narrativas, Geografias, Cartografias - para viver, é preciso espaço e tempo*". Volume I Editora Compasso Lugar – Cultura e Editora IGEO - UFRGS. Porto Alegre 2020, p. 39 – 64

_____. **Territórios Quilombolas: ANJOS, R.S.A. Territórios Quilombolas: Dinâmicas, Importância e Enfrentamentos. Conferência na Universidade do Vale do São Francisco (UNIVSF) – Colegiado de Geografia.** 17\11\2020. Link: <https://www.youtube.com/watch?v=N8YxAovt7Mk&feature=youtu.be>

_____. **Minorias não precisam ser mapeadas, precisam de cidadania.** In: UGEDA, L. & SEO, H.N.K.(org.). "Geodireito Mitos e Fatos". Instituto Geodireito, Brasília, 2020, p.81-82.

CAMARA DEPUTADOS. <https://www.camara.leg.br/noticias/709562-projeto-transforma-em-feriado-nacional-dia-nacional-de-zumbi-e-da-consciencia-negra>

PIKETTY, T. **Brasil tem maior concentração de renda do mundo e o 1% mais rico.** El País. Madrid, Espanha, 13\12\2017

SANTOS, M. **Ser negro no Brasil hoje.** Folha de São Paulo, São Paulo, 2000, Caderno Mais! Domingo, p. 14-15

SENADO FEDERAL <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/11/dedo-de-prosa-projeto-torna-dia-da-consciencia-negra-feriado-nacional>

_____. **Por uma outra globalização – Do pensamento único à consciência universal.** Editora Record. 1ª. Edição, 2003

TERRA <https://www.camara.leg.br/noticias/709562-projeto-transforma-em-feriado-nacional->

dia-nacional-de-zumbi-e-da-consciencia-negra

VARGAS, J.C. Por uma mudança de paradigma: Antinegritude e antagonismo estrutural. Revista de Ciências Sociais. Fortaleza, v.48, n. 2, p. 83-105 \ dez., 2017

Submissão: 16/11/2021 Aprovação: 29/11/2021

POLÍTICA CRIMINAL SACRIFICIAL E DIREITOS HUMANOS

CRIMINAL SACRIFICIAL POLICY AND HUMAN RIGHTS

Klelia Canabrava Aleixo¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Resumo:

O presente artigo pretende discorrer sobre a dimensão sacrificial do capitalismo contemporâneo, seus impactos nos direitos humanos e na política criminal vigente no Brasil. A partir do pensamento de Franz Hinkelammert, buscar explicitar a matriz mítico-teológica do sacrifício humano que persiste de maneira subjacente em diversas dinâmicas sociais da contemporaneidade justificando e legitimando relações sociais de dominação, exploração e morte, ou seja, de violações de direitos humanos. Para tal, o percurso metodológico adotado consiste na pesquisa bibliográfica. No âmbito penal, a matriz sacrificial está presente na política criminal de drogas, dissimulando através da guerra contra o traficante/monstro e do seu sacrifício o real sentido dessa política que é de eliminação dos jovens pobres e negros, excedentes do mercado. Nesse contexto, o rompimento com a política criminal sacrificial de drogas é urgente para salvar vidas humanas e passa, necessariamente, pela luta voltada à descriminalização das condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas no país.

Palavras-chave:

Sacrifício. Neoliberalismo. Política Criminal. Direitos Humanos.

Abstract:

This article intends to discuss the sacrificial dimension of contemporary capitalism, its impacts on human rights and on the current criminal policy in Brazil. Based on the thought of Franz Hinkelammert, an attempt will be made to explain the mythical-theological matrix of human sacrifice that persists in an underlying way in several contemporary social dynamics, justifying and legitimising social relations of domination, exploitation and death, that is, violations of human rights. To do so, the methodological approach adopted was that of bibliographic research. In the penal scope, the sacrificial matrix is present in the criminal drug policy, disguising through the war against the dealer/monster and his sacrifice the real meaning of this policy, which is to eliminate poor and black youth, who are in excess to the market. In this context, the rupture with the sacrificial drug criminal policy is urgent to save human lives and necessarily involves the fight aimed at the decriminalisation of conduct related to drug use and trafficking in the country.

Keywords:

Sacrifice. Neoliberalism. Criminal Policy. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discorrer sobre a dimensão sacrificial do capitalismo contemporâneo e seus impactos nos direitos humanos e na política criminal vigente no Brasil.

A expressão “política criminal sacrificialista” é empregada por Salo de Carvalho (2020), para designar a experiência político-criminal nacional das últimas décadas materializada em dois eixos: seletividade do encarceramento e letalidade policial. Trata-se de uma diferença importante, por ele apontada, entre as formas de violência estrutural e institucional do norte e

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas

do sul global. Assim, enquanto nos países do norte encontra-se também o fenômeno do encarceramento em massa na realidade brasileira ele é associado à letalidade policial:

O caso brasileiro se diferencia substancialmente das políticas punitivistas do norte global porque o fenômeno do grande encarceramento está intimamente vinculado a uma política criminal sacrificialista que se materializa cotidianamente no uso desmedido da força pelas polícias, sobretudo as polícias militares, constantemente convocadas para agir em nome da segurança pública e no combate às drogas. (CARVALHO, 2020, p. 102).

Busca-se explicitar a matriz mítico-teológica do sacrifício humano que continua presente em diversas dinâmicas sociais da contemporaneidade, inclusive na política criminal, culminando por justificar e legitimar relações sociais de dominação, exploração e morte, ou seja, de violações de direitos humanos.

Para tal, serão trazidas as contribuições teóricas de Franz Josef Hinkelammert, um dos intelectuais mais incisivos do pensamento crítico contemporâneo, que investigou os pressupostos mítico-teológicos subjacentes em práticas e discursos econômicos do capitalismo. Embora outros autores, como René Girard (1990), também tenham refletido sobre a relação entre sacrifício e violência, Franz Josef Hinkelammert (1989, p. 75) evidenciou a “teologia endógena das concepções econômicas”, sobretudo, da neoliberal e elaborou uma potente crítica acerca dos efeitos desta teologia sacrificial de caráter “necrófilo e antivida do sistema”. Sua crítica apresenta-se como um incessante trabalho de luta pela afirmação da vida e pelo reconhecimento do ser humano e sua humanidade como único critério de verdade para a vida social. A urgente necessidade da afirmação da vida de todos é, pois, o clamor que expressa a essencialidade e atualidade do pensamento de Hinkelammert.

Diante do exposto, levanta-se a hipótese de que o seu pensamento pode contribuir, sobretudo, pela afirmação da vida como princípio ético, vez que, sem vida não há sociedade possível. Tal princípio indica a necessidade de tornar a vida humana e suas condições de existência como instância fundamental de toda a racionalidade, inclusive da política criminal. Para investigar tal hipótese, o percurso metodológico adotado consiste na pesquisa bibliográfica.

Nesse sentido, no capítulo 1 será explicitada a dinâmica do sacrifício na vida humana e seu papel dissimulador da violência em diversos momentos históricos da civilização ocidental.

O capítulo 2 abordará o caráter político do processo histórico de afirmação dos direitos humanos no qual tem ocorrido o processo de inversão dos direitos humanos, através do qual

alega-se a defesa dos mesmos a partir de sua violação. Isso faz com que o sacrifício da vida humana passe a ser parte inseparável de tal afirmação.

O capítulo 3 será dedicado a tratar do ajuste entre o neoliberalismo e o setor financeiro global conformando o totalitarismo financeiro que para além do mercado deposita uma fé cega também no poder de punir.

No capítulo 4 as relações constitutivas entre capitalismo, guerras e política serão enfatizadas no sentido de ressaltar que guerras e política não atendem mais objetivos de um ou outro Estado, mas, do próprio capitalismo neoliberal que demanda sacrifícios crescentes. A identificação do entrelaçamento entre guerras e política enquanto estratégias que se interpenetram ao capital impacta na própria política criminal conforme será explicitado.

No capítulo 5 pretende-se demonstrar que no contexto da multiplicidade de guerras que ocorrem entre a população, a raça emerge como sendo fundamental na conformação da política criminal sacrificial, na medida em que, ela a operacionaliza, habilita.

No capítulo 6, a guerra às drogas será apresentada como a mais emblemática política criminal sacrificial vigente no país, considerada “modelo” a ser seguido em outras áreas da política criminal.

Por fim, as considerações finais serão apresentadas no capítulo 7.

2 A DINÂMICA DO SACRIFÍCIO NA VIDA HUMANA

A compreensão teológica do sacrifício humano é um dos pressupostos do mundo contemporâneo e comumente exerce uma função pragmática de justificar e legitimar relações sociais de dominação e exploração.² (JUNGES; KOTZ, 2016, p. 264).

Nesse sentido, há uma “manipulação de símbolos religiosos para criar sujeições, legitimar opressões e apoiar poderes dominadores na organização do convívio humano”. (ASSMANN; HINKELAMMERT, 1989, p. 11).

² Fábio César Junges e Leandro José Kotz (2016) destacam que há uma polaridade intrínseca no discurso teológico sacrificial: “De um lado, o discurso teológico que sustenta o sacrifício humano, tendo por desígnio justificar e legitimar ações eticamente inaceitáveis, haja vista a promoção de relações sociais de dominação e exploração, portanto, de violação de direitos. Esta perspectiva encontra sua fundação no mito de *Ifigênia*. De outro lado, situam-se Abraão e a teologia da transgressão da lei do sacrifício humano. Reconhece-se na transgressão da lei a revelação divina. Transcender a lei significa ter liberdade de escolha, e essa liberdade de escolha se configura em fé no Deus da vida”. (JUNGES, KOTZ, 2016, p. 265).

René Girard (1990) destaca que para ser eficaz o sacrifício precisa dissimular sua violência. Nisso reside a importância dos discursos teológicos que legitimam as operações sacrificiais:

Os fiéis não conhecem, e não devem conhecer, o papel desempenhado pela violência. Evidentemente, a teologia do sacrifício é primordial neste desconhecimento. Acredita-se que um deus reclama as vítimas: em princípio somente ele se deleita com a fumaça dos holocaustos, vem dele a exigência de carne amontoada sobre os altares. É para apaziguar sua cólera que os sacrifícios são multiplicados. (GIRARD, 1990, p. 20).

Frequentemente, ao longo da história as sociedades fundamentam a sua consciência e a sua *práxis* a partir de mitos fundantes. Nesse contexto, Franz Josef Hinkelammert reflete sobre a questão do sacrifício humano a partir da perspectiva mítico-teológica destacando, na tradição ocidental, o mito de Ifigênia e na oriental o de Abraão. (JUNGES; KOTZ, 2016, p. 265).

Dentre outros mitos que apresentam a questão do sacrifício humano, ele considera o mito de Ifigênia como sendo o que “interpreta o lugar que ocupa o sacrifício humano na tradição greco-romana e em toda a cultura ocidental”. Em linhas gerais a sua versão é a seguinte³:

Ifigênia é filha de Agamemnon, rei grego, e de sua esposa Clitemnestra. Agamemnon é comandante do exército grego, que se reuniu em Áulide para sair para a conquista de Tróia. Não obstante, produziu-se uma calma de tal maneira que o exército não pôde partir. Perguntando aos deuses pela razão, a deusa Minerva (ou Diana) comunica que somente o sacrifício de Ifigênia, a filha de Agamemnon, pode apaziguar sua fúria. O exército exige que se faça o sacrifício. Em consequência, traz Ifigênia a Áulide, enganando Clitemnestra para que a entregue. Chegando a Áulide, ele sacrifica sua filha, a primogênita de seus filhos, à deusa Minerva. Realizando o sacrifício, o vento volta, o exército parte, conquista e destrói Tróia. (HINKELAMMERT, 1995, p. 7).

Percebe-se que na gênese do mito de Ifigênia uma vida é sacrificada em prol de uma nação, constitui-se um círculo sacrificial que compreende a sociedade inteira:

Para conquistar Tróia, Agamemnon sacrifica sua filha Ifigênia, cujo sacrifício exige a deusa Minerva e o exército. Agamemnon se transformou num herói trágico, que teve de entregar sua filha para poder obedecer a seu destino de conquistar Tróia. Uma vez sacrificada sua filha, já não tem nenhuma possibilidade de dar marcha a ré. Tem de conquistar Tróia ou morrer. Se regressar derrotado, será um mero assassino de crianças. O sacrifício de Ifigênia teria sido em vão. Ela teria sido assassinada sem nenhum sentido. O profeta que comunicou que a deusa Minerva exigia esse sacrifício de Ifigênia como prêmio teria sido um enganador e Minerva uma deusa sem poder nenhum. O céu dos deuses da Grécia ter-se-ia desmoronado. Sacrificada sua filha Ifigênia, Agamemnon devia vencer Tróia para que o sacrifício se mostrasse em sua fertilidade. Se não vencesse, o sacrifício teria sido em vão e toda a vida da Grécia perderia o seu sentido. Agora Agamemnon não lutava só por Tróia, mas pelo sentido

³ Segundo Franz Josef Hinkelammert sua versão mais antiga, é relatada por Ésquilo em *A Oristíada*.

do sacrifício de sua filha. Ele mata Ifigênia, mas não se considera assassino, porém afirma que a sacrificou. Portanto, tem de assassinar Tróia para não ser assassino. Se não conseguisse, o sacrifício de Ifigênia não teria sentido e Agamemnon não passaria de mero assassino. Teria de morrer como assassino. (HINKELAMMERT, 1995, p. 13-14).

O sacrifício humano se torna a forma de legitimação das guerras de conquista e a resolução por sacrificar resulta de uma decisão “ética” entre a vida de uma pessoa ou a vida do grupo. Eis a utilidade do sacrifício. (JUNGES; KOTZ, 2016, p. 272).

Passando do mito ao *lógos*, Franz Josef Hinkelammert analisa o período medieval e a questão do sacrifício de Cristo. A crucificação de Jesus Cristo é considerada o sacrifício fundante, um sacrifício considerado infinito, o sacrifício dos sacrifícios. Por tal razão, dispensa a necessidade de outros sacrifícios que são considerados finitos e em um certo sentido desafiam o sacrifício infinito. É necessário, pois, sacrificar os que negam o sumo sacrifício:

Já não se trata somente de Tróia: agora é preciso conquistar o mundo inteiro, para que Cristo não tenha morrido sem sentido. Se tivesse morrido sem sentido, não haveria Deus; resultaria que este seria uma grande fraude porque já não podemos saber para que vivemos. Os que não creem em Deus querem que este sacrifício infinito seja em vão, e que Deus seja um simples assassino do seu filho. (HINKELAMMERT, 1995, p. 23).

Na modernidade, a lógica teológica é “secularizada”⁴, mas, continua a resultar nos sacrifícios humanos. “A secularização burguesa do céu mítico da Idade Média pelo Iluminismo continuará com estes mitos, dando-lhes uma forma secularizada e organizando-os em torno da lei natural.” (HINKELAMMERT, 1995, p. 29).

Assim, embora o mundo moderno exalte o primado da racionalidade sobre o mítico-teológico está totalmente teologizado. (ASSMANN; HINKELAMMERT, 1989, p. 49).

O sacrifício é um dos pressupostos mítico-teológicos presentes também no período da modernidade e na sociedade ocidental burguesa. Nesse contexto, a dinâmica sacrificial passa a fundar os valores do capitalismo:

Locke classicamente formula essa transformação do império cristão em um assassinato fundador do império liberal secularizado. Ele o faz em relação ao que chama de lei natural, que resume propriedade e liberdade. Segundo Locke, esta é a lei que Deus colocou no coração do homem. Desse modo, a propriedade privada e a liberdade dela derivada são a presença de Deus na terra. (HINKELAMMERT, 2003, p. 225).

⁴ Segundo Franz Josef Hinkelammert (2021, p. 83) a secularização da modernidade consistiu em uma dissimulação, fraude. Não houve secularização, mas, divinização do mercado. “Antes da modernidade, o dinheiro também é divino, mas não é a divindade suprema, existem outras instâncias divinas”.

Não se trata mais de expandir as fronteiras do império cristão, mas de expandir as fronteiras do capital. Assim, não há alternativa para aqueles que se encontram fora desta ordem: ou se submetem a ela ou são sacrificados. É nessa concepção sacrificial que a globalização liberal burguesa encontra suas raízes. (PIMENTEL, 2020, p. 227).

Percebe-se, pois, que a lógica sacrificial está no interior da questão do capitalismo como religião⁵. Nesse contexto, o sistema de mercado capitalista assumiu as funções que no passado pertenciam à religião, tais como a de dar o sentido último à vida, às mortes e sacrifícios demandados pela dinâmica própria da ordem social. (SUNG, 2014, p. 292).

A dinâmica sacrificial fundante do capitalismo, movimenta-o também no contexto neoliberal, afinal: “Não se percebe, em tal cenário, a presença determinante de uma teoria sacrificial que estabelece critérios de valorização de umas vidas humanas e flagrante desvalorização de outras?” (ASSMANN; HINKELAMMERT, 1989, p. 14).

Friedrich Hayek, principal guru do neoliberalismo⁶, confirma abertamente a exigência de sacrifícios humanos:

Uma sociedade livre requer certas morais que, em última instância, se reduzem à manutenção de vidas: não à manutenção de todas as vidas, porque poderia ser **necessário sacrificar vidas individuais** para preservar um número maior de outras vidas. Portanto, **as únicas regras morais são as que levam ao cálculo de vidas: a propriedade e o contrato.** (HAYEK *apud* HINKELAMMERT, 2012, p. 118, grifo nosso).

A partir da dissimulação de critérios que, na verdade, buscam garantir estritamente os valores capitalistas, o neoliberalismo opera sacrificando as vidas consideradas excedentes, que não atendem a este “cálculo de vidas”.

Franz Josef Hinkelammert (2021) observa que a racionalidade mítico-teológica do sacrifício sustenta de maneira potente a violência do capitalismo neoliberal dissimulando o seu real sentido e critérios de matabilidade das populações.

Uma das principais razões pelas quais o neoliberalismo opera dispositivos mítico-teológicos sacrificiais é a sua pretensão de organização total das sociedades a partir da lógica

⁵ A questão do capitalismo como religião foi discutida, referencialmente, por Marx, Walter Benjamin, Giorgio Agamben e pelos teólogos da libertação.

⁶ Identificação feita por Franz Josef Hinkelammert (2021, p. 172), no livro *La crítica de las ideologías frente a la crítica de la religión: volver a Marx trascendiéndolo*.

do mercado, o que torna necessário também o manejo constante do poder de decisão sobre a morte. A violência purificada pela transcendência do próprio sistema teria esse papel.

A tomada de decisão frente as situações limite de vida/morte depende de critérios sacrificiais pautados pela soberania do mercado, afinal, “Quem é o Deus para o qual estamos sacrificando os homens?” (ASSMANN; HINKELAMMERT, 1989, p. 364).

“Mercado, dinheiro e capital são o Deus trinitário desta economia que mata porque o dinheiro está sendo divinizado, mas ao mesmo tempo também o mercado e o capital.” (HINKELAMMERT, 2021, p. 232).

Para Franz Josef Hinkelammert (2021), a oferta de sacrifícios humanos em prol do mercado é exigida pela religião neoliberal que é falsa, assim como o seu Deus, justamente por exigí-los⁷:

O que é um falso Deus? Ele é um Deus que não aceita que o ser humano seja o ser supremo para o ser humano e nem aceita destruir todas as relações em que o ser humano é humilhado, subjugado, abandonado e desprezível. Podemos expressar isso de forma diferente. **É sobre um Deus que se levanta contra os direitos humanos, está do lado das violações dos direitos humanos, da guerra e da exploração dos outros.** (HINKELAMMERT, 2021, p. 233-234, grifo nosso).

Na religião do mercado há uma poderosa sobrevivência de imaginações religiosas primitivas e de seus mitos de sacrifícios humanos. Hoje estes sacrifícios são os mesmos e provavelmente mais frequentes do que antes. “Seus crentes tem certeza de que tais sacrifícios podem apaziguar a ira dos deuses do mercado e assegurar a graça desse Deus.” (HINKELAMMERT, 2021, p. 179).

Nesse contexto, a vida sacrificada é a que não tem serventia para a racionalidade econômica neoliberal que captura os Estados, suas soberanias e a própria democracia. O neoliberalismo entrega ao mercado o poder absoluto de decidir sobre a vida e a morte de todos os seres humanos. (HINKELAMMERT, 2021, p. 329).

Por tal razão, embora na contemporaneidade a religião do mercado neoliberal não seja a única religião agressiva, ele a considera a pior por ser voltada para a morte e não para a vida. “O grande chamado a este Deus é “viva a morte”. (HINKELAMMERT, 2021, p.114-115).

⁷ Franz Josef Hinkelammert (2021, p. 228-229) volta ao pensamento de Marx que também identifica deuses falsos, como ídolos ou fetiches. El problema de la alternativa frente al capitalismo neoliberal actual: el humanismo de la praxis, publicado no livro *La crítica de las ideologías frente a la crítica de la religión: volver a Marx trascendiéndolo*.

No tocante aos outros, a agressividade é exercida sobre as vidas consideradas sem valor cuja identificação passa pela produção do outro como monstro:

Nos conflitos políticos mundiais de hoje, esse nefasto circuito da construção do monstro aparece constantemente, da negação do reconhecimento do outro e da perda da realidade mais simples. Mas, é claro, também pode aparecer em pequenos conflitos dentro de grupos e instituições, onde aparece de uma forma surpreendentemente análoga. Sempre tem as mesmas consequências terríveis. Passar por conflitos desenfreados desse tipo é sempre um acontecimento extremamente doloroso para aqueles que são transformados em monstro. Parece que se trata de um fenômeno que se torna massivo a partir do surgimento da modernidade e que tem como antecedente histórico muito importante a caça às bruxas que acompanha o surgimento da modernidade nos séculos XV a XVIII. [...] Este outro é pintado como uma encarnação do mal e, assim, convertido em um monstro contra o qual lutar. Por meio dessa negação maniqueísta do outro como monstro, esse monstro produzido se transforma em modelo: para lutar contra o monstro, é preciso também se tornar um monstro. A negação o transforma em modelo por meio de um processo de negação cuja memória é reprimida. Sem ser reprimido esse processo, não se chegaria ao resultado intencionado. Em Girard o afirmado é o modelo. Aqui o modelo é o negado. Toda a chamada guerra contra o terrorismo funciona dessa maneira que Girard descreve como mimese, em seu desenvolvimento extremo ele se transforma na negação de todos os direitos do outro por meio de sua transformação em um monstro. Então, a negação do monstro leva à internalização das monstruosidades inventadas sobre o outro por parte daquele que produziu o monstro no outro. Pela negação o monstro se torna um modelo. Quando isso aparece no nível político e decide sobre a guerra e a paz, resulta uma guerra perpétua sem tréguas, o que ainda está acontecendo na política dos Estados Unidos. Hussein não é o modelo para Bush, mas o monstro que Bush projetou em Hussein foi transformado pela negação no modelo de Bush. Essa inversão dos direitos humanos por meio da construção do monstro é tipicamente um esquema de tomada e afirmação de poder. (HINKELLAMERT, 2008, p. 208-209).

Através da produção de alteridades monstruosas o sacrifício é operado, dissimulando os critérios da “mão invisível” do mercado acerca do (des) valor da vida e os critérios de matabilidade. Assim, o mercado mata os supérfluos que promoveu. (HINKELAMMERT, 2021, p.84).

No entanto, assassinatos-suicídios são os dois lados da mesma moeda do capitalismo extremo. Decorrem da racionalidade instrumental do mercado de meio-fim, que guia todas as suas decisões em torno da maximização da ganância. Conforme alertado por Franz Josef Hinkelammert (2021), o uso indiscriminado dos critérios do mercado sustentado pelo mito do crescimento econômico infinito pode levar inclusive a autodestruição humana.

A racionalidade (meio-fim) do mercado é conduzida por um juízo de valor instrumental que leva em seu interior uma irracionalidade destrutiva inerente ao progresso ilimitado global e que poderá então nos sacrificar e também devorar. Essa é a racionalidade irracional que

permeia o interior da vida humana atual cuja máxima é “eu sou se te derroto”.⁸ (HINKELAMMERT, 2021, p.277-285).

A maneira de escapar da ameaça do suicídio coletivo da humanidade é ativar a racionalidade libertadora do “eu sou se tu és”. (HINKELAMMERT, 2021, p. 297).

3 A INVERSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROJEÇÃO DO MONSTRO

Em sua obra *Democracia e totalitarismo*, Franz Josef Hinkelammert (1990, p. 61) destaca que somente através da afirmação dos direitos humanos é possível afirmar a vida em sua plenitude.

Ocorre que no processo histórico de afirmação política dos direitos humanos tem havido uma inversão dos direitos humanos, de normas e ideológica, que faz com que o sacrifício da vida humana passe a ser parte inseparável de tal afirmação. Através do processo de inversão dos direitos humanos, alega-se a defesa de tais direitos a partir de sua violação.

Através da inversão dos direitos humanos, o sacrifício humano e a afirmação da vida se entrelaçam e se penetram. Assim, os direitos humanos desempenham um papel fundamental na constituição da unidade vida/morte.

Não é possível afirmar a vida humana em uma sociedade, sem perceber também que, sendo política, tal afirmação implica na administração da morte através do sacrifício humano de alguns. O sacrifício é algo inevitável, intrínseco a sociedade humana. “ A meta, portanto, não pode ser senão que haja o melhor sacrifício humano possível”. (HINKELAMMERT, 1990, p. 161).

Importante ressaltar que a inversão dos direitos humanos constitui uma política feita pelo país que tem o poder de operar o sacrifício. Na política de inversão, através da violação dos direitos humanos, se aniquila legitimamente tais direitos e sacrifica-se o inimigo. Franz Josef Hinkelammert (2000, p. 90) considera que tal política somente pode ser feita pelo país que tem poder militar e poder sobre os meios de comunicação: “ Tendo esses poderes, a política dos direitos humanos e a imposição de poder são identificados.”

⁸ Franz Josef Hinkelammert (2021, p. 271-297) ensina que a maneira de escapar da ameaça do suicídio coletivo da humanidade é ativar a racionalidade libertadora do “eu sou se tu és”. Las amenazas a nuestra cultura y civilización en la actual crisis: pensar la necesidad de una espiritualidade y acción en la línea del humanismo de la praxis, publicado no livro *La crítica de las ideologías frente a la crítica de la religión: volver a Marx trascendiéndolo*.

No tocante a inversão dos direitos humanos, o autor considera que a inversão das normas legais é consubstancial a própria existência normativa, um fenômeno geral de qualquer sistema político.

A inversão das normas se dá a partir do momento em que os direitos humanos são transformados em normas legais. A partir de então, surge o problema da anulação da vigência destas normas por aqueles que as violam e as normas são invertidas em seu contrário da seguinte forma:

A norma legal pode dizer: a vida humana é inviolável, ou, não matarás. Sendo esta uma norma legal, o seu descumprimento tem sua sanção. Portanto, diante do assassino que viola esse direito instituído pela norma, surge agora a legítima violação do mesmo. Em casos extremos, a pena de morte é legitimamente aplicada a ele, ou seja, ele é assassinado. Da norma: não matarás, agora segue: mate aquele que matou. A norma é afirmada por sua violação em relação a quem a violou. Que a norma seja violada diante de quem a viola, é consubstancial à existência de qualquer norma. (HINKELAMMERT, 1990, p. 135).

Verifica-se que da norma “não matarás” seguirá, através de uma inversão operada pelo poder punitivo, a violação da norma de direitos humanos que legitimará a possibilidade de matar aquele que matou.

A violação legítima da norma de direitos humanos está consubstanciada na sanção prevista em lei que também os viola quando através de um processo de inversão prevê medidas que implicam na eliminação da vida ou na privação de liberdade do violador do direito humano, ou seja, em iguais violações de direitos humanos. Desta forma, as normas de direitos humanos são invertidas em seus contrários. Frente ao assassino que viola o direito humano estabelecido, aparecerá a violência legítima do Estado que o matará.

Esta inversão é inevitável e impossibilita a garantia dos direitos humanos de seus violadores. (HINKELAMMERT, 1990, p. 135-136).

A inversão dos direitos humanos ocorre também no plano ideológico em que se considera o conjunto organizado e hierarquizado dos direitos humanos. Nessa perspectiva, não se analisa o criminoso como violador da norma isolada, mas, como inimigo do humano que ameaça o conjunto dos direitos humanos em todas as suas dimensões. (HINKELAMMERT, 1990, p. 136).

O processo de inversão ideológica dos direitos humanos originou-se historicamente no próprio processo de afirmação política da burguesia no século XIX em que a produção privada determinou a hierarquização e o acesso a tais direitos.⁹

Considerando o conjunto dos direitos humanos, verifica-se que o cumprimento de um direito pode interferir no de outro, pois, nem sempre há compatibilidade entre si. A incompatibilidade pode ocorrer no tempo presente, mas também considerando-se a própria perspectiva de futuro em que novos direitos sempre podem surgir.

Por tal razão, o autor considera que nunca e em lugar nenhum os direitos humanos podem ser cumpridos em sua plenitude. Constituem um horizonte utópico de convivência humana que permite apenas aproximações. (HINKELAMMERT, 1990, p. 137).

No horizonte de incompletude e incompatibilidade dos direitos humanos é necessário escolher qual direito será implementado. O direito escolhido é assim considerado direito fundamental que mediatizará o acesso aos demais direitos humanos.

Tem-se então o elemento da hierarquia, já que na implementação dos direitos humanos um direito acaba sendo preferido em relação aos outros que são relativizados.

A questão é que o direito imperante necessita da produção e distribuição dos bens necessários à sua implementação:

Desta maneira, passamos dos direitos humanos à constituição de um direito fundamental, que é o princípio da hierarquização de todos os outros direitos humanos e que se identifica com as relações sociais de produção como forma de acesso à produção e distribuição dos bens. (HINKELAMMERT, 1990, p. 139-140).

Portanto, aqueles que não tem acesso a produção e distribuição de bens também não terão acesso aos direitos, sendo excluídos do processo. São identificados como aqueles que se opõem ao princípio de hierarquia imperante. “O oponente agora é visto como alguém que se levanta contra toda dignidade humana, um destruidor de tudo o que é humanamente bom e um inimigo da humanidade.” (HINKELAMMERT, 1990, p. 141).

⁹ Franz Josef Hinkelammert (2000) detalha como esta inversão ideológica apareceu na teoria política elaborada por John Locke, chegando até os dias atuais, no seu texto *La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke*. Dentre os autores clássicos que desenvolveram teorias que tem guiado a inversão dos direitos humanos, ele considera Locke o mais importante por ter elaborado esta interpretação dos direitos humanos em um momento chave do processo de colonização do mundo. Ressalta que foi na teoria de Locke que nasceu a inversão dos direitos humanos que buscou legitimar a revolução burguesa. Assim, a modernidade fundou-se nesse esquematismo que é constantemente adaptado a novas situações históricas.

Frente aos opositores opera-se a suspensão dos direitos humanos. A decisão acerca de qual (is) direito (s) serão suspensos ocorrerá no interior das próprias disputas políticas democráticas.

Observa-se que nesse processo, a inversão ideológica é produzida independentemente da previsão de normas específicas violadas, mas, frente a oposição ao princípio de hierarquização dos direitos humanos pelos considerados inimigos.

Frente ao crime ideológico não há nenhum direito humano. Frente ao inimigo do humano suspende-se toda humanidade.

Assim, os máximos valores da humanidade representados pelos direitos humanos são invertidos e transformados em motivos de violação destes mesmos valores, alimentando uma máquina sacrificial de matar. “É a festa da brutalidade, que celebra o seu exorbitante exercício como vida plena. Mas, é na realidade a celebração da morte: do viva a morte!” (HINKELAMMERT, 1990, p. 147).

É através desse processo de inversão dos direitos humanos que se projeta o monstro, que terá a sua vida sacrificada no altar dos direitos humanos. Os monstros servem, pois, para viabilizar a aceitação do funcionamento desta fábrica de morte.

Desta forma, a pessoa é por negação dos seus direitos projetada como monstro, inimigo, encarnação do mal contra o qual se deve lutar e sacrificar.

O poder político do Estado em qualquer sociedade democrática atual é constituído pelo ciclo de hierarquização e inversão dos direitos humanos. Portanto, essa inversão dos direitos humanos por meio da construção do monstro é tipicamente um esquema de tomada e afirmação do poder. A construção de inimigos tem como objetivo garantir a manutenção da ordem social hegemônica. Tal ciclo parece atestar uma profunda hipocrisia da sociedade democrática que se diz defender os direitos humanos e na realidade os viola.

No contexto do neoliberalismo, a propriedade foi substituída pela eficiência e competitividade do mercado. A linha de demarcação que determina a hierarquização dos direitos humanos é o mercado.

Os excluídos pelo mercado são os seres infra-humanos sacrificáveis, sem direito algum. A inversão ideológica alcança o próprio sentido do humano que é relativizado e sacrificado em prol dos valores do mercado. (HINKELAMMERT, 1990, p. 148-149).

Inobstante a ocorrência desse processo de inversão dos direitos humanos, Franz Josef Hinkelammert (2014) não tem dúvidas de que um outro mundo é possível sendo essencial partir sempre dos direitos humanos. Assim: “A situação dos direitos humanos é dramática, mas se queremos definir e propor outra sociedade, outro mundo possível, no sentido de que ele é

possível, temos de falar de um mundo em que os direitos humanos sejam reconhecidos.” (HINKELAMMERT, 2014, p. 113).

Para tal, frente a inversão dos direitos humanos, é necessária a recuperação dos direitos humanos do ser humano concreto, o que exige a sua rebelião como sujeito vivente que se rebela contra a sua constante transformação em monstro, objeto a serviço do sistema.

É necessário também lutar pelos direitos humanos que devem ser tomados como critério para a intervenção no mercado. Esta luta não consiste em luta de classe, mas, em uma luta social pela sobrevivência da humanidade inteira. (HINKELAMMERT, 2014, p. 118).

A concepção dos direitos humanos como luta implica no rompimento com a metafísica e no reconhecimento de tais direitos como sendo decorrentes de um processo que ocorre na construção social da realidade e não como direitos ideais, abstratos, formalmente previstos.

A aproximação da teoria crítica dos direitos humanos é relevante, sobretudo, pelo seu pressuposto ético que consiste no reconhecimento de todos os seres humanos como humanos. (CARVALHO, 2009, p. 178).

No âmbito das práticas punitivas, este pressuposto impede que qualquer ser humano seja considerado como um objeto que, estigmatizado pela periculosidade, deve ser eliminado como inimigo. (CARVALHO, 2009, p. 198).

O sacrifício do inimigo enseja a própria violação dos direitos humanos e a pior de todas as inversões ideológicas.¹⁰

4 A RECONFIGURAÇÃO DO PODER PUNITIVO E A IDOLATRIA BITEÍSTA

Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos (2020) detalham que à medida em que o neoliberalismo foi se impondo como a versão dominante do capitalismo ajustou-se ao setor financeiro global conformando o totalitarismo financeiro, feição do poder contemporâneo que idolatra não apenas o Deus falso, mercado, como também o poder punitivo.

O totalitarismo financeiro deposita uma fé cega na onipotência de dois seres supremos: o mercado e o poder punitivo, que se retroalimentam, pois, o mercado nunca lograria impor seu modelo de exclusão planetária sem o exercício do poder punitivo. Portanto, trata-se de um poder fundado em uma idolatria biteísta. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 51).

¹⁰ Sobre as inversões ideológicas nas ciências penais ver o texto de Salo de Carvalho (2009) *Criminologia, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos*.

Para os autores, a crítica teológica não percebe claramente este biteísmo no tocante ao poder punitivo ao considerá-lo apenas como face punitiva da idolatria do mercado. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 51).

No tocante ao exercício do poder de punir, destacam que o objetivo ou a finalidade de seu uso não é o mesmo de algumas décadas.

A atual polarização da riqueza tende a configurar sociedades nas quais a relação entre explorador e explorado (dialética própria do capitalismo produtivo) não é mais importante. Assim, a punição não visa mais explorar, recair sobre os corpos para torná-los produtivos (explorados). A polarização é prioritariamente entre incluído e excluído (a relação não é dialética, porque o incluído não necessita do excluído).¹¹ (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 45).

Na contemporaneidade se exerce sobre os países do hemisfério sul uma nova fase avançada do colonialismo denominada pelos autores de tardocolonialismo ou colonialismo tardio. Nesse contexto, o totalitarismo financeiro não opera como fizeram no neocolonialismo das repúblicas oligárquicas, pois, elas representaram economias colonizadas, mas, de existências viáveis no marco de poder do seu tempo. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 67).

Nessa região, denota-se que o totalitarismo financeiro quer sepultá-la a um subdesenvolvimento perpétuo destruindo toda viabilidade sustentável das economias locais e detendo todo propósito de extensão da cidadania real.

A acelerada concentração de riqueza criou uma plutocracia mundial, um governo de ricos que concentram mais riquezas, que se valem da livre atuação das corporações transnacionais (massas de dinheiro), que sacrificam países, pessoas e sua correspondente dignidade.

O totalitarismo financeiro se vale de coações de diversas ordens que vitimizam Estados e populações inteiras, levando políticos de países subdesenvolvidos a tomar créditos em condições de alto risco. A insolvência futura desses Estados força renegociações “auxiliadas” por bancos que impõem aos devedores medidas que determinam um modelo de sociedade excludente (com drástica redução nas áreas da saúde, educação, segurança social, flexibilização da legislação trabalhista, etc...) que atingem diversas dimensões da vida humana. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 90-91).

¹¹ A concentração de riqueza, tende a configurar sociedades segundo um modelo excludente, com 30% de incluídos e o restante da população composta por pessoas estruturalmente excluídas ou descartáveis. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 45).

O genocídio por gotejamento é o mais notório efeito do subdesenvolvimento que o poder totalitário financeiro condiciona. Tal genocídio pode ser observado, por exemplo, nas situações envolvendo a soma das vítimas de morte violenta, da atenção seletiva da saúde, da violência machista, da letalidade policial, da mortalidade no trânsito (por inadequação das estradas para os veículos vendidos) e algumas outras situações que permite verificar que na região são mortas anualmente o equivalente a cidades de regulares proporções. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 55).

Portanto, o controle social punitivo na contemporaneidade responde a um marco de poder planetário diferente do que gerou as críticas criminológicas da segunda metade do século passado.

Este novo momento do poder foi facilitado pela revolução tecnológica (em especial, comunicacional) e em nossa região impacta sobre o controle social punitivo com características particulares. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 44-45).

Isso demanda uma nova aproximação da criminologia e também da política criminal. No entanto, inobstante a reconfiguração do poder punitivo denota-se a persistência da figura do inimigo que deve ser sacrificado e da guerra contra ele habilitando o seu exercício.

O velho artil da inversão dos direitos humanos que busca legitimar suas violações alegando a defesa dos mesmos continua também a legitimar este poder genocida. (ZAFFARONI; DIAS, 2020, p. 59).

5 AS GUERRAS E A POLÍTICA CRIMINAL

Na obra *Guerres et capital*, Éric Alliez e Maurizio Lazzarato observam que no interior de todas as transformações maiores do capitalismo as guerras serão sempre encontradas.

Não somente as guerras militares, mas, as múltiplas guerras como as de classe, sexuais, raciais, de subjetividades estão integradas de um modo constitutivo à definição do capital. Isso por que as guerras são forças constitutivas do próprio capitalismo. (ALLIEZ; LAZZARATO, 2016, p. 18).

Recordando o explicitado por Franz Josef Hinkelammert (2021), o juízo de valor instrumental capitalista, norteadado pela racionalidade meio-fim, traz em seu interior uma irracionalidade destrutiva inerente ao progresso ilimitado global pautado pela máxima ganância. Esta é a racionalidade irracional que permeia o interior da vida humana atual cuja máxima é “eu sou se te derroto”, ou seja, uma racionalidade de guerra.

No entanto, diversamente dos séculos passados, no neoliberalismo as guerras deixam de ser motivadas por conquistas de territórios em função, sobretudo, da captura das soberanias pelo mercado global. Não visam objetivos políticos do Estado, mas, do próprio capital. Elas integram os Estados e acontecem no interior e contra a própria população. (ALLIEZ; LAZZARATO, 2016, p. 27-28).

A população é o campo de batalha e as operações que nele ocorrem são portadoras de nova identidade. A indissociabilidade entre capital e guerra visa dividir a população evitando-se assim o risco de revolução. “As guerras não são mais somente sangrentas e os meios de as conduzir não são unicamente militares. A economia e notadamente a economia financeira pode substituir os meios militares”. (ALLIEZ; LAZZARATO, 2016, p. 345).

O capital se integra diretamente à máquina de guerra estatal, integrando-a aos seus demais instrumentos de polarização: “A construção dessa nova máquina de guerra capitalista irá assim integrar o Estado, a sua soberania (política e militar) e o conjunto de suas funções “administrativas”, ao transformá-las profundamente sob a direção do capital financeiro.” (ALLIEZ; LAZZARATO, 2016, p. 22).

Construiu-se uma máquina de guerra coletiva à altura da guerra civil desencadeada em nome do neoliberalismo e do primado absoluto da economia como política exclusiva do capital. (ALLIEZ; LAZZARATO, 2016, p. 33).

O funcionamento desta máquina demanda sacrifícios crescentes:

[...] o capital está disposto a sacrificar, sem qualquer escrúpulo, a saúde, a formação, a reprodução e a moradia de várias camadas da população, ou seja, sacrificar a vida dos proletários, como sempre fez, como continua e sempre continuará a fazer, reconduzindo-a, relação de força permanente, ao mínimo (os serviços mínimos dos neoliberais significam exatamente isso. (LAZZARATO, 2019, p. 92).

Assim, guerras e política são estratégias sempre prestes a se interpenetrar sob a hegemonia da máquina do capital. (LAZZARATO, 2019, p. 97).

Nesse sentido, Éric Alliez e Maurizio Lazzarato (2016) salientam que:

As “guerras” como fundamento da ordem interior e exterior, como princípio de organização da sociedade. As guerras não somente de classe, como também militares, sexuais, raciais, estão integradas de modo constitutivo à definição do capital que seria preciso reescrever *Das Kapital* de cabo a rabo, para levar em conta as dinâmicas dela no que de mais real há no seu funcionamento. (ALLIEZ; LAZZARATO, 2016, p. 18).

A identificação do entrelaçamento entre as guerras e a política, impacta na própria caracterização da política criminal. Nessa perspectiva, considera-se que a guerra é mais do que

uma forma de exercício particular da política criminal. (BERGALLI; RIVERA BEIRAS, 2005, p. 12). No capitalismo neoliberal as guerras se interpenetram também na política criminal.

Ocorre que, sugestionam-se que se guerras e política “as duas estratégias estão à disposição do poder (da máquina do capital), elas também podem ser mobilizadas para a revolução.” (LAZZARATO, 2019, p. 97).

6 A FUNDAMENTALIDADE DA RAÇA NA POLÍTICA CRIMINAL SACRIFICIAL

Ao analisar as guerras contemporâneas da era da globalização, Achille Mbembe (2016) observa que nelas não há monopólio da violência pelos Estados, já que, a coerção tornou-se produto do mercado. “Milícias urbanas, exércitos privados, exércitos de senhores regionais, segurança privada e exércitos de Estado proclamam, todos, o direito de exercer violência ou matar”. (MBEMBE, 2016, p. 139).

Nesse contexto, embora o poder ainda dependa de um controle estreito sobre os corpos, emergem novas tecnologias de destruição preocupadas em inscrevê-los na ordem da economia máxima, representada pelo massacre.

Achille Mbembe (2016, p. 123;127) evidencia que, afastando-se do paradigma da razão enquanto verdade do sujeito, categorias menos abstratas e mais táteis, como a vida e a morte, tem caracterizado a política.

Ele apresenta a leitura da política como trabalho de morte, formulando a noção de necropolítica em que não há diferença entre a política e a guerra. O projeto político central não é o de luta pela autonomia do sujeito, mas, a destruição humana.

Tomando como ponto de partida o conceito de Foucault de biopolítica, no qual está em jogo o cálculo que regula vidas, corpos e a própria população, por meio da dinâmica do fazer viver, deixar morrer, Achille Mbembe (2016) o considera insuficiente para explicar a operacionalização do poder na contemporaneidade.

Assim, a ocupação colonial contemporânea reúne três dinâmicas de poder: disciplinar, biopolítico e necropolítico. O conceito de necropolítica merece atenção porque revela as arbitrariedades institucionalizadas que transformam a morte de determinados sujeitos como mero efeito colateral necessário à manutenção do poder e à lógica social hegemônica.

A necropolítica é identificada como política em que a promoção da morte ganha centralidade, presente nas sociedades que se caracterizam pela inimizade e estende o terror aos inimigos. Nela, o poder continuamente se refere e apela à exceção, à emergência e a uma noção ficcional de inimigo (MBEMBE, 2016, p. 128) e também o produz.

A raça é, pois, o elemento crucial para o encadeamento entre biopoder, estado de exceção e estado de sítio, característica mais original da formação do terror. (MBEMBE, 2016, p. 132).

Em *Crítica da razão negra*, o filósofo evidencia a raça como sendo uma categoria inventada na modernidade que passou a constituir a representação eurocêntrica/moderna do negro como um não-ser, mais precisamente, uma figura pré-humana, monstruosa. “Funcionando simultaneamente como categoria originária, material e fantasmagórica, a raça tem estado, no decorrer dos séculos precedentes, na origem de inúmeras catástrofes e terá sido a de devastações físicas inauditas e de incalculáveis crimes e carnificinas. (MBEMBE, 2014, p. 11).

Achille Mbembe (2014) expõe que os termos raça e negro, foram cunhados na primeira fase do capitalismo, no contexto do processo colonial/imperialista, legitimando discursos e práticas de exploração.

No entanto, o uso de tais termos não é restrito a esta época estendendo aos dias atuais para alcançar não apenas as pessoas de origem africana como toda parcela da humanidade espoliada pelo capital.

Assim, no neoliberalismo há uma universalização das concepções eurocentradas sobre a África compreendida como inesgotável fonte de recurso e o africano/negro como força de trabalho explorável até o seu completo esgotamento e descarte. Tal condição passa a alcançar grande parte dos seres humanos pertencentes aos grupos excluídos considerados como não-humanos, inferiores, exploráveis, figuras instrumentalizáveis. Há uma tendencial universalização da condição negra:

Pela primeira vez na história humana, o nome Negro deixa de remeter unicamente para a condição atribuída aos genes de origem africana durante o primeiro capitalismo (predações de toda a espécie, desapossamento da autodeterminação e, sobretudo, das duas matrizes do possível, que são o futuro e o tempo). A este novo carácter descartável e solúvel, a sua institucionalização enquanto padrão de vida e a sua generalização ao mundo inteiro, chamamos o *devir-negro do mundo*. (MBEMBE, 2014, p. 18).

A partir do pensamento de Achille Mbembe (2014) denota-se a fundamentalidade da raça na política criminal sacrificial na medida em que ela a operacionaliza, habilita.

Referindo-se a mesma realidade do capitalismo neoliberal, embora partindo de perspectivas distintas, as visões de Franz Josef Hinkelammert e Achille Mbembe se aproximam ao destacarem que o neoliberalismo considera a morte de determinados sujeitos como mero efeito colateral necessário à manutenção do poder e à lógica hegemônica. Assim, exige que a

vida sem valor econômico, considerada descartável, seja eliminada, sacrificada. Ambos identificam a dimensão sacrificial do capitalismo neoliberal. (PIMENTEL, 2020, p. 17).

7 A POLÍTICA CRIMINAL SACRIFICIAL E A GUERRA ÀS DROGAS?

No Brasil, o “modelo” político-criminal de guerra continua sendo seguido no âmbito das drogas sendo parâmetro para outras áreas da criminalidade¹². Trata-se de uma guerra eminentemente bélica.

Mesmo diante da ineficiência na redução da oferta e do consumo de drogas, bem como no desmantelamento da criminalidade organizada, a insistência no controle penal bélico revela a fundamentalidade da indagação/alerta feita por Salo de Carvalho e Adrian Barbosa e Silva (2019, p. 9): “ [...] o que esse modelo de intervenção sustenta para que os seus fundamentos (discursos) e os seus métodos (ações) se mantenham inabalados após décadas de aparente fracasso?”.

O alerta agrega-se a necessidade de reconhecer a urgência do cessar-fogo¹³, bem como de ouvir os estrondos e estragos das demais guerras em curso.

Os principais contornos da política criminal proibicionista foram definidos, especificamente, com a aprovação da Convenção de Entorpecentes em 1961. Antes disso, cada país podia formular e conduzir a política que considerasse adequada sobre a matéria que se entendia referente à soberania nacional. A partir de então, a fiscalização da implementação das medidas previstas no referido documento passa a ser de competência também da Organização das Nações Unidas ONU, demarcando o caráter internacional da questão. (MOTTA, 2015, p. 241).

No Brasil, a política criminal de drogas foi a primeira a apresentar um modelo bélico fundado no propósito de “combate” ao crime.

Nilo Batista (1997), detalha o modelo sanitário que o precedeu e indica o ano de 1964 como marco divisório entre os modelos sanitário e bélico de política criminal, esclarecendo que a escolha do segundo modelo está relacionada ao golpe de estado que criou as condições para a implantação do mesmo. A partir desse momento, a política criminal resolveu opor-se à droga com os métodos de guerra.

¹² Inobstante em outras partes do mundo, novas propostas já tenham sido anunciadas.

¹³ Expressão usada por Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho no texto *Política criminal da guerra ou do cessar-fogo?* (BOLDT; CARVALHO, 2020, p. 245).

Assim, habilitada pela demanda por ordem, no período mais duro do governo militar iniciou-se a *Política criminal com derramamento de sangue*. O conceito de “inimigo interno” formulado no seio da doutrina de segurança nacional transbordou para o sistema penal e sobreviveu a própria guerra fria na figura do traficante de drogas. (BATISTA, 1997, p. 85).

Em torno da questão das drogas constituiu-se um ativo campo de batalha no qual a lógica militarizada permanece orientando as ações das instituições de segurança pública.

A base ideológica estruturante da política criminal beligerante relativa às drogas resulta de uma fusão de três discursos repressivos autoritários presentes nos anos 1960 e 1970 do século XX na América Latina (Defesa Social, Segurança Nacional e Lei e Ordem). (CARVALHO, 2014, p. 104).

A ideologia da defesa social conformou uma política criminal integrada à ciência penal e a criminologia positivista tendo como principal objetivo a luta contra o crime e a tutela da sociedade contra os criminosos. Nesse contexto, coube a política criminal dar diretrizes ao legislador, ao juiz e à administração penitenciária acerca dos meios eficazes de reação à criminalidade. (CARVALHO, 2014, p. 93).

Salo de Carvalho (2014) considera que, em linhas gerais, a ideologia da defesa social maximizou os processos de criminalização e a instrumentalização dos modelos repressivos. Na América Latina, tal discurso resultou na potencialização do paradigma da beligerância na medida em que incrementou a incidência verticalizada do penal/carcerário nos países periféricos. (CARVALHO, 2014, p. 92).

À ideologia da defesa social agregou-se a ideologia da segurança nacional que praticamente dominou toda a América Latina na década de 1960, ensejando a emergência de um estado de guerra total e permanente do sistema penal contra o crime comum e/ou político:

Assim, desde o ponto de vista dos regimes políticos ocidentais, sobretudo naqueles nos quais vigiam Estados de Exceção como o Brasil pós-64, à constatação da existência de inimigos externos cuja ação é direcionada à corrupção dos valores morais alia-se o medo dos dissidentes internos - criminosos políticos e posteriormente, os criminosos comuns [...]. A forma de manutenção do corpo social sadio contra as investidas daqueles que pretendem aniquilar os valores morais é a sanção neutralizadora, cuja finalidade, diferente dos modelos de Defesa Social baseados na recuperação do infrator, é estruturada na ideia de eliminação. (CARVALHO, 2014, p. 97).

O terceiro pilar ideológico que sustenta a política criminal de drogas no Brasil são os Movimentos de Lei e Ordem. Originários dos Estados Unidos, tais movimentos são instrumentalizados pela mídia, parte integrante das agências penais, que dissemina notícias sensacionalistas que visam evidenciar a vivência da sociedade em um estado de perigo

constante decorrente dos altos índices de criminalidade que somente podem ser vencidos pela atuação profilática severa dos aparatos do Estado Penal. As primeiras manifestações de tais movimentos no mundo se deram no plano normativo punitivo em matéria de drogas.

O modelo político criminal de guerra às drogas foi subalternamente importado dos Estados Unidos da América para a América Latina e efetivamente incorporado pelos países latinos nas décadas de 1970 e 1980. (MOTTA, 2015, p. 242).

Vera Malaguti Batista (2020) observa que após o período da redemocratização o processo de militarização foi intensificado tendo ainda a guerra as drogas como grande vetor. Atualmente, especialmente no Rio de Janeiro¹⁴, o formato da guerra como política é uma realidade concreta e palpável. Ultrapassa a questão das drogas e apresenta-se na forma de diferentes “combates”, contra a corrupção, contra o crime e outras batalhas da segurança pública. (BATISTA, 2020, p. 235-239).

As marcas da guerra as drogas são visíveis, estão nas pessoas presas e mortas, bem como nos policiais que matam e também morrem.

Em uma abordagem acerca da dimensão geopolítica da questão das drogas Felipe Heringer Roxo da Motta (2015) detalha como a política criminal de drogas guarda uma relação íntima com o desenvolvimento do capitalismo e o processo de acumulação do capital. Em sua tese, explica como a produção, circulação e consumo de entorpecentes constituem um setor de natureza capitalista. (MOTTA, 2015, p. 245).

A lucratividade do setor explica uma aproximação cada vez maior entre as milícias e o tráfico de drogas agregando mais um negócio na sua ampla cartela de transações no mercado criminoso, conforme identificado no *Mapa dos grupos armados do Rio de Janeiro 2019*¹⁵.

Desta forma, a política criminal que oficialmente busca combater a produção e circulação de determinadas drogas, contraditoriamente, agrega valor e estimula o mercado

¹⁴ “Essa escalada da militarização que se apresentou logo após a redemocratização e que teve a guerra contra as drogas como seu grande vetor, teve um grande influxo quando o Rio de Janeiro foi apresentado ao mundo como a cidade-mercadoria do capital desportivo transnacional. Implantaram-se aqui as UPPs (Unidades de Polícia Pacificadora), baseadas num modelo estadunidense e israelense de ocupação de territórios inimigos. Vendidas como projeto social elas intensificaram a presença da polícia militar nas favelas estratégicas para os eventos da Copa do Mundo e das Olimpíadas. Cerca de 70 mil moradores de favelas foram removidos sob o argumento das obras de infraestrutura.” (BATISTA, 2020, p. 239).

¹⁵ Trabalho conjunto desenvolvido pelo datalab Fogo Cruzado, o grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense, o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, o Disque-Denúncia e a plataforma digital Pista News.

tornando a sua proposta oficial fracassada.¹⁶ A criminalização e conseqüente repressão agrega valor à mercadoria pelo aumento do risco da atividade e manutenção de oferta sempre insuficiente à demanda. (MOTTA, 2015, p. 247-249).

Nesse contexto, a imagem do traficante de drogas é seletivamente produzida como sendo uma alteridade monstruosa, encarnação do mal, figura demoníaca contra a qual se deve lutar e através do qual o sacrifício é operado em prol do mercado.

A busca pela perda dessa identidade diabólica através da mediação do sagrado tem sido uma motivação importante nos processos de conversão religiosa dos traficantes. (CÔRTEZ, 2005, p. 46).

Percebe-se, pois, como a política criminal de “guerra contra as drogas” foi um vetor fundamental no processo de constituição do sujeito matável. (BATISTA, 2020, p. 232). É também um vetor de fundamental importância para o desenvolvimento do capital.

Conforme Maria Lúcia Karam, nessa política, a guerra é contra pessoas e não contra coisas.¹⁷

A Human Rights Watch chamou a política de guerra contra às drogas no Brasil de genocídio, tendo em vista o número desproporcional de jovens negros presos e processados e o referente à violência e morte que esta guerra tem causado na comunidade negra e mestiça do Brasil¹⁸. (JACOBSON; HEARD; FAIR, 2017).

O sacrifício é o elemento mítico-teológico que a sustenta dissimulando o seu real sentido de matá-los, direta ou indiretamente, em prol dos Deuses mercado e poder punitivo. Configura a política criminal sacrificial na qual a raça é elemento fundamental.

Percebe-se, pois, que a funcionalidade da política de drogas no Brasil é a de identificar seletivamente, dentre os setores excluídos da sociedade, o monstro/traficante que deve ser sacrificado, o excedente do mercado que deve ser morto ou preso para aquecê-lo.

¹⁶ Felipe Heringer Roxo da Motta (2015) explica que “quanto mais intenso o controle, maior é a necessidade de contar com o risco da perda de mercadorias e a formação de uma rede de corrupção para garantir a chegada do bem ao destinatário. Isso amplia a complexidade produtiva, agrega valor à mercadoria e gera tensão na formação do preço, em uma mistura entre queda da qualidade do produto (redução do custo produtivo) e aumento do preço”. (MOTTA, 2015, p. 250).

¹⁷ Maria Lúcia Karam, em palestra proferida na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) no Seminário Políticas Criminais e Neoliberalismo, sobre: política proibicionista de guerra às drogas, em 21 de outubro de 2021.

¹⁸ Nesse contexto, chama a atenção também a maior incidência de mulheres presas por crimes previstos na Lei de Drogas (BRASIL, 2019).

O rompimento com essa política criminal sacrificial é urgente para salvar vidas humanas e passa, necessariamente, pela luta voltada à descriminalização das condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas no país.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pensamento de Franz Josef Hinkelammert, verificou-se que o sacrifício é um dos persistentes fenômenos mítico-teológicos que acompanham a civilização. Para além da legitimação das guerras de conquista territorial, a dinâmica do sacrifício na vida humana passou a fundar os valores do próprio capitalismo em diversos momentos históricos.

Na contemporaneidade, a exigência de sacrifícios humanos permeia também o capitalismo neoliberal, operacionalizando critérios de manutenção de algumas poucas vidas humanas e a matabilidade de muitas outras. A partir da dissimulação de critérios que, na verdade, buscam garantir estritamente os valores capitalistas, o neoliberalismo opera sacrificando vidas consideradas excedentes.

A racionalidade mítico-teológica do sacrifício sustenta de maneira potente a violência do capitalismo neoliberal, dissimulando o seu real sentido e critérios de matabilidade das populações.

No contexto neoliberal a tomada de decisão frente as situações limite de vida/morte depende de critérios sacrificiais pautados pela soberania do mercado. O neoliberalismo entrega ao mercado o poder absoluto de decidir sobre a vida e a morte dos seres humanos. Os excluídos pelo mercado são os seres considerados infra-humanos sacrificáveis.

A agressividade é exercida sobre as vidas consideradas sem valor cuja identificação passa pela produção do outro como monstro. Através da produção de alteridades monstruosas o sacrifício é operado, dissimulando os critérios da “mão invisível” do mercado acerca do (des) valor da vida e os critérios de matabilidade. Assim, o mercado mata os supérfluos que promoveu.

No âmbito dos direitos humanos, o sacrifício penetra através do processo de sua inversão tendo em vista que o processo histórico de afirmação dos direitos humanos é político e nem sempre interessa ao grupo hegemônico. É através desse processo de inversão dos direitos humanos que se projeta o monstro. Desta forma, a pessoa é por negação dos seus direitos projetada como monstro, inimigo, encarnação do mal contra o qual se deve lutar e sacrificar. A projeção de monstros objetiva garantir a manutenção da ordem social hegemônica.

Daí a importância da rebelião e da luta pelos direitos humanos para que no entrelaçamento entre a vida e sacrifício humano, a vida prevaleça.

Na medida em que o neoliberalismo foi se impondo como versão dominante do capitalismo ajustou-se ao setor financeiro global conformando o totalitarismo financeiro, feição do poder contemporâneo que idolatra dois Deuses falsos, o mercado e o poder punitivo, que se retroalimentam. No capitalismo financeiro, o mercado não lograria impor seu modelo de exclusão planetária sem o exercício do poder de punir.

O sacrifício recai, pois, sobre pessoas e também sobre populações inteiras de regiões, como a América Latina. Nessa região, conforme explicitado por Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos (2019), o totalitarismo financeiro tem destruído a viabilidade de desenvolvimento sustentável das economias locais e de extensão da cidadania real. O genocídio por gotejamento é o mais notório efeito do subdesenvolvimento que o poder totalitário condiciona.

No interior de todas as transformações maiores do capitalismo, as guerras são sempre encontradas, vez que, são forças constitutivas dele próprio. (ALLIEZ, LAZZARATO, 2016).

No entanto, diversamente dos séculos passados, no neoliberalismo as guerras deixaram de ser motivadas por conquistas de território em função, sobretudo, da captura das soberanias pelo mercado global. As guerras não visam objetivos políticos do Estado, mas, do próprio capital. Elas integram os Estados e acontecem no interior e contra a própria população que é o campo de batalha.

A indissociabilidade entre capital e guerra visa dividir a população evitando-se assim o risco de revolução.

Por isso, em nome do neoliberalismo edificou-se uma máquina de guerra cujo funcionamento demanda sacrifícios crescentes nas mais diversas áreas, tais como da saúde, da educação e da moradia.

A identificação do entrelaçamento entre capital, guerra e política impacta na própria caracterização da política criminal. No capitalismo neoliberal, mais do que uma forma de exercício particular, as guerras se interpenetram também na política criminal. Tal entrelaçamento pode ser identificado na política criminal brasileira de guerra às drogas.

Em torno da questão das drogas constituiu-se um ativo campo de batalha no qual a lógica militarizada permanece orientando as ações das instituições de segurança pública. Trata-se de um modelo de política criminal subalternamente importado dos Estados Unidos da América para a América Latina.

A política criminal de drogas guarda íntima relação com o desenvolvimento do capitalismo em seus diversos momentos históricos. Isso porque a produção, circulação e o consumo de drogas constituem um setor de natureza capitalista.

Observa-se que, a política criminal que oficialmente busca combater a produção e circulação de determinadas drogas, contraditoriamente, agrega valor e estimula o mercado tornando a sua proposta oficial fracassada. A criminalização e consequente repressão agrega valor à mercadoria pelo aumento do risco da atividade e manutenção da oferta sempre insuficiente à demanda.

Nesse contexto, a imagem do traficante de drogas é seletivamente produzida como alteridade monstruosa, encarnação do mal, figura demoníaca contra a qual se deve lutar e através do qual o sacrifício é operado em prol do mercado e do poder punitivo.

Por tais razões, mesmo diante da ineficiência da redução da oferta e do consumo de drogas, bem como no desmantelamento da criminalidade organizada, a insistência no controle penal bélico da questão sustenta-se no elemento mítico-teológico do sacrifício do traficante/inimigo que dissimula o seu real sentido de guerra contra pessoas, jovens (homens e mulheres), pobres e negros, excedentes do mercado que são presos ou mortos para aquecê-lo. Denota-se, pois, a fundamentalidade da raça nesta política criminal sacrificial. A funcionalidade da política de drogas no Brasil é de identificar seletivamente, dentre os setores excluídos da sociedade, o monstro/traficante que deve ser sacrificado.

Assim, frente a tal inversão é necessária a recuperação dos direitos humanos do ser humano concreto, o que exige que ele se rebelde contra a sua transformação em monstro, objeto a serviço do sistema. Faz-se necessário também que haja luta social pela vida das pessoas, que tome os direitos humanos como critério para intervenção no mercado.

Nesse contexto, o rompimento com a política criminal sacrificial de drogas é urgente para salvar vidas humanas e passa, necessariamente, pela luta voltada à descriminalização das condutas relacionadas ao uso e tráfico de drogas no Brasil.

Confirma-se, pois, a hipótese de trabalho de que o pensamento de Franz Josef Hinkelammert contribui, sobretudo, pela afirmação da vida como princípio ético. Tal princípio indica a necessidade de tornar a vida humana e suas condições de existência como instância fundamental de toda a racionalidade, inclusive da política criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLIEZ, Éric; LAZZARATO, Maurizio. **Guerres et capital**. Paris: Editora Amsterdam,

2016.

ASSMANN, Hugo; HINKELLAMERT, Franz. **A idolatria do mercado**: ensaio sobre economia e teologia. Petrópolis: Vozes, 1989.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, n. 20. out./dez. 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. Crime e guerra no Brasil contemporâneo. *In*: CARVALHO, Thiago Fabres de; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Política criminal e estado de exceção no Brasil**: o direito penal do inimigo no capitalismo periférico. Rio de Janeiro: Revan 2020.

BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). **Política criminal de la guerra**. Barcelona: Anthropos, 2005.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Política criminal da guerra ou do cessar-fogo? *In*: CARVALHO, Thiago Fabres de; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Política criminal e estado de exceção no Brasil**: o direito penal do inimigo no capitalismo periférico. Rio de Janeiro: Revan 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen**: Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília: INFOPEN, 2019. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 14 out. 2021.

CARVALHO, Salo de. 'Criminología, garantismo y teoría crítica de los derechos humanos: ensayo sobre el ejercicio de los poderes punitivos'. **NOVUM JUS**, v. 3, n. 1, p 161-200, Enero./Junio. 2009.

CARVALHO, Salo de. 'O Direito Penal na Pandemia: os processos de responsabilização e as políticas de investimento na morte'. *In*: RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan; ACHUTTI, Daniel Silva. (org.). **A crise sanitária vista pelo direito**: observações desde o PPG/Unilasalle sobre a COVID-19. Canoas: Editora Unilasalle, 2020. v. 1.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7. ed. rev., atual e amplo. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de; SILVA, Adrian Barbosa e. O que a política de guerra às drogas sustenta? A hipótese descriminalizadora frente à violência institucional genocida. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Ano 27, n., 319, jun. 2019.

CÔRTEZ, Mariana Magalhães Pinto. **O bandido que virou pregador**: a conversão de criminosos ao pentecostalismo e suas carreiras de pregadores. São Paulo: ANPOCS, 2005.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **A maldição que pesa sobre a lei**: as raízes do pensamento crítico de Paulo de Tarso. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Paulus Editora, 2012.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **Democracia e totalitarismo**. 2. ed. San José, Costa Rica: DEI, 1990.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **El assalto al poder mundial y la violència sagrada del império**. San José, Costa Rica: DEI, 2003.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **Hacia una crítica de la razón mítica**: el labirinto de la modernidade. México: editorial Dríada, 2008.

HINKELAMMERT, Franz Josef. La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke. *In*: FLORES, Joaquín Herrera (ed.). **El vuelo de anteo**: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao - Espanha: Desclée De Brouwer, 2000. p. 79-113. (Derechos Humanos y Desarrollo).

HINKELAMMERT, Franz Josef. La proyección del monstruo: la conspiración terrorista mundial. **Pasos**, n. 101, p. 33-35, 2002.

HINKELAMMERT, Franz Josef. **Sacrificios humanos e sociedade ocidental**: Lúcifer e a Besta. Tradução de João Rezende da Costa. São Paulo: Paulus, 1995

HINKELAMMERT, Franz Josef. **La crítica de las ideologias frente a la crítica de la religión**: volver a Marx trascendiéndolo; prólogo de C.G. Aguilar. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2021.

JACOBSON, Jessiça; HEARD, Catherine; FAIR, Helen. **Prison**: evidence of its use and over-use from around the world. London: Institute for Criminal Policy Research, 2017. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/global_imprisonment_web2c.pdf. Acesso em: 14 out. 2021.

JUNGES, Fábio César; KOTZ, Leandro José. Teologia do sacrifício humano: entre obedecer e transgredir. *In*: CONGRESSO ESTADUAL DE TEOLOGIA, 2., 2016. **Anais [...]**, São Leopoldo: EST, 2016. v. 2.

LAZZARATO, Maurizio. **Fascismo ou revolução**: o neoliberalismo em chave estratégica. Tradução de Takashi Wakamatsu. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. São Paulo: N-1 Edições, 2014.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaio**, n. 32, p. 123-151, 2016.

MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. **Quando o crime compensa**: relações entre o sistema de justiça criminal e o processo de acumulação do capital na economia dependente brasileira. 2015. Tese (Doutorado)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40643/R%20-%20T%20-%20FELIPE%20HERINGER%20ROXO%20DA%20MOTT%20A.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 14 out. 2021.

PIMENTEL, Cláudio Santana. Por uma crítica da dimensão sacrificial do neoliberalismo. **Basiliade -Revista de Filosofia**, v. 2, n. 4, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://fasbam.edu.br/pesquisa/periodicos/index.php/basiliade/issue/view/16/10>. Acesso em: 14 out. 2021.

SUNG, Jung Mo. Mercado religioso e mercado como religião. **Horizonte: Revista de Estudos de Teologia e Ciências da Religião da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 34, p. 290-315, abr. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **La nueva crítica criminológica: criminología en tempos de totalitarismo financeiro**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2019.

Submissão: 07/11/2021 Aprovação: 11/03/2022

O COMPLIANCE E SUAS POSSIBILIDADES TRANSFORMADORAS PARA UM AGIR DE GESTÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL E DESENVOLVIMENTISTA*COMPLIANCE AND ITS TRANSFORMING POSSIBILITIES FOR A SUSTAINABLE AND DEVELOPMENTAL PUBLIC MANAGEMENT ACT*

*Roberto Correia da Silva Gomes Caldas*¹
Universidad de La Empresa

*Adriano Vottri Bellé*²
Universidad de La Empresa

Resumo:

A luta contra a corrupção e as práticas clientelistas assumiram contornos notadamente importantes com sua incorporação à Agenda 2030, bem como ao Pacto Global, ambos das Nações Unidas, com os debates não se limitando à esfera penal, exurgindo críticas a respeito da abrangência do problema até mesmo para a credibilidade e a estabilidade institucional dos Estados, interna e externamente (enquanto crédito público *lato sensu*), além da premente necessidade de seu enfrentamento, sob um viés político e econômico, mediante a redução da pobreza extrema, do desemprego e da desigualdade social, inclusive de forma concertada – isto é, encerrando participação popular, controle social (também dito *accountability* vertical) e processo dialógico, por meio do qual advêm as soluções dos conflitos –, em fomento à promoção do bem comum – ou seja, à realização do pleno potencial da personalidade humana –, o qual, na contextualidade constitucional do País, é visto enquanto desenvolvimento sustentável. Com efeito, novas ferramentas têm sido consideradas para abordar este mal multicausal e, a partir da experiência internacional, o *compliance* surge como importante aliado por uma nova concepção dinâmica e resiliente de gestão de risco. Voltado inicialmente a promover práticas legítimas perante o ordenamento jurídico em âmbito empresarial, para relações *interna corporis* e com terceiros, cada vez mais o instituto ganha adeptos e defensores de sua incorporação junto ao setor público no Brasil, haja vista ser necessária a reformulação de alguns aspectos da gestão pública nacional, vocacionando-a ao desenvolvimento sustentável com redução dos riscos sistêmicos, *maxime* à luz dos recentes escândalos que, reiterem-se, colocam em questão inclusive a própria estabilidade institucional do Estado. Assim, posta em tais termos, a crítica volta-se a estabelecer a definição quanto ao que se concebe como *compliance*, ante breve compreensão de seu surgimento e aplicação, além da verificação de sua estruturação no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, busca-se discutir o modo como pode e já é implementado no Brasil e de que forma seu conteúdo estruturante pode se adaptar ao setor público e redefinir a forma como a Administração Pública atua e é vista pelos cidadãos; de tal sorte, em apertada síntese procura-se analisar até que ponto o *compliance* pode modificar a máquina pública estatal brasileira, conferindo-lhe novas feições, atualizando-a às boas práticas de gestão exigidas pela sociedade contemporânea em redução de riscos. A pesquisa, de conseguinte, adotando o método histórico-dedutivo, assenta-se nas lições doutrinárias de base, consoante referidas sobre as adequações propostas, por intermédio da técnica de abordagem bibliográfica e documental de cunho conjuntural, consonante com uma metodologia própria de um estudo interdisciplinar que envolve temas de Economia e Administração Pública e seu tratamento pelo Direito da Integração, Internacional Público, Administrativo e Constitucional, devido especialmente ao caráter específico e singular de uma análise que permita se verificar possibilidades de redefinição gradual de rumos, feições e propostas ao setor público brasileiro para que se torne verdadeiramente desenvolvimentista e alicerçado em bases sustentáveis.

¹ Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor convidado dos Cursos de Mestrado e Doutorado da UNICURITIBA. Professor no Bacharelado da Faculdade Paulista de Direito, da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente dos Cursos de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa – Montevideo/Uruguai, e de “Master” em Direito sobre “Contratación pública sostenible” na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo da UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha. Diretor de Relações Institucionais do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado no Brasil e em Portugal.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen e em Direito Processual Civil pela Uninter. Mestre em Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa – Montevideo/Uruguai. Servidor do Poder Judiciário do Estado do Paraná e Professor do curso de Direito da Universidade Paranaense - UNIPAR.

Palavras-chave:

Compliance. Administração Pública. Combate à corrupção e cooptação. Gestão de risco. Desenvolvimento sustentável.

Abstract:

The fight against corruption and clientelist practices took on remarkably important contours with their incorporation to the 2030 Agenda, as well as to the Global Compact, both of the United Nations, with the debates not limited to the criminal sphere, exposing analysis on the scope of the problem even for the credibility and institutional stability of the States, internally and externally (as public credit *lato sensu*), in addition to the pressing need to confront it, under a political and economic bias, by the reduction of extreme poverty, unemployment and social inequality, including in a concerted manner – that is, closing popular participation, social control (also called vertical accountability) and a dialogical process, through which conflict solutions come about –, in order to promote the common good – that is, the realization of the full potential of human personality – which, in the constitutional context of the Country, is seen as sustainable development. Indeed, new tools have been considered to address this multi-causal evil and, based on international experience, compliance emerges as an important ally in the search for a new dynamic and resilient risk management concept. Initially aimed at promoting legitimate practices before the legal system in the business sphere for *interna corporis* relations and with third parties, the institute is increasingly gaining supporters and advocates of its incorporation into the public sector in Brazil, given that it is necessary to reformulate some aspects of national public management, focusing it on sustainable development with reduction of systemic risks, *maxime* in light of recent scandals which, it is worth repeating, even call into question the institutional stability of the State. Thus, the critique puts itself back to establishing the definition to be adopted as to what is conceived as compliance, through a brief understanding of its emergence and application, in addition to the analysis of its structure in the national legal system. Furthermore, it seeks to discuss how it can and is currently implemented in Brazil and how its structuring content can adapt to the public sector and redefine the way in which the Public Administration operates and is seen by citizens; in such a way, in a strict summary, the aim is to analyze to what extent compliance can modify the Brazilian state public machine, giving it new features, updating it to the good management practices required by contemporary society in risk reduction. The research, therefore, adopting the historical-deductive method, is founded on the basic doctrinal lessons, as referred to these proposed adjustments, through the technique of bibliographic and documentary approach of a conjunctural nature, consonant with a specific methodology of an interdisciplinary study that involves themes of Economy and Public Administration and its treatment by Integration Law, Public International Law, Administrative Law and Constitutional Law, especially due to the specific and singular character of an analysis that allows verifying possibilities of gradual redefinition of directions, features and proposals to the Brazilian public sector so that it becomes truly developmental and founded on sustainable bases.

Keywords:

Compliance. Public Administration. Fighting corruption and cooptation. Risk management. Sustainable development

INTRODUÇÃO

A corrupção, juntamente com a ineficácia, ineficiência e inefetividade em termos de boa administração para redução dos riscos sistêmicos que interferem atrapalhando o desenvolvimento sustentável do País, são alguns dos males que assolam o setor público brasileiro, com seus resultados negativos – enquanto verdadeiras externalidade negativas (também chamadas de "custos externos" ou "deseconomias externas") – que podem ser verificados em todos os níveis de Poder.

A complexidade do problema e a visibilidade sobretudo que os escândalos de corrupção e cooptação de agências adquirem, envoltos, no mais das vezes, em circunstâncias, há que se repetir, de evidente ineficácia, ineficiência e inefetividade de uma gestão pública de qualidade

e que seja capaz de promover o bem comum³ – contornando, assim, as distorções inerentes ao modelo capitalista baseado na lucratividade e acumulação de riquezas, consoante o fomento de sua redistribuição equitativa em combate à pobreza extrema, desemprego e desigualdade social –, parecem colocar em risco a própria credibilidade do Estado Democrático de Direito e, assim, abrir perigosos precedentes autocráticos.

As evoluções tecnológicas próprias da hodierna sociedade da informação, com seu regime sociodromocrático cibercultural (TRIVINHO, 2005) caracterizado pelo imediatismo, maximização do alcance das informações e ausência das dificuldades comunicacionais tradicionalmente causadas pelo distanciamento territorial (ante a amplitude e proximidade proporcionadas) – vez que a troca de conteúdos informativos é instantânea e em uma dimensão quase que incalculável de possíveis receptores –, a seu turno, trouxeram novas roupagens para a corrupção, a cooptação e demais práticas desviantes, e sua potencialização por uma máquina estatal com altos níveis de ineficácia, ineficiência e inoperância, as quais, agora, demandam que os agentes públicos se reinventem na busca por antídotos, fórmulas e novas concepções de enfrentamento do problema.

É nesse cenário, e com inspiração nas boas práticas internacionais de gestão pública sustentável, que cada vez mais se fala no instituto do *compliance*, cuja origem – como se verá – se revela anglo-saxã e traduz, *prima facie*, ideais de boa gestão e de intolerância a desvios éticos que deflagrem enriquecimento sem causa ou ilícito.

De origem eminentemente voltada à iniciativa privada, quando da concepção da chamada governança corporativa, o *compliance*, visto enquanto um de seus princípios, traz, a um só tempo, demandas antigas e contemporâneas da sociedade global do risco (sistêmico, em regra combatido por medidas de precaução e prevenção para galgar maior segurança – BECK; 1998; GIDDENS, 1991) e da informação (marcada pela violência tecnológica da obsolescência, do imediatismo e da proximidade com amplitude máxima de difusão comunicacional), adquirindo tamanha importância que seu conteúdo significativo e extensão de aplicação não se contiveram apenas voltados a condutas corporativas conformadas à ordem jurídica considerada de modo geral (legitimidade), e suas interações nas relações inter-humanas, passando a irradiar uma aceção vocacionada às mais íntegras e idôneas boas práticas de gestão, inclusive aplicáveis e replicáveis à Administração Pública, a qual, assim, passou a redefinir sua atuação,

³ Bem comum que, na contextualidade constitucional do País, é visto enquanto desenvolvimento sustentável (HÄBERLE, 2018; SEERS, 1972), e que, em seu cerne conceitual, ao vincular-se ao princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988), se traduz na realização do pleno potencial da personalidade humana (JOÃO XXIII, 1963).

quando em exercício tanto da função administrativa (administração pública) como da função política (ou de governo), com o fito de recuperar sua credibilidade (crédito público) frente a uma sociedade cada vez mais incrédula a respeito dos gestores públicos.

Por intermédio da técnica de abordagem bibliográfica e documental de cunho conjuntural, investigam-se os aspectos conceituais básicos relacionados tanto ao *compliance* como à gestão pública desenvolvimentista sustentável, constatando seu estágio atual frente ao Poder Público, além de se verificar qual o potencial que o instituto tem de alterar, de transformar a feição e o entendimento contido no agir estatal do País, sem, necessariamente, promoverem-se grandes ou profundas mudanças legislativas e regulatórias, ou seja, apenas promovendo-se um verdadeiro *mutualismo administrativo*, visto enquanto mudança meramente interpretativa de antigos institutos e seus regramentos, segundo valores éticos de uma gestão de qualidade imbuída de boas práticas redutoras de riscos sistêmicos e indutora de confiança e segurança institucionais.

A metodologia de trabalho centra-se, assim, nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de Economia e Gestão Pública com relação à sustentabilidade desenvolvimentista, e seu tratamento pelo Direito da Integração, Internacional Público, Administrativo e Constitucional inclusive no âmbito da regulação, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico cujo foco se baseia em conferir maior credibilidade na gestão pública, sustentada por intermédio de um agir da Administração Pública pátria redutor de riscos sistêmicos e calcado em uma acepção de *compliance* (basicamente de eticidade e probidade administrativas) que, a sua vez, alicerça (enquanto princípio) uma governança pública regulatória concertada, socialmente inclusiva, ambientalmente equitativa e responsável, além de pacificadora de conflitos, induzindo, com isso, confiança e segurança institucionais.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução da gestão pública brasileira, imbuída das melhores práticas de administração voltadas a uma maior sustentabilidade do desenvolvimento pátrio (em uma acepção de promoção de bem-comum), e sua aplicação sob a óptica da mencionada governança pública regulatória concertada que, tendo como um de seus fundamentos o *compliance*, não admite desvios éticos que propiciem vantagens econômicas indevidas, ímprobos, o que, assim, passa a ser controlado também pela sociedade, em complementariedade profícua e sinérgica às vias de controle institucionais tradicionais.

O método histórico-dedutivo permitirá, de conseguinte, estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas tanto ao tema da definição como dos efeitos de um *compliance*

que seja capaz de fundamentar uma governança pública regulatória concertada, também voltada à redução da litigiosidade e ao incremento democrático para maior legitimidade das decisões tomadas pela Administração Pública, assim, mais ética e proba.

Para tanto, o estudo analisa aspectos conceituais do *compliance* e seus efeitos no agir da gestão pública, inclusive mediante o emprego de processos e técnicas de administração que revelem uma visão sua dinâmica e continuada de aperfeiçoamento das condutas para o banimento de desvios, hauridos não apenas da corrupção, mas das históricas práticas clientelistas herdadas de um vitando patrimonialismo, trazendo a incorporação por parte do Executivo pátrio de boas práticas administrativas que impliquem uma atuação pública de boa-fé objetiva nas relações com os particulares, sem corrupção, cooptação de agências reguladoras ou desvios de todo tipo.

Na subsequência, identifica-se, em tal tessitura, a “nova” integridade do Poder Público e sua defesa contra a corrupção e práticas neopatrimonialistas clientelistas de cooptação do administrador público e de agências, em níveis nacionais, regionais e globais, bem como as formas adotadas para tanto, quer por meio da criminalização de condutas indesejadas, quer pela implementação de programas de integridade, devidamente estabelecidos segundo *standarts* que revelem um ótimo de Pareto globalizado, chegando-se, de conseguinte, à conclusão de que o *compliance* é um imprescindível princípio de administração pública, a nortear todo o agir do gestor público, orientando quais condutas, por serem consideradas éticas e probas, devem ser praticadas e quais, por não o serem, devem ser punidas a fim de se combater a corrupção (ativa e passiva) no setor público, bem como a cooptação, inclusive regulatória nesta área, de acordo com a realidade pátria.

1. POBREZA, DESEMPREGO E DESIGUALDADE: FONTES DE RETROCESSO SOCIAL, CORRUPÇÃO E DESVIOS EM DETRIMENTO DE UM PLENO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No início da década de 1970, SEERS (1972) já denunciava a necessidade de se ter um desenvolvimento que, sob o viés do crescimento econômico, fosse aquilatado segundo três critérios de mensuração: pobreza, desemprego e desigualdade social.

Sua crítica se focou na falta de presteza do conceito de renda *per capita* para aferição do desenvolvimento econômico de qualquer Estado (SEERS, 1972), o que, aliás, também é constatado por Silva, Meira e Caldas (2019), vez que este conceito não mede a acumulação de riquezas em poucos segmentos sociais e a falta de sua distribuição igualitária, encobrendo uma

conhecida distorção própria do capitalismo ao não levar em consideração estas circunstâncias, em olvido, no mais das vezes, de uma ampla e relevante camada social na – ou às margens da – pobreza extrema, sem qualquer participação no PIB - Produto Interno Bruto nacional.

Ainda segundo Seers (1972), seria ingênua uma perspectiva que acredite que o mero desenvolvimento econômico acabaria por solucionar as crises sociais ou políticas nos Estados, porquanto, nos mais variados, com distintos níveis de desenvolvimento, o crescimento econômico não somente contribuiu justamente para o aumento dos problemas sociais e políticos, como é sua causa de diversas espécies destes males, dentre os quais, salienta-se a corrupção e a cooptação de agências, além de outras formas de desvios ímprobos, antiéticos, ou mesmo aéticos.

De acordo com a visão de Seers que ora se adota (1972), desenvolvimento é tomado como conceito de cunho político-normativo e histórico, pois impreterivelmente considerado enquanto juízo de valores, construído a partir da óptica e do caminho percorrido por algumas nações específicas, as quais, a despeito de acoimadas como sendo “desenvolvidas”, revelam uma variada gama de problemas ambientais e sociais. Nesse ponto, é evidente que para Seers, apesar do corte metodológico de seu estudo voltar-se precipuamente à análise do crescimento econômico (1972), a visão de desenvolvimento sob o hodierno tripé da sustentabilidade já se via presente.

De posse dessa dupla concepção de desenvolvimento, visto enquanto histórico e político-normativo, é que Seers (1972) identifica seu âmago conceitual não relacionado à mera “imitação” ou reprodução de determinados estágios de modelos estatais anteriores, mas, sobretudo, à realização do pleno potencial da personalidade humana, concepção esta, aliás, também adotada pela doutrina católica ao definir bem comum (JOÃO XXIII, 1963), de modo que sua promoção é sinônima da própria promoção de desenvolvimento, na atualidade, pressupostamente sustentável.

E para que se tenha a promoção do bem comum enquanto desenvolvimento sustentável, Seers (1972), por intermédio de sua análise sob o viés econômico do fenômeno, não deixa de lado as imbricações de cunho social, estabelecendo como parâmetros, como medidores fundamentais para a aferição do pleno potencial da personalidade humana, a existência de: i) comida suficiente, com a diminuição dos patamares de pobreza extrema; ii) emprego, não necessariamente assalariado, mas visto enquanto desempenhando função social e configurando ocupação dignificante; e, por derradeiro, iii) igualdade, considerada, principalmente, mediante uma distribuição de renda equitativa.

É justamente a resposta sobre o que está sendo feito em determinado Estado para que haja redução da pobreza, do desemprego e da desigualdade, que traduz o que se compreende como promoção de desenvolvimento (sustentável, ainda que sob uma perspectiva parcial dos vieses econômico e social) e, assim, de combate ao retrocesso social e grande parte dos males que afligem a sociedade contemporânea, dentre os quais ora se enfocam, reitere-se, a corrupção, as práticas neopatrimonialistas clientelistas de cooptação dos agentes públicos (principalmente regulatórios), além das demais formas de desvios de moralidade administrativa e, de conseguinte, de seus subprincípios de probidade, boa-fé e ética na gestão pública.

Antes, porém, de se considerar probidade, boa-fé e ética na gestão pública, é importante se estabelecer um delineamento de maior precisão na análise e que incorpore uma visão sistêmica de corrupção no agir estatal e empresarial – e, por extensão, também das práticas cooptativas e demais condutas desviantes –, vez que pode abarcar vários aspectos quanto à fenomenologia social e às estruturas de Poder (BELLÉ, 2021).

De conseguinte, é mister ter-se na memória que, conforme bem lembrado por Mata Diz e Trindade, “...corrupção engloba diversos significados, visto que não pode ser considerado somente como um conceito jurídico em si, mas um fenômeno que varia de acordo com o enfoque que é dado pelos olhos do observador” (2020, p. 219).

Desse modo, refletindo sobre a teoria da corrupção na doutrina de Dobel (1978), esta é por ele verificada como um problema de matriz moral e ética, traduzida na perda da capacidade das pessoas em cultivar um sentimento de lealdade à comunidade e de credibilidade (confiança) quanto a um agir estatal justo, igualitário e estável, com a vivência da moral e ética públicas tornando-se progressiva e gradativamente privatizada, com os interesses particulares guiando as ações em sociedade.

Segundo Garcia (2010), a atualidade dessa óptica do fenômeno da corrupção – e, acrescente-se, das práticas cooptativas e demais condutas desviantes –, tem sua constatação na mera leitura de jornais e noticiários em geral, nacionais e internacionais, cuja crise dos valores coletivos de uma moral e uma ética públicas ressaí defluente de uma desigualdade estrutural – sob a qual, aliás, certas facções açambarcam para si o acesso à riqueza, ao Poder e ao *status* social mais elevado –, e cuja via de defesa contra tal mal é a participação popular – e, também, o controle social, conforme as lições de O’Donnell (1998) – em exercício de uma cidadania participativa gradativamente educadora dos concernidos em sociedade, a implicar uma crescente e gradual maior conscientização e informação que traduz, a seu turno, uma sinérgica legitimação ao longo do procedimento (LUHMANN, 1980), com conseqüente incremento democrático do agir estatal.

Essa espécie de corrosão da capacidade cooperativa e do senso de coletividade, mediante uma frouxidão das restrições éticas (GARCIA, 2010) que, inclusive, mina e contamina a própria essência do hodierno modelo gerencial estatal pátrio do *New Public Management* (vez que este toma por base a concertação – decomposta, a sua vez, em participação popular, controle social e processo dialógico), denota-se na atualidade ao distorcer e corromper o somatório moral vivenciado em sociedade, substituindo os valores éticos públicos por valores patrimonialistas particulares em detrimento da comunidade, eliminando tanto o crédito público (visto enquanto “*Confiança de que goza o governo, em virtude da estabilidade de sua economia*” – VITRAL; 1982, p.151), como a segurança institucional e a fraternidade ou solidariedade social, estabelecendo um padrão de pobreza, desemprego e desigualdade em fomento à uma iniqua competição moralmente solipsista e, assim, individualista para preservação de ganhos e resultados eficazes, com uma cada vez maior e desmedida acumulação de riquezas (bens de consumo), Poder e *status* social, se possível.

Por tais motivos é que a distorção e comprometimento dos valores sociais, antes da corrupção sob a perspectiva meramente econômica, mitiga os compromissos morais com o bem-estar social (bem comum/desenvolvimento sustentável), desembocando em uma *praxis* degenerativa por intermédio da qual os indivíduos em sociedade, em busca de sua maior segurança nesse quadro de solapamento dos bons valores, moldam-se a fins, reiterem-se, moralmente solipsistas e, de conseguinte, individualistas de cunho meramente materialista.

Em tal diapasão, a doutrina de Dobel (1978) vem a pelo ao identificar a corrupção, dentro de um Estado, como exurgindo de um desvirtuamento moral, ético e cívico, por meio do qual a capacidade reflexiva do indivíduo é perdida em detrimento de seu desenvolvimento moral – pelo qual determina o certo e o errado, com base em parâmetros sociais consensuais democraticamente pré-estabelecidos, inclusive na busca de princípios de igualdade e dignidade, com uma ética universalista, válida para todos (KOHLBERG, 1981) –, desinteressando-se do compromisso para com o bem comum – este, tal qual posto na acepção adotada por Seers (1972) e pela doutrina católica – ao deixar de lado, com isso, tanto os bons valores de convívio social, como também os valores de uma cidadania deliberativa, segundo um procedimentalismo ético-discursivo (APEL, 1992; HABERMAS, 2003).

Tais bons valores considerados sob a concepção de uma cidadania participativa e deliberativa, assim, mostram-se solapados e suplantados por uma óptica de moral egoística, progressiva, cadenciada, sorrateira e imperceptível no dia a dia, segundo aquilo que Bauman e Donskis acoimam de mal líquido (2019), afastando a experiência em sociedade dos tradicionais dísticos estatais revolucionários franceses caracterizadores da passagem do Estado Moderno

para o Contemporâneo, quais sejam, “liberdade, igualdade e fraternidade”, ou mesmo dos contemporâneos neoliberais identificados por Denninger (2003) como sendo “segurança, diversidade e solidariedade”, em evidente prejuízo de uma vivência fundada na concertação, tal qual verificado em regimes autocráticos autoritários, ou mesmo totalitários, com franco retrocesso social e uma *accountability* horizontal bastante enfraquecida ou debilitada (O’DONNELL, 1998).

A causa da corrupção, de conseguinte, é advinda de uma confluência e imbricação de variados fatores, os quais claramente têm sua origem na inoperância, ineficiência e ineficácia do Estado em debelar a pobreza, com melhor distribuição de renda para redução da desigualdade social e promoção do pleno emprego, o que se tem em correção necessária às distorções ínsitas ao capitalismo, tal qual já identificado por Silva, Meira e Caldas (2019) e Seers (1972).

Tais fatores propiciadores de corrupção, cooptação de agências e outras formas de desvios, revelam-se resultantes do referido solipsismo moral, individualista e sistêmico, voltado a objetivos meramente materialistas, principalmente porquanto contrário à fraternidade e solidariedade sociais, como também a uma distribuição equitativa de riquezas, permitindo uma atuação perniciososa dos segmentos que se beneficiam com este desequilíbrio social, identificados por Dobel (1978) como verdadeiras facções quase governamentais, em um sistema de classes cada vez mais polarizado que somente agudiza os problemas advindos com esta desigualdade.

Porém, conforme o próprio Dobel (1978) ressalta, a desigualdade não é a única fonte da corrupção (pois, tal qual visto, pobreza e desemprego também a originam, como ainda outros males do gênero), a despeito de, quase que invariavelmente, o desvirtuamento das condutas normalmente esperadas a prol da promoção do bem comum (do desenvolvimento sustentável), no mais das vezes, ser identificado como sendo resultante de práticas corruptivas, cooptativas ou desviantes de modo geral para fins ilícitos e de enriquecimentos sem causa.

De tal sorte, um Estado que não tenha seu desenvolvimento sustentável afetado por corrupção e atos de cooptação ou desvios em geral, em sua essência, é aquele dotado da capacidade de assegurar formas elementares de igualdade social, econômica, jurídica e política, consideradas sob um prisma substantivo e material que permita geração equitativa de riquezas, não se exigindo, porém, galgar-se a igualdade absoluta em todas estas facetas da vida em convívio social.

Nesse aspecto, admite-se certo nível de desigualdade *in concreto*, dès que razoável e justificável à medida que não tolha o *due process of law* em suas facetas substantiva e

procedimental (isto é, ao se estabelecer uma igualdade na lei, e não somente perante a lei – FIGUEIREDO, 2008), ou, ao menos, que não ponha em perigo liberdades substantivas dos cidadãos (DOBEL, 1978), mas, sim, implique a criação e incentivo às discriminações positivas por meio das ditas ações afirmativas em atenção às vulnerabilidades existentes em sociedade, inclusive servindo como um instrumento de combate à corrupção e demais desvios, tanto pelo amplo e meritório acesso aos cargos públicos concursados e eletivos (devidamente submetidos ao crivo do controle social, em paralelo ao tradicional institucional), como pela melhor distribuição de resultados, riquezas e pluralização deliberativa, permanente e dialógica do processo decisório em espaços públicos virtuais, assim, considerados como as ágoras dos tempos atuais.

O combate às desigualdades sociais em atenção às vulnerabilidades dos distintos atores e grupos considerados em determinada sociedade (diversidade social), principalmente quando observado tal enfrentamento no seio das ditas modernidades tardias, simulacros de modernidade (VIEIRA, 1995) ou, ainda, modernidades periféricas (LUHMANN, 2002; HABERMAS, 2001; TEUBNER, 2003), na atualidade, é tarefa levada a cargo de forma concertada por parte de cada um dos Poderes do contemporâneo Estado Democrático de Direito, fundado em um Administrativismo e Constitucionalismo de resultado – os quais são voltados à consistente concreção dos direitos humanos e/ou fundamentais –, inclusive com os excessos e omissões legislativas e administrativas sendo coibidos pelo Judiciário por meio de seu ativismo constitucional, em respeito às liberdades e garantias fundamentais, como também aos princípios constitucionais e gerais de Direito, segundo um juízo de congruência na aplicação da norma que resguarde, ainda, a integridade da ordem jurídica e institucional governamental para obtenção da almejada justiça social

A contemporaneidade aspira à convivência de valores e princípios, de modo que uma espécie de pluralismo conforma a convivência coletiva através de valores como: a livre iniciativa, mas também as reformas sociais; a igualdade perante a lei, mas também as ações afirmativas; os direitos individuais e por outro lado os direitos coletivos, etc. O trabalho da jurisprudência seria realizar a concordância prática dessa diversidade, que pode ser considerada teoricamente contraditória, mas que é desejável do ponto de vista pragmático. (BREGA FILHO; ALVES, 2015, p. 126).

Ante essas considerações, é que tanto a corrupção como o seu enfrentamento são vistos como sistêmicos, vez que tais condutas desviantes espraiam-se na urdidura social debilitando os bons valores morais percebidos pelos membros de cada sociedade, embora em graus distintos na comparação entre as modernidades centrais e periféricas à luz dos seus respectivos níveis de (des)igualdade social (CALDAS; TOMAZ, 2020), o que deve ser afastado por meio do

exercício concertado de todas as funções do Estado, resguardando às pessoas uma integridade social e econômica mínimas.

A perseguição do bem-estar, visto enquanto direito fundamental à felicidade coletiva (bem comum/desenvolvimento sustentável), cuja concreção provoca a mediatização dos subsistemas sociais “Direito”, “Política” e “Economia” pelo metacódigo “inclusão/exclusão”, assim guindado ao *status* de hipertrófico em detrimento do código “ter/não ter” do subsistema da “Economia” (TOMAZ, 2010), ainda que passe por qualquer aspecto de cunho assistencial econômico (*e. g.*, garantindo-se uma renda básica de cidadania – art.1º, *caput*, da Lei nº 10.835/05 –, bem como incentivo ao emprego ou ocupação dignificante – SEERS, 1972) ou de igualdade social (*v. g.*, por meio da redução de vulnerabilidades com ações afirmativas), envolve, em contorno às antes referidas distorções inerentes ao modelo capitalista, uma efetiva redistribuição equitativa de rendas, mediante a adoção também de políticas financeiras e tributárias mais abrangentes e que resultem numa ampliação das distintas fontes geradoras de riquezas a serem, assim, também exacionadas (como, *e. g.*, os setores de produção rural ainda pouco tributados em relação a outros segmentos econômicos), inclusive de forma mais proporcional e progressiva por meio de alíquotas diferenciadas, tornando tais políticas, com isso, mais justas e mais eficientes (CALDAS, 2021).

Ainda, nesse aspecto de entrelaçamento dos subsistemas sociais do “Direito”, da “Política” e da “Economia”, para que o metacódigo “inclusão/exclusão” possa desempenhar ainda melhor seu papel hipertrófico de mediatização dos seus códigos binários preferentes (respectivamente, “lícito/ilícito”, “poder/não poder” – ou “governo/oposição” – e “ter/não ter”), em efetivação do direito fundamental à felicidade coletiva (TOMAZ, 2010), é preciso se reconhecer que tais subsistemas, na consolidação do Estado Democrático de Direito, não se verificam autônomos, mas interligados numa ordem global, transnacional, multilateral, heterárquica e policêntrica, a pressupor concertação e transparência na troca de informações com a sociedade, formando e transformando estruturas de Poder em respeito às garantias e direitos humanos e/ou fundamentais.

Apesar disso, na falta de uma correta observância do metacódigo “inclusão/exclusão”, em inadmissível atrofia que o subjuga com a prevalência dos demais códigos dos subsistemas sociais, principalmente no entrelaçamento entre o “Direito” (“lícito/ilícito”) e “Política” (“ter/não ter”), é que a corrupção, cooptação e as demais práticas de desvios campeiam na Administração Pública

A corrupção sistêmica não pode ser vista como um acontecimento normal na vida política e uma forma de ajudar os que estão no Poder a realizar seus projetos de governo. Em outras palavras, as “Razões do Poder” não podem justificar os meios

para que sejam atingidos os fins. O dizer popular “rouba, mas faz” é uma total incoerência com a pretensão de instalação concreta de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual devemos buscar formas de banir, definitivamente, esse pensamento de nossa cultura. Um projeto de poder, de governabilidade, deve, sim, estar atrelado com a consistência das propostas em face das necessidades da população e não com a troca de favores, com a instalação da corrupção política, seja ela individual ou sistêmica, com a busca da impunidade (BOTELHO, 2010, p. 105)

A corrupção e cooptação de agentes e agências que tragam enriquecimento ilícito ou sem causa – designadas por O’Donnell como as duas formas de violação do *accountability* horizontal (1998) –, bem como quaisquer outras formas de desvios neste mesmo sentido, muitas vezes se revestem de uma desesperada tentativa de resposta ao clamor popular por uma solução aos conflitos e dificuldades socioeconômicas mais comumente encontrados nas modernidades tardias (cujos Estados antes eram chamados de subdesenvolvidos), dando azo às vicissitudes mais acima identificadas nos sistemas jurídico e político como reflexas às econômicas, em evidente prejuízo a uma hígida governabilidade e efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse ponto é que precisam ser melhor articulados e implementados mecanismos de governança para o também aprimoramento da prevenção e precaução dessas vicissitudes, identificando as novas modalidades de desvios, cooptação e corrupção na atual sociedade do risco e da informação, debelando-as a prol dos valores morais que compõem o *ethos* planetário (JUNGES, 2013), objetivado tanto em normas postas pelo Estado quanto em normas advindas de regulação setorial privada, em nome de um bem comum sustentável, em âmbito global alicerçado no Pacto Global e na Agenda 2030, banindo-se práticas ímprobadas adotadas ao alvedrio de uma proporcional e congruente discricionariedade exercida de forma lícita e incluyente.

2. O COMPLIANCE NO COMBATE À CORRUPÇÃO E DEMAIS DESVIOS: ASPECTOS CONCEITUAIS E EFEITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, há temas que nunca saem de pauta, e, neste rol, certamente se inserem os debates sobre o combate à corrupção (e outras práticas desviantes) e tudo o mais de maléfico no seu entorno. As medidas de combate a tais abomináveis práticas, a par de terem seus reflexos

políticos⁴, sociais⁵, éticos⁶, culturais⁷ e, até mesmo, acadêmicos⁸, ocupam os noticiários e os debates na sociedade civil, com seus efeitos amplificando-se de forma significativa em razão da potencialização midiática eletrônica de sua disseminação pela profusão e rapidez (em verdade, amplitude e imediatismo) com que os conteúdos informacionais são transmitidos e recebidos via *internet* (de modo instantâneo), em um regime de glocalização interativa, sociodromocrático cibercultural e multimidiático (TRIVINHO, 2020) típico da hodierna sociedade da informação – caracterizado, inclusive, pela violência velada em função da constante evolução tecnológica a pressupor um também constante estado de obsolescência aos que não logrem constantemente se atualizar.

Igualmente sentidos, são os reflexos eleitorais à luz do discurso de combate à corrupção e às práticas neopatrimonialistas clientelistas de cooptação dos agentes públicos e agências (principalmente regulatórios), cujas corridas aos pleitos, na atualidade de nosso País, em grande medida, acabam por reiterar as remotas origens históricas dos fenômenos de desvios, vinculando-os à própria existência das organizações humanas (ROCHA, 2011), ao revelarem candidatos com denúncias de práticas evidentes de corrupção e cooptação (ou outros desvios) em distintas instâncias de Poder, tanto por parte da situação, como da oposição, trazendo a ideia falaciosa, ao público em geral, de que aqueles que se dispõem a exercer cargos eletivos, da mesma forma, estão vocacionados a desvios, como que um mal congênito e inato à figura do gestor público.

E, como muito bem ressaltado por Bellé (2021), em atenção à diversidade de modalidades desviantes de condutas que minam e contaminam os bons valores éticos e morais em claro detrimento da promoção do bem comum (desenvolvimento sustentável), é que igualmente se mostram distintas as possíveis classificações para a abordagem desses fenômenos, a exemplo do que ocorre com a corrupção, principalmente ao considerarem-se seus distintos âmbitos de ocorrência e intensidade.

Diante de tal realidade, Bellé (2021) registra, outrossim, o fato de as classificações e conceituações sobre o fenômeno da corrupção acabarem permitindo seu enfoque sob distintos

⁴ Pelo acirramento dos ânimos, em nefasta polarização extremista de opiniões.

⁵ Ante a promoção de uma coesão social mediante a criação de novos paradigmas de equidade com, *e. g.*, ações afirmativas em prol de maior inclusão de grupos vulneráveis e erradicação da discriminação de todo gênero.

⁶ Segundo uma intensa disseminação da ideologia de uma moral pública voltada à anticorrupção e anticooptação dos agentes públicos e das agências por segmentos do setor privado, irradiando uma moral no âmbito social em tal mesmo sentido.

⁷ Com o fomento de uma alteração de posturas para um agir, público e privado, mais alinhado com as metas de desenvolvimento sustentável da contemporânea sociedade global.

⁸ Consoante um ensino voltado à máxima conscientização quanto à ideologia moral pública e privada de combate aos desvios (GARCIA, 2010) e alinhada às sustentabilidades em seus distintos vieses.

cortes metodológicos, os quais o fracionam mediante diferentes luzes, ora, por exemplo, classificando-a como *fiártica* – involuntária e moral difusa, havida como de ambiência, traduzindo um esfacelamento das normas de integridade – ou dorodêmica – clássica, de forma pragmática, controlatória e espontânea –, conforme Rocha (2018), e ora como esporádica (ou fragmentada), estrutural (ou cultural), sistêmica (ou política) e de “colarinho branco” (ou metassistêmica), ante os ensinamentos de Ribeiro (2017), facilitando-se, assim, a análise por partes de um problema tão complexo e extenso.

Com efeito, não se pode negar que a corrupção e a cooptação mostram-se ainda presentes em nossa realidade ante uma complacência e permissividade históricas, as quais, se antes não eram admitidas dentro de uma ética pública institucionalizada (*corruptio optimi est pessima*), agora sequer mais se concebem coexistindo com as boas práticas hodiernas de gestão que dão o tom do agir tanto do setor empresarial como da Administração Pública, devidamente emparceirados com a sociedade para a promoção do bem comum – este visto, numa das suas possíveis acepções, como desenvolvimento sustentável (HÄBERLE, 2018; SEERS, 1972) –, o que exige profícua e recíproca cooperação, mediante uma boa-fé objetiva administrativa nas relações entre si e a sociedade (LIRA; CALDAS, 2015).

Aliás, como fator histórico, é fato que ao longo de toda a evolução humana não se teve extirpada a corrupção e as práticas clientelistas sequer nas civilizações consideradas como “berço” do Estado Contemporâneo ocidental, a exemplo de Roma e Grécia Antigas, cujas normas já sancionavam práticas corruptivas e desviantes, como bem rememora Rocha (2011). Ainda, segundo a autora (ROCHA, 2011), tais bases históricas do atual modelo de gestão já demonstravam suas preocupações com os desvios ocorridos no setor público.

Na história mais recente, não obstante, o problema não é diferente. Ribeiro (2017) aponta que, no Brasil, a corrupção política não se restringe a determinado grupo ideológico e tampouco a regimes de governo, restando evidenciada não somente sua perenidade, mas também sua resiliência, ou seja, capacidade de se adaptar às mudanças estruturais ocorridas ao longo dos tempos.

Ramos (1929; 1930), quando gestor público, com peculiar motivação acoimada de *graciliana* em sua homenagem (na atualidade traduzida pelo princípio da transparência), há muito já denunciava, como muito bem observado por Carvalho (2017), as práticas patrimonialistas clientelistas do *coronelismo* típico do Nordeste brasileiro, com suas tão marcantes influências para a cooptação dos agentes públicos, em suas distintas modalidades, chegando ao ponto de asseverar, junto ao então governador de Alagoas, existirem àquela época variados *poderes paralelos ao oficial*, ou mesmo estruturas informais incrustadas e enraizadas

na estrutura institucional da Administração Municipal de sua Palmeira dos Índios. Segundo suas observações

Havia em Palmeira innumerous prefeitos: os cobradores de impostos, o commandante do destacamento, os soldados, outros que desejassem administrar. Cada pedaço do Municipio tinha a sua administração particular, com prefeitos coroneis e prefeitos inspectores de quarteirões. Os fiscaes, esses, resolviam questões de policia e advogavam. Para que semelhante anomalia desaparecesse luctei com tenacidade e encontrei obstaculos dentro da Prefeitura e fóra della — dentro, uma resistencia molle, suave, de algodão em rama; fora, uma campanha sorna, obliqua, carregada de bilis. Pensavam uns que tudo ia bem nas mãos de Nosso Senhor, que administra melhor do que todos nós; outros me davam tres mezes para levar um tiro (RAMOS, 1929, p. 3).

Malgrado tais dificuldades de enfrentamento e resiliência histórica das práticas corruptivas e desviantes em geral, a intensidade com que se repetem no Estado brasileiro ao longo dos tempos, inclusive envolvendo quantias impensáveis para o homem médio, é algo assustador nos dias atuais e, de conseguinte, algo que tanto pode como deve ser combatido no âmbito das relações públicas com o setor privado (salientando-se aqui o empresarial) e perante a sociedade civil em geral, a qual, assim, passa a ter um papel preponderante nesta luta ao desempenhar seu controle social – também dito *accountability* vertical (O'DONNELL, 1998) –, monitorando, fiscalizando e denunciando aos demais órgãos e entidades de controle e sanção estatal as práticas públicas e privadas desviantes (incluindo-se aí também as empresariais) que se revelem contrárias à ética e à moralidade administrativa reinante, contribuindo, de conseguinte, para a redução máxima possível de tais condutas, de modo que não mais interfiram na prosperidade pública pátria.

É de se ponderar, a revolução tecnológica do final do século XX, e início do século XXI, trouxe o potencial de ampliar significativamente, para um patamar global, as fronteiras e o alcance da corrupção e das práticas neopatrimonialistas clientelistas de cooptação dos agentes públicos (inclusive reguladores), principalmente em função dos processos de integração nos quais inseridos os distintos Estados, com a interdependência econômica, política e jurídica entre si verificada. A respeito, aliás, Caldas e Tomaz tiveram a oportunidade de explicitar que

Nesse âmbito, ou seja, numa ordem internacional caracterizada pela ausência de um polo nômico supremo – o que coloca novas luzes no conceito de soberania –, a convivência de vários polos públicos e privados benignos de poder (v. g., a ONU com suas distintas organizações internacionais, além das instituições privadas transnacionais e entidades representativas da sociedade civil – *in casu*, criadoras de *global governance* e autorregulação setorial global, como os Princípios do Equador, Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas, Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social etc.), em paralelo, não se pode deixar de registrar, com outras distintas poderosas redes criminosas e, por isso, nocivas (as quais implicam corrupção e cooptação de agências reguladoras a prol de interesses particulares, entre outros ilícitos), com ambos os referidos segmentos sendo notadamente vinculados aos sistemas econômico e político, a sua vez, transforma a ordem internacional numa ordem global, multilateral, heterárquica, policêntrica e, assim, multifacetada, que se convencionou acoimar de

multi-stakeholderism. Nesse espaço, as relações entre os polos heterárquicos desenvolvem-se por meio de operações transjuncionais que prejudicam a concreção dos direitos humanos e/ou fundamentais, tal qual acontece na ordem constitucional dos Estados, os quais, por isso, se veem sufocados pela hipertrofia da atuação desses referidos polos e seus correlatos sistemas (heterárquicos), em claro detrimento de uma maior inclusão social (2020, p. 5)

Assim é que surge a necessidade de constante aprimoramento dos meios voltados ao enfrentamento do problema crônico da corrupção, e demais formas de desvios públicos que resultem em um enriquecimento ilícito e sem causa, pois velhas respostas não mais servem para as novas indagações, tornando-se mister a utilização de outros institutos que se mostrem responsivos e igualmente resilientes, ou seja, capazes de responder aos problemas verificados, com soluções eficazes, eficientes e efetivas, além de adaptadoras e transformadoras das estruturas e organizações governamentais de exercício do Poder para permitir, entre outras medidas, uma dinâmica de constante interlocução com a sociedade em um ambiente preferencialmente virtual, em que se tenha participação popular e controle social lastreados em um processo dialógico (concertação).

Nesse contexto, o instituto do *compliance* vem ganhando atenção, nos últimos anos, devido à sua proposta de enfrentar as condutas desviantes com uma perspectiva ampla e eminentemente voltada à prevenção e precaução dos riscos sistêmicos (maximizados em virtude do fenômeno da globalização), enquanto um princípio de *glocal/global governance* (TEIXEIRA; CALDAS, 2020), devidamente utilizado tanto pelo setor público como pelos demais segmentos privados (em autorregulação), sendo visto, assim, como a via hábil de rápido controle e combate a tais condutas surpreendidas em um “estado de emergência”, inclusive caracterizado pelos riscos e pela violência simbólica dromocrática da obsolescência advinda da “ditadura do movimento” nas “nações em marcha” (VIRILIO, 1996).

E, a propósito da etimologia do vocábulo e sua significação, tem-se

O termo *compliance* vem do inglês *to comply*, ou seja, significa estarem em conformidade, ou seja, obedecer a legislações, normas, diretrizes, diretivas técnicas, regulamentos tanto internos como externos, incluindo normas fiscais, contábeis, previdenciárias, trabalhistas, financeiras, de órgãos reguladores, organismos certificadores etc. (BLUMEN, 2015, p. 18).

Não obstante seu significado etimológico, como destaca Karl (2020), o entendimento hodierno do termo – principalmente, quando aplicado às esferas públicas e privadas para afastamento das condutas desviantes de corrupção e cooptação regulatória –, considera a existência e aplicação de programas de integridade, embora não se restrinja a isso, pois também compreende a observância dos ditames normativos e sua conformação com o ordenamento jurídico vigente, não apenas por simples necessidade, mas porque a observância das diretrizes

existentes é considerado fundamental para o desenvolvimento de uma cultura ética global, planetária de boa gestão pública.

Pode-se compreender, então, que os denominados programas de *compliance*, vistos enquanto “[...] conjuntos de estratégias destinados a orientar pessoas jurídicas a prevenir e coibir práticas contrárias ao ordenamento, têm sido consagrados como ferramentas poderosas para o combate da corrupção” (FRAZÃO; CARVALHO, 2018, p. 130). Esse entendimento compreende as boas práticas⁹ de gestão e o caráter preventivo e precaucional do *compliance*, de maneira a, assim, ter-se em tal direção a caracterização dos programas de *compliance* (ditos também de integridade)

[...] conclui-se que, via de regra, um programa de compliance deve observar as seguintes características: a) política clara e escrita; b) possuir parâmetros regulando despesas e pagamentos (incluindo presentes, doações políticas e de caridade), que alcancem todos os empregados e administradores; c) avaliação de riscos, incluindo: (i) localização geográfica dos países estrangeiros com quem a empresa efetua transações; (ii) relações anteriores da empresa com oficiais do governo; (iii) setor industrial/operacional; (iv) envolvimento de joint-ventures; (v) importância de licenças e permissões para a operação da empresa; (vi) nível de inspeção governamental; (vii) volume e relevância de bens e pessoal passando pela alfândega e pela imigração; d) revisão anual das políticas de compliance; e) responsabilização de executivos e diretores, com monitoração por órgãos independentes; f) procedimentos financeiros e contábeis a fim de prevenir pagamento de propinas; g) comunicação do programa para todos os empregados, com treinamentos e certificação anual de cumprimento dos parâmetros de compliance estabelecidos; h) possibilidade de denúncias voluntárias e anônimas por parte dos empregados, bem como de solicitação de consultas quanto à licitude de práticas a serem adotadas; i) estabelecimento de procedimentos disciplinares internos; j) due diligence para contratação de agentes e informação quanto a normas de compliance; k) estabelecimento de cláusulas referentes ao compliance nos contratos celebrados pela empresa; l) testes periódicos do programa de compliance; m) estabelecimentos de um órgão ou administrador como responsável pelas políticas de compliance, com realização de auditorias periódicas (FÉRES; LIMA, p. 152-153)

E nesse mesmo sentido, Osório (2018) aponta como possíveis manifestações de *compliance* o incentivo às denúncias, a prevenção de fraudes internas, a implantação de sistemas de controle eficazes, o dever de autorregulação e gestão de riscos da atividade desenvolvida, entre outros, de tal sorte que, mesmo que não se possa exaurir o rol de boas práticas que o instituto alberga, nota-se um elemento comum entre elas, qual seja, o protagonismo da própria entidade ao qual aplicado, quer seja pertencente à esfera pública ou privada, revelando-se como um verdadeiro componente interno de fomento ao controle institucional e social, como também de gestão emparceirada com os interessados (CALDAS; MATA DIZ; SILVA, 2019).

⁹ Boas práticas são ações que “Sirvam de referência para reflexão e aplicação em outras organizações” e que “Possam ser divulgadas, preservando princípios éticos” (CNJ - **Boas Práticas**, s/d).

3. A INCORPORAÇÃO DO *COMPLIANCE* AO SETOR PÚBLICO¹⁰

O *compliance* é um dos referenciais obtidos da experiência internacional – inclusive pela atuação das Nações Unidas –, o qual é voltado, vocacionado ao combate à corrupção e às práticas clientelistas de cooptação dos agentes públicos e agências (inclusive, reguladores), e que tem sua aplicação verificada primacialmente junto à iniciativa privada, devido à necessidade de se conterem ímpetus corruptores ou fraudulentos, embora, cada vez mais, se constate tal necessidade também relacionada ao setor público, de modo a incorporarem-se no agir administrativo as diretrizes de boas práticas de conduta que o instituto encerra, justamente pelo sucesso de sua implementação nas origens.

De tal forma, malgrado inicialmente voltado à adequação das condutas empresariais privadas às normas jurídicas de maneira generalizada, o *compliance* traduz a aceção de que o administrador público não somente tem seu atuar vinculado e de acordo aos prévios comandos postos pelo ordenamento jurídico, dando-lhes concreção e operatividade em atividade dita *secundum legis*, como também deve exercer tal mister orientando-se por condutas consonantes com o primado da moralidade administrativa (com seus subprincípios de lealdade e boa-fé objetiva administrativa), segundo padrões éticos preestabelecidos em sociedade, cumprindo, assim, com seu dever-poder de dar bom exemplo, guiando-se também pelos primados da legalidade e boa administração pública

Compliance, no campo jurídico, pode ser definido como um sistema de políticas e controles adotados a fim de impedir violações à lei e assegurar às autoridades externas que todas as medidas no sentido de impedir tais violações estão sendo tomadas. No que toca ao combate à corrupção, portanto, tem-se que o *compliance* deve abranger normas e procedimentos para impedir a realização de condutas corruptas (FÉRES; LIMA, p. 147).

No âmbito público pátrio, o *compliance*, inserido como um princípio na noção de boa governança pública, tem sido considerado de acordo com uma segunda aceção, conforme antes adiantado, correspondente aos programas de integridade governamentais, os quais, assim, têm sido tomados como verdadeiros equivalentes do próprio instituto (FERRAZ, 2020), acoimado, por vezes, de princípio da integridade.

E diz-se ser equivalente porque, em última análise, suas propostas são condizentes com aquelas de boas práticas de gestão verificadas no setor privado, já que se referem a elementos preventivos e de precaução à corrupção e demais tipos de desvios de conduta dos padrões éticos

¹⁰ Parte das ideias contidas neste tópico se verificam anteriormente tratadas, de forma isolada, em Caldas (2020), sendo ora significativamente desenvolvidas e, assim, apresentadas com acréscimos, revisões e modificações.

empresariais globalmente estabelecidos, evitando-se fraudes e buscando-se, tanto quanto possível, desenvolver uma cultura de moralidade nas atuações do Estado.

De acordo com o Decreto nº 9.203/17, art. 3º, incisos I a VI, são princípios de governança pública a capacidade de resposta (responsividade), integridade (*compliance*), confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas e responsabilidade (*accountability*) e transparência (*disclosure*). Com base em seu art. 2º, inciso I, a governança pública traduz-se no “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (*sic*).

Com fundamento nesses princípios acima, a governança pública, conforme o art. 19, do referido Decreto nº 9.203/17, deve tomar por diretriz o fato de que os órgãos e as entidades da Administração direta, autárquica e fundacional, a seu turno, necessitam instituir programas de integridade em seus respectivos âmbitos de atuação, tendo por objetivo promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção, os quais, de conseguinte, devem estruturar-se nos seguintes eixos: I - comprometimento e apoio da alta administração; II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade; III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

Quanto à Administração indireta empresarial governamental pátria, conforme antes referido (CALDAS, 2020), a Lei nº 13.303/16, em seu art. 9º, § 1º, incisos I a VI, disciplinou a elaboração dos seus Códigos de Conduta e Integridade, estabelecendo a necessidade de disporem sobre seus princípios, valores e missão, bem como suas vias para prevenção de conflitos e vedação à corrupção e fraude, além de fixarem as instâncias internas responsáveis pela sua atualização e aplicação, canais de denúncias por desvios e descumprimentos éticos e obrigacionais, mediante mecanismos de proteção e sanção que impeçam qualquer espécie de retaliação, com treinamento periódico – no mínimo anual – a empregados e administradores sobre seu conteúdo e política de gestão de riscos.

Consoante salientado alhures (CALDAS, 2020), no âmbito internacional, a OCDE delimita o significado da governança pública vinculando-a à integridade (*compliance*), a qual, neste contexto regulatório global, lhe confere significativa relevância política; a governança pública, de tal modo, ultrapassa questões meramente de cunho ético, sendo reconhecida como uma via para se fomentar maior produtividade econômica, mais eficiência na atuação pública e uma sociedade ainda mais inclusiva (OCDE, 2012; UF, 2018).

Verifica-se, assim, uma tendência global que gradativamente incorpora o *compliance* nas diretrizes gerais da atuação do Estado, juntamente com outros princípios de governança que ganham força no contexto internacional e regional.

É o caso do *disclosure* (transparência) e do *accountability*, cujos conteúdos contribuem para a adequação e implementação das boas práticas de gestão, vez que orientam para um mesmo sentido, qual seja, o de conferir amplo conhecimento e informação quanto à atuação estatal e à gestão do erário na implementação das políticas públicas, permitindo, de conseguinte, que a sociedade civil entenda o que se passa nas entranhas da máquina pública e possa exercer o seu controle social, mediante fiscalização, monitoramento e acompanhamento das atividades administrativas de forma concertada.

Em termos normativos pátrios, no entanto, ainda não se verificam significativas alterações que atribuam ao *compliance* e aos institutos correlatos o protagonismo que deles se espera. A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), e seu Decreto n.º 8.420/15 (regulamentador da matéria em âmbito nacional)¹¹, voltam-se ao ambiente corporativo para exigir a implantação destes programas de integridade – inclusive fixando requisitos –, conferindo um tratamento penal diferenciado em casos de apuração (CRIVELLARO, 2019), mas não estendem esta obrigação ao setor público (FRAZÃO; CARVALHO, 2018).

Mesmo assim, é inegável que já existem reflexos advindos da implantação destes programas de integridade, direta ou indiretamente; diretamente, porque há crescente pressão da sociedade civil para que haja o alinhamento da Administração Pública à iniciativa privada no que diz respeito ao *compliance*; indiretamente, porquanto os efeitos surgem da mitigação de potenciais elementos corruptores ou desviantes de condutas, ressaltados por Rocha (2018) como parte praticamente indissociável das práticas corruptivas ou fraudulentas.

É assim que se compreende uma evolução para que, brevemente, se observem disposições normativas positivadas voltadas expressamente para o âmbito público, com exigência de programas de integridade compatíveis com as funções públicas exercidas pelos agentes públicos, direcionadas, com rigor, a um desempenho íntegro e probo não apenas por parte destes, mas também dos agentes políticos e quaisquer cidadãos ou particulares que com eles se relacionem.

3.1. UMA “NOVA” INTEGRIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹²

¹¹ No âmbito federal há, ainda, as Portarias CGU 909/2015 e 910/2015, bem como as Instruções Normativas CGU 1/2015 e 2/2015, com aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99 (Lei Geral do Processo Administrativo).

¹² Parte das ideias contidas neste tópico se verificam anteriormente tratadas, de forma isolada, em Caldas (2020), sendo ora significativamente desenvolvidas e, assim, apresentadas com acréscimos, revisões e modificações.

A par das discussões sobre a implantação de programas de integridade, também ditos de *compliance*, exigências crescentes de transparência (*disclosure*) e *accountability* revelam um elemento central como tônica deste estudo, que é a preocupação com a mitigação dos níveis de corrupção, cooptação e de desvios fraudulentos.

Porém, vale ressaltar que a óptica pela qual tem-se a concepção da novel integridade para a Administração Pública, a seu turno, possui uma amplitude que vai muito além do cunho meramente repressivo, sancionador (quer em âmbito administrativo-disciplinar ou penal, conforme versado pelo *Criminal Compliance*), adquirindo também um viés preventivo que permite, na prática, evitarem-se, ou mesmo dificultarem-se, as condutas desviantes passíveis de serem cometidas pelo gestor público, além de permitir que este busque soluções inovadoras e até mais arriscadas, devidamente motivadas pelo espírito público para satisfação dos interesses da sociedade, estabelecendo-se, com isso, um difícil equilíbrio entre punição e liberdade para soluções inovadoras

O conteúdo do princípio (integridade) remete, portanto, à busca do difícil equilíbrio entre a punição de gestores que se valem da máquina pública para defender fins privados e ilícitos e a preservação do necessário espaço para que agentes movidos pelo espírito público possam buscar soluções inovadoras – e, eventualmente, mais arriscadas – para satisfazer os interesses da sociedade (UF, 2018, p. 42).

Conforme asseverado, a tendência contemporânea dos programas de *compliance* é o desenvolvimento de uma verdadeira cultura de rechaço às práticas corruptivas ou fraudulentas, e isso envolvendo não somente a punição de desvios, mas, sobretudo, a criação de posturas voltadas a inserir no âmbito público um ideal de eticidade e probidade permanentes.

Integridade, assim vista como princípio de governança pública, adquire maior concreção ao estabelecer-se seu conteúdo a partir de um sistema coerente e abrangente que envolva certos elementos, tais como: a) demonstração de compromisso nos mais altos níveis políticos e administrativos do setor público para seu *enforcement* e redução de corrupção; b) esclarecimento de responsabilidades institucionais em todo o setor público para fortalecer a eficácia, eficiência e efetividade do seu sistema de condutas éticas; c) desenvolvimento de uma abordagem estratégica para o setor público que se baseie em evidências e vise atenuar os ditos “riscos de integridade pública”; e d) definição de rigorosos e elevados padrões de conduta para funcionários públicos (OCDE, 2017).

E, vista como política vinculada ao exercício regulatório das funções estatais (por meio de seus respectivos órgãos e agentes), permite adotar-se, quanto à governança pública, uma abordagem contextualizada, comportamental e baseada em gestão de risco, além de ensejar a criação de uma cultura de integridade em toda a sociedade, consoante um sistema de condutas

éticas coerente e abrangente, com uma real e contínua prestação pública de contas (*accountability*) (OCDE, 2017).

Em tal tessitura, os programas de integridade adquirem também a característica de serem um instrumento efetivo de governança regulatória para gestão dos riscos sistêmicos financeiros relacionados às práticas de corrupção, atividade esta que é genericamente denominada pela doutrina como *exposure management* ou *risk management*, e, assim, definida enquanto a “...aplicação de análise financeira e utilização de diversos instrumentos financeiros no controle e na redução de determinados tipos de risco” (GASTINEAU; KRITZMAN, 2000, p. 342).

Dessa forma, nesse contexto de prevenção e precaução no controle dos programas de integridade para o combate às práticas de corrupção, gravosas ao erário público e contrárias a um salutar ambiente público democrático, deliberativo e igualitário, a administração do risco sistêmico financeiro ora enfocado, em si, “...significa avaliar e tentar controlar o equilíbrio entre risco e retorno em empresas voltadas ao lucro e em organizações sem fins lucrativos” (GASTINEAU; KRITZMAN, 2000, p. 9), segundo valores globais e nacionais que encerrem uma ética comumente aceita para os negócios nas relações público-privadas.

Busca-se, assim, estabelecerem-se matrizes que incentivem o proceder conforme as normas e as expectativas dos administrados e demais concernidos, reduzindo-se os níveis de corrupção e práticas clientelistas de cooptação nos setor público, enquanto expressão do primado da boa administração pública, inclusive a despeito das correlatas sanções disciplinares e penais.

Volta-se, com isso, a um constante aperfeiçoamento dos mecanismos de controle, inclusive social, desenvolvendo-se uma intolerância a quaisquer desvios do gênero no seio da Administração Pública, de sorte a afastarem-se os famigerados componentes de cunho social, no mais das vezes multicausais e complexos.

Em tal sentido, o papel social desempenhado pelo agente público, conforme observado por Rocha (2018), passa a ser reformulado segundo as ditas boas práticas de administração pública, sem que, para tanto, disposições legais positivadas se tornem as únicas aplicáveis, desenvolvendo-se, com isso, uma governança regulatória híbrida (HOFFMANN-RIEM, 2019), de cunho glocalizador e globalizante (LOURENÇO, 2014; TEIXEIRA; CALDAS, 2020).

Os programas de integridade, derivados fundamentalmente do *compliance*, passam a ter o condão de estimular a conformação do agir administrativo à ordem jurídica em um aperfeiçoamento constante das condutas dos agentes públicos, prevenindo-se e precavendo-se desvios ou fraudes ao gerarem um entendimento glocalizador e globalizante (de *glocal/global governance*) de combate à corrupção e à cooptação clientelista (UN, 2015; ONU, 2000),

atualizado com as contemporâneas posturas havidas por mais íntegras, probas e transparentes, conjugando ética pública com moralidade administrativa (e, de conseguinte, probidade), eficácia, eficiência e efetividade.

Trata-se, dessa forma, de uma proposta lúcida de redefinição da feição da administração pública brasileira, o que significa dizer, sem necessidade de grandes alterações no arcabouço jurídico vigente, porque a proposta não depende exclusivamente de normas postas, mas também de uma regulação segundo um modelo mais responsivo e resiliente de *soft law*.

Dessa forma, vê-se claramente que nada impede que as entidades públicas passem a adotar programas de integridade e incorporarem as principais diretrizes do *compliance*, de modo não apenas a se alinhar ao que já é feito com sucesso na iniciativa privada, mas também a se adaptar às novas exigências da sociedade contemporânea do risco e da informação.

CONCLUSÃO

Conclui-se, à luz da concepção adotada de *compliance* junto ao atuar estatal, que sua principal característica revela-se como sendo a de promover, antes de mais nada, uma releitura da atuação da Administração Pública sem, necessariamente, demandar alterações legislativas ou mudanças bruscas de paradigmas, voltando-se a realçar o papel social desempenhado pelo agente público, de forma diuturna cada vez mais comprometida com uma eticidade e moralidade administrativas que, na atualidade, encerram verdadeira intolerância às práticas corruptivas e clientelistas cooptativas, em clara dissociação do ranço patrimonialista herdado do período colonial.

De conseguinte, há uma crescente demanda social para que o Estado internalize na Administração Pública (direta ou indireta) os programas de integridade, incorporando-os seriamente em sua atuação para, principalmente, melhorar a qualidade da prestação dos serviços públicos.

A interrelação entre *glocal/global governance* regulatória, *compliance* e combate à corrupção, às práticas neopatrimonialistas clientelistas de cooptação e demais condutas desviantes, e sua respectiva aplicação pelos sistemas regionais e nacionais, é determinada por mecanismos institucionais e também outros decorrentes de uma autorregulação social (e, por isso, híbridos), tendo, em tal contexto, os programas de integridade como instrumentos para a efetivação do *ethos* planetário de anticorrupção e antiooptação, em profligação a estas e outras práticas igualmente execráveis.

O combate à corrupção, à cooptação e demais práticas desviantes, em sentido amplo e contemporâneo, inclusive contemplando-se acordos regionais e birregionais de cooperação entre Estados, impõe ao gestor público posturas eficazes, eficientes e efetivas com vistas à sustentabilidade, pressupondo-se programas de integridade que encerrem estes e outros valores de boa administração pública, a serem incorporados pelas estruturas organizacionais públicas de forma concertada, de modo a envolver neste processo deliberativo regulatório todos os interessados na busca de soluções éticas e moralmente comprometidas.

Almeja-se, com isso, também a configuração de uma nova feição do serviço público, mediante o emprego da referida *glocal/global governance* regulatória, baseada na concertação e orientada a uma prestação adequada e conforme às normas, afastando-se, por intolerância, das práticas de corrupção ou clientelistas de cooptação dos agentes e agências, de sorte a, assim, incentivarem-se boas práticas de administração pública – inclusive denunciando-se desvios – e promover-se uma cultura ética que resgate a credibilidade dos cidadãos/administrados no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

APEL, Karl-Otto. La ética del discurso como ética de la responsabilidad: una transformación posmetafísica de la ética de Kant. *In*: APEL, Karl-Otto *et al.* **Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación**. Cerro del Agua, México: Siglo Veintiuno, 1992.

BELLÉ, Adriano Vottri. Pode-se falar em corrupção sistêmica no Brasil? **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v. 20, n. 232, abr. 2021, p. 15-28. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/40318>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BLUMEN, Abrão. Princípios de controle interno. *In*: BLUMEN, Abrão. **Controle interno como suporte estratégico de governança no setor público** - Coleção Fórum Contas Públicas. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2015. página inicial-página final. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1342/1393/8362>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Maldad líquida**: viver sin alternativas. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Ediciones Paidós, 2019.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política**: uma patologia social. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das Cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo: IMED, v. 11, n. 1, jun. 2015, p. 124-134. Disponível em:

<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948/643>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Providências sanitárias de finanças públicas e tributárias federais pátrias em tempos de deflagração de pandemia: um retrato do endividamento público em meio à necessidade de preservação do sistema de saúde e retomada econômica. **Revista Jurídica**. Curitiba: UNICURITIBA, v. 2, n. 64, ago. 2021, p. 71-103. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5102>. Acesso em: 10 out. 2021.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A governança global regulatória e o combate à corrupção no marco dos programas de integridade: iniciativas regionais mercosulinas e nacionais. In: Pablo Cristóbal Molina del Pozo Martín (coord.). **Derecho de la Unión Europea e integración regional: Liber Amicorum** al Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 283-301.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Efetividade dos direitos humanos e democracia: a soberania constitucional cooperativa entre a ordem estatal e a ordem internacional na sociedade do risco e da informação. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: UNICRITUS, v. 18, n. 29, p. 49-76, set./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3292/1189>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; SILVA, Antonio Donizete Ferreira da. Governança e as novas tecnologias: a sustentabilidade na gestão administrativa do Poder Judiciário. **Revista Jurídica**. Curitiba: UNICURITIBA, v. 01, n. 54, 2019, p. 364-394. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3314/371371806>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Graciliano Ramos e a administração pública: comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Boas Práticas**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/campanhas/225-gestao-planejamento-e-pesquisa/boas-praticas/126-boas-praticas>. Acesso em 05 mar. 2017.

CRIVELLARO, Eloisa Helena Severino de Souza. Lei anticorrupção, as boas práticas de governança e o papel do Conselho de Administração. In: KLEINDIENST, Ana Cristina (coord.). **Grandes temas do Direito brasileiro: compliance**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 35-68.

DENNINGER, Erhard. “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. **RBEP - Revista Brasileira de Estudo Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, v. 88, jul./dez. 2003, p. 21-45.

DOBEL, John Patrick. The corruption of a State. **The American Political Science Review**, American Political Science Association: Cambridge University Press, v. 72, n.3, set. 1978, p. 958-973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1955114?read->

now=1&seq=1#page_scan_tab_contents; <https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review/article/abs/corruption-of-a-state/98615D231720CF2E2F147631A154ED6D>. Acesso em: 01 abr. 2021.

FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. Compliance anticorrupção: formas e funções na legislação internacional, na estrangeira e na Lei nº 12.846/2013. In: FORTINI, Cristiana (coord.). **Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 145-174.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. A transparência como ferramenta da legitimação do agir estatal por meio do impulsionamento da eficiência e integridade governamentais. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 107-122. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4039/4201/26629>. Acesso em: 12 ago. 2020.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 9. ed., 2008.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Corrupção, cultura e *compliance*: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 129-150. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1793/1890/19736>. Acesso em: 12 ago. 2020.

GARCIA, Maria. Constituição e Estado de Direito: refletindo sobre a Teoria da Corrupção de John Patrick Dobel. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 70, jan./mar. 2010, p. 91-108.

GASTINEAU, Gary L.; KRITZMAN, Mark P. **Dicionário de administração de risco financeiro**. São Paulo: Bolsa de Mercadorias & Futuros, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1991.

HÄBERLE, Peter. O “bem-comum” e seus conceitos parciais e análogos na comparação cultural constitucional. **Revista Argumentum**. Marília: UNIMAR, v. 19, n. 3, set./dez. 2018, p. 911-941. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/688/335>. Acesso em: 12 ago. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso. In: **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. Tradução de Luís Marcos Sander. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019, p. 529-554. Disponível em:

http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1048/Ajuris_146%20-%20DT20. Acesso em: 11 set. 2019.

JOÃO XXIII. A Santa Sé. **Carta Encíclica *Pacem in Terris***. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, item 58, n. p, 1963. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acessado em: 04 out. 2021.

JUNGES, José Roque. Meio Ambiente e Governança Global: da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos ao pós-Rio+20. In: Ciclo de Debates sobre Bioética, Diplomacia e Saúde Pública. 3., 2013, Brasília. **Relatório** [...]. Brasília: UnB/NETHIS, 2013, p. 1-5. Disponível em: https://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/relatorio_ciclo_debates_junho_2013.pdf. Acesso em: 16 fev. 2020.

KARL, Éryta Dallete Fernandes. *Compliance* e LGPD: uma exigência também para a Administração Pública. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Compliance no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 53-62. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4039/4201/26625>. Acesso em: 12 ago. 2020.

KOHLBERG, Lawrence. **Essays on moral development** - Vol. I. The Philosophy of moral development. São Francisco: Harper & Row, 1981.

LIRA, Ricardo Pereira; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A boa-fé objetiva administrativa e a interpretação dos contratos administrativos: a concretização da função pública. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro: UERJ, v.8, n. 4 (número especial), p. 2.670-2.695, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20943/15322>. Acesso em: 12 ago. 2021.

LOURENÇO, Nelson. Globalização e glocalização. O difícil diálogo entre o global e o local. **Mulemba - Revista Angolana de Ciências Sociais**. Luanda: FCS-UAN, vol. 4, n. 8, nov. 2014, p. 17-31. Disponível em: <https://journals.openedition.org/mulemba/203>. Acesso em: 11 set. 2019.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MATA DIZ, Jamile Berganaschine; TRINDADE, Patrick Juliano Casagrande. A corrupção na união europeia: uma breve abordagem acerca das ferramentas repressivas e preventivas na luta contra as práticas corruptivas. In: LELIS, Henrique Rodrigues; LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Carla Ribeiro Volpini (org.). **Globalização, organizações internacionais e proteção internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Letras e Versos Editora, 2020, p. 208-276.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD integrity review of Brazil: managing risks for a cleaner public service**. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/brazil-oecd-integrity-review_9789264119321-en#page1. Acesso em: 20 nov. 2019.

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). **Recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública**. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ONU - Organização das Nações Unidas. *PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. Rede Brasil do Pacto Global. Os 10 princípios. 2000. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>. Acesso em: 17 out. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Compliance anticorrupção: aspectos gerais*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 317-359. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1793/1890/19745>. Acesso em: 12 ago. 2020.

RAMOS, Graciliano. **Relatorio ao governador do Estado de Alagoas**. Maceió: Imprensa Oficial, 1929. Disponível em: [https://pt.wikisource.org/wiki/P%C3%A1gina:Relat%C3%B3rio_ao_governador_do_estado_de_Alagoas_\(1929-1930\).pdf/1](https://pt.wikisource.org/wiki/P%C3%A1gina:Relat%C3%B3rio_ao_governador_do_estado_de_Alagoas_(1929-1930).pdf/1). Acesso em: 10 out. 2021.

RAMOS, Graciliano. **2.º Relatorio ao sr. governador Alvaro Paes pelo prefeito do Municipio de Palmeira dos Indios**. Maceió: Imprensa Oficial, 1930. Disponível em: [https://pt.wikisource.org/wiki/P%C3%A1gina:Relat%C3%B3rio_ao_governador_do_estado_de_Alagoas_\(1929-1930\).pdf/15](https://pt.wikisource.org/wiki/P%C3%A1gina:Relat%C3%B3rio_ao_governador_do_estado_de_Alagoas_(1929-1930).pdf/15). Acesso em: 10 out. 2021.

RIBEIRO, Antonio Magalhães. **Do autoritarismo à democracia: continuidades e mudanças da corrupção política no Brasil após a redemocratização**. São Paulo: Chiado, 2017.

ROCHA, Alexandre Sergio da. **Corrupção: conceitos e reflexões**. Curitiba: Juruá, 2018.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. **Corrupção na era da globalização**. 3º reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Marcelo Gonçalves da; MEIRA, Alexandre Augusto Fernandes; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A interface axiologia do sistema capitalista na Constituição Federal: hermenêutica aplicada para um desenvolvimento sustentável. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre: FDSM, v. 35 (número especial), p. 21-40, 2019. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/conteudo/artigos/86b5a1d78e23a3e76fada0b816d3c0c8.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Governança glocal/global deliberativa hacia la normativización democrática: la necesidad de legitimidad en compatibilización de las medidas pandémicas de excepción vs derechos humanos. **Opini3n Jurídica**, Vol. 19, n. 40, 2020, p. 393-419. Disponível em:

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3585/3136>. Acesso em: 01 abr. 2021.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, jan./abr. 2003. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QAZnXKHZyQYJ:https://siposg.fur.br/selecao/download/1065/Teubner2003_PluralismoJrco.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br Acesso em: 16 out. 2017.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Direito à felicidade**. Belo Horizonte: Folium, 2010.

TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização mediática avançada. **Revista FAMECOS**. Porto Alegre: PUC/RS, n. 28, set./dez. 2005, p. 63-78. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3338/2595>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TRIVINHO, Eugênio. Glocalização interativa, dromocracia informacional e espaço urbano: *smart cities* como último refúgio do imaginário tecnoutópico contemporâneo. **Galáxia**. São Paulo: PUC/SP, n. 45, set./dez. 2020, p. 48-61. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/x8WDz6NPQczgJVPkYZdxZhN/?format=pdf&lang=pt>; <https://revistas.pucsp.br/index.php/galaxia/article/view/49795/33167>. Acesso em: 24 jun. 2021.

UN - United Nations. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. 2015. Disponível em: <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Acesso em: 17 out. 2021.

UN - United Nations. **Global Compact**. 2015. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 17 out. 2021.

UNIÃO FEDERAL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia da política de governança pública**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/documentos/guia-de-politica-de-governanca-publica/guia-menor-casadas.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e política**. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora Estação Liberdade, 1996.

VITRAL, Waldir. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2º ed., vol. V, A-Z, 1982.

Submissão: 16/11/2021 Aprovação: 11/03/2022

O PATRIMÔNIO DA DOR REVISITADO: como a justiça de transição e a Comissão Nacional da Verdade (CNV) contribuem para a construção da memória subterrânea dos atingidos pela Guerrilha do Araguaia

THE HERITAGE OF PAIN REVISITED: how the transitional justice and the National Truth Commission (NTC) contribute to the construction of the underground memory of those affected by the Guerrilha do Araguaia

Ivo dos Santos Canabarro¹

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Juliani Borchardt da Silva²

Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS

Bianca Strücker³

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Resumo:

O artigo tem como tema central discutir a importância de revisitar elementos marcantes de um período histórico e da construção de uma memória individual e coletiva como parte da justiça de transição. A pergunta norteadora é: como a justiça de transição e a Comissão Nacional da Verdade (CNV) contribuem para a construção da memória subterrânea dos atingidos pela Guerrilha do Araguaia? Com aportes teóricos, se debate a importância da justiça de transição e da construção da memória, especialmente no caso da Guerrilha do Araguaia. Para tanto, o artigo divide-se em duas seções: a primeira, traça considerações acerca da justiça de transição e da CNV para a construção da memória social; a segunda, debate reparação e justiça no caso da Guerrilha do Araguaia. Conclui-se que, a partir dos elementos levantados, a instauração de uma justiça de transição e o Relatório da CNV propiciam a (re)construção de uma memória subterrânea, seja dos diretamente atingidos, seja como patrimônio cultural, o qual salvaguarda da repetição de horrores já vivenciados. A reflexão utiliza-se da metodologia histórico-analítica.

¹ Pesquisador associado a UNESCO na cátedra Diversidade Cultural, Gênero e Fronteiras Pós doutorado em História Social pela Universidade Federal Fluminense. doutorado em História pela Universidade Federal Fluminense (UFF), com estágio de doutorado na l'Université Paris III Sorbonne Nouvelle, Instituto de Cinema e Audiovisual com orientação de Philippe Dubois. mestrado em História do Brasil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), possui graduação em História pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Atualmente é professor adjunto III da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, atuando na Graduação de História presencial e EAD, graduação de medicina e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos. Tem experiência na área de História, com ênfase em História Social da Cultura, atuando principalmente nos seguintes temas: fotografia, história, patrimônio, cultura, família, memória e representação e direitos humanos. É vice líder do Grupo de Pesquisa ARCA-Núcleo de Estudos Agrários e Culturais sediado na Universidade Federal do Rio Grande - FURG

² Pós-doutoranda no PPG em Direito URI Campus Santo ngelo/RS. Doutora em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Possui graduação em Administração- Projetos e Empreendimentos Turísticos pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2009) onde também cursou especialização em História, Cultura, Memória e Patrimônio (2012). É Especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014) e mestra em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL (2014). Graduada em História-Licenciatura pelo Centro Universitário Internacional (2018). Possui experiência em organizações civis e públicas que tratam da temática do Patrimônio Arqueológico, histórico, cultural e de memória. E-mail: julianiborchardt@gmail.com

³ Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URI), com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestra em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), com bolsa/taxa da CAPES. Bacharela em Direito pela UNIJUI. Especialista em Direito de Família e Direito Processual Civil, pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Membro do grupo de pesquisa, vinculado ao CNPq "Novos Direitos em Sociedades Complexas". Advogada.

Palavras-chave:

Comissão Nacional da Verdade. Direitos Humanos. Guerrilha do Araguaia. Justiça de transição. Memória.

Abstract:

The main theme of this article is to discuss the importance of revisiting important elements of a historical period and the construction of an individual and collective memory as part of transitional justice. The guiding question is: how do the transitional justice and the National Truth Commission (NTC) contribute to the construction of the underground memory of those affected by the Guerrilha do Araguaia? With theoretical contributions, the importance of historical justice and the construction of memory is debated, especially in the case of the Guerrilha do Araguaia. For this purpose, the article is divided into two enlarged ones: the first one outlines considerations about transitional justice and the NTC for the construction of social memory; the second debates defense and justice in the case of the Guerrilha do Araguaia. It is concluded that, based on the elements raised, the establishment of a transitional justice and the NTC Report provide the (re)construction of an underground memory, whether directly affected or as cultural heritage, which safeguards the repetition of horrors already experienced. The reflection uses the historical-analytic methodology.

Keywords:

National Truth Commission. Human rights. Guerrilla of Araguaia. Transitional justice. Memory.

1 INTRODUÇÃO

Revisitar patrimônios da dor, no Brasil, é uma temática delicada, quase intangível, até mesmo para pesquisadores, pois há uma tendência de relegar tudo o que causou sofrimento e dor em indivíduos e/ou grupos ao esquecimento. A memória e o esquecimento parecem conceitos polares, afinal muitas vezes se opta por um deles em detrimento do outro, ou seja, para alguns grupos é melhor esquecer o que aconteceu para não reabrir as fraturas do passado. Mas, o patrimônio da dor está no não-dito, no indizível, naquilo que deve ser mantido em segredo, guardado apenas nas memórias subterrâneas, pois muitos indivíduos só conseguem confessar para si mesmos. Revisitar memórias vinculadas a episódios de dor, seja ela física ou mental, requer consciência de que trazer à tona pode causar muito sofrimento. Então, o patrimônio da dor é essa dimensão composta por todo o sofrimento e as práticas que os causaram. Desvendar essas práticas é trazê-lo ao dizível, portanto, à memória social.

Muitas questões intangíveis na sociedade brasileira, principalmente em períodos autoritários, podem se tornar analiticamente tangíveis a partir de uma perspectiva crítico-histórica. Sendo assim, questões como as dimensões do patrimônio da dor podem ser elucidadas a partir de conceitos e categorias analíticas, o qual neste texto se faz a partir de bases diretivas e explicativas, pontos que relacionam e interseccionam com a Justiça de Transição e a Comissão Nacional da Verdade (CNV). A partir de bases analíticas sobre a justiça de transição, podemos apresentar elementos contemplativos que explicam como as desconsiderações dos direitos humanos interferiram na dor e sofrimento de pessoas e grupos atingidos pela ditadura civil-militar brasileira.

A partir da lenta implementação da justiça de transição no Brasil, entendendo-a aqui como uma perspectiva de reparação dos danos causados às pessoas e/ou grupos nos períodos autoritários, ela emerge no período pós-autoritário como uma forma de reparação dos danos sofridos pela desconsideração dos direitos humanos. Tendo em vista que um dos pilares da justiça de transição é a abordagem da memória e da verdade, no Brasil, a implantação da Comissão Nacional da Verdade representou uma forma de reconciliação do Estado brasileiro com a sociedade. Considerando que o seu caráter foi muito mais de reparação dos danos do que a judicialização e condenação penal dos ditadores e torturadores, esse foi um dos pontos que sofreu maior crítica, pois em outros países teve o caráter punitivo de todos os envolvidos nos casos de torturas, desaparecimentos e mortes. Mas, pode-se salientar a sua contribuição na construção da memória e da verdade, a qual está apresentada e analisada no relatório final apresentado à sociedade brasileira.

Na construção do artigo, utiliza-se do método histórico-analítico com um viés crítico, para buscar compreender e responder o problema levantado: como a justiça de transição e a Comissão Nacional da Verdade contribuem para a construção da memória subterrânea dos atingidos pela Guerrilha do Araguaia? A partir da questão, duas hipóteses são apresentadas - cada uma respondida em uma das seções do artigo. A primeira hipótese busca comprovar a importância de uma justiça de transição e de uma Comissão Nacional da Verdade como balizas para a construção de um pilar sobre a memória e a verdade. A segunda hipótese, trata da possibilidade de construção de uma reparação histórica da memória dos indivíduos e/ou grupos sociais atingidos no caso específico da Guerrilha do Araguaia, considerado por pesquisadores como um verdadeiro genocídio na ditadura militar brasileira.

Na primeira seção, que responde a hipótese da importância da justiça de transição e da CNV para a construção da memória e da verdade, são discutidos a configuração de uma justiça capaz de propor alternativas de reparação histórica e da construção da memória como elemento de representação identitária de pessoas e/ou grupos atingidos pela ditadura militar brasileira. Neste sentido, aponta-se algumas definições da justiça de transição e suas possíveis configurações no período pós-autoritário no Brasil. Portanto, a partir de uma justiça de transição foi possível implementar uma CNV para levantar a memória subterrânea dos atingidos pela ditadura, ainda que com uma perspectiva voltada à reparação e não de punição, diferente do que se pode averiguar em outros países latino-americanos.

Já na segunda seção, a abordagem dada se refere à constituição de um patrimônio cultural edificado e de memórias relativas ao contexto da Guerrilha do Araguaia. Numa direção de reivindicação memorial, de reparação e de justiça, os movimentos vislumbrados nas últimas

décadas apontam para o exercício de estratégias e práticas que objetivam colocar ao coletivo representações e narrativas que façam, no presente, o não esquecimento das violações de direitos humanos decorrentes do contexto ora estudado. Deste modo, dinâmicas sociais, culturais e materiais são produzidas e significadas, auxiliando na efetivação de identidades e referências representativas aos sujeitos e grupos que na atualidade atuam na reivindicação de memórias, de justiça e de reparação decorrentes do período ditatorial. As seções apresentadas a seguir são complementares na perspectiva de apresentar uma abordagem que constrói um determinado sentido narrativo do artigo.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE PARA A CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA SOCIAL

A justiça de transição e suas discussões no panorama brasileiro é um processo ainda recente, que requer uma gama de conceituações e possíveis aplicabilidades no período transitório entre a ditadura militar brasileira e o processo de re-democratização. Já decorre algumas décadas do fim da ditadura no Brasil, mas ainda é possível perceber que permanecem alguns traumas do autoritarismo do Estado. A forma como entendemos um passado recente, requer um verdadeiro exame de consciência sobre as feridas que continuam abertas, e, que a qualquer momento, podem voltar à tona, pois algumas permanências são constantemente revisitadas. Faz-se necessário um direito à memória dos acontecimentos traumáticos, provocados no período da ditadura civil militar brasileira (1964-1985), uma memória que colabore para a não repetição dos horrores dos períodos autoritários no tempo presente.

A necessidade de pensarmos na justiça de transição no Brasil é primordial para a construção de uma memória social, pois muitos eventos traumáticos ainda não foram devidamente esclarecidos. Após tantos anos decorridos, não há um constructo do passado esclarecedor do que realmente aconteceu no período da ditadura civil militar brasileira. Através de fontes históricas, já se sabe que foi um passado extremamente comprometedor por parte do Estado e apoiadores do regime, bem como de suas instituições que aparelharam o regime político de exceção. Todo o Estado de exceção tem suas características bem peculiares, pautadas por uma série de práticas violentas contra os seus opositores.

No Brasil, esse Estado de exceção, não fugiu à regra do autoritarismo. Foram empregadas todas as formas de controle social, formas de violências extremas, como no caso de prisões arbitrárias, torturas, desaparecimentos e, inclusive, mortes com a ocultação dos cadáveres. Por isso, ainda é necessário que a justiça de transição possa ajudar a esclarecer a

abrangência do autoritarismo de Estado e os desdobramentos na memória social brasileira. Nesse caso, um verdadeiro direito à memória, para que as futuras gerações não cometam mais os erros do passado e, também, não apoiem governos e regimes totalitários.

Podemos categorizar que a justiça de transição ocorre e/ou ocorreu em diversos países onde aconteceram as transições dos regimes autoritários para a reconfiguração dos estados democráticos. Constatou-se que no decorrer do século XX, na América Latina, a maior parte dos regimes autoritários foram configurados como ditaduras militares, assim como vivenciou o Brasil. Regimes políticos marcados pela violência estatal, perseguições políticas dos não alinhados e extrema desconsideração dos direitos humanos. Nestes casos, a violência do Estado foi recorrente, sendo uma forma de dominação, onde as imposições autoritárias legitimaram e mantiveram os ditadores no poder. Os primeiros indícios da transição, em alguns países, como no caso do Brasil, foram emblemáticos. Ainda no transcorrer do período ditatorial começaram as implantações das transições, pequenas e controladas “aberturas”, para a contestação das práticas autoritárias, numa tentativa de minimizar os horrores empregados pelos ditadores.

Embora em alguns meios de comunicação e acadêmicos a noção de justiça de transição já apareça com certa frequência, ainda existem barreiras para a sua circulação e entendimento como problema a ser debatido pela sociedade civil brasileira. Segundo Quinalha (2013), é ainda incipiente falarmos acerca da justiça de transição, entendida como uma categoria analítica propriamente dita para as análises correspondentes no seu sentido de explicação plausível de determinada realidade histórica. Ela ainda não se apresenta como uma categoria analítica pronta e acabada, ou seja, ainda é necessário uma configuração precisa de seu alcance explicativo das realidades empíricas. Portanto, os estudos até então realizados no âmbito do direito e da sociologia, ainda requerem cuidado, embora já constem análises de períodos e realidades históricas.

Ainda nas observações de Quinalha (2012), a justiça de transição atua nas sociedades que passaram por regimes autoritários como uma possibilidade de abertura para os processos de redemocratização. Sendo assim, a partir dela podemos encontrar balizas para a construção de novos modelos democráticos representativos. Tanto do ponto de vista coletivo, como também individual, através da reconstituição de memórias e da justiça de transição, torna-se possível reparar os danos e traumas sofridos, encontrar respostas e soluções, e até mesmo deixar outros no esquecimento, pois os sujeitos são realocados como protagonistas de suas vivências. Segundo Quinalha (2012), a justiça de transição pode ser uma possibilidade de possíveis implantações de novas normativas, que facilitariam a reconstrução de formas democráticas de vivências nas sociedades pós-autoritárias que realizaram rupturas de regimes abusivos.

Nas observações de Albuquerque e Silva (2014, p. 14) reproduzindo Zyl (2011), o autor definiu quatro pontos essenciais que seriam os objetivos básicos da justiça de transição. Transcrevemos aqui esses quatro objetivos essenciais:

- 1º - A promoção da memória e da verdade, ou seja, o trabalho exaustivo e profundo para resgatar historicamente a verdade dos fatos para o deslinde dos casos ainda sem solução envolvendo tais crimes;
- 2º - A reparação moral e o ressarcimento material dos danos sofridos pelas vítimas e seus familiares, passando pelo reconhecimento oficial da responsabilidade do Estado por crimes perpetrados por seus agentes, contra os direitos humanos;
- 3 - A reforma das instituições a fim de que, fomentando práticas democráticas nas esferas da Administração mais envolvida em casos de violência e arbítrio, evite-se a repetição futura das transgressões aos direitos humanos, promovendo-se assim a reconciliação social;
- 4 - Aplicação da justiça, através da investigação, responsabilização criminal e punição dos agentes públicos que cometeram crimes durante o período de exceção autoritária (ZYL, 2011, *apud* ALBUQUERQUE E SILVA, 2014, p. 14).

Com as devidas observações feitas por Albuquerque e Silva (2014), reproduzindo as definições de Zyl (2011), podemos mapear os pressupostos essenciais da justiça de transição. A forma como ela foi/é aplicada nos diferentes contextos pós-autoritários variou muito de país para país, com diferenças de acordo com as forças políticas dos governos de transição. Em alguns países houve a criminalização e punições de ditadores e torturadores, em outros, apenas o apontamento destes nos contextos de desconsideração dos direitos humanos.

Ainda, segundo Albuquerque e Silva (2014), a questão da memória e da verdade constitui-se como um dos pilares da justiça de transição brasileira. Sendo assim, é um dos pontos que merece destaque analítico ao tratarmos a memória como um direito de reconhecimento das experiências traumáticas vividas durante a ditadura civil militar brasileira. É fundamental para o entendimento e para as discussões sobre os direitos humanos no Brasil contemporâneo, o direito à memória e a verdade como uma prerrogativa, tanto para o reconhecimento do passado recente, quanto como um patrimônio imaterial da dor para as futuras gerações. O conhecimento de uma memória que seja plausível, com a verdade dos fatos ocorridos, é um direito que cabe às novas gerações. Sendo assim, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) é um instrumento de investigação da memória e da verdade sobre o ocorrido na ditadura civil-militar brasileira (1964 - 1985).

A CNV, instalada no Brasil no final de 2011⁴, teve como função principal, segundo Canabarro (2014), a reconciliação do Estado com a sociedade, tratou-se de uma tentativa de

⁴ Criada através da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, pela então presidenta Dilma Rousseff. Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112528.htm.

recuperar a memória daqueles atingidos pelos processos de violação dos direitos humanos. Os trabalhos da CNV foram de 2012 a 2014 quando foi entregue o relatório final composto de três volumes, foram praticamente três anos de trabalhos intensos em diversas subcomissões. Todo o trabalho realizado pela CNV foi em parceria com diversas entidades, as quais realizaram várias escutas de pessoas que foram torturadas e/ou familiares de desaparecidos que deram seus relatos sobre as violações da ditadura no Brasil. Esse trabalho de escuta de testemunhas foi um dos mais relevantes para a construção de uma memória subterrânea sobre o período do Estado de exceção no Brasil.

Segundo Canabarro (2014), a perspectiva de reconciliação do Estado com a sociedade brasileira requer toda uma sistematização para recuperar a verdade e a memória sobre os acontecimentos traumáticos que marcaram a história recente do Brasil. Ainda segundo o autor é necessário não apenas trazer à tona os acontecimentos mas também direcionar ações, tais como: a) publicizar os que o Estado violou os direitos humanos dos cidadãos comprometidos com as lutas sociais; b) dar conhecimento à população do autoritarismo e violações por parte do Estado; c) revelar atos considerados abusivos para que não venham a se repetir na contemporaneidade. Sendo assim a CNV não deve ser vista como uma *mea culpa*, visto que esses abusos do Estado foram marcados pela violência, mas, sobretudo, que passe por um processo de reconhecimento dos atos praticados para que não se repitam mais no tempo presente.

Toda a perspectiva de construção da verdade e da memória é um investimento de vários segmentos sociais, encontrando na CNV um ponto de referência para sua elucidação. Ainda, segundo Canabarro e Strücker (2017), todo o trabalho realizado pela comissão que resultou no relatório final⁵, consiste num esforço para trazer à tona um conjunto de referências memoriais sobre o período de 1948 a 1988, mas, sobretudo com o enfoque na ditadura civil militar de (1964-1985), onde os trabalhos foram mais intensos reunindo um conjunto de documentos, processos e depoimentos das testemunhas. Sendo assim, apesar da CNV no Brasil não ter uma finalidade punitiva dos ditadores e torturadores, ela teve uma função social de recuperação de uma verdade e memória social contemporânea

Considerando uma aproximação da aplicabilidade da justiça de transição no Brasil com as questões levantadas pela CNV, podemos observar que a questão da memória e a verdade, é um dos elementos em comum trabalhados por ambas as vertentes. Nas observações de

⁵ O Relatório da CNV, publicado em 2014, traz outra versão sobre os acontecimentos, com relatos testemunhais, e demonstram dimensões tanto da memória coletiva, quanto da individual. Ver: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>.

Albuquerque e Silva (2014) sobre a questão da memória e da verdade como um elemento tendencial da justiça de transição, podemos observar que foram de certa forma aplicados no Brasil no período de transição. Já num período posterior em que a justiça de transição se fazia presente nesse contexto pós-autoritário, a instituição da CNV recuperou elementos fundamentais para uma reconciliação entre o Estado e a sociedade civil na perspectiva de construção da verdade histórica e da memória social.

Na perspectiva da aproximação da verdade e da memória, trabalhadas tanto numa justiça de transição como pela CNV, faz necessário pensarmos como a memória social e seus usos como define Le Goff (1996), como também a memória subterrânea definida por Pollak (1989), podemos nos dar aportes para o entendimento de que a necessidade de reconstrução da memória é um dos fatores predominantes no tempo presente. Precisamos de todos os esforços não somente de uma memória das lembranças enquadradas como boas para um história oficial, mas, sobretudo, para aqueles grupos que têm uma memória da dor, do sofrimento, dos traumas, daquilo que ficou muito tempo como não-dito. Sendo assim, o nosso dever de pesquisadores é permitir ao grande público o conhecimento de uma verdade histórica. Memória e verdade o mote da próxima seção.

3 DIREITO À MEMÓRIA: DISCUSSÕES ACERCA DE REPARAÇÃO E JUSTIÇA SOBRE A GUERRILHA DO ARAGUAIA

Martins Neto (2003, p. 144) cita em sua obra “Direitos Fundamentais” que “um direito fundamental é direito sem o qual se entende que não é admissível viver”. Esta assertiva abrange, dentre outros aspectos, o direito fundamental de todo indivíduo perante à construção de suas memórias, como também aos processos de reivindicação, reparação e justiça que dela possam emergir em diferentes contextos. Desse modo, vê-se no presente a emergência de movimentos e articulações que objetivam que certos episódios, violações e sujeitos não padeçam ao esquecimento para determinados grupos e sociedades.

O conjunto de conquistas constitucionais vislumbradas nas últimas décadas, em especial no que se refere à Constituição de 1988, não se refletiu diretamente na temática de reparação e justiça perante alguns períodos decorrentes da ditadura civil-militar, por exemplo. Isso porque, com a própria efetivação da anistia⁶, o processo de esquecimento formal e institucional foi

⁶ A palavra anistia deriva do grego *amnestía*, que significa esquecimento. Logo, é o perdão concedido em caráter oficial através de ato do legislativo em que ficam extintas as consequências de um fato punível e qualquer processo sobre ele. Ver: Lei da Anistia, Lei n. 6.683/79.

acelerado e induzido por diferentes esferas, públicas e privadas, o que resultou, em grande parte, numa sensação de impunidade e injustiça quanto às violações promovidas pelo Estado neste contexto. Portanto, o processo de redemocratização do Brasil pode ser considerado, paralelamente à conquista de certos direitos e garantias, como um período no qual também se promoveu um silenciamento. Por consequência, este silenciamento resultou no encobrimento de episódios e fatos que, no contexto geral, são relevantes tanto à historiografia do país quanto à constituição de direitos, memórias, práticas, narrativas e culturas que direta e indiretamente influenciaram boa parte da sociedade brasileira.

Sabe-se que as memórias são fundamentais no compartilhamento de conteúdos, valores e lembranças que estão diretamente ligadas às identidades dos sujeitos e grupos. Apesar de as memórias, na maioria das vezes, não terem consenso unânime entre todos os sujeitos de determinado grupo, são, *a priori*, consagradoras de valores e práticas sociais aceitas (ou não) socialmente, o que reflete na maneira como os indivíduos se enxergam e se colocam perante os demais.

As sociedades, plurais em sua composição e identidades, reforçam nas memórias coletivas certas demandas que ordenam as relações e o lugar de cada sujeito perante o coletivo e o local em que vivem. Nesta mesma premissa que o próprio desenvolvimento do direito é fruto, conforme destaca Bobbio (2004, p. 36), do ambiente, do contexto e dos indivíduos que nele atuam e reagem diretamente. O direito é, portanto, fruto das demandas sociais, do exercício de poder e das transformações inerentes dos ambientes produzidos pelo homem em sociedade ao longo do tempo. Deste modo, cada povo constrói um conjunto de valores e normas os quais considera adequados ao modo de vida do coletivo em determinada época.

Se positiva, então, em cada período e contexto, legislações que, nem sempre aderidas e consensuadas pela maioria, objetivam normatizar e reger as relações sociais e o direito entre os homens em sociedade. Cabe destacar que o processo de desenvolvimento de normativas e direitos é fortemente influenciada também pelos elementos culturais, morais e de memória produzidos pelos sujeitos, os quais, *a priori*, almejam ordenar a convivência e as relações sociais. Desta maneira, como bem aponta Dantas (2010, p. 38), mais do que um documento jurídico, a criação e a garantia de direitos é o espelho do legado cultural de um povo e explica os modos como este vislumbra o coletivo e a forma como tais documentos devem estar fundamentados.

É por meio da constituição de um arcabouço de ordenamentos jurídicos que as sociedades vão buscar a garantia, por exemplo, da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Estes, de forma coletiva, consagram e institucionalizam, no tempo e no espaço,

a coexistência de diferenças das mais diversas origens como balizadores de uma organização social e comunitária que necessita estar, dentro das possibilidades, funcionando e oportunizando a coexistência de diferentes sujeitos num mesmo contexto e espaço. Tassara (1992, p. 71) cita que a razão de ser dos direitos fundamentais é servir de fronteira ao intolerável. Isso porque as realidades sociais efetivam desigualdades, injustiças e crimes que direta e indiretamente violam a existência dos indivíduos em serem e atuarem como desejam. Há diferentes exemplos que podem ser citados, ao longo da história, como marcos nas violações humanas, tal como o nazismo, o fascismo e as guerras promovidas, as quais serviram de estímulo para que no ano de 1948 se constituísse a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os direitos, nesta seara, podem ser vislumbrados como valores socialmente construídos e concebidos de modo a efetivar, via de regra, liberdade e dignidade como pressupostos balizantes de qualquer sociedade. Neste escopo, seria possível irradiar de maneira mais ampla aquelas diretrizes coletivas que olvidam a satisfação do bem estar social e do desenvolvimento humano em suas mais variadas facetas. Não há dúvidas de que os direitos fundamentais permitem a proteção de grupos específicos, vulneráveis, minorias étnicas que devem igualmente ter acesso à políticas públicas que corroborem e promovam o acesso à dignidade destes enquanto sujeitos.

Para Dantas (2010, p. 47) a efetivação máxima dos direitos fundamentais representa conquistas civilizatórias que, na sua ausência, provocam uma profunda alteração da realidade social. Quando não efetivados como instrumentos que atendam aos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores dos quais o coletivo necessita em cada contexto histórico para concretizar os fundamentos que consideram relevantes, notam-se alterações na dinâmica social.

As estruturas políticas, sociais, legais e administrativas precisam, deste modo, estarem fortalecidas em suas condições de proporcionar ações e estratégias que realmente garantam aos povos suas legitimidades e direitos enquanto sujeitos. Para isso, no entanto, é necessário que os direitos sejam também apropriados pelos indivíduos, de modo a serem efetivamente presentes, compartilhados, operacionalizados e fluídos socialmente. Esta apropriação talvez seja um dos principais empecilhos, no presente, para que os processos de reivindicação e de direito sejam, de maneira ampla, frequentes nas sociedades. Assim sendo, os aplicadores do direito deveriam ser todos os cidadãos, indistintamente, e não apenas sujeitos ou grupos individualizados.

Cabe, portanto, considerarmos os processos de reivindicação memorial de contextos, períodos e episódios que nitidamente efetivaram a produção de uma agenda pública em prol de reparação e de justiça por violações de direitos humanos. Pode-se citar como exemplo a

Guerrilha do Araguaia e seus desdobramentos políticos e memoriais, os quais, na atualidade, são ressignificados e trabalhados na direção de reconhecimento de crimes cometidos pelo Estado bem como a justiça necessária para a reparação histórica dos atos efetivados neste contexto.

Importante aqui destacar ainda que o trabalho promovido pela CNV⁷ motivou a criação de comissões nos Estados brasileiros os quais também buscaram pesquisar, registrar e apresentar à sociedade os crimes cometidos e as violações decorrentes dos períodos militares no Brasil. A Comissão de nível Federal foi criada através da Lei n. 12.528/2011 e oficialmente instalada em 16 de maio do ano de 2012. Aponta-se, ainda, que a referida Comissão não possuía atribuições de polícia, mas sim de esclarecer os fatos decorrentes do período, podendo, deste modo, fornecer uma resposta às centenas de famílias que ainda não tinham respostas sobre o paradeiro de seus parentes.

No que se refere à atuação das polícias e do Exército diante da Guerrilha do Araguaia, a referida Comissão apontou em seu relatório que a atribuição destes era a de impedir o surgimento de núcleos e movimentos de revolta provenientes da população e de insurgentes contrários ao sistema e à gestão naquele contexto. Ressalta-se que grupos como indígenas, gays, camponeses, religiosos, estudantes, trabalhadores e, inclusive, militares que se opunham a certas práticas de violações, eram perseguidos de maneira contínua, tendo em muitos casos seus direitos e liberdades violados pelo próprio Estado. Sabe-se, ainda, diante dos dados apresentados pela Comissão, que o Estado possuía a ajuda de pessoas da sociedade civil, os quais auxiliavam como delatores aqueles que consideravam como "subversivos" ao sistema vigente.

A Guerrilha do Araguaia se caracterizou como um movimento armado entre o fim dos anos 60 e meados dos anos 70. Seus membros eram compostos por integrantes do Partido Comunista do Brasil, sendo o local de sua atuação chamado de “Bico de Papagaio”, mais precisamente na divisa entre os Estados do Tocantins, Pará e Maranhão. Seu nome faz referência ao Rio Araguaia, o qual banha boa parte desta região. Albuquerque e Silva (2014, p. 28) destaca que o local, abundante em mata fechada, foi propositalmente escolhido por propiciar certa segurança aos seus membros, bem como o fornecimento de alimentos necessários à manutenção da guerrilha. Segundo o autor, a mata forneceria alimentos e o rio, peixe para a sobrevivência dos membros do movimento, bem como o rio proporcionaria também o transporte e o deslocamento de pequenas embarcações e grupos.

⁷ A Comissão Nacional da Verdade elaborou relatório onde aponta, dentre outros crimes, o desaparecimento e a morte de 434 brasileiros entre o período de 1946 a 05 de outubro de 1988.

O movimento, enquanto grupo de resistência se destacou no contexto político brasileiro, apesar da censura do período, por buscar a implantação de um projeto político que pela via armada e oriundo basicamente de uma região interiorana e de campo, almejava se contrapor às ações implementadas no país após o golpe civil-militar de 1964. Para a CNV, o termo resistência precisa ser analisado e considerado para fins de compreensão do contexto o qual o movimento foi criado e operacionalizado:

É importante anotar dois elementos importantes na composição desse conceito. O primeiro: o campo da resistência sempre se definiu em torno da convicção de uma correlação de forças adversas – a ditadura é o inimigo mais forte e que se impõe. Resistem os que sobraram ou optaram por lutar; por isso, essa é uma prática política que se sustenta num exercício de esperança – assume uma derrota e, simultaneamente, declara uma esperança de vitória. Sua prática incluiu um conjunto significativo de compartilhamento de valores do mundo público como esperança e prudência. E, sobretudo, coragem política, isto é, o gesto de deixar a proteção do anonimato do mundo privado e protagonizar uma ação na cena pública. Quem faz isso sabe que corre riscos: o inimigo é superior em forças; não existem garantias; e, caso seja preso, estará sem recurso e sem defesa (CNV, Vol. II, 2014, p. 303).

O relatório aponta, nesta perspectiva, que o termo resistência, no qual o movimento da Guerrilha do Araguaia se enquadra, denota, antes de mais nada, a característica de contraposição de forças e de resistência diante de um inimigo, geralmente mais forte e munido de melhor estrutura, onde se quebra um anonimato, expondo-se e colocando-se diante de um conflito, o qual pode resultar na perda da própria vida. Motivados por valores e objetivos comuns, os sujeitos envolvidos na Guerrilha do Araguaia efetivaram inúmeras campanhas contra o exército, ao mesmo tempo em que buscavam de maneira constante a adesão da população à causa bem como a mobilização da comunidade, em especial estudantes, operários e intelectuais, para que aderissem ao grupo.

Segundo o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014, Vol. II, p. 30), dos 69 militantes do PCdoB e 17 camponeses que da Guerrilha fizeram parte, 63 foram exterminados nas matas do Araguaia (58 do partido e 05 civis locais). Do lado do governo, 10 militares teriam sido mortos e 09 ficado feridos nos confrontos. Estes dados apontam para o massacre decorrente dos confrontos entre militares e guerrilha, efetivando deste modo o quase extermínio daqueles que do grupo armado fizeram parte. Tal ideia é corroborada ao se perceber a força desproporcional empregada pelos militares na região, o qual tinha como principal objetivo, segundo o Relatório da CNV (2014, p. 30), o morticídio imediato dos rebeldes.

Cabe frisar, ainda, que apesar da repercussão do movimento, a maioria dos moradores da região tinham pouco conhecimento e compreensão a respeito dos objetivos da guerrilha, a qual era representada pelo governo e pela mídia como “terrorista”. Isso porque, o contexto

político e midiático da época era caracterizado pela predominância e gerência do governo ditatorial e de uma elite, sendo boa parte da população brasileira, semi ou analfabeta.

Aliado à propaganda midiática do governo diante dos movimentos contrários ao sistema, outras ações foram implementadas a fim de garantir e legitimar aquilo que se desejava, como por exemplo aquelas advindas do Ato Institucional n. 5⁸: fechamento do congresso; estados e municípios poderiam sofrer a qualquer momento intervenção; reuniões e manifestações eram proibidas e a garantia de *habeas corpus* foram suspensas, sendo endurecida as operações à qualquer tipo de manifestação ou atitude de expressão pública contra o governo. A repressão, deste modo, alicerça as relações do Estado junto à população, que de forma geral vive num contexto de medo e monitoramento constantes.

A gravidade dos crimes cometidos pelo Estado e a tentativa de encobri-los durante muito tempo, aliado à inexistência de dados e informações de familiares sobre seus parentes, denota a perversidade que a repressão e os crimes cometidos tiveram de ser vivenciados não só pelos guerrilheiros mortos e desaparecidos, mas sim por aqueles que por estes buscavam. Isso porque, conforme a CNV, sequestros, execuções sumárias, tortura e decapitações eram práticas recorrentes e habituais advindas das forças governamentais.

Diante disso, identificam-se movimentos que, principalmente anos 2010, atuam de maneira a reivindicar o reconhecimento dos crimes cometidos pelo Estado, bem como justiça para aqueles que foram vítimas de violações no período ditatorial, buscando reparação pública e coletiva. Importante apontar que o Brasil é, provavelmente, o país que mais peca numa política de reparação das violações produzidas pelo Estado nos períodos ditatoriais. Isso porque, fora o trabalho desenvolvido pela CNV, nenhuma ação prática direcionada ao julgamento e punição de agentes do Estado foi até o presente momento efetivada, o que deixa uma lacuna política e memorial perante toda a população.

Denota-se, portanto, uma tentativa intencional de encobrimento e de esquecimento do período militar, o qual de forma proposital, resultou com que o passar do tempo seus agentes fossem morrendo impossibilitando deste modo qualquer tipo de julgamento e punição pelos crimes cometidos por estes, o que efetiva em parte da população, e principalmente nas vítimas e seus familiares, um sentimento de impunidade e de injustiça.

⁸ O Ato Institucional Número 5, que ficou conhecido pelo AI-5, foi promulgado em 13 de dezembro de 1968 e legalizou e endureceu as medidas repressivas instituídas pelo próprio golpe civil-militar no país, buscando calar, punir e prender todos os que não haviam sido atingidos desde 1964. Logo, intensificou prisões, torturas, mortes e assassinatos de lideranças contrárias ao regime. Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm.

Neste processo se identifica a recuperação e a criação de lugares de memória que objetivam apresentar à todos os fatos históricos, crimes e violações dos direitos humanos efetivados no contexto da ditadura, onde se enquadra o movimento da Guerrilha do Araguaia. Este movimento decorre também do processo de transição e de amadurecimento da democracia brasileira, a qual nas últimas décadas pode, de forma mais direta, falar sobre determinados momentos traumáticos de sua história.

É importante ressaltar que, na atualidade, o movimento de reivindicação de memórias, justiça e reparação é realizada por familiares de primeiro grau e pessoas que memorialmente aderiram e se sensibilizaram com as representações e narrativas produzidas acerca dos traumas vividos pelas vítimas da ditadura. Estes reivindicam para si uma memória que, não sendo sua diretamente, é vislumbrada como necessária à reparação e à constituição dos sujeitos e da sociedade no presente.

Os espaços almejados como representativos da memória traumática referente à tortura bem como a inserção da temática da Guerrilha do Araguaia são instrumentos que, conforme Barbosa (2016, p. 14), efetivam a abertura de discussões e revisões acerca dos fatos históricos decorrentes deste período. Abordar didaticamente a questão proporciona que as memórias subterrâneas ganhem espaço público e que sejam representadas nos mais diversos espaços e grupos. É importante frisar que havia no contexto da guerrilha, uma grande preocupação em esconder e destruir elementos que pudessem comprovar os atos cometidos pelo Estado. Esta ideia é corroborada pelo fato de que a maioria dos corpos eram devidamente enterrados de modo a dificultar a sua localização e identificação, motivo pelo qual muitos jamais foram localizados e que tantos outros apenas foram identificados muito tempo depois, apenas através de exame de DNA.

É desta maneira que as representações tidas no presente se referem muito às narrativas representativas das memórias produzidas pelo tema e que apenas em tempos recentes puderam, de alguma forma, serem apresentadas publicamente, o que também corrobora a intenção de um esquecimento intencional e orquestrado para todos os crimes hediondos cometido pelo Estado neste contexto. Importante destacar que as memórias a respeito da Guerrilha são divididas entre aquelas representadas pelos guerrilheiros, bem como aquelas produzidas pelos militares e pelo governo do período, o qual negava e buscava justificar os acontecimentos pelo viés da proteção da população do Comunismo.

Cabe aqui apontarmos que a produção de narrativas é, ainda no presente, elemento central no desenvolvimento deste tema, visto o atual presidente da República ser um defensor aberto das práticas de tortura e um negacionista no que se refere à caracterização do governo

militar como uma ditadura⁹. Isso faz com que se potencialize discursos e conflitos de memória, efetivando a construção de diferentes sentidos e compreensões a respeito de um mesmo assunto. Logo, as disputas narrativas e memoriais acabam por influir na constituição de uma história a respeito dos episódios vividos na região do Araguaia. De qualquer modo, as memórias subterrâneas (POLLAK, 1989) referentes ao tema foram abordadas por diferentes indivíduos e instituições as quais, à sua maneira, contribuíram para que os antes excluídos e marginalizados pudessem emergir como sujeitos, personagens protagonistas, formadores da história brasileira.

Como exemplo de locais populares construídos a respeito da temática, tem-se o Museu da Guerrilha do Araguaia na cidade de São Geraldo do Araguaia/PA.

Figura 1: Fotos do Museu da Guerrilha do Araguaia na cidade de São Geraldo do Araguaia-PA.



Fonte: BARBOSA, 2016, p. 140

O acervo do museu, em sua grande maioria, foi identificado pela Comissão da Verdade do Pará. São objetos relativos à atuação da Igreja Católica no período, como também artefatos arqueológicos, botânicos, históricos e etnográficos, os quais, infelizmente, na atualidade, passam por um processo de abandono e degradação pela falta de cuidado e gestão tanto dos poderes públicos quanto da sociedade civil. Abaixo, mais um exemplo material produzido sobre a Guerrilha:

Figura 2: Fotos Monumento à Guerrilha do Araguaia na cidade de Xambioá-TO

⁹ As falas, gravadas em notícias, vídeos e outros meios jornalísticos, são fartas e amplamente divulgadas. Ver: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-ustra-militar-condenado-por-tortura-na-ditadura-heroinacional-23862950>. <https://congressoemfoco.uol.com.br/tipo/especiais/sete-vezes-em-que-bolsonaro-ganhou-atencao-ao-defender-a-ditadura/>. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/veja-10-frases-polemicas-de-bolsonaro-sobre-o-golpe-de-1964-e-a-ditadura-militar.shtml>.



Fonte: BARBOSA, 2016, p. 144

O monumento, criado em 2001 no Município de Xambioá (TO), é projeto do arquiteto Nivaldo Iamauti e foi construído na época com o apoio de diferentes municípios e entidades da região do “Bico do Papagaio”. Na atualidade, assim como o museu apontado nas imagens anteriores, também sofre com o abandono e o descaso em sua manutenção.

Assim sendo, as expressões patrimoniais produzidas a respeito da Guerrilha refletem, *a priori*, o período em que foram produzidas e manifestadas pelos seus detentores, não sendo estas, aderidas ou referenciadas necessariamente como relevantes em outros contextos, como o presente, por exemplo. Isso porque, segundo Halbwachs (1990, p. 79), existem sempre várias memórias nas coletividades, as quais podem ser, conforme o contexto e interesses, contraditórias. De maneira dinâmica, a memória vai se construindo socialmente, de modo a responder questões pertinentes ao grupo e apresentar ao coletivo certa perspectiva sobre algo ou acontecimento. Pode-se, portanto, dizer que a efetivação destes espaços é fruto também do movimento produzido pelas próprias comissões da verdade, reverberando assim em grupos e na sociedade como um todo, o desejo e o estímulo em apresentar publicamente elementos deste período histórico.

A memória, portanto, está diretamente atrelada ao desenvolvimento da efetivação destes espaços de referência, os quais almejam, em determinado período, colocar diante do coletivo a representação de uma perspectiva da Guerrilha do Araguaia. A Guerrilha é lida e compreendida de diversas maneiras por diferentes grupos, que no presente a fluem como equipamento cultural e de memória. Não obstante, a memória oficial de algo ou de um período consiste na produção estruturada dos elementos e discursos organizados e apresentados ao coletivo que, como arquivos, são referenciados e compartilhados, conforme o interesse dos indivíduos, como balizadores da história e da cultura local. Estes, podem ser de repulsa ou renegados, o que também gera um efeito direto sobre os espaços e monumentos, produzindo

assim reações diretas diante destes espaços, os quais geralmente almejam o esquecimento e a segregação destes.

Isso faz com que, *a priori*, as referências materiais e discursivas sobre a Guerrilha do Araguaia sejam elementos de reivindicação memorial e de reparação dos atos e da violência exercidos neste período. Apesar de em alguns casos os mesmos estarem relativamente abandonados e padecendo por falta de gestão e investimentos públicos, vislumbra-se estes como marcas de um período que, no presente, ainda busca refletir e compartilhar socialmente como algo a não ser mais reproduzido coletivamente, ou seja, um contexto de repressão, violência e degradação dos direitos humanos.

Deste modo que memórias antes subterrâneas são reivindicadas e expostas de maneira a constituir a paisagem e as relações dos sujeitos em determinado período e contexto. Estão assim disponíveis, no caso da Guerrilha do Araguaia, como expressões que, mesmo abertas à diferentes interpretações e até mesmo manipulações, no tempo presente como transmissores de memórias que, apesar de traumáticas para alguns, são capazes de dizer o que antes parecia "indizível" ou impossível de ser exposto socialmente. Assim, a sociedade se utiliza de diversos mecanismos e instrumentos para apresentar, negociar, expor e conciliar narrativas e memórias necessárias no momento de sua reivindicação. Como reflexo, a tortura, a injustiça, a violência e a repressão ganham sentidos e roupagens atuais que objetivam também, para além da reparação e da justiça, um alerta para que momentos assim não ocorram novamente.

4 CONCLUSÃO

Todo o patrimônio da dor é uma testemunha de sofrimento, capaz de trazer reminiscências daquilo que não se quer repetir na história da humanidade, através de elementos que fazem parte das memórias tanto individuais, quanto coletivas. Estas memórias permeiam os imaginários coletivos e por receio da dor, muitas vezes são esquecidas, deixadas no indizível. Todavia, é nesse ponto de intersecção que encontram-se os pesquisadores que trazem à tona o que permaneceu por muito tempo como não-dito. No processo de reconstrução de memórias, de visitar episódios traumáticos, sejam eles experienciados individualmente ou em grupo, é preciso ter coragem e confiança para expô-las, afinal, analisar estas permanências pode causar sofrimento no decorrer da fala e da escuta. Mas, por outro lado, também é um momento de libertação dos traumas psíquicos que atormentam os indivíduos e os grupos, além da retomada da condição de sujeito da própria história, ao poder contar suas memórias.

O que indivíduos e grupos têm a dizer sobre o seus sofrimentos é essencialmente uma questão privada e, ao mesmo tempo, pública, pois muito do que sofreram foi causado pelos mecanismos públicos, portanto, precisam de reparação. É nessa perspectiva de reparação que se insere a justiça de transição, na tentativa de trazer elementos e condições para que o Estado reconheça sua culpa e eventuais vítimas, bem como estabeleça condições para a reparação destas. Igualmente, através da justiça de transição, assume-se um compromisso de não repetição dos horrores vivenciados pelo período autoritário ao reconhecer que direitos humanos foram violados, bem como dar voz para vítimas e familiares destas contarem o que viveram sob a égide de um governo autoritário.

A justiça de transição é um mecanismo legal, que fornece condições concretas (reparações por meio de leis, tratados e ações afirmativas) para que as sociedades, num período pós-autoritário, possam reconstruir um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, restabelece as condições de uma vida plena, de cidadania e garantia dos direitos humanos. Considerando que um dos pilares da justiça de transição é o direito à memória e a verdade, a Comissão Nacional da Verdade no Brasil foi fundamental para demonstrar o compromisso do Estado em assumir os erros cometidos, embora implantada num período bem posterior ao processo de redemocratização e sem alinhamento de todos os agentes e instituições que exerceram o poder naquele período. Todavia, trouxe contribuições importantes para a construção de uma verdade sobre os acontecimentos no período do estado de exceção.

Importante ressaltar que, embora tenha tido limitações, e nesse sentido sofrido críticas, por não ter um caráter punitivo, a CNV estabeleceu um conjunto de dados inéditos documentais (tanto escritos, quanto orais), os quais dão conta das práticas que causaram o sofrimento de muitas pessoas atingidas pela violência da ditadura civil-militar brasileira. Estes relatos, documentados em um amplo Relatório apresentado pela CNV, possibilitaram uma nova interpretação dos eventos ocorridos durante o período autoritário ao dar voz, também, às populações perseguidas em detrimento de suas posições políticas e resistência ao regime. Outrossim, reparou a memória de vítimas, que à época tiveram suas histórias violadas - laudos médicos, declarações de óbito, ocultações de cadáveres, imputação de falsos crimes, fotografias forjadas, etc, puderam ser questionadas e recontadas. Logo, o relatório final da CNV pode ser entendido como uma prova documental da violência de Estado no Brasil contemporâneo, além de patrimônio da memória coletiva da população brasileira.

Aliado ao trabalho até então desenvolvido pela CNV, efetivou-se o desenvolvimento, a partir de organizações sociais, de espaços, monumentos e narrativas que, por meio de memórias, reivindicam um processo de justiça e de reparação a respeito dos crimes cometidos pelo Estado

Brasileiro durante o período ditatorial. Certo é, que tais expressões representam a tentativa de criação de narrativas e de reflexões que possam fazer com que este tema saia do subterrâneo político, jurídico e social, o colocando no cerne das discussões necessárias à composição das identidades dos sujeitos. Isso porque, considera-se que os indivíduos necessitam se manifestar, conforme suas escolhas, no tempo e no espaço, acerca das temáticas que mesmo traumáticas, possuem a hora e contexto certo para serem publicizadas.

Assim, os elementos referentes à Guerrilha do Araguaia, movimento armado oposicionista ao regime ditatorial, é marco simbólico e material na relação entre as reivindicações memoriais, de justiça e reparação no contexto pós-transição. Neste sentido, oportunidade em que pode-se concluir que, apesar do tempo em que este processo levou para vir à público, representa no presente um dos principais contextos de exposição e apresentação de objetos, narrativas e fatos que corroboram os crimes promovidos pelo Estado neste período. Portanto, trazer à tona um novo olhar relativo ao período ditatorial, especialmente os casos vivenciados pela Guerrilha do Araguaia, representa um reivindicador de memórias, a fim de que suas marcas, principalmente de dor, perda e sofrimento, não caiam no esquecimento coletivo, podendo assim serem aderidas e ressignificadas no presente e no futuro, bem como evitar que se repitam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE E SILVA, Jair Pessoa de. **O Caso "Araguaia" e o Conflito entre a justiça de transição brasileira e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. Dissertação de Mestrado. UFP, 2014.

BARBOSA, José Humberto Gomes. **A Guerrilha do Araguaia: Memória, esquecimento e ensino de história na região do conflito**. Dissertação de Mestrado. UFT, 2016.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANABARRO, Ivo dos Santos. Caminhos da Comissão Nacional da Verdade (CNV): memórias em construção. **Sequência**. v. 35. n. 69, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p21>. Acesso em: 08 nov. 2021.

CANABARRO, Ivo dos Santos. STRÜCKER, Bianca. **Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade no Brasil: a construção de uma memória social**. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV), **Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV)**. v. 3. Brasil, 2014, Disponível para download em:
<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>. Acesso em: 23 abr. 2020.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. - Curitiba: Juruá, 2010.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais: Vértice, 1990.

LE GOFF, Jaques. **História e memória**. Campinas, SP: Editora UNICAMP, 1996.

MARTINS NETO, João Passos. **Direitos Fundamentais** - conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POLLAK, Michael. **Memória, Esquecimento, Silêncio**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de transição: contornos do conceito**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

TASSARA, Andrés Ollero. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: o significado dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, nº 43, ab./jun. 2003, p. 57-72.

ZYL, Paul van. **Promovendo a justiça de transição em sociedades pós-conflito**.
REÁTEGUI, Felix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão da Anistia/Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

Submissão: 09/11/2021 Aprovação: 13/12/2021

VERDADE, CONHECIMENTO E PODER: observações sobre a negação da verdade como forma de ação política no Brasil do início do século XXI

TRUTH, KNOWLEDGE AND POWER: Observations regarding the denial of truth as a form of political action in the beginning of the XXI Century in Brazil

Maren Guimarães Taborda¹

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Resumo:

Trata o presente ensaio da observação da conexão entre razão, comunicação e esclarecimento, porque ela permite compreender a negação das verdades científicas como forma de ação política que atinge o regime democrático, assim como o é o emprego da mentira e da manipulação ideológica, que impedem o trânsito de informações exatas e honestas. Para tanto, inventariou-se a distinção entre verdade e opinião, como feita pela tradição (1) e fixou-se o entendimento de que o preceito da publicidade é uma memória do sistema jurídico, relacionada com o conceito de democracia (2), bem como ser a negação de verdades científicas forma de ação política do governo brasileiro, no combate à Pandemia de COVID-19 (3). Os métodos utilizados foram o histórico-jurídico e dedutivo (do geral para o particular), e o procedimento, comparativo de descrições feitas pela filosofia política e pela teoria sistêmica. Constatou-se, em síntese, que o governo central vem trabalhando com informações falsas e com ‘segredo de Estado’, e que as únicas informações sobre número de casos, de mortes, andamento da vacinação, etc. a que se tem acesso são aquelas mostradas diariamente pelos canais de comunicação social.

Palavras-chave:

Verdade. Democracia. Publicidade. Ação política

Abstract:

The present essay deals with the observation of the connection between reason, communication and clarification, because it allows us to understand the denial of scientific truths as a form of political action that affects the democratic regime, as well as the use of lies and ideological manipulation, which prevent the transit of accurate and honest information. Therefore, the distinction between truth and opinion was inventoried, as made by tradition (1) and was established the understanding that the precept of publicity is a memory of the legal system, related to the concept of democracy (2), as well as the denial of scientific truths being a form of political action used by the Brazilian government, in the fight against the COVID-19 Pandemic (3). The methods used was historical-legal and deductive (from general to particular) and the procedure, comparative of descriptions made by the political philosophy and by the systemic theory. In summary, it was found that the central government has been working with false information and with 'state secrets', and that the only source of information on the number of cases, deaths, vaccination progress, etc. that the general public have access to are those shown daily by the social communication channels.

Keywords:

Truth. Democracy. Publicity. Political Action.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutora e Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Gestão Tributária pela UCLM – Universidad Castilla La Mancha. Atualmente é Professora Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Graduação e programa de Mestrado), nas disciplinas de História do Direito e de Direito Constitucional). Professora de Direito Constitucional na Escola Superior de Direito Municipal. Procuradora do Município de Porto Alegre (inativa). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Transindividuais. Orcid.org/0000-0002-2947-7983. Endereço eletrônico: tabordamaren@yahoo.com.br

Só se escreve a história porque acontecerem coisas memoráveis, que requerem um cronista entre os contemporâneos do povo que as viu (COLLINGWOOD, 2004, p. 87). Ciência das sociedades humanas (BLOCH, 1949), escrever a história é construir socialmente a vida humana, é reafirmar “aquilo que nos torna humanos como condição incontornável para uma vida entre seres humanos” (SALGADO GUIMARÃES, 2007, p. 97). Desde Heródoto, é a história a narrativa da guerra e da política, dos grandes feitos e obras de que são capazes os mortais (FINLEY, 1985; ARENDT, 2002). Portanto, é uma história do direito, entendido este como sistema (tecnologia) social capaz de uma generalização congruente das expectativas normativas e de regulação de condutas, e que responde a um ambiente social em contínua transformação (SCHIAVONE, 2012; LUHMANN, 1997; DE GIORGI, 2006; NEVES, 2020).

A memória é o divino poder de trazer à presença aquilo que não está presente, coisas passadas e coisas futuras, é a unidade da distinção entre recordação e esquecimento, e, por isso, acaba construindo um segundo tempo, que é sempre presente (DE GIORGI, 2006). Diz respeito à capacidade humana de impedir a precibilidade das coisas humanas, de preservar o que deve sua existência aos seres humanos e não todas as coisas que existem por si mesmas (a natureza), porque são as atividades humanas que violentam a natureza, que perturbam a quietude eterna do “ser-para-sempre” (ARENDT, 2002, p. 74). Por conseguinte, a ação, a práxis, não pode existir sem a recordação, pois o poder, “habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto”, só pode existir em um espaço em que a interação se dá por meio da livre troca de opiniões plurais (ARENDT, 2001, p. 36). Se os fatos e os eventos são a textura do domínio político, quando o poder ataca a verdade fatural, exorbita o seu domínio, mas está em seu terreno, quando falsifica ou nega fatos mentirosamente. A verdade fatural não sobrevive aos assédios do poder (ARENDT, 2002, p. 287).

Na tradição política das sociedades ocidentais, o segredo foi considerado um elemento essencial para a governança dos homens, que teria como fundamento uma razão de Estado - *arcana imperii* -, que se justificava para proteção desse mesmo estado (BOBBIO, 2000, p. 411). Segredo significa o que está oculto ao conhecimento e o ocultamento das razões na deliberação pública, e, assim como o silêncio, sempre foi a estratégia de defesa, posto que a resposta, ou seja, a exposição pública dos motivos acorrenta o falante às suas premissas postas em público, expõe as suas fragilidades e subtrai-lhe a possibilidade de escapar do julgamento público (CANETTI, 1995, p. 289). Por isso, sinceridade não é uma virtude política, ou, como disse Arendt, “verdade e política não se dão bem uma com a outra”, de modo que a verdade acaba por ser impotente no âmbito público.

Todavia, só aparentemente a verdade não é política, pois, se a verdade diz respeito à perseverança da existência, nenhuma perseverança pode ser concebida sem seres humanos decididos testemunhar aquilo que é e o que lhe aparece porque é (ARENDDT, 2002, p. 285). Por conseguinte, a verdade da política diz respeito a que os fatos ocorreram de uma determinada maneira e não de outra: o nazismo foi um fenômeno de extrema direita; a ditadura civil-militar de 1964 foi uma ruptura antidemocrática, e estabeleceu um regime político sanguinário; Trotsky, apesar de ser apagado nos registros históricos estalinistas, foi um grande protagonista da Revolução Russa e Vargas “namorou” com o eixo totalitário e só tomou posição no conflito da 2ª Guerra Mundial, quando a situação já estava mais ou menos definida pelos aliados. O oposto da verdade factual não é o erro, mas a mentira, e essa impede a objetividade: os feitos dos gregos e troianos são eventos humanos que merecem ser lembrados, independentemente de quem ganhou a guerra.

Em terras brasileiras, pelo menos desde 2014, está em curso um movimento totalitário, que manipula as verdades factuais, nega o conhecimento e a democracia. Com efeito, depois das *Jornadas de Junho de 2013* – marco nos protestos populares - houve uma reconfiguração das forças políticas e os mesmos setores “sufaram a onda” naqueles movimentos, não aceitaram o resultado das eleições presidenciais de 2014 (a mais difícil das eleições do período pós 1988), e acabaram produzindo um golpe parlamentar que sequestrou a soberania popular. Emergiu uma extrema direita contrária às políticas de inclusão social do último período e à visibilidade da discussão das questões de raça, gênero e sexualidade. Esse setor é extremo, porque está fora da disputa democrática e, no processo de democratização, não teve protagonismo. Todavia, agiu para ocultar a verdade em relação ao que aconteceu no período da ditadura militar, deixando o passado aberto no presente: as novas gerações, desconhecendo os horrores da ditadura, passaram até mesmo a defender nova intervenção militar. Tal regressão é justificada com representações do passado que não encontram apoio na verdade factual. Em 17 de abril de 2016, dia em que a Câmara dos Deputados iniciou a votação do impedimento da titular da Presidência da República, um parlamentar dedicou seu voto à memória do torturador mais conhecido da época da ditadura militar, que havia, precisamente, torturado e vilipendiado aquela que tinha sido conduzida à chefia do Estado pelo voto popular. Não aconteceu nada com esse parlamentar: a sociedade brasileira, por meio de suas instituições, não reagiu. Naquele dia, o Brasil começou a caminhar a passos largos para a barbárie.

Com o advento da crise sanitária mundial, em 2020, as vísceras da sociedade mundial foram expostas, porque, afinal, essa é uma crise tripla, como apontou Edgar Morin: é

sanitária, com a pandemia de COVID-19; é econômica, em razão da falência do modelo de exploração dos recursos naturais pelos humanos, e é civilizatória, porque se pode observar uma regressão do Humanismo e a crise do modelo democrático (MORIN, 2020). Tal crise ensina a prestar a atenção no fato de que a história é feita de determinismos e de ‘som e fúria’, bem como que “os períodos que parecem progressistas podem ser seguidos de regressão e barbárie” (MORIN, 2020). No Brasil, em razão da ocultação da verdade factual e científica e da mentira organizada terem se constituído em formas de ação política dessa facção que chegou ao poder central em 2018, a doença assumiu, no País, uma dimensão monstruosa: a condução criminosa do Chefe de Estado na Pandemia por COVID-19 trouxe à luz uma *forma de ação política baseada no poder opaco e na desinformação*. Trabalhando o Governo Federal com a desinformação (informações falsas) e com a política de ‘segredo de Estado’, criando, inclusive, um ‘gabinete paralelo’ para tratar do combate à Pandemia, as empresas de mídia do País se viram obrigadas a formar um consórcio de informações, autônomo, para orientar o povo brasileiro.

O desastre na condução da Pandemia fez com que o Senado Federal instituisse uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em 2021, com a finalidade de apurar as ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da doença e, em especial, o agravamento da crise sanitária no estado do Amazonas, entre outras irregularidades. Por meses, o povo testemunhou um verdadeiro show de horrores: a verdade científica sendo atacada pela opinião, com parlamentares pró-governo sustentando a eficácia do “tratamento precoce” e da “imunidade de rebanho por contaminação natural”, desautorizados pela ciência. O relatório final, apresentado em outubro de 2021, dá conta do cometimento de 19 crimes comuns, crime contra a humanidade e crime de organização criminosa.

Postas tais premissas, este ensaio observa a conexão entre razão, comunicação e esclarecimento, porque ela permite compreender a negação das verdades científicas como forma de ação política que atinge o regime democrático, assim como o é o emprego da mentira e da manipulação ideológica, que impedem o trânsito de informações confiáveis. Para tanto, inventariou-se a distinção entre verdade e opinião, como feita pela tradição (1) e fixou-se o entendimento de que o preceito da publicidade é uma memória do sistema jurídico, relacionada com o conceito de democracia (2), bem como ser a negação de verdades científicas forma de ação política do governo brasileiro, no combate à Pandemia de COVID-19 (3). Na medida em que os eventos estão em curso e são bastante complexos, a observação da ação política do governo ficou restrita aos eventos do ano de 2020, centrados na falta de transparência e na violação do direito fundamental de acesso à informação sobre a doença,

que acabaram por comprometer seriamente a saúde dos brasileiros. O método de abordagem é o histórico-jurídico, porque tal caminho pressupõe que o direito é parte constitutiva dos eventos históricos, além de dedutivo (do geral para o particular), e o procedimento, comparativo de descrições feitas pela filosofia política e pela teoria sistêmica. Conclusões parciais foram sendo feitas ao longo da exposição, para restarem articuladas ao final.

2 VERDADE E OPINIÃO

Na perspectiva da teoria do conhecimento, consolidaram-se várias teses sobre a verdade: a da verdade como *correspondência* (ou conformidade, ou adequação), que remonta a Tomas de Aquino, (AQUINO, 2002); a teoria da verdade como *coerência* (ou não contradição); a teoria *pragmática* da verdade (ou utilidade), (ABE, 1991), e a teoria da verdade como *consenso* (concepção de Habermas e Karl Otto Apel), segundo a qual o problema da verdade se resolve no discurso e se expressa antes do pensamento nos objetos e na experiência. Em tal concepção, a validade de uma pretensão é justificada a partir de razões (HERDY, 2009). Quanto à história e à memória, só se pode falar de verdade factual, que diz respeito à fatos, estabelecidos por testemunhas e dependentes de confirmação (TEÓFILO, 2018). Diversa das verdades matemáticas, científicas e filosóficas – *verdade racional* – a verdade factual é vulnerável, pois o poder pode atacá-la, falsificando ou negando fatos mentirosamente. A verdade factual, diz Arendt, “não sobrevive aos assédios do poder” (ARENDDT, 2002, p 287). Tal conflito (entre verdade e política) está articulado a respeito da verdade racional: nas ciências, o contrário da verdade é a ignorância ou erro; na filosofia, o contrário da verdade é ilusão ou opinião. Traduz a distinção entre dois modos de vida, a do filósofo, que busca a verdade das coisas sempiternas que estabilizam os assuntos humanos (*vita contemplativa*) e o do cidadão, que age no campo da opinião flexível (*vita activa*), uma vez que todos os governos se assentam na opinião. O meio para o encontro da verdade filosófica é o diálogo (dialética); já a opinião, é encontrada por meio da persuasão (retórica). “Tímida e cautelosa” no indivíduo, a razão é firme e confiante na multidão, diz Arendt, com base em Madison (ARENDDT, 2002, p. 291), seguindo uma tradição que remonta a Aristóteles, em *Política III, 30*: “(...) há ocasiões em que as multidões, tomadas de conjunto e não individualmente, podem ser melhores e mais ricas que a minoria” (ARISTÓTELES, 1998, p. 239).

A força da opinião é determinada pela confiança dos indivíduos em muitos outros que possuam as mesmas opiniões e, mesmo que a religião ou as verdades filosóficas não

interfiram nos negócios do mundo, o debate em torno da verdade factual não desaparece, porque, oposta ao lucro ou prazer de determinado grupo, a verdade factual é hostilizada. Muitas verdades factuais inoportunas são toleradas em países livres, e às vezes, transformada em opinião: é o caso do “silêncio eloquente” do genocídio indígena em curso no Brasil há 500 anos e da opressão da população negra. A verdade dos fatos pode ser contraditada pela opinião, mas jamais pela mentira ou falsidade, porque suas afirmações dizem respeito às verdades vistas e testemunhadas com os olhos do corpo e não da mente.

De outra parte, se a verdade factual está relacionada às experiências de outras pessoas, ela é política por natureza, assim como a verdade racional informa a especulação filosófica. Mesmo historiadores, que produzem um conhecimento perspectivista e seletivo (ABBAGNANO, 1970, p. 485), não podem tocar nos dados brutos elementares (matéria factual). Por isso, só o monopólio do poder sobre todo o mundo civilizado eliminaria a memória coletiva sobre fatos, pois a verdade tem um elemento de coerção, já que as coisas percebidas como verdadeiras e declaradas como tal, estão além do acordo, disputa, opinião ou consentimento .

Se os fatos estão além de qualquer acordo, a verdade factual proscreeve o debate, uma vez que os modos de pensamento e de comunicação da verdade não levam em conta as opiniões das demais pessoas. A opinião, todavia, não é autoevidente, já que o pensamento político é representativo de *per se*: o poder não é propriedade de um indivíduo, pertence a um grupo. Quando se diz que alguém está no poder, só estamos referindo ao fato de ele foi empossado pelos demais, para agir em seu nome (ARENDDT, 2001, p. 26).

Com efeito, a distinção entre demonstração (verdade racional) e opinião é clássica: Aristóteles já considerara na *Metafísica*, que há que há diversos graus de conhecimento - sensação, memória, experiência e arte - e que a verdadeira ciência é a que resulta do conhecimento teórico, especulativo, não-prático, cujo objeto é o saber das causas ou razão de ser (ARISTÓTELES, 1969, p. 41) . A ciência desse saber constitui a sabedoria ou filosofia. A filosofia é o saber por excelência, ou o conhecimento das causas. Nos *Topicos*, o estagirita afirmou, *verbis*:

“O raciocínio é uma demonstração quando as premissas das quais parte são verdadeiras e primeiras, ou quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras: e, por outro lado (b) o raciocínio é “dialético” quando parte de opiniões geralmente aceitas” (ARISTÓTELES, 1978, p. 5)

A verdade factual pode ser alterada com a falsificação das confirmações e pode ser derrotada pela pretensão de ser política, na medida em que a verdade, derivada do acordo entre a multidão, torna-se opinião. Arendt dá um exemplo de quando a verdade tenta o político, como nas declarações de direitos jusracionalistas, em que se chega a “verdades evidentes” mediante o pensamento reflexivo e discursivo, comunicados pela persuasão e dissuasão. Que todos os homens são iguais não é uma verdade evidente por si mesma, ao contrário, exige acordo e consentimento, de modo que tal igualdade, para ser politicamente relevante, se situa no plano da opinião e não da verdade. Os conceitos do intelecto são esquemas; os conceitos da razão prática são exemplos.

No que tange às mentiras políticas modernas, de tão grandes que são, requerem um rearranjo da trama factual, criam outra realidade e daí, muitas vezes, essas novas histórias e imagens substituem a realidade e a facticidade. Assim, se o passado e o presente são tratados como partes do futuro, o âmbito político perde sua força estabilizadora como ponto de partida para iniciar algo novo. A verdade possui uma força própria, de modo que a persuasão (opinião) e a violência podem a destruir, mas não a substituir. A verdade é, pois, aquilo que não se pode modificar: é o céu estrelado sobre nós. Diluir a linha divisória entre a verdade factual e a opinião, é, como assevera Arendt, “uma das inúmeras formas que o mentir pode assumir, todas elas formas de ação” (ARENDR, 2002, p. 309).

Quando se trata de produzir notícias (*news*), verifica-se que o problema da verdade toma outras dimensões, porque há a tendência de reduzir a verdade a um imperativo ético, em que a verdade jornalística acaba se tornando apenas um ideal de honestidade ou credibilidade do repórter e suas fontes ou dos próprios media. Na medida em que não se trata somente de opiniões ou de juízos de valor, aquele que procura relatar imparcialmente fatos ou acontecimentos não escapará dos questionamentos feitos na esfera filosófica-científica. Assim, é preciso assumir que, no que tange às *fake news* políticas, têm o potencial de ameaçar a democracia pelo uso sistemático de mentiras, ao mesmo tempo em que as tentativas de repressão a elas e ao discurso de ódio que geram, pela via legislativa e regulamentar, também trazem novos riscos e incertezas.

No jornalismo, de modo geral, é aplicável a teoria da verdade como correspondência, embora não seja sua finalidade a busca da certeza científica. O texto de notícias (jornalístico) não pode ser reduzido a um “discurso”, resumindo-se em questão de hermenêutica. Se os fatos tornam uma proposição verdadeira, não há “fatos falsos”: o que existe são versões falsas ou incorretas de um fato. No caso das delações premiadas nos processos do “Mensalão” e da “Lava-Jato”, por exemplo, isso ficou evidente, pois todas as afirmações dos delatores foram

(ou não) confirmadas factualmente. A produção de notícias, pois, está num campo do conhecimento próximo ao das ciências, porque relaciona linguagem e realidade.

Desarticular, desnudar a mentira política (uma forma de ação), exige a liberdade de comunicação e a publicidade (o uso público da razão), e isso só pode se dar no ambiente democrático. Com efeito, democracia pode ser entendida como a aquisição evolutiva do sistema da política, resultado de suas operações (de si mesmo), e acabou por se tornar, no presente, pressuposto e orientação para a seletividade e estabilização no interior do sistema político (DE GIORGI, 1998, p. 51). Democracia, pois, pode ser sociologicamente descrita como o ponto de referência para a elaboração política da complexidade da sociedade.

3 PUBLICIDADE COMO MEMÓRIA DO DIREITO

O direito é memória, porquanto ele, ao reproduzir as relações sociais, representa “a recordação de se imprime no direito” (DE GIORGI, 2006, p. 49). Lugar de esquecimento e recordação, a referência à memória como princípio explicativo, não diz somente com a memória do indivíduo que une, resgata e conserva recordação, mas sim com o fato de que eles a inventam, assim como a sociedade (os sistemas sociais) inventam uma memória, pois esta é construção do observador. A memória inventada pelo direito (justificativa de si mesmo) decorre da evolução do sistema e estruturou suas operações contínuas numa atemporalidade, de modo que “os eventos que o direito considera relevantes transformam-se em presente e, portanto, fragmentam-se, a cada momento, em um antes e um depois” (DE GIORGI, 2006, p. 61). Daí que o sistema jurídico invente uma realidade, que está sempre presente, e que se constitui através do cálculo de descrições. O direito, então, só pode observar seus próprios valores, estados, conceitos – aquisições evolutivas que são sedimentos, pontos de referência para a sua operatividade, na simultaneidade de seus estados, isto é, memória.

A “sociedade mundial”, afirma De Giorgi, é a única que temos, pois, se o mundo é o horizonte de possibilidades sempre abertas e atualizáveis, em que o improvável torna-se provável, é a Comunicação Social a *operação* que possui a capacidade universal de recordação. A evolução da sociedade é a história do mundo (em que a experiência é contingência) e pressupõe a sociedade mundial como uma estrutura seletiva: a estrutura universal das possibilidades de recordação da Comunicação Social. A contingência se apresenta como futuro aberto (horizonte de não saber) e daí o risco (construção do observador) é a técnica de imputação de eventos quando se verifica um dano que se queria evitar, e que outra decisão poderia ter evitado ((DE GIORGI, 2006 e 1998; LUHMANN,

1997). Por conseguinte, sociedade mundial é o acontecer, a verificação do mundo das comunicações, pois, como asseverou Luhmann, “aquilo que sabemos sobre nossa sociedade ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação” (LUHMANN, 2005, p. 15), que são as instituições da sociedade que utilizam meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação.

O que a tese sistêmica afirma, portanto, é que a sociedade mundial, por ser o resultado da diferenciação social (evolução) existe desde sempre e em toda a parte. Os sistemas sociais são ordens condicionadas pela história das seleções que as constituem. A descrição é sempre contingente (oculta uma latência diversa), e o mundo acaba por ser uma memória construída, assim como o direito. Subsistema da sociedade, o direito tem por função primária a generalização congruente das expectativas normativas, de modo que “regulação de condutas” é a referência sistêmica do direito à sociedade como sistema abrangente (ambiente do sistema jurídico), assevera Marcelo Neves (NEVES, 2020, p 213). A função não é, portanto, satisfação de necessidades básicas e nem prestações (condições para o atendimento daquelas necessidades). O fracasso do direito em gerar expectativas e regular condutas leva à disfunções, como manutenção da desigualdade e efeitos patológicos. O funcionamento insuficiente diz respeito à concretização insuficiente ou deficiente das normas jurídicas positivas. Neste sentido, as normas constitucionais contêm programas de atualização do código lícito/ilícito perante a sociedade (ambiente do sistema).

Memória ou tema significativo do sistema jurídico nos últimos 250 anos é o atributo formal da *publicidade*. Nos termos do postulado kantiano, o “poder exterior que retira dos homens a liberdade de *comunicar* publicamente seus pensamentos rouba-lhes também a liberdade de *pensar*, o único tesouro que ainda nos resta apesar de todas as cargas civis (...)” (KANT, 1974, p. 92). Por sua vez, o atributo formal da publicidade (abstraido dos direitos políticos e internacionais públicos), determina que “todas as ações que afetam os direitos de outros seres humanos são errôneas se sua máxima não for compatível com a sua divulgação pública” (KANT, 1995). Via de consequência, na experiência histórica da cultura ocidental “estão articulados os conceitos de democracia, publicidade, igualdade e racionalidade”, de modo a impor um dever aos poderes públicos, o de agir de forma transparente, e isso decorre imediatamente do princípio democrático e do princípio republicano (TABORDA, 2018, p. 69). Portanto, a questão da visibilidade do poder não é só política, mas, também, uma questão moral, decorrente do conceito transcendental do direito público, uma vez que, se no direito público se pode prescindir de toda a matéria (relações empíricas), resta ainda o atributo formal da publicidade (transparência), contida em toda a pretensão jurídica, “porque sem ela não

haveria justiça alguma (que só pode pensar-se publicamente manifesta) e, por conseguinte, nenhum direito, que só se outorga a partir da Justiça” (KANT, 1995, p. 164).

Contudo, o que não se pode manifestar em voz alta sem, ao mesmo tempo, frustrar a própria intenção, deve permanecer em segredo, e aí, a primeira exceção ao preceito de visibilidade. Advém daí o segundo princípio do direito público: “todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política” (KANT, 1995, p. 170). Por conseguinte, nas sociedades democráticas, no que diz respeito ao preceito da publicidade como transparência, as exceções estão relacionadas àquelas decisões que, uma vez publicizadas, ameaçam a segurança e a existência mesma da comunidade, isto é, aquilo que a tradição política denominou *arcana imperii* (razão de Estado), que tem por objetivo conservar o Estado e a forma de governo existente. Outro limite significativo é à proteção da privacidade (âmbito da *privacy*) e são as constituições e as leis ordinárias do Estado que impõe os parâmetros para o sigilo e mesmo a lei ordinária, no caso do Brasil, só pode restringir a publicidade nos casos em que a defesa da intimidade ou do interesse social o exigem.

Publicidade, na dimensão positiva, então, é direito a procedimento aberto, em razão da segurança jurídica, da proibição do segredo e da defesa dos cidadãos perante o Estado; na dimensão negativa, “é princípio que assegura mais amplo acesso à atividade administrativa, ou seja, publicidade como direito de saber (...)” (TABORDA, 2018, p. 99), e assim, se deixa descrever como “direito de acesso à informação pública”, e se constitui como princípio jurídico fundamental, isto é, justificativa de interpretação, integração, aplicação e conhecimento do direito positivo, com função negativa: é relevante em casos limites, em que se contrapõem publicidade e privacidade, publicidade e *arcana imperii*, democracia e autocracia. Em tais condições, articulados razão, comunicação e esclarecimento, restou fixado, na *memória* do sistema jurídico, que a nota característica dos regimes que se opõem à democracia (no caso, dos regimes autoritários), para além da burocracia opaca é o emprego da mentira e da manipulação ideológica, que impedem o trânsito de informações exatas e honestas.

A democracia vive da publicidade do processo político e depende, na formação da vontade política, na legitimação e controle dos governantes, de cidadãos ativos, responsáveis e informados. Com isso, afirma-se que o direito à informação tem por objeto a integridade moral do ser humano, é uma liberdade democrática, destinada a permitir a participação dos indivíduos na esfera pública, de modo adequado, autônomo e igualitário. Envolve, portanto, tanto uma neutralidade por parte dos outros (liberdade negativa de não ser molestado por

opiniões) e uma liberdade positiva, de expressar publicamente ideias. Ambas pressupõem uma informação exata e honesta como condição do uso público da própria razão.

Em regimes autocráticos, o governante é tanto mais capaz de comandar quando mais oculto estiver e “vendo tudo”, enquanto os governados são subjugados quanto mais souberem ser vistos, mas não sabem onde estão os governantes, que “tudo vêem” (BOBBIO, 2000). Em tais regimes, os governantes, ao se preocuparem com a manutenção do poder, acabam se defendendo de inimigos reais ou imaginários através da mentira: ou simulando (fazendo parecer aquilo que não é) ou dissimulando, não fazendo aparecer aquilo que é. A alteração da verdade factual (uso da mentira), depende sempre de uma clara noção de verdade, que o mentiroso quer esconder. A mentira política contemporânea tem a característica de substituir os fatos. O esforço autoritário é o destruir toda a verdade factual, manipulando os eventos passados para atender às suas ideologias. A manipulação da verdade para obter o consenso é, hoje em dia, multiplicada pelo uso da propaganda e pela forma dos meios de comunicação de massa.

4 OPACIDADE E NEGAÇÃO DAS VERDADES CIENTÍFICAS NA CONDUÇÃO DA CRISE SANITÁRIA NO BRASIL

Considerando que a experiência do Direito e da Política pode ser descrita como uma relação entre os *sobreintegrados* e os *subintegrados* (ou *superintegrados*, na linguagem de Müller), Neves aduz que, no ambiente brasileiro (sociedade periférica), a consistência do modelo constitucional de 1988 tem sido testada severamente, frente às constantes crises econômicas e à atual instabilidade institucional. Por modernidade periférica, o autor compreende a integração subordinada de um país à sociedade mundial, e critica a visão de Faoro, porque, para ele, o Estado brasileiro não é forte: o que há é a particularização da Administração Pública, que alimenta a estrutura dos privilégios dos sobreintegrados com a manutenção da exclusão dos subintegrados, posição compartilhada por José Reinaldo Lima Lopes, para quem “a desigualdade é um problema central para a cultura jurídica brasileira” e o “pluralismo”, mais um “paralelismo”, que inclui práticas ilegais perpetuadoras das situações de opressão intraclasses ou interclasses, e que seria o modo da sociedade brasileira lidar com a “ineficácia do ordenamento formal e com as desigualdades sociais e locais que o atravessam” (LOPES, 2006, p. 113). Isso pode ser explicado em razão da experiência colonial e pós-colonial ter deixado assimetrias profundas presentes na economia (estrutura) e no campo semântico (circulação das ideias) entre os países.

Observa-se, portanto, que se o sistema jurídico deve oferecer aos demais sistemas sociais uma prestação específica – critérios e procedimentos para a solução pacífica dos conflitos, isso está estruturalmente obstruído na realidade do Brasil, pois há uma relação inadequada de dependência/independência entre o sistema jurídico e os sistemas sociais de seu ambiente em uma sociedade que se caracteriza por desigualdades estruturais severas. Ao mesmo tempo, é insatisfatória a contraprestação dos outros subsistemas sociais perante o direito. De acordo com a tese de Neves, o sistema jurídico disponibiliza normas que servem à garantia das estruturas e operações de outros sistemas sociais (NEVES, 2020, p. 246) e, por isso, na Constituição, “a referência específica do sistema jurídico ao sistema político ocupa um lugar especial”, já que o direito oferece institutos constitucionais para a eleição política, divisão de poderes e distinção entre política e administração (entre Estado e Governo) (NEVES, 2020, p. 247).

No que tange à regulação do processo eleitoral, a Constituição traz disposições sobre a universalidade do direito de voto, a igualdade do valor do voto e o voto secreto. Serve para que a eleição atue como apoio descarregante para o sistema político, como mecanismo de sua diferenciação autônoma. Danos observados “de baixo” (*ex parte populi*) residem no fato de que, para os subintegrados – a maioria – , seus votos são transformados em bens de troca (prestações concretas); observados “de cima” (*ex parte princeps*) são referidos aos custos escandalosos das campanhas, que não provocam reações sérias e eficientes da justiça eleitoral (NEVES, 2020, p. 255). O resultado disso é que a eleição acaba não funcionando satisfatoriamente como apoio fundamental e descarregante para o sistema político ou como mecanismo absorvente e dissipador de conflitos: os resultados dependem da confirmação dos militares, da embaixada norte-americana, do empresariado e outras forças sociais semelhantes (NEVES, 2020, p. 256) e com isso, há prejuízo direto à flexibilidade do sistema político, que depende da generalização do apoio político mediante o procedimento eleitoral regulado juridicamente. Em síntese, o procedimento eleitoral brasileiro não serve para a imunização do código do poder perante os interesses concretos dos cidadãos, “nem à generalização do apoio político para a circulação (e contracirculação) de público, política e administração” a burocracia administrativa permanece a instituição estatal dominante (NEVES, 2020, pp. 256-257).

De outra parte, no que respeita à divisão funcional de poderes, a teoria sistêmica afirma ser mecanismo reflexivo próprio do Direito. Há distorção histórica na realidade brasileira desde 1824, com a articulação do Poder Moderador e com a constante debilidade do Legislativo e do Judiciário frente ao Executivo, que tende a preponderar, porque a

Administração é mais apropriada para manipular necessidades concretas e distribuir privilégios. O Executivo, via de regra, não age conforme preceitos abstratos: desenvolvem-se sistemas com caráter de troca nos domínios da economia, da política e da educação e, na história do País, intervenções moderadores e inconstitucionais dos militares na política foram, sempre, efetivadas por meio do Executivo.

Na descrição da filosofia política, esse problema vem referido com a observação das relações entre Parlamento e Executivo, de modo geral. Bovero, sobre esse tema, ressalta que é preciso, primeiro, visualizar as “faces do poder”, que se deixam descrever como *poder político* (monopólio da força legítima), como *poder econômico* (com fundamento na posse dos meios de produção) e como *poder ideológico/cultural* (controle de ideias e conhecimentos: dos meios de comunicação) (BOVERO, 2002, pp. 150-151). É precisamente sobre a articulação da vida social em esferas distintas e relativamente autônomas, que se funda o Estado representativo moderno. Bovero aduz que se observa, desde a Itália dos anos 90, tendências de fortalecimento do Executivo, com a personalização do confronto político e da gestão do poder, que, ao assumirem formas de confronto plebiscitário, põem em xeque a legalidade e a imparcialidade.

Sendo assim, a subordinação do Legislativo e do Judiciário ao Executivo se sustenta, no mais das vezes, na fábrica midiática de consenso e no poder concentrado econômico e ideológico, e, com isso, resta aberto o caminho para a dissolução da democracia constitucional, porque, como aduziu Karl Popper, a democracia é o regime em que é possível livrar-se pacificamente de governantes (poder ascendente que se constitui nas eleições). Para a garantia e melhoria dos processos decisórios complexos, é preciso torna-los mais complexos, de modo que restem protegidos de “poderes selvagens”, que crescem na sociedade civil por acumulação de meios de vários tipos (BOVERO, 2002, p. 157).

No Brasil, um dos problemas institucionais mais difíceis é o regime presidencialista, no qual o Presidente da República é o chefe do Estado e do Governo, além de ser irresponsável perante o Congresso (Parlamento). Nas crises políticas e institucionais como a que está sendo vivida no País, o povo brasileiro assiste, pelos veículos de comunicação, o Chefe do Governo investir contra as políticas de Estado, pois, em meio à Pandemia de COVID-19, assumiu uma postura negacionista e destrutiva, ao se contrapor às normas da OMS no enfrentamento da doença, desmoralizar a sua Administração (por razões políticas), e assumir que há vidas “matáveis”, declarando-se, ao modo de Luis XIV, “ser a Constituição”.

De fato, o governo do País, vem, desde 1º de janeiro de 2019, agindo contra as políticas de Estado, como no caso do Estatuto indígena, autorizando implicitamente a

ocupação violenta de suas terras por brancos, em nome do desenvolvimento da atividade econômica nacional. Ademais, enviou missionários cristãos para as aldeias mais remotas para ‘evangelizar’ os índios, através do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O que resta latente nesse processo, é a negação do silenciamento dos indígenas como resultado de um longo processo histórico no qual imperou a lógica da colonialidade (dominação, controle, exploração, dispensabilidade de vidas humanas, subalternização dos saberes dos povos colonizados, etc.) e dizimou o sistema de cultura desses povos em nome do universalismo (MIGNOLO, 2002, p. 38). O que a COVID-19 evidenciou é que esse passado está mais presente do que nunca: a população indígena do está perecendo, mais uma vez, desprotegida contra patógenos.

O enfrentamento da doença não é tratado como matéria de Estado e sim de Governo, e perverso é o esfacelamento do Estado no que concerne à garantia do bem-estar dos cidadãos. Em quase todas as áreas sociais sensíveis, foram nomeados, no início do governo atual, titulares “antagonistas”: nas relações exteriores, um “terraplanista” paranóico que envergonhou a diplomacia brasileira, e o país acabou perdendo a liderança internacional de que gozava em matéria de saúde; no meio ambiente, um titular ligado aos interesses das grandes empresas multinacionais extrativistas; na educação, um profissional que desconhecia o vernáculo e que agiu, enquanto esteve no governo, contra as Leis de Diretrizes e Bases da Educação em vigor; no ministério da família e direitos humanos, uma mulher que não admite o pluralismo político, nem a diversidade humana e assim por diante.

Ademais, o Chefe do Governo insistiu em interferir indevidamente na Administração, quando, por exemplo, quis controlar a Polícia Federal para que investigações de corrupção não chegassem ao seu círculo familiar, desobedeceu às decisões judiciais ou investiu contra governadores e prefeitos, no enfrentamento da doença. Esta realidade fática desnuda a questão, já referida por Bovero, de que o presidencialismo é o regime que mais facilmente toma a forma de governo autoritário e antidemocrático. O regime opõe, falsamente, a soberania do povo à soberania do Parlamento, como se este não fosse o conjunto de representantes (BOVERO, 2002, p. 161), além de pressupor uma concepção organicista do povo *como massa que se reconhece compacta em um chefe*: “se há dissidentes, pior para eles”.

Nestas condições, só uma coletividade pressuposta homogênea pode ser representada por um único indivíduo, porquanto a coletividade articulada e pluralista só pode ser representada por um colegiado. Registre-se que o princípio da maioria não é incompatível como o *princípio do chefe*, típico dos movimentos totalitaristas, como observado por Arendt.

O Executivo se torna predominante quando os poderes que lhe são conferidos permitem, de algum modo, “fazer sua legislação passar no parlamento” (BOVERO, 2020, p. 165). A questão remanescente é saber se um sistema político com parlamento esvaziado é ainda uma democracia ou se não é uma ditadura eletiva, sustentada pela maioria. Tais tendências autocratizantes visam o fortalecimento dos poderes do vértice, impedindo o fluxo ascendente do processo democrático. O caminho fica aberto para a autocracia eletiva, populista e plebiscitária e corre-se o risco de se ter uma democracia do aplauso eletrônico, do populismo midiático.

Quanto ao peso dos votos, é preciso considerar, por igual, que na eleição do chefe do governo, o voto individual conta menos, porque são necessários mais votos para a eleição; nas assembleias, o voto individual é decisivo. Além disso, os votos dos cidadãos ao que perdeu a eleição, não contam (contam zero). Advém daí que o poder dos eleitores do vencedor é menor do que no regime parlamentar, no qual o chefe pode ser derrubado mais facilmente. No presidencialismo, é preciso esperar novas eleições ou enfrentar processos políticos desgastantes, como o impedimento. Com isso, é possível questionar: quem, senão os autocratas, tiranos ou totalitaristas, tem coragem de sustentar que o Executivo deve ser fortalecido ao máximo possível? Em síntese, quando o poder do vértice tem demasiados meios para impor suas decisões, a dialética política sai das sedes institucionais, o dissenso e o conflito não mediados pelo processo decisório formal se revertem sobre a sociedade, acompanhados pela rejeição ao jogo político democrático e /ou desinteresse pela política. E daí, como afirmou Rousseau, se os cidadãos dizem “o que eu tenho a ver com isso?”, a democracia acabou (BOVERO, 2002, p. 170).

Totalitarismo, segundo Arendt, é domínio político total e se distingue dos movimentos totalitários. Os movimentos totalitários só permanecem no poder “enquanto estiverem em movimento e transmitirem movimento a tudo o que os rodeia” (ARENDR, 1990, p. 356). Nos países europeus do início do século XX, ditaduras não-totalitárias ou unipartidárias foram precedidas por movimentos totalitários, mas, em tais países, em face da população reduzida, não foi possível o domínio total, uma vez que tal sistema implica elevadas perdas populacionais. Foi a partir das conquistas no Leste, com assimilação de grandes massas é que a “Alemanha pode estabelecer um regime verdadeiramente totalitário”(ARENDR, 1990, p. 361). O governo totalitário é viabilizado quando existem “grandes massas supérfluas que podem ser sacrificadas sem resultados desastrosos de povoamento” (ARENDR, 1990, p. 361). Diferentemente das classes, as massas não se unem pela consciência de um interesse comum, tampouco possuem objetivos determinados. A expressão só se aplica quando

[...] lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto (ARENDDT, 1990, p. 361)

Esse cenário se verificou tanto na ascensão do movimento nazista da Alemanha, quanto dos movimentos comunistas da Europa depois de 1930, que recrutaram seus membros dentre essa massa de pessoas aparentemente indiferentes, que todos os outros partidos haviam abandonado, “por lhe parecerem demasiado apáticas ou estúpidas para lhes merecem a atenção” (ARENDDT, 1990, p. 365). Todavia, elas formam uma espécie de homogeneidade, querida pelo regime. No domínio total, se esvanece a distinção entre o público e o privado, com a supressão da individualidade; a força substitui o consenso, e o regime político se sustenta com propaganda, mentiras e fanatismo: o povo é sacrificado.

Na realidade brasileira, observa-se que, no que diz respeito ao enfrentamento da crise sanitária, o governo do Brasil fez escolhas não democráticas – autoritárias – manipulando informações sobre a doença e vedando o acesso público a essas informações. Na medida em que se viola constantemente (e quase diariamente) as únicas medidas conhecidas de contenção da propagação do novo vírus, a facção que o apoia e parte dos mais ricos da nação começaram a se sentir confiantes, e reclamaram o fim das medidas de isolamento social. Há uma negação das desigualdades e o abismo entre as classes é maior do que nunca: os que têm mais renda estão em trabalho remoto; os mais pobres, que trabalham como entregadores, domésticas, agentes de saúde, estão expostos à contaminação. A doença expõe as diferenças sociais em todas as latitudes, bem como a grande contradição do mundo contemporâneo, qual seja: a economia está globalizada, mas o poder político permanece local (nacional). A política já está ‘invadida’ pela lógica econômica há bastante tempo, pois os condutores políticos são eleitos com base em sua capacidade gerencial-empresarial (critério do mercado).

Os meios de comunicação em massa, por sua vez, são os principais responsáveis pela informação da população e pela formação da sua opinião pública. A depender da forma com que se produz e divulga a notícia, essa pode ser absorvida de diferentes modos pelos cidadãos e produzir diferentes efeitos na sociedade. Através da escolha das palavras noticiadas, do tempo dedicado a determinadas notícias, da omissão de outros fatos, etc., torna-se relativamente simples manipular a opinião pública sobre determinado assunto. Através da mídia, é possível criar uma nova realidade – existente ou não. A mensagem comunicada

pela mídia nos conflitos não representa a realidade, mas formula uma dinâmica paralela própria, construída por meio de cruzamento de referências, que podem perder a relação original com o evento vívido. Nesse processo, a construção da narrativa pela mídia passa a exercer influência sobre a representação social do acontecimento e sobre a opinião pública, podendo refletir também nos processos de tomada de decisão engendrados a partir daí. O fenômeno não é novidade e pode ser percebido desde a Segunda Guerra Mundial, em que houve a utilização da mídia como forma de manipulação da opinião pública e, nesse caso, em guerra literal. Com a invenção do rádio, este se tornou a principal arma dos estadistas com fins de manipular a opinião pública a seu favor e contra os oponentes.

Na sociedade mundial, época de difusão constante e veloz de informações em que estamos vivendo, a internet se tornou mais um “campo de guerra” para ataques de natureza política. A difusão de notícias falsas (ou *fake news*) tem tomado proporções incalculáveis e gerado consequências irreversíveis. No campo político, momentos decisivos como eleições e processos legislativos, por exemplo, são contaminados por *fake news*, que pretendem alterar seu fluxo natural através da manipulação daqueles que recebem as informações. Estudo recente divulgado pela Fundação Getúlio Vargas buscou demonstrar o impacto das falsas informações divulgadas na internet no Brasil, muitas vezes impulsionadas por robôs, ao debate público, à democracia e ao processo eleitoral. Como assevera Ruediger,

“Com este tipo de manipulação, os robôs criam a falsa sensação de amplo apoio político a certa proposta, ideia ou figura pública, modificam o rumo de políticas públicas, interferem no mercado de ações, disseminam rumores, notícias falsas e teorias conspiratórias, geram desinformação e poluição de conteúdo, além de atrair usuários para links maliciosos que roubam dados pessoais, entre outros riscos” (RUEDIGER, 2017).

Até abril de 2020, o Governo Federal, por meio do Ministério da Saúde, publicava um balanço do avanço da doença no País, com a curva de casos novos por data de notificação e por semana epidemiológica, casos acumulados e óbitos. A 1ª mudança veio com o horário da divulgação, que era feita às 17hs, todos os dias, e passou a ser feita às 22hs. A 2ª mudança foi qualitativa, em que os dados passaram a ser reduzidos, qualitativa e quantitativamente, pois o portal do Ministério da Saúde que continha essas informações foi retirado do ar no dia 04/06/2020 e quando retornou, após 19 horas, apresentava apenas informações sobre casos novos (registrado no dia), tendo sido eliminadas informações sobre os números consolidados e o histórico da doença, bem como “links para downloads de dados em formato de tabela,

essenciais para análises de pesquisadores e jornalistas, e que alimentavam outras iniciativas de divulgação” (G1, 2020).

Em resposta à decisão do Governo, de restringir o acesso a dados sobre a pandemia por COVID-19, os veículos G1, O Globo, Extra, O Estado de S.Paulo, Folha de S.Paulo e UOL formaram uma parceria e passaram a trabalhar de forma colaborativa para buscar as informações necessárias nos 26 estados e no Distrito Federal. As equipes de todos os veículos vêm dividindo tarefas e compartilhando informações obtidas para que os cidadãos possam saber a evolução da doença, números consolidados, total de óbitos, formas de prevenção, etc. Os dados são coletados diretamente nas secretarias estaduais de Saúde e informados para a população através de várias mídias. Tais informações orientam as pessoas e as políticas públicas. “Sem elas, o país mergulha em um voo cego”, disse Sérgio D’Ávila, diretor de redação da Folha de São Paulo, no particular. É o jornalismo cumprindo seu papel, diante da omissão do Governo Federal.

De outra parte, em julho do mesmo ano (2020), foi apresentada denúncia à CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos - articulada por organizações da sociedade civil, sobre as sucessivas violações do direito de acesso à informação pelo governo federal durante a pandemia por COVID-19. A ausência de informações e dados sobre a crise sanitária, aliada ao esvaziamento das políticas públicas de saúde, pôs em risco a vida dos brasileiros, em especial aqueles já socialmente vulneráveis (população indígena, quilombola, pobre em geral). Mais grave foi a desarticulação das políticas de enfrentamento à doença entre os governos dos entes federados.

O que é constatado na realidade e no discurso do Governo Federal é que preservar vidas e atender à população parece não ser dever do poder público, e, por isso, as constantes violações ao direito à informação e à transparência pública. Todavia, no regime constitucional brasileiro, divulgar ou não as informações de interesse coletivo não é uma escolha política de um governo, é dever – obrigação – do Estado brasileiro. Não fosse o funcionamento do sistema de Justiça, barrando iniciativas autoritárias, o apoio de organismos internacionais de direitos humanos e ações da sociedade civil, como a organização do consórcio de informações e outras, a devastação institucional seria ainda maior. Aliás, já em março de 2020 foi editada Medida Provisória alterando significativamente os procedimentos estabelecidos na LAI (Lei de Acesso à Informação - LEI nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), suspendendo prazos de resposta e impondo a impossibilidade de recurso em caso de negativa de acesso. Ainda que tal ato normativo tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 26 de

abril, por pressão da sociedade civil, a medida foi utilizada em diversos casos para negar acesso à informação, mobilizando a pandemia como pretexto.

Graves violações à publicidade como transparência ocorreram e continuam ocorrendo, principalmente aquelas que investem em um cenário de subnotificação, a impedir a produção de estatísticas confiáveis. Os órgãos de “transparência” do Ministério da Saúde não levam em conta, por exemplo, marcadores de gênero ou étnico-raciais para a elaboração dos boletins epidemiológicos. Isso impede a construção de políticas públicas que sejam efetivas no enfrentamento da crise em diferentes realidades. E pior, as autoridades públicas propagaram (como ainda propagam) desinformação e mentira, minimizaram a gravidade da doença, estimularam a população a usar medicamentos sem comprovação científica de eficácia e a adotar medidas contrárias àquelas recomendadas pelos órgãos de saúde, como a quebra de isolamento social e o não uso de máscara de proteção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As observações feitas sobre a atual realidade institucional brasileira, no marco da Filosofia Política e na Teoria dos Sistemas, levaram a algumas conclusões provisórias. A primeira foi a de que a mentira política é uma forma de ação deliberada, e desnudá-la, exige a liberdade de comunicação e a publicidade (o uso público da razão), e isso só pode se dar no ambiente democrático.

A segunda, bastante relevante, é a de que a sociedade brasileira está testemunhando a desestruturação do Estado, pois publicidade como transparência é a mediação entre política e moral (dever de transparência), e está relacionado à ideia de democracia, pois, todo ato político tem que tolerar um controle por parte do público, por cuja aprovação pode alcançar a legitimidade moral e a legalidade jurídica.

A publicidade dos atos políticos é a condição indispensável para a legitimação moral da política e para a democracia, a partir da unidade de interesse entre governantes e governados e assim, é elemento essencial do Estado de Direito no sentido de que indica um dever para a Administração e os poderes públicos em geral, qual seja, o de agir sempre de forma visível, favorecendo o controle dos cidadãos seja para garantir os seus direitos fundamentais, seja para exigir a tutela impessoal dos interesses públicos.

O Governo Federal vem trabalhando, todo o tempo, desde 2020, com informações falsas (*fake news*) e com ‘segredo de Estado’, e as únicas informações sobre número de casos, de mortes, andamento da vacinação, etc. a que se tem acesso são aquelas mostradas

diariamente pelos canais de comunicação social. Ao investir contra os parâmetros específicos da transparência (publicidade), estabelecidos na Lei de Acesso à Informação e em documentos internacionais, como a *Ley Modelo de Acceso a La Información*, da OEA (Organização dos Estados Americanos), o governo brasileiro põe o país na posição de estado que menos publica informações sobre sua situação epidemiológica, junto a nações como Coreia do Norte e Rússia.

Não é acaso, portanto, que o STF tenha sido acionado continuamente para garantir a aplicação da LAI, que a sociedade civil e a mídia busquem alternativas para acessar e produzir dados, e não menos importante, que a Comissão Internacional de Direitos Humanos, a ONU e a OMS têm apontado a falha do Brasil no enfrentamento à doença, como que o Governo está ativamente violando normas nacionais e internacionais de garantia de direitos humanos e o princípio democrático. A ordem internacional já vê o Presidente da República como o mais perigoso chefe de Estado em meio à Pandemia, porque tem violado constantemente (e quase diariamente) as únicas medidas conhecidas de contenção da propagação do novo vírus e age conscientemente em seu favor, com o apoio de parte dos mais ricos da nação, os superintegrados.

No que diz com a equação entre Governo e Estado, cujas tarefas são confundidas pelo supremo mandatário da nação, é preciso dizer que o regime presidencialista em vigor pode ser mitigado por reforma no sistema político, com a adoção do voto distrital misto (cujo projeto já tramita no Congresso Nacional), do semipresidencialismo e da fidelidade partidária como medida de contenção da pulverização dos partidos.

Por último, se a Constituição diferenciou o sistema de saúde, de educação e de segurança públicos, como elementos integrantes da Constituição (como o são o sistema administrativo que inclui as relações exteriores e a administração da Justiça), não está disponível para os governos de plantão impor novas finalidades à tais decisões, porque elas são fundamentais, constitutivas, do Estado brasileiro. E disso não se pode abrir mão. O que resta, nesse passo, é refletir se o sistema jurídico pode ainda proteger a sociedade brasileira contra si mesma e suas expressões de barbárie. Oxalá que sim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970. Verbetes: "Historiografia".

ABE, Jair Minor. Verdade Pragmática. **Estudos Avançados** 12(5), 1991. Disponível in

<https://www.scielo.br/j/ea/a/fvv3Y39gcZQqCn3JHzzWmBj/?format=pdf&lang=pt#:~:text=A%20Teoria%20da%20Coer%C3%Aancia%20n%C3%A3o,da%20Coer%C3%Aancia%2C%20tais%20como%20G>, acesso 16set2021

AQUINO, Tomás de. **Verdade e Conhecimento**. 1ª. Ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARENDDT, Hannah. **Poder e Violência**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5ª. edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ARISTÓTELES. **Política**. Edição Bilíngue. Lisboa: Vega, 1998.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

BLOCH, Marc. **Apologie pour l’histoire ou métier d’historien**. Paris: Colin, 1949

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática democrática**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

COLLINGWOOD, Robi George. **Idea de la historia**. Edición revisada. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartien Latin, 2006.

DUNKER, Christian. **Entrevista**. In: www.brasil.elpais.com. 2020. Acesso 08mai 2021

FINLEY, Moses. **L’Invention de la Politique**. Paris: Flammarion, 1985.

BRASIL. **Globo-G1**. In: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/veiculos-de-comunicacao-formam-parceria-para-dar-transparencia-a-dados-de-covid-19.ghtml> . Acesso 04 out 2021

HERDY, Rachel. Habermas, pragmatismo e direito. **Kriterion: Revista de Filosofia**, Volume: 50, Número: 119, 2009. Disponível in <https://www.scielo.br/j/kr/a/hdHVXbv6cCZRxyhv7g9FTsq/?lang=pt>, acesso em 10out2021

KANT, I. O que significa orientar-se no pensamento? In: **Textos Seletos**. Edição Bilíngue. Petrópolis: Ed. Vozes, 1974

KANT, I. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação de massas**. São Paulo:Paulo, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedade moderna**. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1997

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF, Dossiê: Literatura, língua e identidade**, Niterói,n. 34, p. 287-324, 2008.

MORIN, Edgar. **Entrevista**. In: www.ihu.unisinos.br , acesso em 08mai 2021.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. 1ª. Ed. 2ª. Tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

RUEDIGER, Marco Aurélio (Coord.) **Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018**. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.

SALGADO GUIMARÃES, Manoel Luiz. A disputa pelo passado na cultura histórica oitocentista no Brasil. In: CARVALHO, José Murilo (org.) **Nação e cidadania no Império: novos horizontes**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

SCHIAVONE, Aldo. **Ius: la invención del derecho em Occidente**. 2ª. ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2012.

TABORDA, Maren Guimarães. **O Princípio da Publicidade e a Participação na Administração Pública**. Deveres de transparência e direitos de participação. Beau Bassin: International Book Market Service Ltda, member of OmniScriptum Publishing Group, 2018.

TEÓFILO, João. Verdade factual, mentira organizada e ditadura militar brasileira: alguns apontamentos a partir das reflexões de Hannah Arendt. **Saeculum** (nº 39-jul./dez. 2018)- Número temático "As Ditaduras Militares no Brasil e no Cone Sul: História, historiografia e memória". Disponível in: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/srh/article/view/41106>, acesso 16set2021

Submissão: 12/11/2021 Aprovação: 13/03/2022

A REVISÃO DO CONCEITO DE REPARAÇÃO COMO FORMA DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO REVERSA

REVISING THE CONCEPT OF REPARATION AS A FORM OF REVERSE TRANSITIONAL JUSTICE

Tamara Claudia Coimbra Pastro
 Universidade de Brasília
Eneá de Stutz e Almeida
 Universidade de Brasília
Lahis Rosa
 Universidade de Brasília

Resumo:

O presente trabalho analisa como o conceito de reparação vem sendo revisado e como, por consequência, a Comissão de Anistia tem sido alvo nos últimos anos de distintas ações que servem para descaracterizar a sua função dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro. Esse processo pode ser entendido como uma forma de Justiça de Transição Reversa.

Palavras-chave:

revisão; reparação; Comissão de Anistia; Justiça de Transição Reversa;

Abstract:

The present paper analyses how the concept of reparation has been revised and, therefore, how the Amnesty Commission has been the target in recent years of different actions that serve to mischaracterize its function within the Brazilian Democratic State of Law. This process can be understood as a form of Reverse Transitional Justice.

Keywords:

revision, reparation; Amnesty Commission; Reverse Transitional Justice;

1 INTRODUÇÃO

A Justiça de Transição corresponde a uma série de mecanismos para retomar a normalidade institucional, jurídica e social em sociedades que foram submetidas à regimes de exceção. De forma esquematizada e simplificada podemos compreender que a Justiça de Transição está embasada em quatro pilares essenciais: 1) o fortalecimento das instituições; 2) a valorização dos princípios democráticos; 3) a garantia do Direito à Verdade e à Memória; e, 4) responsabilização. Esses visam o combate às atrocidades cometidas pelo e durante o regime repressivo (SILVA, 2015, p. 07) e ainda propõem a confrontação direta com o passado apoiando-se nos Direitos Humanos e em sua universalidade (DE STUTZ ALMEIDA & TORELLY, 2010, p. 38).

Outros apontamentos sobre esse tipo específico de justiça podem ser encontrados em Zyl, ao apontar as obrigações legais vinculantes a partir de acordos internacionais e a criação de organismos para garantir a existência e o fortalecimento da democracia no mundo.

Dessa forma, atrelados ao conceito de Justiça de Transição estão alguns elementos-chave que auxiliam tanto para explicar os períodos tradicionais como sendo essenciais para a aplicação da justiça em casos de mudanças de regimes políticos. Esses elementos podem ser identificados como: 1) justiça e reformas institucionais; 2) a busca pela verdade e memória; 3) a reparação; e, 4) a reconciliação.

A noção de Justiça de Transição ganha contornos ainda mais importantes quando pensada dentro do contexto latino-americano, ainda mais ao colocarmos em perspectiva a conturbada história contemporânea da região. No entanto, bem como afirma Félix Reátegui, se por um lado o continente viveu experiências extremamente autoritárias e de violência por quase todo o século XX, ele também é possuidor de uma “tradição em matéria de verdade e memória em razão de suas experiências pioneiras na busca de justiça nos processos de restauração da democracia ou da paz”. (REÁTEGUI, 2001, p.37).

Ainda sobre o tema, temos a proposta comparativa apresentada por Anthony Pereira, que elenca nove eixos para análise ao se comparar os casos de justiça de transição na América do Sul:

1. Anulação da autoanistia militar;
2. Civis isentos da justiça militar;
3. Expurgos no Judiciário;
4. Manutenção da Constituição promulgada pelo regime militar;
5. Dirigentes dos regimes autoritários levados a julgamento;
6. Outros responsáveis levados a julgamento;
7. Comissões da verdade oficiais;
8. Indenização das vítimas;
9. Expurgos na polícia e nas forças armadas. (PEREIRA, 2010, p. 238)

Dessa forma, esse trabalho apresenta a Comissão de Anistia brasileira, como a instituição que deveria abarcar a responsabilidade de reparar integralmente os sujeitos lesados pela ditadura civil-militar ocorrida durante as décadas de 1960 a 1980. E como a sua função vital tem sido descaracterizada pelo entendimento do atual governo e por conta disso, tem sido reduzida a uma comissão de governo e não de Estado.

A concepção da qual partem o presidente do país, Jair Bolsonaro e na mesma medida seus ministros, em especial, a ministra das Mulheres, da Família e dos Direitos Humanos,

Dameres Alves, é que não houve um estado de exceção e por isso, não cabe ação reparatória do Estado brasileiro.

Além disso, em última instância, estão transformando a comissão que deveria garantir a reparação e no mesmo sentido, a não repetição das violações de direitos, em instrumento de perseguição, ao repetir a sistemática violência, revitimizando esses cidadãos e nomeando-os de “terroristas” e “transgressores da lei” (olhar fonte).

Essas ações, dentre outras, são uma materialização do conceito desenvolvido por Eneá de Stutz e Almeida que demonstram a existência de uma Justiça de Transição Reversa. Dessa forma, o presente artigo apresenta como essa revisão do conceito de reparação é uma das manifestações de reversão proposta pela autora. Para isso, inicialmente serão apresentados os conceitos de reparação integral e as normas fundadoras da Comissão de Anistia. Em seguida, será apresentada uma revisão do conceito de reparação como evidência dos contrafluxos da justiça de transição no Brasil – abordando tanto as modificações feitas na Comissão a partir da eleição de Bolsonaro e também a nova narrativa imposta pelos membros do governo que buscam associar a atuação prévia da instituição com atos de corrupção e que devem ser combatidos.

Por fim, será abordado o risco para a democracia brasileira que essas constantes deslegitimações podem gerar, corroendo internamente as instituições e garantindo o não-cumprimento da Justiça de Transição e ainda garantindo a possibilidade da existência de sua reversão.

2 A REPARAÇÃO INTEGRAL E A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE ANISTIA

A Comissão de Anistia é um órgão de Estado responsável por dar continuidade ao processo de justiça de transição no Brasil a partir da perspectiva da reparação integral. Além disso, conforme o exposto na Lei nº 10.559/02, também é sua função garantir a memória e a verdade em relação ao período de exceção autoritária vivenciada no país entre a década de 1960 e 1980.

Partindo do contexto normativo iniciado com a Lei nº 6.683/79, a lei de Anistia Política, pode ser considerada a primeira ação para o processo transicional baseado no tripé reparação, memória e verdade. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, em seu texto, promove essa mesma lógica e é seguida de outras normas, como a Lei nº 9.140/95, até ser criada em 2001, a Comissão de Anistia, a partir de uma medida provisória do governo federal para atuar de forma

subsidiária ao Ministério de Justiça, sendo integrada em definitivo à estrutura do Estado brasileiro em 2002 com a aprovação da lei nº 10.559 amparada no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (COELHO & ROTTA (orgs.), 2012; DE STUTZ E ALMEIDA, 2017; DE STUTZ E ALMEIDA, 2021).

Considerada “elemento-chave de uma política pública de justiça focada na busca da reconciliação pelo Estado” (CARDOZO & ABRÃO *apud* COELHO & ROTTA (orgs.), 2012, p. 24), a comissão se apresentava como uma política pública modelo ao se considerar sua atuação nas últimas duas décadas, o que auxilia para compreender como há ou não o uso de evidências pela burocracia brasileira, ao pensar na lida de um passado traumático e a quais fontes são recorridas tanto para formular o órgão quanto para pensar em suas ações.

Sua composição atual é de apenas 14 conselheiros¹, mas já possuiu Conselho com mais de 20 pessoas. Era apresentado nas Caravanas da anistia que: “Até o ano 2011 havia declarado mais de 25 mil pessoas “anistiadas políticas”, promovendo o pedido oficial de desculpas do Estado pelas violações praticadas.” (CARAVANAS DA ANISTIA, 2012).

A política de reparação foi criada considerando pressupostos assumidos pelo Estado Brasileiro no momento da construção da Constituição Federal de 1988: a existência de um estado de exceção a partir de 1964, quando o Estado perseguiu cidadãos; a necessidade de reparar essas pessoas como dever e compromisso assumido pelo país na transição para o Estado Democrático e a Comissão de Anistia como comissão de Estado responsável por conduzir esta política.

Tais premissas sustentavam a existência da Comissão como parte da política do Estado brasileiro na transição iniciada depois do período militar, garantindo uma atuação autônoma e ancorada nos princípios constitucionais.

No tocante à reparação, é preciso ultrapassar o conceito tradicional associado à indenização financeira e perceber que, no âmbito da justiça de transição, “a reparação pode, e deve, assumir diversas formas com vistas a dar conta da complexidade das obrigações decorrentes do reconhecimento da responsabilidade por violações a direitos e pelos danos causados” (ALMEIDA; LIMA, 2017).

É importante ressaltar que a reparação pelo Estado brasileiro precede a previsão constitucional, vez que em 1979 foi promulgada a Lei nº 6.683, conhecida como a Lei de Anistia. Este marco temporal deve ser considerado como o ponto fundante de demonstração da abertura democrática no Brasil (ABRÃO; TORELLY, 2014), vez que em plena vigência do

¹ <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/comissao-de-anistia-1/conselho>

regime militar, fora editada e publicada uma lei que, em seu objetivo concreto, buscava anistiar os punidos com fundamentos nos atos constitucionais vigentes entre 1961 e 1979^[21]. Este marco legal decorreu de um processo histórico marcado pela luta de mulheres mães e esposas de presos políticos e perseguidos pela ditadura, somada à pressão social e organização de militantes brasileiros que, ganharam repercussão internacional nos pedidos de anistia política (VIANA; CIPRIANO, 2009).

A reparação no processo de transição brasileiro atinge dimensões materiais, psicológicas, sociais e simbólicas, vez que o reconhecimento de um anistiado político não tem seus efeitos restringidos ao âmbito individual e atinge a coletividade do reconhecimento estatal das violações anteriormente promovidas e o compromisso da não repetição, o que sinaliza para a pactuação com os princípios democráticos.

Essa escolha foi feita desde a concepção da Lei de anistia, com o estabelecimento dos parâmetros de memória para reparar os cidadãos com seus direitos violados, passando pelo momento de recepção da Constituição Federal e com a consolidação da Comissão da Anistia como responsável por conduzir o processo de implementação e fomento dos pilares da justiça de transição no Brasil.

3 REVISÃO DO CONCEITO DE REPARAÇÃO COMO EVIDÊNCIA DOS CONTRAFLUXOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

A situação começou a se alterar a partir da crise política que resultou no impeachment da presidenta eleita, Dilma Rousseff em 2016. Até cerca de 2017, a postura da Comissão era uma e entre 2017 e 2019 o conceito estruturante de sua atuação foi revisado para a partir de 2019 ser completamente descaracterizado. Com a eleição de Jair Bolsonaro em 2018, houve uma reforma administrativa que criou o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, havendo a realocação da Comissão para esse ministério a partir de 2019.

Destaca-se que, no aspecto da governança das políticas constitucionais (PROCOPIUK, 2013), o Presidente da República é, em uma visão macro, o principal responsável pelo desenvolvimento da justiça de transição no país, considerando que este é o competente para designar o Ministério ao qual a comissão estará vinculada e o Ministro (a) responsável por cuidar diretamente desta agenda. Assim, a alteração da vinculação ministerial da comissão, pode ser observada como uma forma de escolha política quanto à condução da justiça de transição no Brasil, considerando que esta é a responsável por guiar as políticas transitórias definidas na Constituição.

Com isso, uma série de alterações normativas e procedimentais foram executadas. A ministra da pasta, Damares Alves, alterou completamente a composição do Conselho da Comissão e elaborou um novo regimento interno a partir da Portaria nº 376, de 27 de março de 2019.

Faz-se necessário perceber que a composição do conselho deve ser analisada de maneira especial neste caso, vez que a comissão da anistia desempenha uma função de suma relevância ao Estado, com o dever de analisar requerimentos de cidadãos que tiveram seus direitos fundamentais violados de forma grave pelo Estado brasileiro. Com isso, deve o (a) Ministro (a) da pasta designar membros capazes de dialogar com os propósitos da transição democrática, o que não acontece de forma alguma nas últimas designações da Ministra Damares Alves. Destaca-se que as recentes nomeações para a comissão da anistia foram, inclusive, alvo de uma Ação Civil Pública do Ministério Público Federal, sob o argumento de que os designados são incompatíveis para o exercício da função, de acordo com os preceitos constitucionais já expostos.

Desde que assumiu o cargo, a Ministra Damares adota uma perspectiva muito semelhante ao do presidente da república, tanto de invalidar e questionar o período de exceção – inclusive, defendendo a narrativa militar de combate ao comunismo para justificar a “Revolução de 1964”, quanto a postura de afirmar que as indenizações concedidas até então pela Comissão são atos de corrupção, uma vez que não houve perseguição política. Essas afirmações podem ser encontradas tanto em entrevistas quanto através do perfil da rede *micro-blogging*, o Twitter.

Com a ascensão das redes sociais e o aumento de usuários da rede mundial de computadores, a internet, o cidadão e as autoridades encontraram um espaço para expressar suas opiniões e sentimentos, de forma muitas vezes baseadas apenas em suas experiências e vivências. O Twitter encontra-se dentro desse universo, sendo um serviço de microblogging e através de um sistema específico de seu desenvolvimento é possível elencar quais são os principais assuntos que estão sendo tratados em um determinado dia e horário, chamado de *Trending Topics*. Nos últimos anos, a modernização e “tecnologização” das interações sociais têm alcançado níveis tão altos que muitas formas de socialização estão sendo repensadas.

Apesar do conteúdo das postagens muitas vezes ser mais relevante do que a plataforma, essa importa na medida em que seu uso pode influenciar os usuários e a sua popularidade, fazendo com que alguns serviços sejam utilizados por algum público específico em detrimento de outros. O Twitter é uma rede social baseada em microblogging que foi fundado em 15 de julho de 2006, inicialmente, os usuários poderiam enviar e receber mensagens dos demais de

até 140 caracteres – atualmente, com até 280 caracteres através ou do website (www.twitter.com), por SMS – quando habilitado pelo usuário, ou pelo aplicativo para smartphones disponíveis na AppStore (Sistema iOS) e na Play Store (Sistema Android).

Essa rede social se diferencia de outros serviços, como o Facebook, por exemplo, pela sua possibilidade de postar textos rápidos a partir da resposta de sua tela inicial. O Twitter se apresenta como uma ferramenta simples de usar por permitir ser possível ver o que está acontecendo no mundo “agora”, o campo de pesquisa do site permite procurar por tópicos específicos e os termos que são tendência, encontrar assuntos e histórias de grandes eventos e pesquisar vídeos que estejam sendo transmitidos em tempo real.

Outra característica única da plataforma é a possibilidade de ingressar em conversas de quaisquer usuários uma vez que por padrão o conteúdo todo é público, as mensagens publicadas assim, pode ser lida, compartilhadas com ou sem algum tipo de comentário ou resposta (*share* ou *retweet*) e ainda podem ser respondidas diretamente na linha do tempo do usuário, assim é possível saber tanto o que saber o que as outras pessoas estão postando quanto vice-versa.

Assim, o Twitter tem se mostrado uma fonte de informações sobre os principais acontecimentos do país e do mundo ao ser utilizado também por pessoas públicas, como artistas, políticos, instituições, fundações e páginas oficiais de governos e nos últimos anos, os brasileiros se tornaram o segundo maior público da plataforma, atrás apenas dos Estados Unidos, com cerca de 41 milhões de usuários (SEMIOCAST, 2015), dessa forma, perceber o comportamento da população nacional nessa rede pode ser bastante significativo ainda que simbolize apenas 20% do contingente nacional que está presente na plataforma. Principalmente, ao considerar que de acordo com a estatísticas feitas em 2014, cerca de 54,9% da população tinha acesso a internet (IBGE, 2015).

Essa contextualização é importante para perceber como os membros do governo Bolsonaro tem utilizado essa ferramenta como principal veículo informativo ao mesmo tempo que esvazia muitos espaços de debate de suas ações por conta da limitação tecnológica. Por exemplo, ao longo de 2019, a ministra publicou ao menos cinco mensagens falando sobre uma possível “Caixa Preta da Anistia”, como: O pente-fino na Comissão de Anistia está prestes a começar. Não vamos criminalizar os anistiados que realmente tinham direito a indenização, segundo a lei. Mas seremos criteriosos quanto ao uso do dinheiro público. #Chegadecorrupção #CaixapretadaAnistia” (20/03/2019-
<https://twitter.com/DamareAlves/status/1108438128744902661?s=20>). Do mesmo dia, é possível encontrar postagens sobre essa possível auditoria da Comissão.

É interessante notar que o discurso se iguala ao do presidente ao focar unicamente na ideia de combate à corrupção e de uma necessidade de “moralizar” o uso do dinheiro público – outro ponto em que as duas figuras se alinham pode ser vista em uma transmissão ao vivo, feita em 27 de agosto de 2020, em que foi dito:

[a Lei da Anistia foi feita pelo PT] para beneficiar os seus amigos que porventura fossem lá pedir indenização”; “O último número a que tive acesso é de 38 mil anistiados. É gente demais [...] O que essas pessoas queriam no passado, lutavam por quê? Por que causa elas lutavam? O que elas queriam fazer aqui no Brasil? [...] Essas coisas [valor destinado ao pagamento de reparação a vítimas da ditadura] atrasam o Brasil [sic]. (SAID, 2020)

Além desse alinhamento direto entre a ministra e o presidente, é possível encontrar semelhante entendimento com o novo corpo de conselheiros da Comissão. Como dito anteriormente, desde 2019, há um novo regimento e novos conselheiros, sendo esses: João Henrique Nascimento de Freitas - presidente da Comissão; Adriana Tinoco Vieira - vice-presidente; Aécio de Souza Melo Filho; Dionei Tonet; Fábio Henrique Santos de Medeiros; Francisco Antônio de Camargo Rodrigues de Souza; Henrique Carvalho de Araújo; José Augusto da Rosa Valle Machado – representante dos anistiados; Júlio Cesar Martins Casarin; Lucas Balduino Rosas Biondi; Luiz Eduardo Rocha Paiva; Robson Crepaldi; Tarcísio Gabriel Dalcin; e, Vital Lima Santos – representante do Ministério da Defesa.

Ao consultar sobre as posições e manifestações apresentadas pelo presidente da Comissão em sua conta pública no Twitter, podemos encontrar diversas postagens em apoio ao presidente da república e, em sua maioria, as poucas declarações sobre a atuação da Comissão da Anistia são repostagens de publicação da Ministra Damares Alves, evocando a necessidade de se combater a corrupção e propor uma anistia alicerçada em um novo entendimento da lei que busca enquadrar todos os indivíduos que combateram a ditadura militar brasileira como se fossem terroristas contra o Estado.

Essas constatações nos colocam diante de um dilema relevante à construção do nosso Estado de Direito, vez que durante algum tempo temeu-se a omissão dos Governos em relação ao período autoritário. No entanto, no presente Governo não há qualquer omissão dos representantes da agenda, mas sim um posicionamento firme de que não houve ditadura no Brasil e que, qualquer ato vinculado ao período entre 1964 e 1988 não deve ser considerado como praticado em estado de exceção.

Os fatos narrados desenham um cenário diverso do esperado no caminho transição democrática, que nos remete ao que foi apontado por Eneá de Stutz como justiça de transição

reversa (ALMEIDA, 2017)². Esta transição reversa (ALMEIDA, 2017), materializa-se nas ocorrências mais recentes observadas nas políticas de governo para o projeto de transição democrática no Brasil, em especial ao que tange a reparação.

Destaca-se também que a anistia política tem duas naturezas possíveis, anistia dos fatos ou anistia das condenações, e a lei de 1979 que regulamenta a reparação pertence ao grupo de anistia das condenações e, por isso, faz jus à reparação (ref do livro do grupo), já que apenas o registro formal e o não esquecimento é capaz de consolidar o que pretende esta regulamentação, o que se concretiza pela reparação de responsabilidade da comissão de anistia, como definiu o Brasil.

Sobre as anistias, assim escreveu François Ost:

Estas se dividem em anistia das penas e anistia dos fatos. A anistia menor, que intervém após condenação, interrompe a execução das penas e apaga a condenação; entretanto, pelo menos o processo ocorreu no seu tempo, pagando assim um tributo à memória. Em contrapartida, a anistia dos fatos extingue a ação pública, porque os fatos consideram não terem sido delituosos. Neste ponto, o efeito do desempenho jurídico atinge seu ápice: agimos como se o mal não tivesse ocorrido; o passado é reescrito e o silêncio é imposto à memória (OST, 2005)

Desta forma, considerando que a Lei da anistia versa em seus artigos sobre a memória dos fatos, se o contrário fosse, seria feita referência ao apagamento dos fatos e não das condenações, como forma de estabelecer, inclusive, o compromisso de não repetição. Esta diferença é relevante para que se compreenda a natureza da lei recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Quando isso fica evidente, nós podemos relacionar que os processos então encaminhados à comissão da anistia têm como principal função o reconhecimento do Estado brasileiro do seu dever de reparar em diversos sentidos, fixando o montante devido ao cidadão e refletindo os demais sentidos de reparação já narrados.

Assim, um conselheiro não estará diante de uma simples subsunção da norma aos fatos, é preciso interpretar o pedido de Anistia proposto com as lentes dos direitos humanos e com a percepção de que o Estado foi responsável por violações diretas e indiretas aos direitos fundamentais dos brasileiros. Para além disso, os conselheiros precisam estar cientes da transição democrática que conduzem no âmbito dos eixos da reparação e da memória. Ocorre

² Esta expressão é usada por Eneá de Stutz e Almeida na construção e caracterização do cenário atual da justiça de transição no Brasil, nas palavras da autora: “chamarei aqui de transição reversa o período que estamos atravessando no Brasil. Por que reversa? Porque, como visto, a transição para o Estado Democrático de Direito, ainda que com avanços e retrocessos comuns a esses processos históricos, pressupõe a implementação como eixos de políticas públicas (de Estado, e não de governo) os quatro pilares aqui comentados, com todo o processo de incorporação dos princípios democráticos pela própria sociedade e órgãos do Estado” (ALMEIDA, 2017).

que o que acontece nos últimos tempos é a subversão da natureza jurídica da lei de anistia, o Governo – representado pela Ministra da pasta – apresenta um novo formato de negacionismo, que nos coloca diante de uma afirmação de que a partir de 1964 o Estado não violou direitos humanos, não colocou os cidadãos em risco e, por isso, não deve repará-los, ampliando a anistia à uma anistia dos fatos e não das condenações.

Esta reformulação dos sentidos da reparação ocorre, não só por declarações dos representantes do Governo, mas também pela própria condução da Comissão da Anistia que em seus votos argumenta que não houve perseguição política e estado de exceção, que o que ocorreu foi a aplicação da norma aos fatos, reduzindo os votos ao registro de declarações que não correspondem à realidade e mero cálculo atuarial sobre pedidos de indenizações, o que resulta no indeferimento de 90% dos pedidos dos anistiados (BENITES, 2021).

Trata-se de uma nova racionalidade da norma com fundamento constitucional, isto é, um descumprimento por parte do Governo das políticas de Estado firmadas no momento da reabertura democrática. Desta forma, é evidente que as alterações na Comissão de Anistia, o comportamento dos representantes do Governo – que atualmente falam em nome do Estado, e a ressignificação dos sentidos da reparação dos anistiados políticos nos apresentam um negacionismo até então não percebido, que não nega a existência do período autoritário, mas reafirma sua importância e valida os atos por ele praticados.

São incalculáveis as consequências desta falta de compromisso com a memória, verdade e, para além, com a cultura democrática no país, portanto, é importante observar que não só foram abandonadas todas as políticas que buscavam consolidar a justiça de transição no Brasil, foi também criada uma estratégia para desconstruir todo o caminho percorrido pela Comissão de anistia até hoje, com a recomposição e reconstrução da narrativa apresentada pelo Estado brasileiro, o que é inconstitucional e inaceitável para a consolidação dos compromissos assumidos pela República em sua Constituição Federal.

4 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO REVERSA E OS RISCOS PARA A DEMOCRACIA

Ao pensar no que Ost chama de tempo do questionamento e nas suas possibilidades de desligar o futuro é preciso compreender a democracia nesse contexto, como uma política de indeterminação – que está sujeita aos tempos históricos e precisa de seu próprio tempo para se desenvolver, e, por isso, deve sempre estar atenta a dois riscos: da exacerbação do conflito, ou de sua ocultação (OST, 2005, p. 315).

Esses riscos ficam ainda mais latentes em sociedades que vivenciaram regimes de exceção, uma vez que possibilita a existência do que De Stutz e Almeida (2021) chama de justiça de transição reversa. Essa poderia ser compreendida diante do seu paradoxo, ou nas palavras da autora, um oxímoro. Como mecanismos de transição poderiam ser reversos? Esses seriam compreendidos da seguinte forma: “Estão vigentes, assim, os mecanismos de justiça de transição, mas estão sendo distorcidos e descaracterizados, constituindo uma verdadeira justiça de transição reversa.” (DE STUTZ E ALMEIDA, 2021, p. 269).

Ou seja, dentro da lógica da Justiça de Transição Reversa, os mecanismos de Justiça de Transição que deveriam auxiliar as sociedades a reencontrarem a unidade interna e a reconciliação são ressignificados até o ponto de perderem seu sentido original, o que possibilita os perigos à democracia apresentados por Ost. Ainda seguindo De Stutz e Almeida (2021) temos que:

Ao invés de um aprofundamento das relações democráticas e da construção de mecanismos para uma maior participação da sociedade civil nas decisões do País e no controle das relações de poder, com a institucionalização dos instrumentos democráticos, o que se tem é o desmonte, puro e simples, das poucas iniciativas que foram alcançadas, e a tentativa de romantizar o período de exceção. (p. 270)

E ao colocar o processo transicional em risco, se coloca todo o futuro, da mesma forma. Por exemplo, Ost compreende que “desta vez, do corpo do poder, pois o povo, no regime constitucional, é ele também, por sua vez, dissociado. [...] origem de um real aprofundamento do projeto democrático. [...] A democracia é o regime que se baseia na manutenção renovada do povo.” (2005, p. 247). Como que o povo pode garantir o seu exercício do poder democrático se provém de uma sociedade dividida e incapaz de gerir seus períodos de exceção. Outro problema que deve ser compreendido nessa discussão é a dimensão da democracia, sobre o assunto Ost ainda define que:

Sem dúvida, e ao contrário, poderíamos entender, com justiça, que estes mecanismos representam também uma oportunidade de aprofundar o projeto democrático: ampliando o acesso à produção legislativa generaliza-se um princípio deliberativo e torna-se menos fictícia a imagem da "vontade geral"; ao permitir a uma minoria, até mesmo a um só indivíduo, solicitar a censura da lei, damos uma oportunidade suplementar para melhorar seu texto e torná-la mais conforma aos princípios da vase (o que denominamos de "promessas") pelas quais clamamos. [...] Deixando de ser confinada ao instante pontual das eleições, a democracia torna-se, assim, permanente, e seu princípio de legitimidade em consequência se encerra. (2005, p. 249)

A experiência recente dos países do Cone Sul é de uma mistura de acontecimentos que ora reforçam a Justiça de Transição e ora possibilitam o claro entendimento da reversibilidade

das ações. Dessa forma, ao pensar na experiência brasileira é possível colocar em xeque como esse revisionismo do conceito de reparação oferece riscos para a democracia instaurada.

Isso pode ocorrer por diversos problemas, mas a questão da Justiça de Transição Reversa é a que melhor explica todos os desafios, uma vez que dessa forma, o que se torna a realidade não é um cancelamento das ações de transição, mas sim uma falsa dicotomia entre a transição e a democracia o que resulta em última análise na implosão das ações em prol da justiça e um esvaziamento dos seus significados primários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, conforme o exposto, o que é possível de se afirmar é que no atual governo brasileiro o conceito de reparação está intrinsecamente atrelado a ideia de que não houve estado de exceção e isso é uma das facetas que a justiça de transição reversa assume no país.

Ao descaracterizar uma comissão de Estado e transformá-la em joguete político, além de colocar sob suspeição as suas ações anteriores serve a um propósito específico que é justamente o de corroer as instituições e garantir o seu não-funcionamento, mas sem precisar extingui-la de fato.

Dessa forma, o que esse trabalho pretendeu foi apresentar a Comissão de Anistia, como um órgão criado para materializar o eixo de reparação da Justiça de Transição operada pelo Estado brasileiro e regulada por lei específica. Mas, que nos últimos vêm sofrendo intervenções e descaracterizações do seu propósito primeiro.

Para além dos riscos as conquistas no processo transicional, esse tipo de ação coloca em risco a própria democracia brasileira ao flertar com o negacionismo, a naturalização de regimes excepcionais e por fim, a permanência da violência aos perseguidos e as vítimas da violência de Estado.

No dia 07 de agosto de 2019, a página no Twitter da Diretoria de Análise de Políticas Públicas (DAPP) da FGV publicou uma sequência de *tweets* em que apresentava que o diretor da Internet Lab BR (@internetlabbr), Dennys Antonialli explicava que nos últimos 7 anos a esfera pública havia sido modificada: "Não é mais necessariamente o Jornal Nacional que pauta

a esfera pública pois a informação é consumida em uma série de plataformas. [...] Por fim, temos que entender qual é essa nova esfera pública e que tipos de regulação são possíveis.”³.

Os usos das redes sociais no meio político são uma realidade atualmente e se tornam essenciais para compreender como essas relações se constroem e como alteram as práticas no âmbito público, para além disso, é preciso também considerar quais são os assuntos e os problemas abarcados.

³Esta expressão é usada por Eneá de Stutz e Almeida na construção e caracterização do cenário atual da justiça de transição no Brasil, nas palavras da autora: “chamarei aqui de transição reversa o período que estamos atravessando no Brasil. Por que reversa? Porque, como visto, a transição para o Estado Democrático de Direito, ainda que com avanços e retrocessos comuns a esses processos históricos, pressupõe a implementação como eixos de políticas públicas (de Estado, e não de governo) os quatro pilares aqui comentados, com todo o processo de incorporação dos princípios democráticos pela própria sociedade e órgãos do Estado” (ALMEIDA, 2017).

Referências Bibliográficas

ABRÃO, Paulo *et all.* As Caravanas da Anistia: um mecanismo privilegiado da justiça de transição brasileira. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.º 02, jul./dez, 2009;

ABRÃO, Paulo; CRUZ, Rosane; TORELLY, Marcelo. Marcas da memória: história oral da anistia no Brasil / Organizadores: Antonio T. Montenegro, Carla S. Rodeghero, Maria Paula Araújo. – Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012;

AGUILAR, Paloma. Judiciary Involvement in Authoritarian Repression and Transitional Justice: The Spanish Case in Comparative Perspective. *The International Journal of Transitional Justice*. Vol. 7, 2013;

ALMEIDA, Eneá de Stutz. *Uma breve introdução à Justiça de Transição no Brasil*. In DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá (org). **Justiça de Transição no Brasil – apontamentos**. Curitiba: CRV, 2017;

ALMEIDA, Eneá de Stutz; LIMA, Camila. *O conceito de reparação no processo transicional brasileiro*. In ALMEIDA, Eneá de Stutz (org). **Justiça de Transição no Brasil – apontamentos**. Curitiba: CRV, 2017;

ARAÚJO, Mateus; MARONA, Marjore. Quando a justiça corrompe a democracia. In: **Instituto da democracia e democratização da informação**. 15 maio 2018. Disponível em:

³ De acordo com o artigo 1º da Lei 6.683/79: É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

<<https://www.institutodademocracia.org/single-post/2018/05/14/Quando-a-justica-corrompe-a-democracia>>. Acesso em: 25 maio 2018;

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva, 2012;

BENITES, Afonso. **Governo quer fim da Comissão de Anistia em 2022 e nega 90% dos pedidos de reconhecimento de anistiados**. El País, Brasília. 10 abril 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-10/governo-quer-fim-da-comissao-de-anistia-em-2022-e-nega-90-dos-pedidos-de-reconhecimento-de-anistiados.html>>. Acesso em: 01 novembro 2021;

DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá (org.) **Justiça de Transição no Brasil – apontamentos**. Curitiba: CRV, 2017.

_____ (org.) **Justiça de Transição e Democracia**. Salvador, BA: Soffia 10 Assessoria Socioculturais e Educacionais, 2021.

_____, TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional**. 2010.

GAINOUS, Jason. WAGNER, Kevin M. **Tweeting to Power – The Social Media Revolution in American Politics**. Oxford University Press. 2013.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

RUSSELL, Matthew A. **Mining the Social Web – Analyzing Data from Facebook, Twitter, LinkedIn, and Other Social Media Sites**. O’Riley Media. 2011.

ROSA, Lahis da Silva. **Caminhos da transição democrática brasileira: uma análise a partir da Comissão de Anistia**. Saraiva, 2019.

Submissão: 16/11/2021 Aprovação: 13/03/2022

RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA PERSPECTIVA DO SISTEMA MULTIPORTAS E SUA RELEVÂNCIA NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

*CONFLICTS SOLUTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE MULTIPORT SYSTEM AND
ITS RELEVANCE IN THE REALIZATION OF ACCESS TO JUSTICE*

Fabício Germano Alves¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Yanko Marcius de Alencar Xavier²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Kleber Soares de Oliveira Santos³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Resumo:

Morosidade e litigiosidade são fatores que refletem negativamente na qualidade da prestação jurisdicional, ocasionando um sentimento de descrença e frustração. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, atualmente, existem mais de 78 milhões de processos aguardando uma solução definitiva. Esse problema decorre da ausência de informação adequada por parte da população que associa, equivocadamente, o Poder Judiciário à definição de acesso à justiça, sendo aquele a única “porta” capaz de solucionar os conflitos. Objetiva-se demonstrar que a noção de acesso à justiça está ligada ao acesso à ordem jurídica justa, a qual pode ser obtida por outros meios igualmente eficazes, a depender da natureza do litígio (sistema multiportas). As controvérsias são tratadas de acordo com mecanismo mais apropriado, recomendando o emprego do modelo tradicional de justiça (via adversarial) apenas como última medida. A partir de uma pesquisa de natureza aplicada, hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, conclui-se que o sistema multiportas, a partir do método da autocomposição, é um instrumento que se coaduna com o real sentido de acesso à justiça, proporcionando o empoderamento dos litigantes aos colocá-los no centro da contenda e atribuindo-lhes autonomia para encontrar uma decisão aceita mutuamente.

Palavras-chave:

Direito fundamental. Acesso à justiça. Sistema multiportas. Solução de conflitos.

Abstract:

Slowness and litigiousness are factors that reflect negatively on the quality of the judicial performance, causing a feeling of disbelief and frustration. According to data from the National Justice Council, currently there are more than 78 million cases awaiting a definitive solution. This problem stems from the lack of adequate information from the population, which mistakenly associates the definition of access to justice to the Judiciary, being the only “door” capable of resolving conflicts. The goal is to demonstrate that the notion of access to justice is linked to access to the just legal order, which can be obtained through other equally effective means, depending on the nature of the dispute (multiport system). Disputes are handled according to the most appropriate mechanism, recommending the use of the traditional model of justice (via adversarial) only as a last resort. From an applied, hypothetical-deductive research, with a qualitative approach, it is concluded that the Multiport System, based on the method of self-composition, is an instrument that is in line with the real sense of access to justice, providing

¹ Graduado em Direito pela Universidade Potiguar (UNP). Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo pela Universidade Potiguar (UNP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) - Espanha. Professor Convitado da Pós-Graduação da Universidade Potiguar (UNP). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador do Curso de Direito do CERES/UFRN.

² Mestre e Doutor em Direito pela Universität Osnabrück/Alemanha. Pós-doutor pelo Instituto de Direito Internacional Privado e Direito Comparado da Universität Osnabrück/Alemanha. Professor Titular Livre da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa em Direito e Desenvolvimento.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

the empowerment of litigants by placing them at the center of the dispute and granting them autonomy to find a decision mutually accepted.

Keywords:

Fundamental right. Access to justice. Multiport system. Conflict resolution.

1 INTRODUÇÃO

A garantia assegurada no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, aponta que a “lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O referido texto assegura a todo cidadão o direito de acessar o Judiciário, impedindo-se, por consequência, a articulação de qualquer argumento em sentido contrário.

Logo, não há como atrapalhar, inibir ou proibir qualquer pessoa de buscar a solução de conflitos através da via judicial. A "porta" do Judiciário está sempre aberta, pois é uma garantia e direito fundamental que não pode ser reprimido (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 513).

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem mais de 78 milhões de processos aguardando uma solução definitiva. Para eliminar essa quantidade de processos, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses, isso sem considerar o ingresso de novas demandas, bem como a manutenção da produtividade dos servidores e magistrados e dos servidores verificada em 2018 (CNJ, 2019, p. 80).

Diante da quantidade de processos ajuizados no período de 2009 a 2017, observa-se que houve uma diminuição no ingresso de novas demandas. Porém, salienta-se que, nesse intervalo, ocorreu um aumento de quase 4 milhões no número de novos processos protocolados no Judiciário. Ademais, somando-se todas as demandas contidas naquele lapso temporal, alcança-se o volume alarmante de 274 milhões.

Por se tratar de assunto complexo e de múltiplos aspectos, várias discussões podem ser articuladas envolvendo a temática em disceptação. Na hipótese vertente, este artigo tem como problemática o seguinte: por que há, na sociedade, a noção de que toda demanda, mesmo sem complexidade, necessita ser decidida por um magistrado? Além do Poder Judiciário, existem outros meios aptos a resolver os conflitos?

É imperioso esclarecer que o acesso à justiça não se refere somente ao direito formal de recorrer à jurisdição, mas, na verdade, ao direito de obter uma decisão que seja materialmente justa em relação ao litígio. Isto é, o acesso à justiça se baseia no acesso à ordem jurídica justa, de modo que o cidadão tem a possibilidade de empregar outros canais específicos para reconhecer direitos e buscar a resolução consensual dos conflitos.

Considerando o cenário narrado alhures, o presente texto tem o objetivo de conhecer o sistema criado pelo prof. Frank Sander no século XX, qual seja, o sistema multiportas; identificar a aplicabilidade do referido sistema na legislação nacional; estudar as características e benefícios da autocomposição, mormente o empoderamento das partes; e conhecer e divulgar práticas bem sucedidas envolvendo a autocomposição, seja na esfera privada ou pública, visando fomentar a cultura da pacificação social.

Os procedimentos metodológicos adotados para o desenvolvimento da presente pesquisa consistem em pesquisa de natureza aplicada, hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, tendo sido utilizadas fontes diversificadas do tipo primária e secundária (v.g., legislação, doutrina e jurisprudência).

A execução desse trabalho compreenderá a divisão do texto em três partes. Na primeira, procurará abordar as ondas renovatórias decorrentes do “Projeto Florença” e a noção de acesso à justiça e acesso à ordem jurídica justa. Na sequência, buscará trazer ao leitor diversas informações sobre o estado do Judiciário brasileiro, inclusive com dados atualizados apresentados pelo CNJ nos últimos dois anos (2018-2019), apontando os principais problemas experimentados pela sociedade em face da prestação jurisdicional. Por fim, a última parte tratará do sistema multiportas, dedicando item específico para registrar os benefícios da autocomposição em relação ao meio adversarial, bem como práticas bem-sucedidas aplicadas no mercado de consumo.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A percepção do acesso à justiça, o mais elementar dos direitos humanos, é apontado como o requisito primordial de um sistema jurídico igualitário e moderno que não procura somente anunciar, mas assegurar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). No decorrer da história, o direito de acesso à justiça fora entendido de diferentes formas e, igualmente, exercido de maneiras distintas, porquanto já esteve atrelado, por exemplo, ao soberano, à religião, aos cidadãos e ao pretor (SPENGLER; BEDIN, 2013, p. 131).

Os estudos relacionados ao acesso à justiça ganharam relevância, a nível global, após a elevada repercussão gerada através do trabalho desenvolvido por pesquisadores de várias áreas e de renomados juristas na década de 70, cuja atividade, subsidiada pela Fundação Ford, ficou conhecida como “Projeto Florença”. O referido Projeto, liderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ocasionou diversas críticas em relação à acepção sobejamente formal e dogmática do Direito. Aquele Projeto examinou as barreiras e procurou os meios para superar os

problemas de acesso à solução justa e adequada dos litígios da sociedade a partir de uma concepção tridimensional do Direito, a qual exige, primeiramente, a ampla consciência das necessidades, dificuldades e expectativas sociais básicas (CURY, 2018, p. 497-498).

É relevante assinalar que, apesar de não ser uma tarefa simples, a definição de acesso à justiça traz como premissa básica duas finalidades no sistema jurídico, meio pelo qual os indivíduos podem postular seus direitos e/ou solucionar seus litígios: a) precisa ser realmente acessível a todos; e b) necessita gerar resultados que sejam socialmente e individualmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08).

A garantia de acesso à justiça foi apontada como uma concretização do princípio que dá sustentação ao Estado de Direito. Essa garantia consistia, essencialmente, no direito à proteção jurídica por meio dos Tribunais (CANOTILHO, 2003, p. 491-492). É a partir do efetivo exercício do acesso à justiça que vários outros direitos, também fundamentais, podem ser assegurados quando forem transgredidos (PAROSKI, 2006, p. 228).

Assimila-se a noção de que o acesso aos Tribunais assegura ao jurisdicionado o direito de obter uma solução jurídica dentro de um prazo razoável, garantindo plenamente o atendimento das regras vigentes no sistema jurídico, cuja decisão é produzida por um magistrado independente e imparcial (CANOTILHO, 2003, p. 433).

A regra constitucional contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF), trata diretamente da garantia do acesso à justiça. O texto assevera que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A palavra “apreciar” indica que o Poder Judiciário, ao examinar um dado conflito, deve emitir um juízo de valor e, quando isso é realizado, tem-se a prolação de uma decisão que fixa categoricamente se houve lesão ou ameaça de direito sustentado pelo indivíduo ou coletividade que o invocou. “É no signo apreciação” que se centraliza a garantia individual concretizada na norma constitucional (SILVA, 1999, p. 14).

Além disso, verifica-se que algumas premissas podem ser extraídas. A primeira é a exteriorização de que o Estado, ao proibir a autotutela, assumindo a responsabilidade de dirimir as contendas através do Poder Judiciário, fixa nesse órgão o monopólio da jurisdição (DUARTE; OLIVEIRA JÚNIOR, 2012, p. 42). Quando avocou para si esse monopólio, especificando e definindo o direito ao caso em análise de maneira impositiva, o ente estatal buscou abordar o conflito por meio de utilização do Direito Positivo. Por consequência, a prestação jurisdicional surgiu como uma atividade que, ao substituir as partes, introduziu um modelo lastreado em princípios contidos na lei e reconhecidos universalmente (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 65).

A segunda, por seu turno, corresponde à garantia de qualquer pessoa em poder solicitar a atividade jurisdicional sem sentir que seus direitos (individual ou coletivo) foram ameaçados ou expressamente lesados. Por oportuno, cumpre mencionar que o dispositivo em disceptação não lida apenas com o direito de ação (direito de agir), na medida em que a proteção deles também pode ser soerguida em favor daquele contra quem se age (contra quem se propõe a demanda judicial), com o propósito de garantir a totalidade da defesa (SILVA, 1999, p. 13-14).

O conteúdo inserido no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, deve ser compreendido de uma maneira que nenhuma das espécies normativas elencadas no artigo 59, da mesma base normativa, tenha o condão de atrapalhar ou tolher o acesso à justiça, que está consubstanciado na apreciação da tutela jurisdicional. Registra-se, por oportuno, que a atual Constituição não condiciona o ingresso na via judicial ao esgotamento da instância administrativa (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

A aplicação da garantia do acesso à justiça assegura a resposta, nunca seu conteúdo. Em outras palavras, a pretensão autoral pode até não ser acolhida, porém, o importante é que ela foi examinada. Essa situação lhe assegura o acesso formal ao Poder Judiciário. Por esse motivo, o objeto imediato de qualquer processo é o lançamento do provimento jurisdicional, sendo a função mediata o acolhimento do pedido (DUARTE; OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 42).

Logo, preenchidos os requisitos exigidos pela norma (lesão ou ameaça de lesão ao direito), a ação do Judiciário não poderá ser afastada. Inclusive, as decisões discricionárias provenientes do ente estatal também estão sujeitas ao controle judicial quando presentes aqueles elementos.

Por estar contido no rol de direitos fundamentais, o acesso à justiça goza de aplicabilidade imediata e demais efeitos inerentes a tal qualidade. Porém, procura-se chamar atenção ao fato de que o real sentido da palavra “acesso” não engloba apenas o ingresso nas instalações físicas do Poder Judiciário (TRENTIN, 2010, p. 182); se assim fosse, a garantia constitucional em testilha seria carente de conteúdo substancial para a sociedade, na medida em que se mostraria “muito pobre” ao deixar de assegurar, da mesma forma, um tratamento adequado (DINAMARCO, 2001, p. 53).

A aplicabilidade da norma constitucional relativa ao acesso à justiça resulta na confecção de um processo imparcial e justo, devendo ser acrescida a garantia de igualdade de oportunidade entre as partes, com a presença efetiva e apropriada na relação processual, o que se revela consentânea com o sistema democrático (PAROSKI, 2006, p. 230).

O acesso à justiça designa a possibilidade de alcançar “determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica” (TENENBLAT, 2011, p. 24).

O Projeto Florença já assinalava que a efetivação do direito de acesso à justiça estava condicionada ao rompimento de obstáculos. Na oportunidade, após terem sido elencados os problemas de maneira esclarecedora, foram apresentadas e recomendadas algumas soluções práticas a fim de enfrentá-los: as chamadas “ondas renovatórias”. Elas eram compostas por três movimentos, sendo cada uma responsável por abordar uma temática diferente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

De maneira sucinta, a primeira onda, de natureza econômica, investiu em ideias para amenizar as dificuldades vivenciadas por pessoas integrantes de classes menos favorecidas, proporcionando-lhes assistência e orientação jurídica. A segunda onda, de natureza organizacional, ocupou-se em trabalhar os assuntos vinculados à representação dos interesses difusos ou coletivos (direitos metaindividuais), notadamente em áreas de proteção de consumidores e ambiental (CURY, 2018, p. 498).

A terceira exibiu um alcance bem mais amplo e completo que as duas primeiras ondas. Basicamente, as preocupações dessas últimas estavam em localizar uma efetiva representação para interesses antes não representados ou mal representados. A metodologia dessa terceira onda não excluiu as ideias articuladas anteriormente, porém, procurou tratá-las somente como algumas das possibilidades dentre as várias outras que se apresentavam hábeis a melhorar o acesso. Ela era chamada de “enfoque de acesso à justiça”, vez que, além de incluir a advocacia judicial e extrajudicial, houve uma atenção centralizada nos mecanismos e instituições, procedimentos e pessoas empregados para processar e prevenir conflitos na sociedade contemporânea (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

Mediante a inserção da terceira onda, passa-se a reconhecer a necessidade de estabelecer relações entre o processo e a espécie de disputa. Os litígios possuem características e complexidades específicas, assim como as barreiras de acesso à justiça são mais salientes em alguns tipos do que em outros. Por exemplo, a natureza de certas demandas impõe o dever de resolução mais rápida pelo julgador, enquanto outras permitem um prazo maior para fins de conclusão. Com isso, acredita-se que todos os conflitos não podem receber o mesmo tratamento isonômico pelo Judiciário.

Outrossim, sustenta-se, aqui, uma mudança de conduta do magistrado na condução do processo, de maneira que o torne uma figura mais ativa e empenhada com a instrução processual. Cabe ao julgador compreender o processo como instrumento apto a colaborar com

resolução de litígios. Para tal proceder, ele deve se aproximar e se tornar um sujeito mais participativo e envolvido com o seu objetivo, a pacificação social (DELGADO, 1997, p. 17-18).

O acesso à justiça é constituído pelo direito: a) à informação e pleno conhecimento do direito substancial; b) a ter uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes introduzidos na realidade social e igualmente comprometidos em realizar uma ordem jurídica justa; c) à “preordenação” dos instrumentos processuais hábeis a promover a efetiva defesa de direitos; e d) à remoção de todos os empecilhos que, de alguma forma, prejudiquem o acesso efetivo à justiça (WATANABE, 1988, p. 135).

O predito acesso alcança o direito à edição de leis capazes de construir e estruturar o serviço público jurisdicional, bem como estabelecer normas que possibilitem a solução do litígio (GORON, 2011, p. 258). Logo, a ideia de acesso à justiça não se relaciona apenas com o direito formal de recorrer a jurisdição, mas ao de obter uma decisão que seja materialmente justa ao conflito. O verdadeiro acesso à justiça se baseia no acesso à ordem jurídica justa (DUARTE; OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 41) e só é possível acessá-la aquele que recebe justiça (DINAMARCO, 2001, p. 53).

O direito ao acesso efetivo tem sido reconhecido, gradativamente, como de relevância capital entre os novos direitos individuais e sociais, já que a “titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

Sendo assim, o direito de acesso à ordem jurídica justa passa, necessariamente, por uma precisa sistematização dos órgãos judiciários no sentido de divulgar e por à disposição das sociedades as ferramentas capazes de solucionar os litígios, assim como oferecer serviços de orientação e informação acerca de questões jurídicas. Cumpre aclarar que, na esfera extrajudicial, esses elementos também devem estar presentes, de maneira que todos tenham o perfeito entendimento sobre a organização e o oferecimento dos serviços direcionados à solução adequada dos conflitos (WATANABE, 2018, p. 102).

Em sentido amplo, o acesso à justiça pode ser observado a partir de duas concepções distintas: acesso ao Poder Judiciário, que diz respeito à garantia de acessibilidade aos órgãos judicantes; e acesso aos direitos, que é referente ao exercício efetivo dos direitos no âmbito extrajudicial. Ambas as perspectivas devem atuar em um processo dinâmico e coordenado no qual se influenciam mutuamente (CRUZ, SALLES, 2020, p. 189).

Nesse panorama, percebe-se que o momento atual se coaduna com a terceira onda de acesso à justiça. Estudiosos têm se dedicado continuamente a identificar e propagar meios

capazes de elevar a satisfação do jurisdicionado em razão da presença de um serviço jurisdicional inoperante e desprestigiado, que não consegue ser efetivo a ponto de assegurar o cumprimento de normas constitucionais (CÂMARA, 2008, p. 40).

Por fim, a justiça somente se reveste de legitimidade e de aceitação perante a sociedade se aquela for capaz de produzir decisões e, em seguida, implementá-las, ou seja, é importante que a sociedade as aceite. Ademais, torna-se imperioso que essas decisões, produzidas e implementadas, sejam medidas capazes de solucionar ou, ao menos, amortecer e equacionar as disputas sociais. Deve-se entender que é preciso transformar a justiça em uma experiência que acontece, de maneira diária, mediante a prolação de decisão, afetando e regulamentando a vida (FALCÃO, 2010, p. 22).

3 O JUDICIÁRIO E A MASSIFICAÇÃO DE DEMANDAS

Inicialmente, acreditou-se que os conflitos poderiam ser, satisfatoriamente, solucionados pelo Poder Judiciário. Entretanto, com o decorrer do tempo, compreendeu-se que isso era algo inexecutável, pois a demanda e a oferta (variáveis da jurisdição) aumentavam em velocidades incompatíveis (FREITAS; LUNA; OLIVEIRA, 2017, p. 524-525).

O nível excessivo de litigiosidade – que se verifica há anos – é algo inerente à sociedade moderna. Quanto mais fácil e simples for o acesso à justiça e a universalidade da jurisdição, maior será a quantidade de processos ajuizados e a sobrecarga dos Tribunais e magistrados (GRINOVER, 2008, p. 23-24).

O fortalecimento da globalização, o crescimento da economia e o consumo massificado provocaram o aumento significativo na quantidade de processos judiciais, situação que revela a impossibilidade de o Estado-juiz, no sistema tradicional, atender satisfatoriamente às demandas da sociedade. As enxurradas de acontecimentos que atravessaram o último século proporcionaram facilidades quanto ao acesso ao consumo, porém, como consequência, fez elevar o grau de conflitos (ANDRADE, 2014, p. 98 e 101). Acredita-se que a “hiperjudicialização” se intensificou em virtude do aumento do mercado interno fundado no consumo e produção em ampla escala, estando, ao mesmo tempo, aliada à falta de vontade de as empresas acolherem outras formas de resolverem os problemas (CURY, 2018, p. 500).

A interpretação acerca da real compreensão do direito fundamental de acesso à justiça transmite a noção equivocada de que toda demanda, ainda que não contenha qualquer complexidade, necessita ser apresentada ao Judiciário para que seja solucionada. Agir de tal

modo ganha *status* cultural e de exercício de cidadania, desencadeando o fenômeno do “demandismo” (CURY, 2018, p. 514).

De modo geral, a maioria das pessoas centraliza, na figura do magistrado, todo o sistema de justiça. Existe uma visão distorcida do papel do juiz. Não se percebe que ele é um agente imparcial, que atua somente quando for provocado, amparando-se no conjunto probatório acostado ao caderno processual. Ao revés, atribuem-lhe a responsabilidade de inaugurar uma demanda, identificar o culpado, demonstrar agilidade na tramitação do processo e sensibilidade de escutar o clamor da opinião pública (SADEK, 2010, p. 11-12).

As dificuldades em lidar com o conceito de acesso à justiça colaboram para enfatizar o distanciamento entre o espaço da legalidade e a realidade. Embora os direitos sejam reconhecidos pela legislação, carecem frequentemente de aplicabilidade no cotidiano (SADEK, 2009, p. 175 e 178).

Sob uma perspectiva mais ampla, denota-se que a crise da justiça e as suas reações no mundo político, econômico e cultural acabaram atingindo outros horizontes, não ficando adstrito à esfera do Judiciário. Além deste, os demais poderes e a sociedade civil já se reuniram para encontrar uma solução harmônica e interdisciplinar (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 114).

Os frutos provenientes dessa preocupação ocasionaram a formalização dos intitulados Pactos Republicanos. No primeiro, em 2004, o Supremo Tribunal Federal, o Palácio do Planalto e o Congresso Nacional celebraram um acordo visando contribuir para uma democracia sólida e consistente, nomeadamente quanto à viabilidade de proporcionar um Judiciário mais rápido e mais sensível aos pleitos da cidadania (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

No tocante ao segundo, em 2009, procuraram implantar um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, trazendo, na sua essência, estes objetivos: a) acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; e b) aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos (RUIZ, 2017). As medidas registradas alhures já indicavam a preocupação com o sistema jurídico nacional, no sentido de oportunizar, principalmente, um acesso à justiça adequado e tempestivo.

Em 2011, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, apresentou a proposta do III Pacto Republicano, com o objetivo de dar seguimento ao processo de aprimoramento da ordem jurídica, bem como de tornar mais sólido e estável o processo de modernização da máquina judiciária. Contudo, diante das polêmicas que correram envolvendo algumas propostas, o III Pacto não logrou êxito e, assim, não foi assinado (TAVARES, 2013).

No entanto, em que pesem os esforços adotados pelos Poderes da União, observa-se que os frutos colhidos através dos Pactos Republicanos ainda deixam de transmitir um resultado satisfatório, porquanto as metas idealizadas até este momento carecem de plena efetividade. Para ratificar tal afirmação, basta verificar os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório “Justiça em Números”.

Em 2018, o Judiciário finalizou o ano com a marca de 78,7 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva (CNJ, 2019, p. 79). Com efeito, para eliminar essa quantidade de processos, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses, isso sem considerar o ingresso de novas demandas, bem como a manutenção da produtividade dos servidores e magistrados e dos servidores verificada em 2018 (CNJ, 2019, p. 80).

Ao examinar a quantidade de processos ajuizados no período que compreende os anos de 2009 e 2017, observa-se que houve uma redução de demandas novas. Porém, salienta-se que, nesse intervalo, ocorreu um aumento de quase 4 milhões no número de novos processos protocolados no Judiciário. Ademais, somando-se todas as demandas contidas naquele lapso temporal, alcança-se o volume alarmante de 274 milhões.

O caos também está instalado no juizado especial. Ele foi idealizado para enfrentar casos de limitada complexidade jurídica e facilitar o tratamento dos conflitos interpessoais de pequena expressão, possibilitando o acesso à justiça da população de maneira gratuita e informal. A conjuntura atual, por sua vez, aponta para a readaptação de suas características elementares em decorrência da propositura de processos em massa, cujas principais demandas são as concessionárias de serviços públicos. Não é incomum encontrar o juizado especial em situação de esgotamento de recursos materiais e humanos, operando no limite de sua capacidade de funcionamento (CURY, 2018, p. 500).

O microsistema dos juzizados especiais, na esfera da justiça estadual, está repleto de demandas envolvendo relações de consumo. Em 2017, foram protocolados mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) processos envolvendo conflitos, o que equivale a mais de 18% de toda a demanda. No concernente às turmas recursais, a apreciação ultrapassou a quantia de 184.000 (cento e oitenta e quatro mil) recursos, situação que, quando convertida para termos percentuais, representa mais 15% de toda a demanda em âmbito nacional (CNJ, 2018, p. 184).

O problema vivenciado pelo Judiciário é um fenômeno que não se restringe apenas ao Brasil, mas se espalha aos demais continentes, onde magistrados e tribunais enfrentam a majoração de novas ações judiciais todos os dias (PELUSO, 2011, p. 16).

A justiça brasileira atravessa um momento bastante delicado. O sistema judicial baseado na solução adjudicada, advinda da produção de decisões judiciais, atrelada à cultura de retardar

os efeitos do julgado, causa a multiplicação de recursos e de execuções duradouras e, frequentemente, inúteis (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 75).

Há casos em que o magistrado profere sentença sobre determinadas situações fáticas sem, sequer, conhecê-las bem (NALINI, 2018, p. 34). Também é comum ouvir relatos sobre os custos elevados do processo, ausência de estrutura adequada, morosidade na prestação jurisdicional, carência de orientação, burocracia no gerenciamento dos processos, descrença e decepção das partes e problemas relacionados à eficácia das sentenças. Todos esses elementos contribuem para o bloqueio da via de acesso à justiça e ao afastamento entre os cidadãos e o próprio Judiciário. Tal contexto, além de preocupante, é canal para a promoção de potenciais litígios, o que, normalmente, reflete na erupção de conflitos sociais ou na busca de mecanismos inapropriados ou baseados em métodos violentos (“fazer justiça com mão própria”) (GRINOVER, 2008, p. 23).

Percebe-se, em suma, que a melhora do Poder Judiciário precisa superar as seguintes barreiras:

Da lei vêm defeitos como a extrema burocracia dos serviços judiciários e pequena abrangência dos julgamentos, com causas que se repetem às centenas e congestionam os juízos e tribunais. Da realidade econômica vem a insuficiência de recursos das pessoas carentes para custear o litígio sem prejuízo da subsistência, associada à precariedade dos serviços de assistência judiciária. Da realidade cultural da nação vem a desinformação e, o que é pior, a descrença nos serviços judiciários. Da estrutura política do Estado vêm dificuldades como a que se apoia no mito da discricionariedade administrativa e exagerada impermeabilidade dos atos administrativos à censura judiciária (DINAMARCO, 2001, p. 52).

Embora não seja exclusiva do Poder Judiciário, dentre as disfunções mencionadas alhures, aquela que se mostra mais ostensiva é a morosidade da atividade jurisdicional. Ela confidencia a crise de desempenho e justifica a crescente perda de credibilidade institucional (Supremo Tribunal Federal, 2010, p. 74). O melhor seria a solução imediata da lide tão logo fosse exibida ao juiz, porém, isso não é possível, o que enfraquece o sistema. O tempo não é amigo da efetividade no serviço jurisdicional, porquanto a permanência de casos sem definição constitui motivo de aflição e tristeza do jurisdicionado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 32).

Por meio de uma pesquisa efetuada pela Associação Nacional dos Magistrados – AMB, as pessoas entrevistadas, ao compararem o Judiciário com algum animal, responderam que esse órgão guarda semelhança com a imagem de tartaruga, pois se mostrava lento, antigo, escondendo-se/protégendo-se no casco (CARLYLE, 2014, p. 15-16).

Ressalta-se, por oportuno, que não se pode dispensar integralmente a formalidade. A existência dela é importante para a tutela de direitos e a produção de um julgamento justo.

Entretanto, a dificuldade reside quando o excesso de formalismo acaba gerando a violação de direitos, especificamente quanto à prolação de uma decisão em tempo hábil, tornando o julgamento injusto (SILVA, 1999, p. 19).

As sequelas geradas pela demora na prestação jurisdicional são inegáveis e terminam por enfraquecer a relação de confiança que deveria existir entre o cidadão e o Judiciário. Ouve-se, repetidamente, que a lei não se aplica igualmente para todos e que os processos permanecem nos “escaninhos do Judiciário” por longos anos. Os efeitos nefastos provocam repercussões que ultrapassam a esfera individual, alcançando diversos setores da sociedade. Na economia, por exemplo, a intensidade da disputa, os custos financeiros decorrentes da tramitação do processo e o lapso temporal até a conclusão da lide são apenas alguns fatores que repercutem nas empresas, no ambiente de negócios, no governo e no ritmo de desenvolvimento do país (SADEK, 2014, p. 62).

A capacidade de o Judiciário resolver as contendas dependerá diretamente do grau de sensibilidade em absorver as transformações ocorridas no âmbito social. Por isso, o órgão jurisdicional deve aquilatar, essencialmente, o nível de celeridade em que as mudanças surgem e a respectiva profundidade ocasionada pelos conflitos. Assim, enquanto sistema, o Judiciário depende do aval da sociedade para fins de reconhecimento de sua eficiência, a qual é medida por meio de sua habilidade em assimilar e resolver as disputas. A carência dessa habilidade favorece o processo de fragilização enquanto instituição (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2018, p. 257).

Destarte, o problema da eficiência se encontra caracterizado pela impossibilidade de atender satisfatoriamente à multiplicidade de conflitos sociais que são submetidos ao Judiciário todos os dias. Há um flagrante descompasso entre a oferta e procura dos serviços judiciais, o que desperta, de modo generalizado, o sentimento de frustração. Além disso, determinados segmentos que compõem a sociedade (menos favorecidos economicamente) ainda precisam conviver com a diferença entre o simples conceito de justiça que detêm e a complexidade formal dos ritos processuais. Esses elementos, quando somados, terminam acarretando, como principais reflexos, o descrédito e desprezo das pessoas pela justiça (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 67).

O desapareço não acontece apenas em face do distanciamento entre o cidadão, o formalismo presente nos procedimentos ou a linguagem típica que rodeiam as demandas, mas também pela inadequação dos julgados proferidos diante de disputas complexas e pela inviabilidade de seu cumprimento. Isso significa dizer que o problema reside tanto na perspectiva quantitativa (velocidade da prestação jurisdicional) quanto na qualitativa (o modo

como o magistrado decide). O fato é que a desconexão entre a seara judicial e o sistema político-social propicia o afastamento da aplicação e interpretação da lei perante a sociedade na qual está introduzida, deixando de corresponder à expectativa de tratamento adequado aos litígios (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2018, p. 256).

Resta claro que a resposta do Judiciário não pode envolver somente o aumento da estrutura física, com mais prédios, equipamentos, juízes, servidores, tendo em vista que essa medida não tem produzido bons frutos. O problema não se restringe à incidência de novos recursos materiais ou à mera mudança de rotinas internas; é preciso, antes, construir um novo arranjo institucional (CURY, 2018, p. 500).

É primordial que a organização dos serviços da justiça ocorra segundo as diretrizes técnicas da ciência da administração, conjuntamente com o uso dos mecanismos tecnológicos disponíveis. A efetividade do processo e o acesso à justiça ainda permanece carente de reformas, não aquelas firmadas em leis processuais, mas no âmbito da justiça como um todo (THEODORO JÚNIOR).

Isso significa que o aumento crescente das relações jurídicas e a celeridade na troca de informações, características da sociedade contemporânea, reclamam uma mudança de postura do Judiciário. Os resultados provenientes de decisões judiciais precisam acompanhar a mesma medida do progresso social e da complexidade que atravessa os conflitos, porquanto, se assim não for, será apenas um procedimento carente de eficácia (SAID FILHO, 2017, p. 197).

Apesar de o modelo adversarial estar saturado, inexistente, no contexto sociológico, qualquer indício de que as razões determinantes venham, por ventura, a amenizar. A probabilidade é a de que as disputas prossigam em marcha crescente, conforme se observa na última década, tendo em vista que o capitalismo ainda continuará, por um longo tempo, ditando as regras do mercado econômico (CURY, 2018, p. 500).

Por isso, a morosidade e a litigiosidade são elementos que devem ser estudados e enfrentados, exigindo-se uma resposta mais enérgica por parte do Estado, sob pena de minarem a credibilidade do Judiciário e a qualidade da democracia. A indiferença ou falta de capacidade em resolver aqueles problemas acabam por mitigar regramentos constitucionais (SADEK, 2014, p. 64). A procura pelo Judiciário é tamanha que o acúmulo de processos nos tribunais impede o devido cumprimento da EC 45/04, aquela responsável por inserir, no ordenamento jurídico, o preceito constitucional da razoável duração do processo (NALINI, 2018, p. 30-31). Nesse sentido, a ânsia por soluções se transformou em algo que extrapola esfera puramente individual, tornando-se um problema de política pública (SADEK, 2014, p. 64).

Conforme foi assentado no item anterior, a acepção do acesso à justiça não se restringe à possibilidade de a parte exercer o direito de ação, tornando mais fácil seu ingresso em juízo, mas também se estende à capacidade de o Estado-Juiz garantir, aos sujeitos envolvidos, o direito de obter uma resposta efetiva (SAID FILHO, 2017, p. 197). Para tanto, faz-se necessário que a sociedade disponha de outras ferramentas suficientemente aptas a resolver as contendas, além da prestação jurisdicional típica, não raras vezes lenta e dispendiosa, sob o olhar material e psicológico (PELUSO, 2011, p. 17).

Logo, não se obtém justiça quando o pleito deixa de ser apreciado pelo Judiciário ou quando a parte recebe, a destempo, a solução da disputa ou, ainda, no momento em que a solução empregada deixa de produzir um resultado capaz de melhorar a vida em relação ao bem jurídico pretendido (DINAMARCO, 2001, p. 53).

Decerto, aqueles números trazidos pelo CNJ são por demais significativos e indignos de qualquer comemoração, remetendo ao cidadão o compromisso de realizar uma autorreflexão, no sentido de ponderar se o Judiciário é o caminho mais apropriado para a solução de todos os conflitos.

Sendo assim, a partir de todos os dados coletados nesse item, entende-se que há indicadores favoráveis para implementar e fortalecer os instrumentos autocompositivos na resolução de disputas, já que eles podem imprimir mais agilidade e rapidez resolução das demandas, atuando de modo suplementar e desafogando a atividade jurisdicional (SAID FILHO, 2017, p. 197).

4 SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

Surgiu nos Estados Unidos da América (EUA), na década 1970, um movimento dedicado à democratização do Judiciário e ao reconhecimento e desenvolvimento de novos métodos de solução de contendas (CURY, 2018, p. 497).

A noção de um Tribunal de múltiplas portas (*Multi-door Courthouse*) foi atribuída ao prof. Frank Sander, de Harvard, em decorrência da conferência “Variedades de Processamento de Conflitos”, na *Pound Conference*, em 1976. Sander já difundia os fundamentos para a criação de um Tribunal que tinha o compromisso de incentivar e impulsionar o emprego de técnicas mais adequadas de resolução de disputas, tais como a conciliação, mediação, negociação, avaliação neutra, arbitragem, *ombudsman*, *fact finding*, *small claims*, etc., que poderiam reduzir a quantidade de processos no sistema jurisdicional (VASCONCELOS, 2017, p. 86).

A compreensão de um Tribunal multiportas está relacionada com a ideia de que há várias maneiras de solucionar uma disputa a partir da aplicação do meio mais adequado, não ocasionando, imperiosamente, o acionamento da atividade adjudicatória estatal (FREITAS; LUNA; OLIVEIRA, 2017, p. 521). O Judiciário não se revela a única porta capaz de resolver os conflitos entre os litigantes; às vezes, sequer é a melhor (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 507).

Assim, a justiça tradicional não detém a exclusividade para resolver as controvérsias. Além desse modelo descrito como de porta única, manifestam-se outras modalidades de acesso à justiça, ou seja, ela se transforma em uma justiça multiportas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 38).

O legislador realizou várias reformas no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, sempre tentando aperfeiçoar a prestação jurisdicional, com o fito de trazer mais agilidade à movimentação do processo. Contudo, ainda se pensava, à época, que o Judiciário era a única ferramenta plenamente capaz de solucionar as demandas (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 514).

Em que pesem as sucessivas mudanças na lei substantiva civil, o resultado, em termos práticos, foi imperceptível, tendo deixado de corresponder às expectativas da sociedade. Isso porque os métodos alternativos não se encontravam inseridos na realidade judiciária do Brasil. Essa situação motivou o Senado Federal, em 2009, a criar uma Comissão específica, formada por juristas, destinada à elaboração de um novo projeto dedicado ao CPC. O fruto desse trabalho ocasionou a edição da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (atual Código de Processo Civil). Este marco legislativo inaugurou um novo período ao valorizar e efetuar reformas de natureza processual a partir da inserção de meios alternativos de resolução de litígios (NOGUEIRA; NOGUEIRA, 2018, p. 514).

A novel legislação enfatizou a boa-fé, diálogo processual, cooperação, não surpresa, predomínio do campo material sobre o formal e razoável duração do processo, reconhecendo suas disposições normativas como mecanismos para a efetivação dos princípios e regras constitucionais (VASCONCELOS, 2017, p. 90). O atual CPC buscou modificar a forma como as questões litigiosas eram tratadas, porquanto os métodos consensuais foram abordados com maior destaque, tendo a autocomposição um tratamento diferenciado.

É importante esclarecer que as diferenças entre os métodos autocompositivos (v.g. conciliação e mediação) e heterocompositivos (v.g. arbitragem) residem na forma de participação do terceiro com respeito às partes e sua ligação com a solução obtida. Destarte, na conciliação, o terceiro, chamado de conciliador, tem o objetivo de recomendar e sugerir

propostas de acordo para as partes, que têm a faculdade de aceitar ou não. Na arbitragem, o terceiro – árbitro – impõe a solução que, obrigatoriamente, devem ser atendidas pelas partes. Por fim, o terceiro, na mediação, não indica ou oferece proposições para solucionar a contenda, mas busca favorecer e viabilizar a construção de um acordo voluntário para encerrar o conflito (MÁRQUEZ, 2017, p. 58).

Prosseguindo, diante de todas as modificações, enxerga-se a existência de uma mensagem relacionada à ressignificação da função do processo e do magistrado no terreno do direito processual, porquanto não se teve ambição de torná-los ainda mais valorizados, prestigiando o formalismo. Em direção contrária, procurou-se romper com as estruturas até então presentes, dando realce à autonomia do indivíduo. Resolver a contenda assume uma conotação mais ampla e rica em relação ao julgamento de uma lide (LESSA NETO, 2015, p. 99).

Com efeito, o próprio conteúdo do artigo 3º do CPC repete a previsão do 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira, garantindo, assim, o direito a uma proteção preventiva e, do mesmo modo, reparadora. A resolução das “poliédricas” formas das disputas pode provir de atuações do Poder Judiciário ou do uso de vias consideradas alternativas, assegurando, de forma extensa, o acesso à justiça (MENDES, 2016, p. 45).

É visível que inovações do CPC indicam a adoção do modelo multiportas no ordenamento jurídico. A noção é justamente fazer com que cada situação seja examinada e apreciada de acordo com a utilização do meio mais adequado, adotando-se, com dedicação e interesse, todas as medidas para que as partes possam resolver o litígio de maneira harmônica e consensual. Por sua vez, cabe ao ente estatal se esforçar na promoção de políticas públicas a fim de prestigiar, incentivar e oferecer estrutura para que o referido modelo obtenha o sucesso almejado. Também é importante esclarecer para a coletividade sobre os níveis de benefícios advindos dos métodos de resolução de conflitos (LESSA NETO, 2015, p. 97).

Percebe-se que a alteração efetuada na legislação repara uma dívida histórica do direito processual com a Constituição Federal. Havia um forte reconhecimento e valorização dos meios adversariais, com ênfase para o formalismo, o que, de certa forma, desencadeava o crescimento das atividades jurisdicionais e reduzia a capacidade de incidência dos procedimentos autocompositivos (VASCONCELOS, 2017, p. 90).

Não se olvide que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em momento anterior à criação do novo CPC, buscando imprimir uma modificação no tratamento de conflito de interesses, editou a Resolução no 125/2010, que tende a possibilitar a todos o direito à solução de conflitos através de meios apropriados a sua peculiaridade e natureza. Nesse sentido, ele determinou que

os tribunais criassem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades incumbidas de realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, assim como de prestar orientação e atendimento ao cidadão.

A predita Resolução apresenta dois propósitos substanciais: a) proporcionar mecanismos aos tribunais para a instituição de centros de conciliação e mediação, oportunidade que, seguramente, ocasionará grande repercussão positiva na quantidade acentuada de processos ajuizados perante as Cortes de Justiça; b) no âmbito dos operadores de direito, fixar o posicionamento de que os “agentes sociais” aspiram, de maneira mais intensa, à prevenção e à rápida resolubilidade dos conflitos, sem a necessidade de aguardar um Judiciário cada vez mais abarrotado de processos (PELUSO, 2011, p. 17).

Ademais, complementando o raciocínio acima, pode-se trazer outros pontos importantes advindos da predita Resolução, por exemplo, criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos; cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores; centros judiciários de solução de conflitos e cidadania; e banco de dados para a avaliação permanente do desempenho de cada Centro (WATANABE, 2011, p. 388).

As atividades executadas pelos Cejuscs constituem legítimos Tribunais Multiportas, haja vista que, além de atender, orientar e informar, oferecem ao jurisdicionado vários caminhos para resolver de maneira satisfatória a lide, a depender da espécie do conflito. Procura-se assegurar a satisfação dos “consumidores da justiça” por intermédio da formalização de acordos aceitos mutuamente (CABRAL, 2018, p. 337).

Dessa maneira, tendo a parte interessada contato com o Cejusc, sessões de conciliação ou mediação são desenvolvidas tanto na esfera preprocessual quanto no âmbito de demandas já judicializadas, independentemente da fase em que se encontrem. Cuida-se de órgão do Judiciário idealizado para realizar a triagem, o tratamento e a resolução das controvérsias (CABRAL, 2018, p. 337).

Outra memorável iniciativa do legislador que se mostrou consentânea com o momento vivenciado em nosso país foi a inserção da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, no sistema jurídico. Essa lei, a propósito, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, o que significa uma mudança estrutural quanto à forma de enfrentar os litígios, além de dar destaque e relevância a técnicas consensuais.

Diante do quadro ora apresentado, é perceptível a transformação da realidade normativa, na medida em que há uma fuga do padrão tradicional, caracterizado pela busca desenfreada pela

solução judicial e adjudicada do conflito. Em sentido diametralmente oposto, caminha-se para um novo formato, cuja essência está no oferecimento de técnicas específicas para atender às nuances do fato em testilha (CABRAL, 2018, p. 337).

5 O NOVO HORIZONTE PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O padrão legalista e racionalista propaga o entendimento de que o direito tem o condão de despertar, nos litigantes, o sentimento de justiça. Somente diante da incidência da lei, materializada através de um julgamento impositivo, revela-se o caminho apto a encontrar a resposta precisa e justa para o caso. Logicamente, tal ponto de vista carece de credibilidade. A uma, por entender que, juridicamente, não há uma única solução correta para determinada situação. A duas, porque as técnicas de autocomposição não se ocupam, puramente, com noção de direito (certo ou errado), mas, em sentido oposto, cuidam dos interesses dos litigantes, circunstâncias que possibilitam um aprofundamento nas particularidades da disputa (LESSA NETO, 2015, p. 106).

O paradigma adotado no sistema multiportas valida o princípio da adequação. Isso porque se parte do pressuposto de que há pontos positivos e negativos na aplicação das diversas opções de resoluções de litígios. Apesar da multiplicidade de procedimentos, é preciso ter em mente que cada um deles decorre de uma preparação e planejamento específicos para tratar determinado litígio. Isso quer dizer que, durante o processo de desenvolvimento, eles foram submetidos a vários estudos com o intuito de indicar qual seria o mais eficiente e apropriado método para dada situação. Essa medida se justifica porque o uso aleatório e sem o devido zelo pode, no melhor cenário, deixar de produzir o resultado pretendido e, na pior hipótese, espalhar o sentimento de insatisfação entre os conflitantes e originar o acirramento na lide. Isso tudo em razão da eleição do mecanismo inapropriado (ALMEIDA, 2018, p. 943).

Normalmente, a solução se revela eficiente quando o instrumento utilizado está focalizado, primeiramente, nos interesses das partes. Logo, além de mais barato, nada melhor do que os próprios envolvidos resolverem a disputa pela negociação direta mediante a criação de opções vantajosas para si e a distribuição de valores de acordo com critérios objetivos previamente acordados. A partir do momento em que o enfoque nos interesses for insuficiente para resolver a contenda sem a interferência de um terceiro, deve-se sopesar qual método é mais adequado (GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 11-12).

Por isso, a escolha da via alternativa necessita ser previamente estudada antes de usada no caso concreto, pois, se assim for, esse caminho se mostrará mais coerente e seguro para as

partes interessadas. Não se trata apenas de uma simples alternativa para solucionar um conflito qualquer, mas, ao revés, a eleição do processo deve se revelar eficiente à hipótese em discussão (GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 10).

O tratamento da autocomposição facilita a formação de um espaço proveitoso à criação de resultados e respostas satisfatórios, fomentando, por consequência, o distanciamento da via litigiosa, lugar onde há vitoriosos e perdedores (TARTUCE, p. 42). Busca-se, através desse método, a produção de resultados práticos e socialmente úteis, assim como a eliminação do conflito e pacificação dos litigantes (DINAMARCO, 2001, p. 57).

Lembre-se de que a justiça multiportas é participativa e democrática. Essas qualidades definem bem esse sistema. Diferentemente da justiça clássica, conhecida pela ausência de manifestação direta das partes, naquele modelo se observa o empoderamento do sujeito. Este possui a oportunidade de se pronunciar de maneira clara e direta (sem representantes), de externar suas angústias e aflições, metas e interesses. Ele é o ator principal e peça-chave para a promover pacificação, pois, em decorrência da autonomia que lhe é concedida, tem capacidade de escolher e construir, da melhor forma, a própria decisão (LESSA NETO, 2015, p. 101).

As características suso mencionadas acentuam a diferença quanto ao modelo tradicional, cuja característica marcante é a participação de um terceiro revestido de poder decisório. Este, a propósito, dificilmente logrará êxito em atender satisfatoriamente às expectativas e às pretensões dos conflitantes no que diz respeito ao conteúdo do julgado. Inexiste a alternativa de aquele terceiro conseguir encontrar um ponto de equilíbrio, um meio termo capaz de propiciar um elevado nível de satisfação entre as partes (SAID FILHO, 2017, p. 193).

A partir do sistema multiportas, implanta-se, no contexto social, a imagem de um Judiciário que se refaz para melhor atender ao “consumidor da justiça”, e não o contrário. Deixa-se de ter apego ao serviço jurisdicional marcado pela presença de um terceiro que impõe e abre espaço para que as partes construam o resultado (CABRAL, 2018, p. 337).

É preciso que cada pessoa neutralize ou, no mínimo, supere/contorne as dificuldades relativas às questões ideológicas, culturais e burocráticas, bem como os aspectos ligados ao efetivo conhecimento da norma regente, para que se conquiste os resultados firmados através da concordância de ideias (consenso). Esse êxito depende, mormente, da capacidade de realmente escutar e de respeitar o interlocutor (MORAES, 2018, p. 258).

O horizonte se mostra otimista e promissor ao sistema multiportas. No Estado de São Paulo, por exemplo, já foi criado o Sindicato dos Conciliadores e Mediadores, como também, por meio da Lei Estadual nº 16.481, de 26 de junho de 2017, foi instituído o dia 23 de setembro como o “Dia dos Conciliadores e Mediadores Judiciais e Extrajudiciais” (CABRAL, 2018, p.

339). No mesmo Estado, igualmente, aquela categoria participou de uma audiência pública no dia 24 de abril de 2018, visando promover o debate do Projeto de Lei (PL) 124/2018, que dispõe sobre a regulamentação das atividades de Mediador e Conciliador extrajudicial (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO, 2018).

É oportuno ressaltar que empresas, procurando modificar a política interna de abordagem de conflitos, estão fazendo “mutirões” através de plataformas *online*, a fim de diminuir a propositura de processos no Judiciário e melhorar a imagem diante da sociedade (CABRAL, 2018, p. 340).

A título ilustrativo, cita-se a situação do Mercado Livre. Essa plataforma de comércio eletrônico, há pouco tempo, implementou o “Projeto Empodera”, com o propósito de fomentar, de maneira sustentável, a desjudicialização. Para alcançar tal meta, a base de sustentação desse projeto está firmada no compromisso de providenciar a ampla divulgação perante o consumidor e na parceria celebrada com a SENACON (Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor). Conforme dados fornecidos pela própria empresa, os índices provenientes de soluções amigáveis são superiores aos 95% dos casos recebidos (SIQUEIRA; CHIESI FILHO, 2018, p. 464-465).

Entende-se que o tratamento suso mencionado ocasionará vantagens aos personagens da relação de consumo, dentre os quais se sobressaem: a possibilidade de a empresa fidelizar o consumidor como cliente; atendimento dos problemas de maneira mais célere, sem ônus e com a comodidade de o consumidor permanecer na sua residência ou no seu local de trabalho; e disponibilização de um modelo mais racional e sustentável e menor custo para o Estado com infraestrutura do Judiciário (SIQUEIRA; CHIESI FILHO, 2018, p. 466).

O reconhecimento e o uso crescente dos meios alternativos de pacificação e condução à ordem jurídica justa corroboram a imagem de igualdade entre eles e a tutela jurisdicional estatal. Por isso, desmerecer o valor daqueles meios constitui um desvio de perspectiva que precisa ser evitado (DINAMARCO, p. 55 e 57).

À luz do que restou explanado, verifica-se uma gradativa reformulação no modelo de justiça brasileiro, o qual deixa de oferecer ao jurisdicionado somente a solução judicial e procura disponibilizar vários meios alternativos de resolução de contendas (a mediação, a conciliação, etc.), que podem ser, como já dito, mais adequados e igualmente eficazes, dependendo da natureza da lide e das peculiaridades de cada hipótese. Analisando os interesses e necessidades das partes, assegura-se a oportunidade de elas participarem diretamente do processo de resolução do conflito, cujo resultado terá a garantia estatal decorrente da homologação judicial (caso as partes desejem) (STANGHERLIN; RANGEL, 2018, p. 684).

A despeito do pouco tempo de vigência da Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil, o padrão de justiça lastreado em múltiplas portas tem obtido boa aceitação em vários segmentos da sociedade, restando, daqui para a frente, consolidar, na prática, aqueles meios como remédios jurisdicionais facultativos, cujas vantagens não são negadas (CABRAL, 2018, p. 341).

6 CONCLUSÃO

Diante dos dados apresentados nesse trabalho, a despeito dos esforços do CNJ em melhorar a qualidade da atividade jurisdicional, ainda existe uma procura massiva da população pelos serviços prestados pelo Poder Judiciário. A compreensão equivocada que ainda predomina acerca do sentido de acesso à justiça é um dos fatores preponderantes para a massificação de demandas judiciais.

Apesar do cenário preocupante, verificou-se que as introduções de novos regramentos no ordenamento jurídico brasileiro se revelaram consentâneos com a proposta traçada pelo Sistema Multiportas. Esse sistema se baseia na ideia de que a justiça tradicional não detém a exclusividade na solução de litígios. A reflexão que deve pairar e ruminar entre os conflitantes é a de que, na realidade, existem outras “portas” igualmente eficazes em relação ao Poder Judiciário; basta a aplicação do meio mais adequado, não ensejando, obrigatoriamente, no acionamento da atividade adjudicatória do Estado.

Aqui, teve destaque o método da autocomposição justamente por colocar as partes no centro da contenda, atribuindo-lhes autonomia para encontrar uma solução que seja aceita mutuamente. O terceiro, quando presente, apenas tem o escopo de facilitar o diálogo entre os sujeitos, sem poder de decisão. O empoderamento dos litigantes é algo que deve ser, conjuntamente, prestigiado pelo Poder Público, sociedade civil, associações comerciais, órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), entre outros.

A ideia trazida no corpo do texto é fomentar a implementação de novas medidas (jurídicas ou não) a fim de estimular a “cultura da pacificação” no meio social, afastando-se cada vez mais do ambiente litigioso, onde se propaga a figura de um vencedor e um perdedor.

Logo, cabe mencionar a plataforma “consumidor.gov.br”, serviço público criado pelo governo federal que promove a comunicação direta entre consumidor e o fornecedor, facilitando a resolução de disputas oriundas da relação consumerista. Segundo dados contidos nesse canal, atualmente, 80% das reclamações são solucionadas e no prazo médio de 7 dias, ou seja, a demanda nasce e se encerra de maneira rápida e desburocratizada.

Outra medida que poderia ser aplicada pelos entes públicos está relacionada com a necessidade de ocorrer o reaparelhamento das unidades dos Procons. A modernização deles é essencial para acompanhar a evolução tecnológica presente na sociedade, bem como para se aproximar da população que necessita dos serviços. Aliás, sendo assim, estes poderiam ser prestados de maneira mais eficiente, ágil e com menor burocracia, possibilitando, por exemplo, a abertura de procedimentos administrativos, juntada de documentos, realização de audiência virtual, entre outros.

Não se olvide, por fim, que os benefícios advindos da promoção do acesso à justiça e da construção de sociedades pacíficas são elementos importantes para mostrar que o Brasil se mostra alinhado e determinado a atender as diretrizes estabelecidas pela ONU (Organização das Nações Unidas) na Agenda 2030. A referida Agenda é um plano de ação que, dentre as diversas orientações previstas para conduzir a comunidade internacional, está fundamentada em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Conclui-se, dessa maneira, que os métodos de autocomposição, sob o prisma da adequação, inclinam-se para um ponto de vista mais coerente e em perfeita sintonia com o Direito contemporâneo, bem como mais conectado e próximo à heterogeneidade das relações constantes nas sociedades atuais, afastado, assim, do conceito puramente dogmático da aplicabilidade da norma.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO. **Regulamentação de mediação e conciliação extrajudicial**. São Paulo, 02 mai. 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=391544>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). **Revista Fórum de Direito Civil**. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan.-abr./2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal: sessão solene realizada em 23 de abril de 2010, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pacto republicano: parceria entre os três poderes a serviço da democracia. 2011. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.338.256 – PR, Rel. Min. Castro Meira, publicado em 15/02/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.MI.N.&processo=1338256.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 fev. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas no Brasil. In: RODAS, João Grandino ... (et al). (Coord.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARLYLE, Raimundo. **A reinvenção do judiciário**. 2. ed. São Paulo: Scortecci, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: ano-base 2018, Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017, Brasília: CNJ, 2018.

CONSUMIDOR.GOV.BR. **Sobre o serviço**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/contendo/sobre-servico>. Acesso em: 18 mar. 2020.

CRUZ, Paulo Marcio; SALLES, Bruno Makowiecky. Access to justice: legal concept and characterization. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 23, n. 45, ago. 2020.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DELGADO, José Augusto. **Acesso à justiça - um direito da cidadania**. Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraíva. Brasília, v. 9, n. 1, jan.-jun./1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/view/326/288>. Acesso em: 26 fev. 2020

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela adequada em litígio complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil**: noções fundamentais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

FALCÃO, Joaquim. O judiciário e o acesso à justiça. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **O judiciário em debate**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

FREITAS, Rosa Maria; LUNA, Rafael Alves de; OLIVEIRA, Suelle Carneiro de. O reconhecimento da autonomia do sujeito e transformações do papel do estado na gestão de litígios no novo código de processo civil: do sistema multiportas à conciliação no novo código de processo civil. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo, ano 42, vol. 266, abr. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, v. 2, n. 5, abr. 2008.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GORON, Lívio Goellner. Acesso à justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, vol. 195, mai. 2011.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas! e agora?!. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 23, v. 92, out.-dez. 2015.

MÁRQUEZ, Alejandro Román. La mediación como instrumento para la resolución extrajudicial de conflictos de consumo en el ámbito turístico. **Revista Internacional de Derecho del Turismo**. v.1, n. 1 (2017). Disponível em: <http://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/issue/view/603/showToc>. Acesso em: 22 fev.2020.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas fundamentais do código de processo civil de 2015: breves reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 10, v. 17 (2), jul.-dez. 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Novo Código de Processo Civil – o Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito – negociação, mediação e conciliação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo, ano 43, vol. 276, fev. 2018.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrática: primeiros apontamentos. In: ALVIM, Teresa Arruda. (Coord.). **Revista de Processo**. São Paulo, ano 38, vol. 217, mar. 2013.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. **Scientia Iuris**. v. 10, 2006. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>. Acesso em: 26 jan. 2020.

PELUSO, Cezar. Mediação e conciliação. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 8, v. 30, jul.-set. 2011.

RUIZ, Ivan Aparecido. Princípio do acesso justiça. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes ... (et al). (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SADEK, Maria Tereza. O sistema da justiça. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **O sistema da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, R. (coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**. n. 101, mar.-mai. 2014.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. **Revista da AJURIS**. v. 44, n. 142, jun. 2017. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/index>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 216, abr.-jun. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SIQUEIRA, Ricardo Lagreca; CHIESI FILHO; Humberto. O empoderamento do usuário da internet e o desestímulo à judicialização. In: RODAS, João Grandino ... (et al). (Coord.). **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. **Scientia Iuris**. v. 15, n. 2, dez. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A (des)institucionalização da mediação pelo poder judiciário brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 12. v. 19, n. 3, set.-dez. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 13, n. 13, jan.-jun. 2013.

STANGHERLIN, Camila; RANGEL, Rafael Calmon. O conflito e a mediação nas relações de direito de família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do novo código de processo civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, ano 18, vol. 108, jul.-ago. 2017.

TAVARES, André Ramos. **III Pacto Republicano**. São Paulo, 02 abr. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/iii-pacto-republicano/10814>. Acesso em: 06 mar. 2020.

TENENBLAT, Fabio. Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**. Brasília, ano xv, n. 52, jan.-mar. 2011. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/1487/1453>. Acesso em: 09 fev. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20Júnior\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20Júnior(5)%20-formatado.pdf). Acesso em: 19 fev. 2020.

TRENTIN, Sandro Seixas. Novas formas de acesso à justiça: analisando de forma diferenciada a mediação e arbitragem. **Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi**. Fortaleza: Conpedi, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: ALVIM, Teresa Arruda. (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, v. 195, maio 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel (coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: RODAS, João Grandino *et al.* (coord.). **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2018.

Submissão: 07/09/2020 Aprovação: 04/06/2021

ACESSO À JUSTIÇA NA PRÁTICA: ESTUDO DE CASO SOBRE A REALIDADE DOS MEIOS EQUIVALENTES NO JUDICIÁRIO

ACCESS TO JUSTICE IN PRACTICE: A CASE STUDY ON THE REALITY OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS IN THE JUDICIARY

*Daniel Mota Gutiérrez*¹
Centro Universitário Christus

*Igor Benevides Amaro Fernandes*²
Centro Universitário Christus

Resumo:

O objetivo principal do trabalho é analisar se os órgãos do estudo de caso cumprem, em princípio, o papel de oferecer condições para a materialização do efetivo acesso à justiça na perspectiva do Estado Democrático de Direito brasileiro. Metodologicamente, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica na doutrina, em periódicos científicos, dissertações e teses que tratam da referida temática, com uma abordagem quantitativa-descritiva, já que os dados obtidos de forma secundária não foram submetidos para nenhum modelo estatístico. Reitera-se, ainda, o caráter hipotético-indutivo pelo fato da análise retratar apenas uma parcela da realidade da mediação e da conciliação na jurisdição objeto de estudo, sem intenção, portanto, de exaurir dados. Concluiu-se que, nos órgãos estudados, a mediação e a conciliação exercem seu papel de auxiliar na concretização de um efetivo acesso à Justiça, mas apenas de maneira parcial, em face dos problemas e dificuldades técnicas, estruturais e informacionais levantadas na pesquisa, inclusive, relacionadas à imprecisão nos dados fornecidos pelos órgãos pesquisados, que compõem parte relevante da Unidade Judiciária pesquisada.

Palavras-chave:

Mediação. Conciliação. Acesso à Justiça. Efetivação dos meios equivalentes. Estado Democrático.

Abstract:

The main objective of this work is to demonstrate whether the organs studied in the case study meet, in principle, the role of enabling conditions for the materialization of effective access to justice in a Democratic State of Law. Methodologically, the hypotheses were investigated by means of a bibliographic research in doctrine, in scientific journals, dissertations and theses that depict this theme. The approach is quantitative-descriptive, since the data obtained from secondary form were not submitted to any statistical model. Reiterates the hypothetical-inductive character by the fact that the analysis portray only a portion of the reality of mediation and conciliation in state jurisdiction of the capital of Ceará, without intention, therefore, exhausted. Regarding the results, the investigation raised doubts as to the accuracy of the data provided by the Judiciary in contrast to what was collected. It was concluded that in the public agencies studied, the equivalent means of conflict management (mediation and conciliation) play a role in helping to achieve effective access to justice, but only partially, given the difficulties raised in the research and inaccuracy in the data provided by the public agencies that compose a relevant part of the Judiciary.

Keywords:

Mediation. Conciliation. Access to Justice. Effectiveness of alternative dispute resolutions. Democratic State.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da graduação e pós-graduação do Centro Universitário Christus.

² Mestre em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus. Professor, assessor jurídico, mediador e conciliador judicial.

Os meios equivalentes ou adequados de gestão de conflitos compõem, cada vez mais, a realidade do cenário jurídico brasileiro. Diversos estudos florescem, a temática é frequentemente debatida e estudada no universo acadêmico e profissional, a regulação legislativa da matéria avança e os cidadãos e operadores do direito passam a interagir, mais frequente e sistematicamente, com as categorias, expedientes e institutos próprios dos referidos meios de gestão dos conflitos.

O trabalho parte da constatação de que, com o advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, bem como da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, bem como da Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública e, ainda, do Provimento nº 67/2018 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil, os mecanismos equivalentes de gestão de conflitos, em especial, a mediação e a conciliação, receberam um expressivo e destacado impulso legislativo e normativo, sedimentando-se na prática forense nacional.

Por outro lado, e não obstante seja perceptível o incremento da qualidade e especificidade dos estudos em torno dos meios equivalentes de gestão de conflitos, percebe-se que ainda são incipientes ou pouco representativas as pesquisas de campo ou estatísticas sobre diversos aspectos relacionados à realização ou efetivação dos aludidos meios.

Este estudo surge da preocupação com os resultados gerados com a aplicação dos meios equivalentes e, mais especificamente, objetiva analisar se os órgãos abordados na pesquisa cumprem, em princípio, com o papel institucional de ofertar condições adequadas para a materialização do efetivo acesso à justiça na perspectiva do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse sentido, foram selecionados três órgãos públicos da esfera estadual do Poder Judiciário do Estado do Ceará, situados em Fortaleza, capital do estado e também a capital do estado brasileiro que possui os maiores índices atuais de conciliação entre os Tribunais de Justiça do país: o Núcleo de Soluções Extrajudiciais (NUSOL) da Defensoria Pública do Estado do Ceará; o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do Fórum Clóvis Beviláqua e o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), os quais lidam com os mecanismos objeto desta pesquisa, quais sejam, mediação e conciliação. A razão para escolha

dos referidos órgãos também foi motivada pela intenção de se buscar compreender como o acesso à Justiça ocorre no primeiro grau (NUSOL e CEJUSC) em contraste com o segundo grau (NUPEMEC) de jurisdição.

Assim, reitera-se que este estudo exprime o objetivo geral de analisar se alguns órgãos relacionados à unidade do Poder Judiciário estudado cumprem, em princípio, o papel de possibilitar condições para a materialização do efetivo acesso à Justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Busca, ainda, compreender, como objetivos específicos, se os dados e números relativos à mediação e a conciliação revelam informações precisas e estratificadas, principalmente no que se refere ao número de acordos, bem como se há equilíbrio entre o número de audiências agendadas, com as realizadas e o total de acordos, além de verificar se os órgãos escolhidos como objeto de exame possuem a estrutura adequada para consecução dos fins a que se destinam.

Espera-se que os dados objetivos obtidos nos citados órgãos, ao lado da pesquisa doutrinária e também legal, auxiliem na compreensão dos principais avanços e entraves enfrentados na efetivação do acesso à Justiça para os legitimados, quando esses utilizam esses meios de gestão dos conflitos no Estado que mais fez acordos nesta seara de competência nos anos de 2016 e 2017, bem como colaborem com a visualização de oportunidades de melhorias na prática dos meios equivalentes de gestão e na implementação de seus produtos.

Sob o ponto de vista metodológico, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica na doutrina, em periódicos científicos, dissertações e teses que tratam do tema estudado. Vale ressaltar que a abordagem é quantitativa-descritiva, uma vez que os dados obtidos de forma secundária não foram submetidos a nenhum modelo estatístico.

2 PROBLEMAS IDENTIFICADOS

Passa-se a elencar e discutir os problemas ou entraves levantados na pesquisa efetuada nos três órgãos objetos da pesquisa, no que se relaciona com o oferecimento das condições para a efetivação do acesso à justiça pela mediação e conciliação no âmbito das aludidas instituições.

2.1 Carência de informações precisas e estratificadas da atuação dos órgãos pesquisados

Um dos problemas observados na pesquisa diz respeito à dificuldade de obtenção de dados consistentes nos órgãos estudados. É possível identificar informações limitadas ou

parciais nos locais em que se buscou colher tais informações, no período compreendido nos anos de 2016 e 2017.

2.1.1 Núcleo de Soluções Extrajudiciais (NUSOL)

Com base nos dados disponibilizados, observe-se o comparativo entre o número de atendimentos agendados e realizados pelo NUSOL e a divisão entre mediações e conciliações.

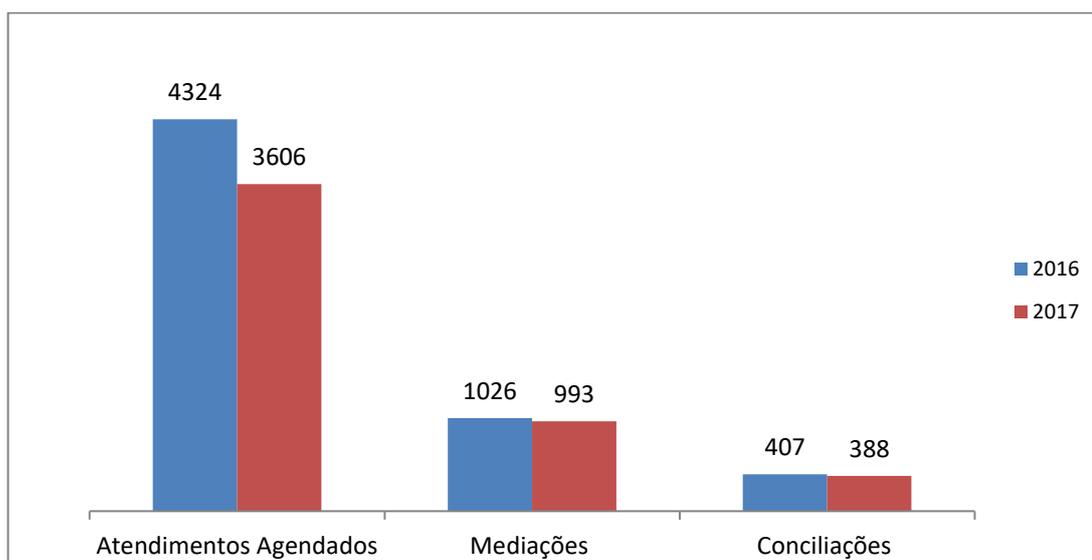


Gráfico 1: Número de Atendimentos Agendados x Realizados no NUSOL

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo Ceará (2016 e 2017)

O órgão apenas disponibilizou dados referentes aos anos de 2016 e 2017. Merece ressaltar que tais informações foram disponibilizadas pelo Ceará (2016 e 2017) em formato de slides no programa *powerpoint*, não sendo expressas em nenhuma planilha de dados e, por essa razão, os gráficos apresentados no referido trabalho foram elaborados de maneira própria para oferecer melhor visibilidade e compreensão ao estudo.

Além disso, o NUSOL trabalha somente com a via extrajudicial, porém, no Gráfico 1, não é possível compreender se os números, por exemplo, são relativos apenas à mediação e à conciliação extrajudicial ou se levam em conta também o plano litigioso, já que a Defensoria Pública do Estado do Ceará trabalha com ambas as modalidades.

Independentemente da hipótese adotada, cumpre destacar que os números não coincidem, já que, ao se somar todas as demandas consensuais do Gráfico 2, referente à mediação nos anos de 2016 e 2017, se chega aos números totais de 1.207 (817+373+15+2) e 843 (741+89+10+3), respectivamente.

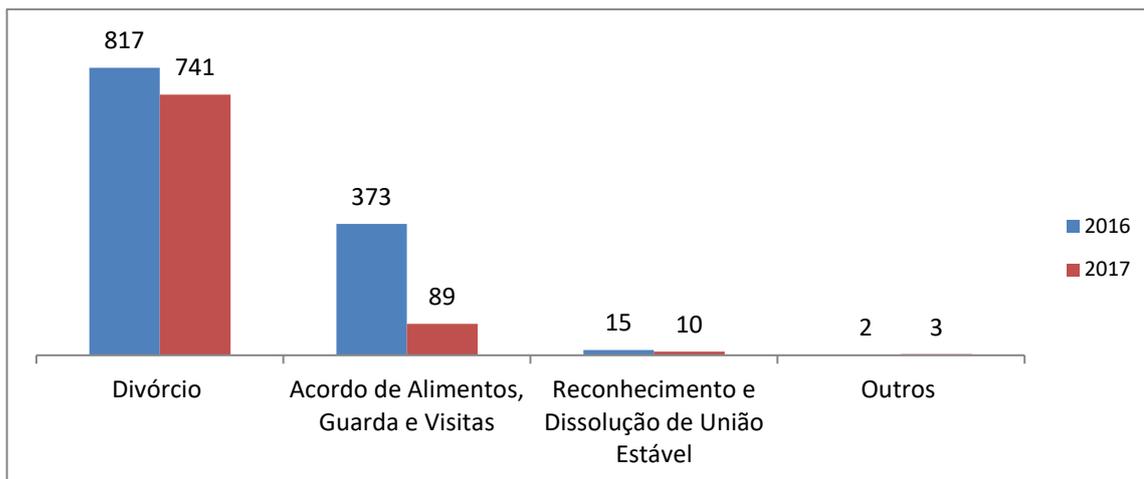


Gráfico 2: Número de Atendimentos de Demandas Consensuais no NUSOL

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo Ceará (2016 e 2017)

Os números expressos para atendimentos de mediação no Gráfico 1, todavia, foram de 1.026 para o ano de 2016 e 993 para o ano de 2017. Pela natureza das demandas, todas são condizentes com o emprego da mediação. Ainda vale destacar o Gráfico 3:

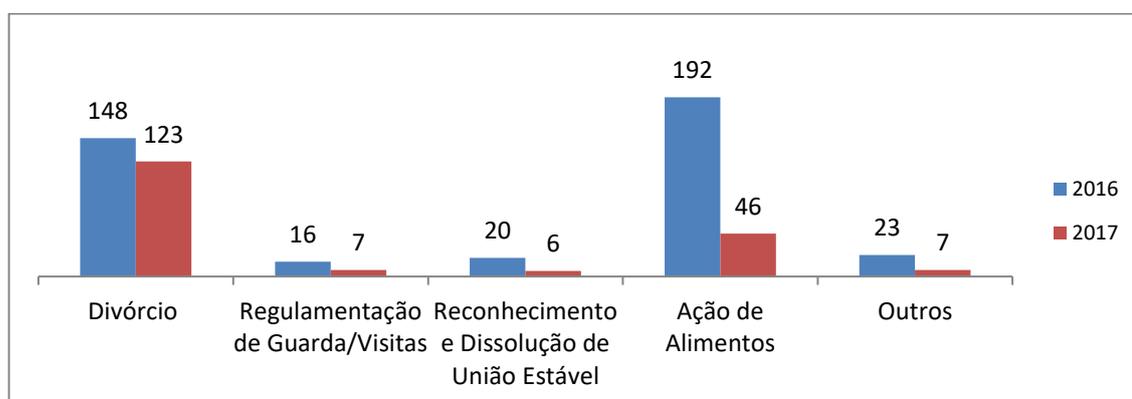


Gráfico 3: Número de Atendimentos de Demandas Litigiosas no NUSOL

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo Ceará (2016 e 2017)

Por fim, os Gráficos 2 e 3 não dividem as demandas de modo unitário. O que ocorre é um agrupamento de algumas demandas, obstaculizando a verdadeira compreensão numérica de maneira específica.

2.1.2 Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)

Com base na análise dos dados referentes ao Gráfico 4, constata-se que este compreende o somatório de audiências referente aos Gráficos 5 e 6. Porém, se somar, por

exemplo, o número de audiências realizadas no período de 2016 nos Gráficos 5 e 6, obter-se-á 585 (268+317); enquanto que no Gráfico 4 constam 582, sendo, portanto, imprecisas as informações fornecidas pelo órgão público.

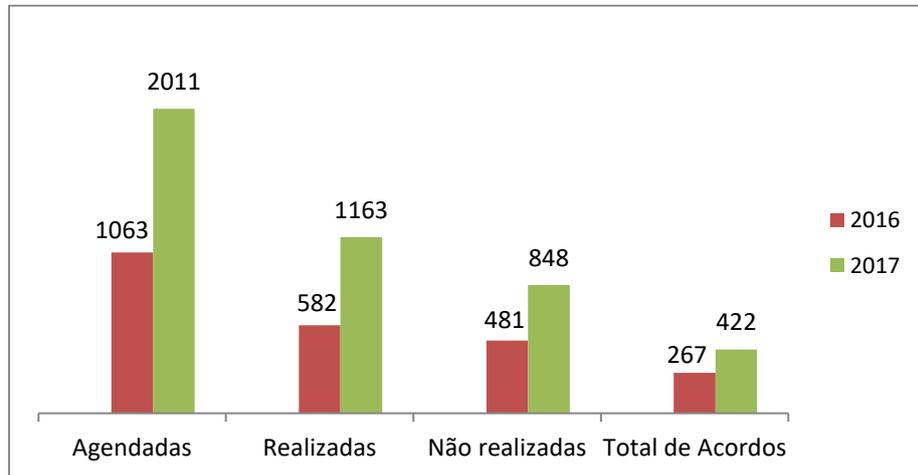


Gráfico 4: Comparativo Audiências x Total de Acordos no CEJUSC

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo CEJUSC (2016a e 2017)

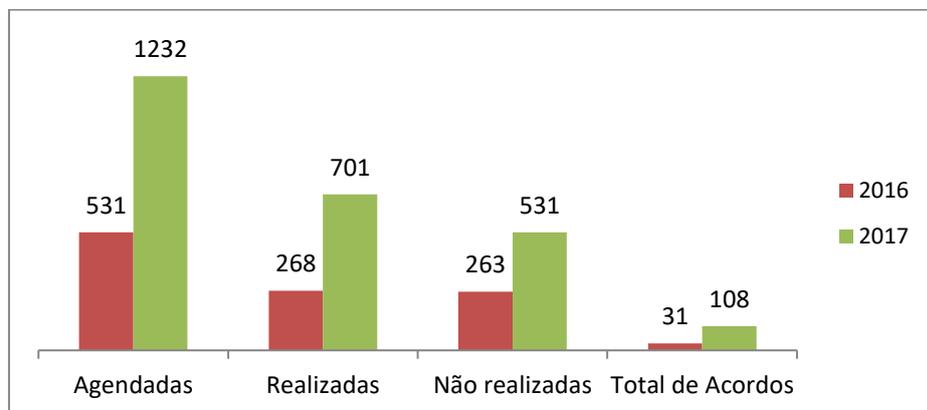


Gráfico 5: Comparativo Audiências Cíveis x Total de Acordos no CEJUSC

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo CEJUSC (2016b e 2017a)

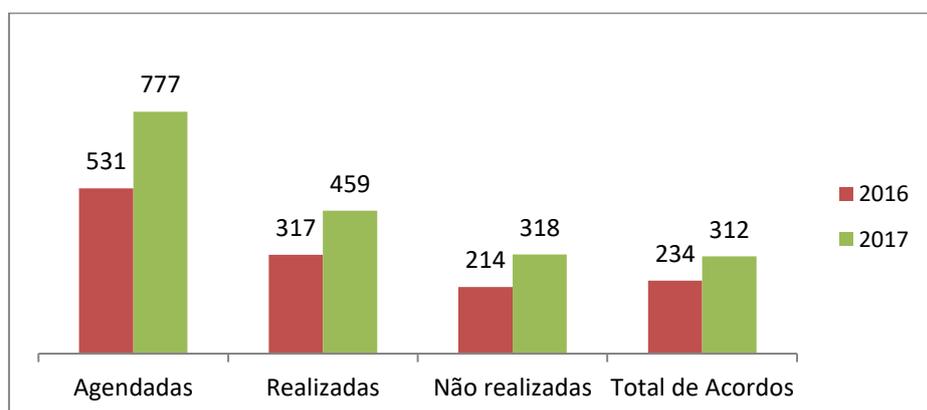


Gráfico 6: Comparativo Audiências de Família x Total de Acordos no CEJUSC

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo CEJUSC (2016c e 2017b)

Outro exemplo de imprecisão diz respeito ao número do total de acordos referentes ao ano de 2016 nos Gráficos 5 e 6 ser igual a 265 (31+234); já no Gráfico 4, o qual deveria corresponder à realidade apresentada anteriormente pelo somatório, constam 267 acordos. Em relação ao ano de 2017, os Gráficos 5 e 6 totalizam 420 (108+312) acordos, todavia, no Gráfico 4, consta que o referido número é de 422 acordos.

Apesar das informações obtidas no CEJUSC apresentarem-se organizadas e com bom nível de completude, não mostraram-se completamente precisas. Além disso, para facilitar o entendimento e estudo, caberia melhor estratificação de dados, classificando os casos em mediação e conciliação, por exemplo.

2.1.3 Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC)

No NUPEMEC, resta evidente o fato de que o total de 319 audiências agendadas em 2016 não corresponde ao somatório de audiências realizadas (64) com as audiências não realizadas (195) do mesmo período, conforme o gráfico 7.

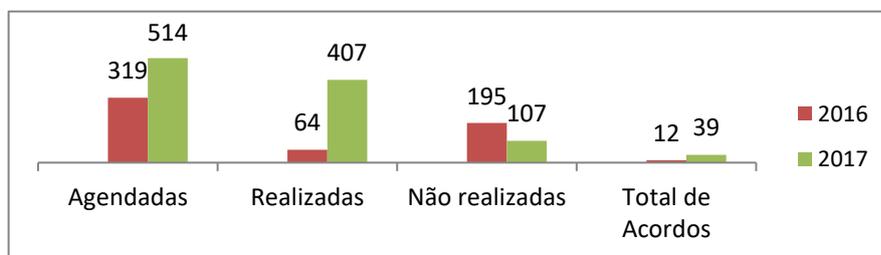


Gráfico 7: Comparativo Audiências x Total de Acordos no NUPEMEC.

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo NUPEMEC (2016 e 2017a)

Em linhas gerais, o que se pode afirmar é que em nenhum órgão compreendido na pesquisa foi possível obter dados devidamente estratificados, completos e precisos, que pudessem propiciar uma análise mais aprofundada, segura e específica sobre a efetiva atuação desses locais no trato das suas funções institucionais, sendo, inclusive, ponto a ser analisado oportunamente, com a devida profundidade e cuidado, a absoluta precisão dos dados fornecidos pelos órgãos do Judiciário, pelo menos os do caso estudado, para compor o *Justiça em Números* do CNJ (2018e, p. 139-140), que informa ser a justiça estadual cearense a com o maior índice de conciliações do Brasil.

Observa-se que não foi evidenciada a existência de sistema (*software*) ou mesmo controles devidamente padronizados que denotem informações mais precisas e seguras sobre a atuação e funcionamento dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos nos órgãos estudados, algumas básicas, como a própria natureza da ação.

2.2 Acentuada discrepância entre o número de audiências agendadas, bem como de audiências realizadas e o total de acordos

Observe-se a Tabela 1 abaixo:

TABELA 1

Índice de não realização de audiências nos órgãos pesquisados

Órgãos pesquisados	2016	2017
NUSOL	66,85%	61,70%
CEJUSC	45,24%	42,16%
NUPEMEC	61,12%	20,81%

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelos Gráficos 1, 4 e 7 (2018)

Os percentuais acima foram calculados a partir do total de audiências não realizadas no NUSOL (Gráfico 1), no CEJUSC (Gráfico 4) e no NUPEMEC (Gráfico 7), mediante regra de três simples, sendo bem expressivos.

No NUSOL, pode-se considerar apenas os números obtidos nos anos de 2016 e 2017, a partir do Gráfico 1, em que o índice de não realização de audiências (mediação + conciliação)³ foi de 66,85% e 61,70%, respectivamente.

No CEJUSC, com base em um comparativo entre o número de audiências agendadas e o de não realizadas no Gráfico 4, é possível perceber que nos anos de 2016 e 2017, o índice de não realização de audiências (mediação + conciliação)⁴ foi de 45,24% e 42,16%, respectivamente.

³ O número de audiências não realizadas foi obtido a partir da subtração entre o número de atendimentos agendados e o número de audiências realizadas (mediação + conciliação). Feito isso, dividiu-se o referido número de audiências não realizadas pelo número de atendimentos agendados e multiplicou-se o resultado por 100.

⁴ Obtido a partir da divisão entre o número de audiências não realizadas e o número de audiências agendadas, sendo o resultado multiplicado por 100.

Por fim, situação similar ocorre no NUPEMEC em face da observação dos valores obtidos no Gráfico 7, pois o índice de não realização de audiências (mediação + conciliação) restou configurado nos anos de 2016 e 2017 em 61,12% e 20,81%, respectivamente⁵. Não há nenhum motivo ou ação relevante, na prática, que justifique a queda abrupta no ano de 2017 para 20,81%. Todavia, em razão da incongruência de dados no somatório de audiências realizadas e não realizadas no ano de 2016, sem correspondência com o total de audiências agendadas no referido ano, não é possível estabelecer um parâmetro comparativo entre 2016 e 2017.

No NUPEMEC, resta evidente o fato de que (GRAF. 7), o total de 319 audiências agendadas em 2016 não corresponde ao somatório de audiências realizadas (64) com as audiências não realizadas (195) do mesmo período.

2.3 Não comparecimento das partes ou não informação a respeito dos motivos das faltas no que tange às audiências não realizadas

No NUPEMEC, inexistente aplicação de multa pela ausência em razão do caráter facultativo da audiência no segundo grau de jurisdição. Há de se considerar que as audiências de conciliação eram feitas por juízes e, em meados do ano de 2012, é que começaram a ser realizadas por um órgão neutro, no caso, o NUPEMEC.

Merece destacar o fato de que a parte pode vir representada só pelo advogado, desde que esse tenha poderes para isso, pois já supriria sua ausência. Todavia, o que não pode ocorrer é faltar o patrono e a parte ao mesmo tempo. Quando envolve empresa, é obrigatória a presença do advogado e do preposto.

Além disso, no NUPEMEC, existe ainda o agravante de tratar de processos oriundos de fora da cidade de Fortaleza. Sendo assim, existem pessoas que não comparecem à audiência na capital, porque acreditam não valer a pena, ou seja, ter o custo de deslocamento com passagem, hospedagem e ainda correr o risco, principalmente, quando envolve conflito com bancos ou grandes litigantes, desses não apresentarem nenhuma proposta de acordo.

No referido órgão, costuma-se ligar para as partes no sentido de reforçar a comunicação sobre a data de audiência, porém, nem sempre isso é possível, pois seus números telefônicos não são informações obrigatórias nos autos.

⁵ Obtido a partir da divisão entre o número de audiências não realizadas e o número de audiências agendadas, sendo o resultado multiplicado por 100.

Passando ao CEJUSC, suas audiências são enquadradas no art. 334 (BRASIL, 2018b), parágrafo 8º do CPC. Por essa razão, como primeiro grau de jurisdição, são obrigatórias, com incidência de multa no caso de não comparecimento injustificado.

O procedimento padrão do CEJUSC é enviar cartas-convite para os envolvidos no conflito, sendo que não há comprovação quanto ao recebimento, na medida em que são cartas “simples”, ou seja, sem Aviso de Recebimento (AR).

O que se denota corriqueiramente no CEJUSC é o fato de a carta somente ser entregue após o dia da audiência ou, simplesmente, a referida entrega não ser realizada. Inclusive, a inexistência de contato prévio com a parte, mediante informação de número telefônico para estabelecimento de contato, agrava ainda mais a situação, dificultando a gestão do conflito.

Diante de tal problemática, parece relevante uma revisão na sistemática de identificação e acompanhamento das partes interessadas, com dados cadastrais básicos, tais como nome, telefone, endereço e correio eletrônico, quando houver.

2.4 Os órgãos pesquisados, em geral, aparentam não possuir a estrutura de recursos humanos apropriada

Há de se perceber que o corpo funcional de parte dos órgãos pesquisados, que lidam com mecanismos equivalentes da gestão de conflitos, contempla, em sua maioria, voluntários que atuam como mediadores ou conciliadores judiciais nas audiências. Logo, caso se excluam os voluntários, pode-se comprometer a estrutura de funcionamento desses órgãos. Tal realidade é encontrada no CEJUSC e NUPEMEC, já que no NUSOL, os próprios defensores públicos exercem essa função nas audiências.

A maneira atual de contraprestação pela formação gratuita recebida pelos voluntários é com sessões de trabalho que completem a carga horária prática de 60 audiências (15 de conciliação, 15 de mediação e 30 complementares) no prazo de até um ano, iniciando na data do término das aulas teóricas, podendo ser realizado em período inferior. Posteriormente, atendidos todos os requisitos exigidos, o voluntário recebe a certificação como mediador e conciliador judicial.

Com base no art. 7º (BRASIL, 2018c), inciso V da Resolução nº 125 do CNJ, no triênio 2015 a 2017, o NUPEMEC, em sua atribuição de fomentar a utilização de métodos equivalentes da gestão de conflitos, ministrou oito Cursos de Formação de Conciliadores e Mediadores voltados para servidores, terceirizados, estagiários, voluntários, conveniados e público externo; ensejando dezessete turmas completas, com um total de 859 vagas (NUPEMEC, 2017b).

Deve-se, contudo, aprimorar o programa de voluntários. Constam muitas faltas desses e desmarcações de audiências por consequência desse fator. Sabe-se que está em pauta a formação de um cadastro de voluntariado, já certificado, para atuação como mediador e conciliador judiciais, visando amenizar este problema.

2.5 Gestão jurídica como ferramenta para a implementação de melhores práticas que possibilitem uma efetivação mais adequada dos meios equivalentes

Pensar os meios equivalentes em um viés democrático é assegurar o cumprimento do princípio da autonomia da vontade das partes, de modo que essas possam decidir em conjunto a solução para o litígio com liberdade, como principais gestores do objeto da lide, subsidiadas pela imparcialidade e sigilo do mediador ou conciliador, bem como pela informalidade e celeridade do procedimento. Isso é possível numa visão de processo como instrumento eficaz de acesso a uma ordem jurídica justa, um processo inspirado e coadunado com os princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De acordo com a análise do Gráfico 8 abaixo, é possível constatar que a população brasileira não deposita tanta confiança na máquina judiciária, principalmente, em face da grande morosidade, complexidade e custos elevados na gestão do conflito.

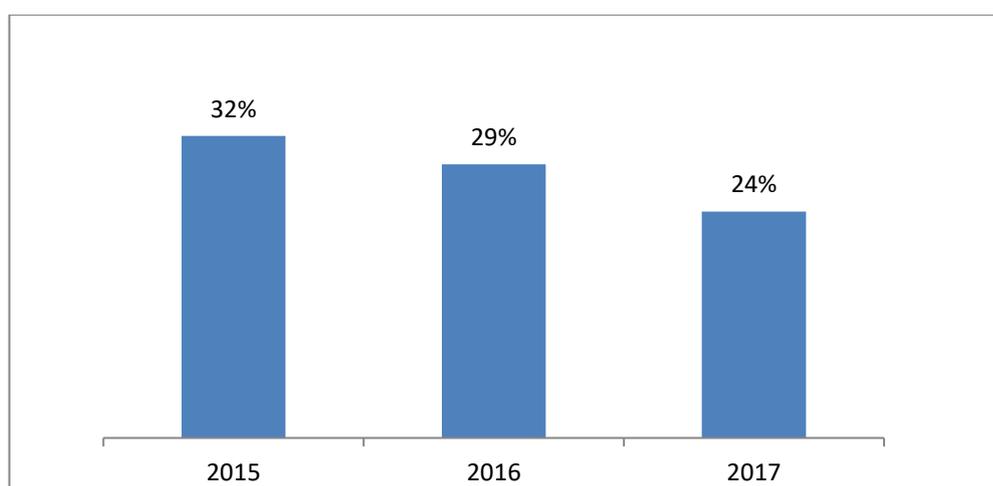


Gráfico 8 – Índice de Confiança x Ranking do Poder Judiciário

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados nos Relatórios ICJ Brasil (FGV, 2015, p.18; 2016, p.15; 2017, p.13)

Conforme Silva (2012, p. 20-21):

[...] As sociedades contemporâneas dão sinais reiterados de que a Justiça e o processo judicial não são o “one size fits all litigation” – ou seja, não são o mecanismo padrão suficiente para resolver os conflitos de interesses. Percebe-se um movimento na sociedade e no Estado tendente a legitimar métodos menos formais de solução de conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. O próprio Estado, angustiado por solucionar o volume assombroso de demandas judiciais na pauta dos tribunais, incentiva, subsidia, organiza e até mesmo assume a condução dos métodos informais. No Brasil, o Poder Judiciário dá apoio para o desenvolvimento da arbitragem comercial e institui a conciliação judicial em sua própria estrutura e com o declarado propósito de reduzir seu contingente de processos judiciais.

Acredita-se, atualmente, no potencial existente na aplicação dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos, não em substituição ao Poder Judiciário, mas em seu auxílio, com o objetivo de garantir um acesso à Justiça mais democrático na conquista da pacificação social.

Segundo Andrade e Santiago (2018, p. 56), os mecanismos da gestão de conflitos devem ser tratados da seguinte maneira:

[...] Através de uma análise que envolve a ideia de adequação; ou seja, a consensualidade não é uma opção simples que se possa escolher, mas, sim, um mecanismo de resgate do diálogo que só é útil quando todos os envolvidos se sentem imbuídos da vontade de reduzir o litígio (seja por incentivos econômicos ou estímulos pessoais) de forma espontânea.

Para que tais mecanismos funcionem na prática, no entanto, é necessária uma gestão jurídica adequada, com políticas contínuas para desenvolvimento dos meios equivalentes, incluindo investimento em capital humano e estrutura física, capacitação, reestruturação da estrutura curricular no ensino jurídico superior, difusão e aprimoramento na utilização de ferramentas já disponíveis para a população, com o fito de reduzir os obstáculos ainda existentes na sua aplicabilidade no âmbito forense.

Com este objetivo, no segmento a seguir, foram traçadas sugestões para melhor efetividade da mediação e conciliação no Estado do Ceará.

3 SUGESTÕES DE MELHORIA

Seguem algumas sugestões de melhoria com base nos problemas apresentados até o momento, buscando com isso promover efetividade no acesso à justiça e aos meios equivalentes de resolução de conflitos, que permitam à sociedade e a comunidade jurídica vislumbrarem benesses e a profissionalização das abordagens propostas.

3.1 Indicação do número de telefone das partes nas petições

Percebeu-se, de uma forma geral, dificuldade de comunicação com as partes pelo simples fato de não constarem seus números telefônicos nas peças processuais.

A mencionada e simples exigência por lei ou sua simples recomendação, até que houvesse obrigatoriedade, seria de grande valia, facilitando a comunicação e o agendamento das audiências de conciliação ou mediação e o contato em qualquer fase processual com as partes, com vistas à promoção do diálogo e do consenso.

Não há, contudo, obrigatoriedade de tal informação, já que o próprio art. 319 (BRASIL, 2018b) do CPC não elenca isso como requisito da petição inicial.

3.2 Capacitação de advogados para a solução consensual de conflitos e incentivo na implantação da política pacificadora

É imprescindível estimular e promover ainda mais a capacitação dos advogados na gestão de conflitos com a utilização dos meios equivalentes de jurisdição. Um exemplo pertinente ao caso seria o estímulo à criação de câmaras de mediação e conciliação nos escritórios de advocacia.

O maior agravante do sistema hoje talvez seja o reduzido comparecimento às audiências, conforme já foi devidamente comprovado na anterior análise de dados. Enquanto não houver uma mudança de cultura dos operadores do direito, no que tange à utilização e efetividade dos meios equivalentes, essa realidade dificilmente vai mudar.

É importante, também, insistir na implantação de uma carreira remunerada, pois existe uma grande demanda e profissionais qualificados e capacitados para atuação, inclusive, pertencentes ao Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais. É possível constatar, só na cidade objeto deste estudo, o quantitativo de 68 mediadores judiciais (voluntários: 28, patamar básico: 15, patamar intermediário: 15, patamar avançado: 6 e patamar extraordinário: 4) e 96 conciliadores judiciais, os quais são cadastrados no TJCE (BRASIL, 2018d).

3.3 Implantação de uma estrutura curricular que contemple com maior ênfase o estudo e a prática das soluções equivalentes no nível superior

No contexto inglês, Andrews (2012) discorre sobre determinados pontos quando considera um dos três meios para solucionar seu conflito: *court proceedings*, *arbitration* e *mediation* (ressalte-se que o uso do termo *mediation* pelo britânico não faz a diferenciação doutrinária que a literatura brasileira aplica entre "mediação" e "conciliação", até pela realidade jurídica diversa da Inglaterra). Afinal, além da consideração dos dois primeiros (via judicial e arbitragem) serem custosos, seis pontos são favoráveis à mediação:

(1) the perception (and nearly always the reality) that court litigation is unpredictable; (2) the judicial process (including extensive preparation for the final hearing) involves a heavy-handed fight for justice, which is a source of expense, delay, and anxiety; (3) court litigation offers little scope for direct participation by the parties, as distinct from legal representatives; (4) final judgment normally awards victory to only one winner; (5) trial is open-air justice, visible to mankind in general; (6) litigation is private war—even if judges pretend that it is governed by elaborate rules and conciliatory conventions designed to take the sting out of the contest (ANDREWS, 2012, p. 572-573)⁶.

O CPC de 2015 traz a mediação e a conciliação como soluções integradas e alternativas na composição dos conflitos, sendo possível a escolha da melhor prática autocompositiva para aplicação na lide em questão.

Conforme Malta e Rodrigues Júnior (2017, p. 262):

Assim, apesar das duras críticas que se podem fazer à tendência de absorção destas técnicas no bojo do processo jurisdicional, o novo CPC, buscando reduzir os déficits de sua eficiência, em face, inclusive, da ausência de profissionalismo no uso das técnicas, tenta promover um peculiar modelo multiportas no qual o processo judicial encampa a solução adjudicada (jurisdicional), além da possibilidade endoprocessual de uma conciliação e/ou mediação profissionalizada.

Para que a política de pacificação social e a cultura de paz possam ser implementadas de modo eficaz na prática, segundo Lorencini (2012, p. 80):

A tarefa agora é de tropicalizar os métodos alternativos de solução de controvérsias e o sistema multiportas, criar meios e técnicas aderentes à realidade cultural brasileira, assim como continuar o trabalho incessante de mudança de mentalidade, a começar pelos estudantes. Definir a profissionalização e remuneração dos terceiros (mediadores, árbitros e terceiros neutros), sem prejuízo do trabalho voluntário que alguém queira desempenhar. Enfim, finalmente, as portas estão abertas.

⁶ (1) a percepção (e quase sempre a realidade) que o Tribunal Contencioso é imprevisível; (2) o processo judicial (incluindo extensa preparação para a audiência final) envolve uma pesada luta pela justiça, que é uma fonte de despesa, atraso e ansiedade; (3) o Tribunal Contencioso dispõe de pouco espaço para participação direta pelas partes, como distinto de seus representantes legais; (4) transitada normalmente atribui vitória apenas a um vencedor; (5) o julgamento é a justiça ao ar livre, visível para a humanidade em geral; (6) contencioso é guerra privada – mesmo que juízes finjam que é governada pelas regras elaboradas e convenções conciliadoras projetadas para eliminar a competição (ANDREWS, 2012, p.572-573, tradução nossa).

Cumprir destacar que a atividade nas universidades, basicamente, é pautada em três dimensões, quais sejam: ensino, pesquisa e extensão. Esse tripé se traduz no forte estímulo ao pensamento reflexivo, à criação cultural e ao desenvolvimento do espírito científico. De acordo com Garcia *et al.* (2018, p. 4):

Partindo das abordagens teóricas e históricas, pode-se encontrar, nas práticas extensionistas das universidades, três concepções ideológicas que se entrecruzam e adquirem materialidade: a posição assistencialista, que se caracteriza pelo atendimento às demandas sociais por intermédio da prestação de serviços à comunidade; a dimensão transformadora, na qual as relações entre universidade e sociedade são dialógicas e buscam a transformação social, e, mais recentemente, o entendimento de que as demandas, advindas da sociedade, são tomadas como novas expectativas de serviços que a sociedade demanda da universidade. A parceria da universidade com os demais setores da sociedade civil, portanto, poderia ser o mecanismo de articulação entre esses atores ao transformar a instituição de ensino também em produtora de bens e serviços.

O ideal seria que as faculdades propiciassem um aprendizado sistêmico, no que tange às aludidas dimensões, sob a perspectiva também do consenso. Pelo menos, uma maior inserção de disciplinas nesse sentido nas matrizes curriculares com esse fim, para que se possa romper com o ensino essencialmente formalista.

Além disso, uma posição transformadora, no quesito da extensão, contribuiria para o aprimoramento dos mecanismos da gestão de conflitos na prática forense com maior aproximação da instituição de ensino com a sociedade, não apenas restritos ao âmbito jurídico, mas também aplicados nos diversos cursos das ciências sociais, humanas, tecnológicas e da saúde.

Inclusive, as novas propostas de Diretrizes Nacionais Curriculares para a graduação em Direito começaram a considerar os meios equivalentes como essenciais dentro do ensino (LIMA, 2018), sendo resultado disso a recente Resolução nº 5 de dezembro de 2018, editada pelo Conselho Nacional de Educação, que passou a tornar obrigatórios tais meios em quesitos teóricos e práticos nos cursos de Direito, tendo esses o prazo de dois anos para se adaptarem (BRASIL, 2018g).

É possível visualizar, em termos de legislação, o referido panorama com esteio em Tartuce (2018, p. 1):

[...] O Novo Código de Processo Civil confirma essa tendência ao contemplar muitas regras sobre o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos. Sob a perspectiva numérica, eis as ocorrências: no Novo CPC a mediação é mencionada em 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual consta em 7, o que totaliza 103 previsões.

O CPC, entretanto, contempla 1.072 dispositivos, sendo apenas 103 referentes ao consenso. Se o incentivo maior é para o contencioso, se a cultura demandista ainda prevalece, é de se esperar que os advogados não estejam tão familiarizados e treinados para o exercício dos meios equivalentes, e, por isso, passem a entendê-los até como ameaça aos seu modo de trabalho.

3.4 Credenciamento das câmaras privadas de mediação e conciliação no Estado do Ceará

As câmaras privadas de mediação e conciliação passaram a ser regulamentadas com a Resolução nº 12, de setembro de 2018, do TJCE, o que representa um grande avanço na aplicação dos mecanismos equivalentes da gestão de conflitos na prática forense, garantindo de um efetivo acesso à Justiça. Como, porém, a regulamentação é algo muito recente, só existia no Ceará, até o mês de junho de 2019, uma Câmara Privada cadastrada no TJCE em pleno funcionamento (BRASIL, 2019), que é a do Instituto de Mediação e Conciliação do Ceará (IMECC).

É imprescindível, portanto, que o Poder Judiciário cearense, através da veiculação de campanhas institucionais direcionadas às vantagens da gestão de conflitos pelas práticas autocompositivas, incentive a população em buscar as Câmaras Privadas e possibilite aumento no número de credenciamentos por particulares pela divulgação do procedimento previsto na Resolução nº 12 do TJCE, tendo em vista que o CNJ não executa nenhuma ação administrativa sobre o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, valendo o mesmo para as respectivas Câmaras, onde tal competência é do tribunal do respectivo Estado, através do seu NUPEMEC.

Dentre as situações em que as pessoas interessadas poderão utilizar as câmaras privadas, destacam-se: pensão alimentícia, partilha de bens, acidentes de trânsito, dívidas em bancos, danos morais, entre outros (NUPEMEC, 2018a).

3.5 Aprimoramento do Curso de Capacitação para Formação de Mediadores e Conciliadores Judiciais

Conforme Publicação Oficial do TJCE (2017), o Curso de Formação de Conciliadores e Mediadores promovido pelo NUPEMEC conta com carga horária de 120 horas/aula, distribuídas em duas etapas, sendo 60 horas para a primeira (etapa teórica), e 60 horas para a segunda (etapa prática: estágio supervisionado). A etapa I contempla duas fases: a primeira

delas, na modalidade de educação à distância (EaD) e, a segunda compreende a modalidade de educação presencial.

Ressalta-se que, na primeira fase, o aluno deverá realizá-la na plataforma *Moodle*, disponibilizada pelo setor de educação corporativa do TJCE. Tal etapa é dividida em quatro módulos, devendo cada um deles ser acessado no período de uma semana, perfazendo um total de quatro semanas de aulas em EaD. Em tal situação, o aluno deverá obrigatoriamente ler os artigos, participar dos fóruns, realizar os exercícios e resolver as avaliações finais nos prazos preestabelecidos com o fito de alcançar, no mínimo, 70% de aproveitamento em todas as avaliações e fóruns, tornando-se apto a participar da segunda fase.

Merece destacar que só participa da fase II, a qual contempla aulas teóricas presenciais, o aluno que receber *e-mail* do NUPEMEC, informando acerca de sua aprovação na primeira. As aulas teóricas presenciais são realizadas na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), em dias e horários predeterminados, sendo obrigatória a presença em 100% (cem por cento) das referidas aulas.

Por fim, após a conclusão das fases I e II da etapa I, o aluno participante receberá declaração atestando sua aptidão para o início da etapa II (etapa prática: estágio supervisionado), na qual deverá participar da capacitação em sessões de conciliação e mediação nos locais designados (CEJUSC, NUPEMEC, NUSOL, Juizados Especiais), restando 15 audiências de mediação, 15 audiências de conciliação e 30 audiências complementares.

No que tange à participação nas audiências de mediação, caberá ao aluno atuar em três delas na função de observador, cinco como co-mediador e sete como mediador; o mesmo valendo para as audiências de conciliação, nas quais participará, nas mesmas quantidades anteriormente mencionadas, como observador, co-conciliador e conciliador, respectivamente. Totalizam, portanto, trinta audiências. Para preenchimento da numeração de trinta audiências complementares faltantes, o aluno poderá atuar em qualquer função na mediação e na conciliação, no entanto, para efeito de contagem válida das audiências, o requisito exigido é a presença das partes, independentemente de existir acordo ou não.

Pode-se afirmar que o maior interesse no curso é de pessoas que tencionam atuar como mediadores e conciliadores nos CEJUSC's e nas unidades judiciárias, dentro do número de 100 (cem) vagas ofertadas, das quais, 30 vagas são destinadas à indicação da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará e 70 para indicação do NUPEMEC do TJCE, tendo como destinação preferencial os servidores lotados em CEJUSC's, bem como os conciliadores lotados em juizados especiais.

Acredita-se que o Provimento nº 67, de 26 de março de 2018, da Corregedoria Nacional de Justiça, o qual dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro no Brasil, contribua na aplicabilidade de tais mecanismos de forma estendida ao ambiente cartorário. Dessa maneira, é requisito fundamental que os interessados em atuar nos referidos espaços sejam capacitados no curso de formação com base no art. 6º (BRASIL, 2018e) do mesmo Provimento.

Para difundir a referida capacitação em solução de conflitos, a gestão no TJCE, no triênio de 2015 a 2017, previsto em NUPEMEC (2017b, p. 13):

Expandiu o público-alvo do curso de Formação de Conciliadores e Mediadores, contemplando além de servidores, terceirizados, estagiários, voluntários e conveniados contemplados em turmas anteriores, o público externo ao Poder Judiciário, oferecendo-lhes vagas selecionadas sob o critério de ordem de inscrição [...].

Ainda com base em NUPEMEC (2017b, p. 14), todavia, é importante explicar que nos “08 (oito) editais lançados, 17 (dezesete) turmas realizadas e 859 (oitocentas e cinquenta e nove) vagas preenchidas no curso, apenas 81 (oitenta e um) alunos foram certificados”, o que representa um percentual muito baixo de efetividade e aproveitamento.

Assim sendo, denota-se que o quantitativo de 81 alunos é referente aos editais anteriores, tendo em vista que a etapa II do curso tem a duração de um ano. Com essa lógica, considera-se que, no ano de 2018, é que estão sendo formados os alunos de 2017.

É possível constatar o esforço que o CNJ tem feito para transformar a maneira com que o Poder Judiciário brasileiro se apresenta (BRASIL, 2016a, p. 38). Porém, é evidente a necessidade de ampliação dos investimentos nos cursos de capacitação, tendo em vista que para auxiliar os tribunais de justiça a estruturarem seus núcleos permanentes e seus centros, o CNJ precisa exercer suas funções: i) capacitar instrutores em mediação e conciliação, fornecendo completo material pedagógico (arquivos *powerpoint*, vídeos, manuais de mediação judicial, exercícios simulados, formulários de avaliação, etc.); ii) acompanhar o planejamento estratégico dos tribunais para a implantação de núcleos e centros através do contato com presidentes desses para sensibilização de necessidade de suporte orçamentário (BRASIL, 2016a, p. 42).

A tendência é a de que, com uma melhor estrutura oferecida para o curso, haja ampliação, de alguma forma, no indicador de alunos certificados, já que o parâmetro médio de discentes formados é de apenas 15%, levando em conta o período considerado até 2017.

Outra grande dificuldade encontrada na prática é o cumprimento, pelo aluno participante, do quantitativo exigido na etapa II do curso, dentro do prazo previsto em edital, que é de um ano, a contar do recebimento da declaração, atestando sua aptidão para o início da referida fase.

Acredita-se que, para atuação como mediador judicial, deve ser exigido que a pessoa seja bacharel em Direito, porém, o art. 11 (BRASIL, 2018f) da Lei nº 13.140/2015 não exige esse requisito, permitindo apenas graduação, há pelo menos dois anos, em curso de nível superior com reconhecimento pelo Ministério da Educação, sem haver nenhuma especificação, bem como certificação no curso de capacitação. Segundo Martins (2017, p. 158):

Quanto à formação específica em autocomposição, não há o que se questionar; critica-se veementemente o preocupante requisito para atuar como mediador judicial de formação genérica em qualquer curso de ensino superior. Considera-se imprescindível o conhecimento em educação jurídica para o desenvolvimento das atividades de mediador e conciliador judiciais.

Aliado a tais motivos, o não comparecimento das partes às audiências também é considerado elevado, o que leva muitos alunos a desistirem do curso. Muitos deles não conseguem concluí-lo em tempo hábil previsto no edital, sendo necessária, portanto, a postergação de prazo ao NUPEMEC do TJCE.

É fundamental na etapa II que o aluno tenha persistência, pois é uma atividade voluntária, em contraprestação ao curso gratuito oferecido pelo NUPEMEC, exigindo disponibilidade de tempo, paciência e planejamento com gastos de deslocamento, pois, muitas vezes, o aluno disponibiliza um turno ou dia inteiro e contabiliza poucas audiências válidas ou, simplesmente, não contabiliza nenhuma audiência pelo não comparecimento das partes.

Caso os alunos compareçam, sendo fiéis às escalas, as varas e os órgãos que atuam com os mecanismos convocariam mais pessoas e espaços melhores para treinamento seriam feitos, pois é de interesse público que tais meios auxiliem o Judiciário. Além disso, seria interessante, segundo Fernandes e Gonçalves (2018, p. 235):

[...] no quesito atividade de estágio e sua relação com o desenvolvimento de habilidades práticas, foi sugerido aumento da carga horária na fase presencial, com o fito de sanar maiores dúvidas dos alunos em relação à parte prática e diminuir a insegurança dos mesmos nesse aspecto através de um maior aperfeiçoamento em grupo de estudo.

Logo, tratando-se da atividade de estágio e sua relação com o desenvolvimento de habilidades práticas, resta evidente que os alunos ainda se sentem muito inseguros para

iniciarem o estágio prático do curso (etapa II), pois consideram que a carga horária na fase II da etapa I ainda não é suficiente⁷.

De fato, o que se percebe é que o aluno, ao iniciar a etapa II (e por experiência própria de um dos autores como discente do curso em questão), não recebe, de uma forma geral, a devida supervisão e acompanhamento do instrutor. Há de se considerar que o encontro praticamente só ocorre no dia em que o aluno é avaliado pelo seu instrutor, porém, ao longo do percurso das audiências, não há a devida interação entre eles.

Acredita-se, assim, ser de fundamental importância promover encontros, envolvendo alunos e seus respectivos instrutores para discussão e aperfeiçoamento dos casos práticos, a fim de sanar dúvidas, tais como o método de abordagem, a recepção com as partes, a apresentação, a condução da audiência até o encerramento da sessão, mediante a realização de grupos de estudos e outras formas de facilitação do aprendizado.

Por conseguinte, como opção de melhoria para o curso, seria interessante uma revisão dos problemas apontados, englobando tanto seu aspecto teórico (etapa I) quanto prático (etapa II), a fim de obter melhor efetividade e aproveitamento.

3.6 Maior difusão da ferramenta “Quero Conciliar”

A ferramenta “Quero Conciliar” é disponibilizada no endereço eletrônico do Poder Judiciário do Estado do Ceará⁸ com intuito de oferecer aos interessados uma solução consensual em processo judicial e, assim, buscar a pacificação social do conflito.

Ressalta-se que pode ser utilizada por quem for parte no processo ou o advogado que a representa, sendo imprescindível informar, neste último caso, o número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), bastando apenas a manifestação do desejo pela designação de sessão de conciliação ou mediação e, para isso, é necessário que preencham corretamente o formulário disponível na página da internet.

Sendo assim, o funcionamento ocorre através do envio de e-mails para a Unidade Judiciária onde se encontra o processo, outro para o NUPEMEC e mais um para a parte que solicitou. Ao recebê-lo, caso o pedido seja para o primeiro grau, a vara verificará a intenção da

⁷ Trata-se de resultados obtidos a partir de pesquisa de campo qualitativa realizada por Fernandes e Gonçalves (2018, p. 234) a partir de roteiro estruturado de entrevistas individuais, mediante levantamento de sugestões de melhoria para o curso, no que diz respeito ao seguinte aspecto: atividade de estágio e sua relação com o desenvolvimento de habilidades práticas.

⁸ Pode-se conferir em: <<https://www.tjce.jus.br/nupemec/resultados/>>.

parte interessada na composição amigável, realizando o agendamento na primeira data disponível.

Na prática forense, a maior frequência de seu uso é encontrada no primeiro grau (capital e restante do Estado), enquanto que no segundo grau, o índice ainda é baixo, sendo a conciliação pouco utilizada no TJCE, conforme se observa no Gráfico 9.

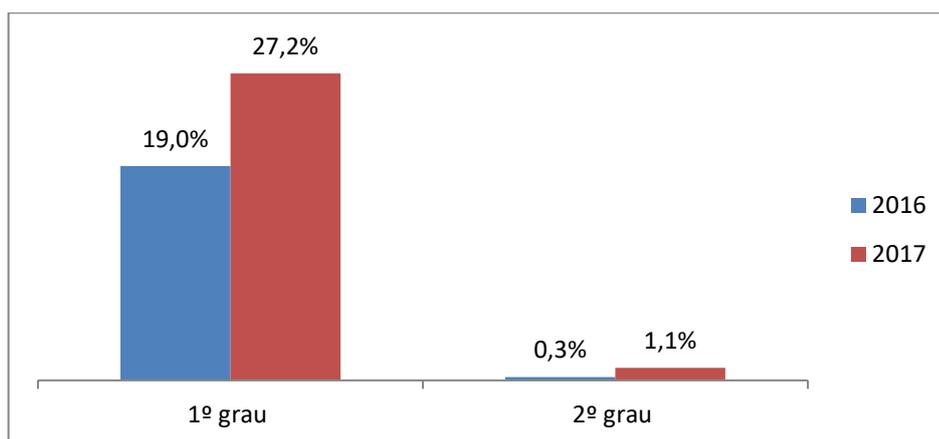


Gráfico 9: Índice de Conciliação no TJCE

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados em Brasil (2016b, p.112; 2017, p.128)

Na análise do Gráfico 9, percebe-se que, no segundo grau, a conciliação é praticamente inexistente, segundo Fernandes (2016, p.47) “em razão da prioridade maior em se analisar os requisitos de admissibilidade dos vários tipos de recursos pelas secretarias e câmaras, bem como pelos próprios julgadores”.

Além disso, pode-se considerar que os gabinetes do TJCE possuem melhor estrutura e receptividade quando comparados com as varas no primeiro grau. Por conseguinte, nos gabinetes de segundo grau, as pessoas chegam ao balcão e pedem para o processo ser encaminhado diretamente ou simplesmente ligam para o setor, não necessitando, por esse motivo, recorrer ao “Quero Conciliar”.

Diferentemente ocorre nas varas de primeiro grau, em que existe um volume maior de processos auferido pela Taxa de Congestionamento, conforme se observa no Gráfico 10 a seguir:

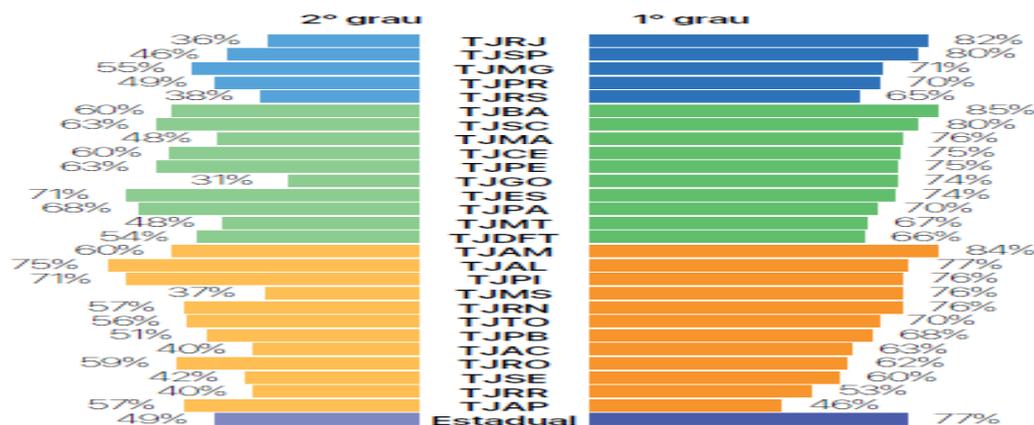


Gráfico 10: Taxa de Congestionamento por Tribunal

Fonte: BRASIL (2017, p. 104)

Denota-se, com base no Gráfico 10, que o TJCE apresenta uma taxa de congestionamento de 75% no primeiro grau, enquanto que no segundo há uma queda no índice para 60%. Diante do que foi explanado, conclui-se que a conciliação é mais utilizada no primeiro grau de jurisdição, restando também comprovado nos indicadores da ferramenta “Quero Conciliar”.

Conforme estatística realizada no NUPEMEC, no período compreendido de dezembro de 2017 a outubro de 2018, foram recebidas 106 solicitações, através do e-mail que capta essas⁹, de partes interessadas em audiência de conciliação ou mediação, conforme a Tabela 2.

Tabela 2

Número de solicitações de audiências de mediação/conciliação pelo “Quero Conciliar”

Solicitações	1º Grau	2º Grau
Capital Fortaleza	50	2
Interior e Região Metropolitana	54	0
Total	104	2

Fonte: Elaboração própria, com base nos dados disponibilizados pelo NUPEMEC (2018b)

Analisando o quantitativo obtido, sugere-se maior divulgação da ferramenta "Quero Conciliar" nos fóruns da capital e interior, Turmas Recursais, Órgãos Ministeriais, Defensorias, CEJUSC's e Tribunais, além do desenvolvimento da tecnologia como aplicativo para celulares,

⁹ Os dados foram retirados do e-mail (queroconciliar@tjce.jus.br), no período compreendido de dezembro de 2017 a outubro de 2018, onde o solicitante preencheu formulário, registrando interesse em audiência de conciliação ou mediação, sendo tal formulário encaminhado para os e-mails da Secretaria de Vara, NUPEMEC e confirmação para o solicitante.

em razão da praticidade e condições facilitadas de acesso, tanto para a capital, como para a região metropolitana e interior.

3.7 Melhoria da estrutura e condições de funcionamento dos órgãos

Com fins de elaboração do referido tópico, merecem destaque dois aspectos: a ampliação da aquisição de câmeras de videoconferência para Comarcas da capital e restante do Estado do Ceará e o tempo menor para agendamento das audiências de mediação e conciliação nos órgãos pesquisados.

Para tentar minimizar o influxo do não comparecimento das partes que são de fora de Fortaleza nas audiências de mediação ou conciliação na capital (NUPEMEC), sugere-se a aquisição de câmeras de videoconferência para estabelecer comunicação com o restante do Ceará e evitar deslocamentos.

Cumprir destacar que o NUPEMEC adquiriu 30 câmeras de videoconferência, sendo tal implantação recente. É imprescindível contar ainda com o fator sorte, pelo simples fato de os processos serem encaminhados ao NUPEMEC, via gabinete do TJCE, não tendo como saber ao certo se vai ser possível utilizar a videoconferência ou não, já que nem todas as comarcas foram contempladas com a câmera.

Além do NUPEMEC, situado em Fortaleza, 29 comarcas receberam câmera de videoconferência: Caucaia, Juazeiro do Norte, Sobral, Crato, Aracati, Barbalha, Baturité, Boa Viagem, Brejo Santo, Camocim, Cascavel, Crateús, Granja, Icó, Iguatu, Itapajé, Itapipoca, Limoeiro do Norte, Massapê, Morada Nova, Nova Russas, Pacatuba, Quixadá, Quixeramobim, Russas, Santa Quitéria, Senador Pompeu, Tauá e Tianguá (NUPEMEC, 2018c).

Vale salientar que o ideal seria todas as comarcas possuírem o sistema de videoconferência indicado, todavia, o primeiro passo já foi dado, mas precisa ser ampliado. Pode-se afirmar que o referido sistema é equivalente ao dos presídios (audiência de custódia virtual), comportando cinco ou seis pessoas na sala e tem o fito de buscar maior aproximação dos interiores com a capital e, mais especificamente, diminuir os índices de não comparecimento nas audiências, em razão de sua natureza não obrigatória e pelo deslocamento para a capital, que gera custos e disponibilidade de tempo maior.

Em relação ao tempo médio para marcação das audiências de mediação e conciliação nos órgãos que trabalham com os mecanismos, pode-se dizer que é variável. Porém, pela inexistência de um relatório de fluxo das demandas existentes e o tempo em que tais demandas são agendadas e devidamente atendidas no NUSOL, CEJUSC e NUPEMEC, a

obtenção da cronologia foi adquirida através de consulta com cada dirigente dos respectivos órgãos, já que o controle do tempo era calculado mediante disponibilidade na agenda interna.

Vale dizer que, no NUSOL, embora as partes levem toda a documentação necessária para o agendamento, não conseguem atendimento no mesmo dia. Cumpre destacar que, no primeiro momento, é dada apenas entrada, e as partes já saem com a data da sessão de mediação ou conciliação agendada, com prazo de aproximadamente 30 dias, quando a documentação está correta.

No CEJUSC, em Fortaleza, o prazo vai depender da época do ano e da área que versa o processo. Contudo, o prazo é de, no mínimo, sessenta dias, pois o CEJUSC é uma unidade vinculada à secretaria única, a qual pede esse prazo entre agendar e realizar a audiência de mediação ou conciliação. Isso é justificado não por falta de pauta, mas pelo fato da secretaria única ter que fazer expediente ordinário, bem como cumpri-lo etc. A única exceção ao referido prazo, diz respeito ao agendamento de audiência ser solicitado em véspera de recesso no fórum. Nesse caso, o agendamento será realizado somente no ano seguinte.

Por último, no NUPEMEC, o prazo é, em média, de 15 dias para agendamento e realização da audiência. Contudo, se uma das partes comparecer ao local com finalidade urgente, pode-se afirmar que existe a possibilidade de atendimento no mesmo dia, tendo em vista que há sempre pauta e salas vagas para essa finalidade. Na atualidade, ainda não se obteve demanda suficiente para ocupar todas as salas do espaço.

A realidade do NUPEMEC deveria ser aplicada para os demais órgãos, porém, o prazo em cada um vai depender do acervo existente, da quantidade de processos em pauta e outros fatores, além da realidade do segundo grau ser bem diferente do primeiro, conforme explanado em tópico anterior.

O ideal seria que cada unidade estabelecesse metas para o devido cumprimento em relação ao tempo de marcação de audiências, com o fito de possibilitar um constante monitoramento e aperfeiçoamento para melhoria contínua dos indicadores. Com esse pressuposto, justificaria, de modo plausível, uma das vantagens dos mecanismos equivalentes, que é a celeridade na gestão do conflito, embora essa não seja sua função precípua.

4 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, em linhas gerais e por diversos fatores, ainda é considerado a via tradicional de acesso à Justiça. Apesar de a cultura demandista ser muito disseminada e arraigada, os meios equivalentes de gestão de conflitos estão cada vez mais sedimentados na

realidade do cenário jurídico brasileiro. Estudos e eventos florescem, a legislação avança na regulação da matéria e o fato é que operadores do Direito e cidadãos passam a interagir de forma mais íntima e sistemática com os referidos métodos.

Com relação aos objetivos deste trabalho, quais sejam, analisar se os órgãos estudados na capital do estado do Ceará estão conseguindo cumprir com o papel que lhes é reservado, de oferecer condições adequadas para a materialização do efetivo acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito, de modo a garantir ao usuário do sistema de conciliação e mediação um procedimento apropriado às principais características (e vantagens) desses meios, como a celeridade, a menor complexidade, entre outros, verificaram-se algumas falhas. Nos levantamentos realizados no NUSOL, CEJUSC e NUPEMEC que, não obstante todo o esforço do valoroso trabalho realizado nos referidos órgãos, os dados e números obtidos, de uma maneira geral, revelam uma carência de informações precisas e estratificadas sobre seu funcionamento, o que dificulta e por vezes até impossibilita um exame adequado sobre o próprio resultado de atuação desses órgãos e gera, inclusive, uma reflexão crítica sobre como são e quais são os dados levantados junto aos tribunais pelo CNJ para compor o *Justiça em Números* e alcançar estatísticas de acordos tão expressivas, como no caso cearense, em face da realidade encontrada, o que merece ser aprofundado, com o devido zelo, em outra pesquisa.

Os dados também denotam acentuada discrepância entre o número de audiências agendadas, audiências realizadas e o número total de acordos. Além disso, em relação ao quantitativo de audiências não realizadas (percentual por órgão e média), chama atenção o total daquelas em que o motivo justificador é a ausência de comparecimento das partes ou a não informação a respeito, o que aponta para a necessidade de aprimoramentos da organização e maneiras para trazer os litigantes à via consensual.

Como sugestões para diminuição das audiências que não ocorrem por ausência das partes, verificou-se a importância de se ampliar a aquisição de câmeras de videoconferência para comarcas da capital e para o restante do Estado do Ceará, além de exigir que o telefone das partes seja requisito essencial nas petições, para estabelecer contato facilmente com essas.

É relevante, também, investir na maior capacitação de advogados na gestão de conflitos, assim como implantar uma estrutura curricular que contemple, com maior ênfase, o estudo e a prática da solução consensual no nível superior; fomentar o credenciamento das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação; aprimorar o curso de capacitação para formação de mediadores e conciliadores judiciais; difundir a ferramenta “Quero Conciliar” de modo amplo e melhorar a estrutura física geral dos órgãos.

Sobre o aspecto estrutural, e especificamente com relação aos recursos humanos, constatou-se que os órgãos pesquisados não possuem condições basilares, tendo em vista que parcela significativa do quadro de colaboradores é composta de voluntários que atuam como mediadores ou conciliadores judiciais nas audiências. Caso se excluam os voluntários, pode-se comprometer seriamente o funcionamento desses locais, sendo necessário um pensamento de profissionalização e remuneração desta profissão. Essas sugestões visam aproximar a realidade e a prática de atuação dos órgãos à real execução do acesso à Justiça.

Finalmente, e em face de tudo o que foi exposto e estudado, pode-se concluir que, nos órgãos analisados, os meios equivalentes da gestão de conflitos (mediação e conciliação) exercem seu papel de auxiliar na concretização de um efetivo acesso à Justiça à luz de uma concepção compatível com a ordem constitucional em vigor, mas apenas de forma parcial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Mediação como direito fundamental: entre a previsão legal e a realidade do sistema jurídico brasileiro. **Justiça do Direito**, v. 32, n. 1, p. 49-73, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7792/4795>. Acesso em: 30 set. 2018.

ANDREWS, Neil. Mediation In England: Organic Growth And Stately Progress. **Revista Eletrônica De Direito Processual**. v. 9, n. 9, p. 571-589, Jan/Jun. 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20402/14734>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. [s.l.: s.n.], 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 17 de março de 2015. [s.l.: s.n.], 2018b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [s.l.: s.n.], 2018c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://cnj.jus.br/ccmj/pages/publico/visualizarCadastroPublico.jsf>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. **Provimento nº 67, de 26 de março de 2018**. Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Corregedoria Nacional de Justiça. Brasília, DF, de 27 de março de 2018. [s.l.: s.n.], 2018e. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>. Acesso em: 27 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 29 de junho de 2015. [s.l.: s.n.], 2018f. [s.p.] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2017 (ano-base 2016)**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)**. Brasília: CNJ, 2018f. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). André Gomma de Azevedo (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6. ed. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)**. Brasília: CNJ, 2016b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a93357991548.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de Dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Educação. [s.l.: s.n.], 2018g. Disponível em: https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Resol_%205cne_alterada.pdf. Acesso em: 16 jan. 2019.

CEARÁ. Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPECE). **A Defensoria Pública como instrumento de Acesso à Justiça por meio da Mediação Familiar**: Espaços de Diálogo. Fortaleza: DPECE, 2016, 20 slides: color

CEARÁ. Defensoria Pública do Estado do Ceará (DPECE). **A Defensoria Pública como instrumento de Acesso à Justiça por meio da Mediação Extrajudicial**: Espaços de Diálogo. Fortaleza: DPECE, 2017, 3 slides: color

CEARÁ. Resolução nº 12, de 06 de setembro de 2018. Dispõe sobre o cadastramento e procedimentos a serem adotados pelas Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e das Leis nº 13.105/15 e nº 13.140/15. **Caderno 1: Administrativo**, Fortaleza, 2018a, Ano IX – Edição 1983. Disponível

em: <https://www.tjce.jus.br/noticias-nupemec/tribunal-de-justica-disciplina-cadastramento-de-camaras-privadas-de-mediacao-e-conciliacao/>. Acesso em: 07 out. 2018.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC). **Relatório Comparativo Audiências x Total de Acordos no Cejusc**. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará - Fórum Clóvis Beviláqua, 2016a.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC). **Relatório Comparativo de Audiências Cíveis**. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará - Fórum Clóvis Beviláqua, 2016b.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC). **Relatório Comparativo Audiências de Família**. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará - Fórum Clóvis Beviláqua, 2016c.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC). **Relatório Estatística de Audiências Geral**. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará - Fórum Clóvis Beviláqua, 2017.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC). **Relatório Estatística de Audiências Cíveis**. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará - Fórum Clóvis Beviláqua, 2017a.

CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC). **Relatório Estatística de Audiências de Família**. Fortaleza: Poder Judiciário do Estado do Ceará - Fórum Clóvis Beviláqua, 2017b.

FERNANDES, Igor Benevides Amaro. **Crise no Poder Judiciário: Soluções apresentadas para desburocratização do sistema**. 2016. 57 f. Monografia (Graduação) - Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Fortaleza.

FERNANDES, Igor Benevides Amaro; GONÇALVES, Flávio José Moreira. A formação de mediadores e conciliadores no Poder Judiciário do Estado do Ceará. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 27, n. 1, p. 215-237, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/1131/pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Relatório ICJ Brasil: 2º semestre 2015**. Escola de Direito de São Paulo, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16539>. Acesso em: 02 out. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Relatório ICJ Brasil: 1º semestre 2016**. Escola de Direito de São Paulo, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17204>. Acesso em: 02 out. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2017**. Escola de Direito de São Paulo, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19034>. Acesso em: 02 out. 2018.

GARCIA, Gilberto Gonçalves et al. Parecer CNE/CES N°:608/2018. Homologado na Portaria n° 1.350, publicada no **Diário Oficial da União** de 17 de dezembro de 2018, Seção 1, Pág. 34, Brasília, 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/novembro-2018-pdf/102551-pces608-18/file>. Acesso em: 15 fev. 2019.

INSTITUTO DATAFOLHA DE PESQUISAS. **Grau de confiança nas instituições**, 2017. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2017/06/26/0185934f0a2a67acc0088da5d8ab3951.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2018.

LIMA, Stephane Hilda Barbosa. **Formação jurídica, metodologias ativas de ensino e a experiência da graduação da Escola de Direito de São Paulo (FGV DIREITO SP)**. 2018. 175 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. (org.). **Negociação, mediação e arbitragem: curso para programas de graduação em Direito**, v.1. São Paulo: Método, 2012. Cap. 3.

MALTA, Rafaella Rodrigues; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Alienação Parental: A responsabilização do ente alienador por meio da prática restaurativa. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Minas Gerais, v. 20, n. 40, p. 245-273, jan./jun.2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18032/13393>. Acesso em: 05 jul. 2019.

MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto da constitucionalização do Direito e a instituição do novel princípio da consensualidade: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais dentre as profissões jurídicas**. 2017. 511 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza (unifor), Fortaleza, 2017. Cap. 3. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudo/F86027120171207152804632094/Tese.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2018.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NUPEMEC). **Relatório de Estatísticas 2016**. Fortaleza: TJCE, 2016.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NUPEMEC). **Relatório de Estatísticas 2017**. Fortaleza: TJCE, 2017a.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NUPEMEC). **Relatório de Atividades 2017**. TJCE, 2017b, p. 13-14. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2018/07/merged.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NUPEMEC). **Tribunal de Justiça disciplina cadastramento de Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação**. Fortaleza: TJCE, 13 de set. 2018a. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias-nupemec/tribunal-de-justica-disciplina-cadastramento-de-camaras-privadas-de-mediacao-e-conciliacao/>. Acesso em: 10 de out. 2018.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NUPEMEC). **Relatório de Estatísticas Quero Conciliar-Dezembro/2017 a Outubro/2018**. Fortaleza: TJCE, 2018b.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (NUPEMEC). **Controle de Processos Administrativos (CPA) do Nupemec**. Fortaleza: TJCE, 2018c. Processo administrativo nº 8510212-15.2018.8.06.0000.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012. Cap. 1.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012. Cap. 7.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/01/Advocacia-e-meios-consensuais-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Estímulo à autocomposição no Novo Código de Processo Civil**. Fernanda Tartuce *website*, 2018. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/10/Estimulo-a-autocom-posicao-no-NCPC-tempo-de-acordar.pdf> Acesso em: 24 set. 2018.

Submissão: 06/07/2019 Aprovação: 16/11/2021

ESTADO E SOCIEDADE EM REDE: AS REDES SOCIAIS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

*STATE AND NETWORK SOCIETY: THE SOCIAL NETWORKS AND BRAZILIAN
JUDICIARY*

*Francieli Iung Izolani*¹

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

*Leura Dalla Riva*²

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

*Jerônimo Siqueira Tybusch*³

Universidade Federal de Santa Maria

Resumo:

Este artigo aborda as Tecnologias da Informação e Comunicação, sobretudo o advento da *Internet* e das redes sociais, como fatores de transformação social. Diante dessa revolução tecnológica, que estaria remodelando as bases materiais das interações humanas, a pesquisa questiona se o Estado, notadamente, o Poder Judiciário, vem se adequando às evoluções da sociedade em rede. Para atender aos objetivos propostos, foi realizada uma análise quantitativa, através dos métodos de abordagem hipotético-dedutivo e análise de conteúdo, das decisões do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2018 a fim de verificar se e em que medida este Órgão estaria mencionando as cinco principais redes sociais em seus julgados. Pode ser observado um predomínio de menções às redes sociais em processos criminais, bem como uma maior ocorrência no que diz respeito ao *Whatsapp*. Por fim, pode ser confirmada a hipótese de que o Judiciário vem se adaptando à evolução da sociedade em rede e abrangendo as redes sociais em seus julgados, com a ressalva de que tal envolvimento ainda é irrisório, se comparado ao número total de usuários dessas redes no país.

Palavras-chave:

Análise de Conteúdo. Poder Judiciário. Redes Sociais. Sociedade em rede. Tecnologias da Informação e Comunicação.

Abstract:

This study brings the Information and Communication Technologies, especially the advent of the *Internet* and social networks, as factors of social change. Face this technological revolution, which would be remodeling the material bases of human interactions, the research inquires whether the State, notably, the Judiciary, has been adapting to the evolution of the network society. In order to reach the goals that were proposed, a quantitative analysis was accomplished, through the hypothetical-deductive approach and content analysis, about the decisions of the Superior Court of Justice in 2018 to verify if and to what extent this Organ would be mentioning the five main social networks in its judgments. It can be observed a predominance of mentions to social networks in criminal cases, as well a greater occurrence in relation to *Whatsapp*. Finally, it could be confirmed the hypothesis the Judiciary has been adapting to the evolution of the network society, in spite of this involvement be still negligible, when compared to the total number of users of these networks in the country.

Keywords:

Content analysis. Judiciary. Social networks. Network society. Information and Communication Technologies.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutoranda em Direito (URISAN), Mestre em Direito (UFSM).

² Doutoranda em Direito (UNICAMPANIA-Italia), Mestre em Direito (UFSM)

³ Doutor em Direito (UFSC), Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Direito da UFSM, Pró-reitor da Graduação da UFSM.

O Estado brasileiro, ao longo dos anos, tem cumprido seu papel enquanto ator político refletindo nas áreas econômica, política e social. Especialmente no que tange a este último, vem presenciando em sua dinâmica interna o avanço das redes sociais, campo ainda pouco estudado e desenvolvido, em que pese, seja também local de ativo relacionamento entre seus usuários, fazendo delas uma ferramenta poderosa no âmbito dessas novas relações.

De acordo com dados do site americano *We are Social* (2019), cerca de 70,4% da população brasileira são usuários de *Internet* e 66,1% são usuários ativos de mídias sociais em geral. A partir desse grande número de usuários das tecnologias, é salutar refletir que o espaço real dessas relações pode tomar proporções de reprodução no mundo virtual e com elas haver a propagação de situações adversas ao que se espera de um “bom” uso da *Internet*.

Nesse sentido, não se pode admitir, ao menos para juristas, surpresa ou desconhecimento dos perigos implícitos do uso dessas tecnologias, pois há mais de três décadas que especialistas vêm alertando sobre os impactos da informática nas liberdades, tampouco nas sociedades avançadas se pode conceituá-los como ameaças remotas diante dos inúmeros abusos sendo perpetuados através da *Internet* (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 104).

Assim, o presente artigo tem por escopo responder se o Judiciário vem lidando com as redes sociais em seus julgamentos, partindo-se da hipótese que o referido Órgão vem se adaptando à evolução da sociedade em rede e envolvendo as redes sociais em seus julgados. Dessa maneira, como objetivo verificar-se-á se o Judiciário tem utilizado ou mencionado as redes sociais em seus julgamentos e, a partir disso, será observado se os temas mais recorrentes são de caráter cível ou penal e, por fim, apontado qual (is) rede (s) são mais mencionadas nesses julgados.

Para tanto, a pesquisa desenvolvida no presente estudo foi do tipo quantitativa, utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, de primeira ordem, considerando a presença da hipótese a ser confirmada ao longo da pesquisa, e análise de conteúdo como método de abordagem de segunda ordem, a partir da apresentação de dados coletados no site oficial do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com relação ao procedimento, a pesquisa foi do tipo bibliográfica, através da técnica de fichamentos e resumos sobre o tema objeto e, também do tipo de análise documental, coletando as decisões judiciais do STJ, possibilitando a formação de tabelas e gráficos para análise dos resultados, a partir da análise das cinco principais redes sociais, segundo a pesquisa Statista, cujo marco temporal foi o ano de 2018.

Dessa forma, o artigo foi estruturado em três partes. A primeira refere-se ao estudo do advento da *Internet* e da sociedade em rede. No segundo capítulo, destaca-se o estudo das redes

sociais e do ciberespaço. No terceiro tópico, faz-se a análise de conteúdo de decisões judiciais envolvendo as redes sociais. Por fim, a partir das considerações finais efetiva-se o resultado da pesquisa realizada e demais decorrências dela.

2 SOCIEDADE EM REDE E O ADVENTO DA *INTERNET*

O advento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), em especial da *Internet*, provocou severas transformações sociais, sobretudo no que se refere à facilidade no acesso a informações diversas e na comunicação, bem como na forma como os indivíduos, as instituições e os Estados se relacionam. Como bem refere Gonçalves (2003, p. 7), uma das características marcantes da sociedade contemporânea é a influência das TIC em diversos campos, afetando a economia, a política e o social, sendo que, neste último, em especial, os impactos das TIC afetam, inclusive, a perpetuação de valores básicos da sociedade moderna.

A atual revolução tecnológica, para Castells (1999, p. 31) surgiu no final do século XX, num período de reestruturação global do capitalismo, tendo sido para isto utilizada como ferramenta. Sendo assim, em que pese as particularidades históricas de cada país, pode-se dizer que a nova sociedade emergente é capitalista e informacional. Trata-se de um novo modo de desenvolvimento: o informacionalismo, cuja fonte de produtividade é a geração de conhecimentos, processamento da informação e de comunicação de símbolos (CASTELLS, 1999, p. 33-35).

Essa revolução tecnológica, baseada nas tecnologias da informação, estaria remodelando as bases materiais da sociedade. Contudo, adverte Castells, a tecnologia não determina a sociedade, do mesmo modo que a sociedade não escreve o curso da transformação tecnológica, que sofre influência de diversos fatores e cujo resultado final “depende de um complexo padrão interativo” (CASTELLS, 1999, p. 25).

Conforme Rosane Leal da Silva (2012, p. 283), essa tecnologia originou dois dispositivos informacionais inéditos, sendo eles o mundo virtual e a informação em fluxo. A informação estaria disposta nesse mundo virtual num espaço e fluxo contínuos, de modo a, respectivamente, incentivar a imersão do usuário nesse universo e manter os conteúdos abertos à modificação pelo próprio usuário.

A era da informática, de acordo com o que leciona Pérez Luño (2011), tem contribuído para que as relações cívicas tomem dimensões planetárias, pela facilidade do acesso à *Internet* e o ritmo crescente dos processos de renovação tecnológica, propiciando conversas em tempo real, sem limite de espaço ou de pessoas. Ademais, a *Internet* vem sendo um fenômeno estelar

das TIC desde os anos 90 (PÉREZ LUÑO, 2011, p.103). As TIC teriam potencializando a liberdade de informação por disponibilizar de maneira instantânea informações de fontes diversas e a *Internet*, especialmente, teria levado ao alargamento do conceito de informação que passou a abranger elementos textuais e não textuais, ultrapassando barreiras relacionadas aos idiomas, facilitando ainda mais a comunicação global (SILVA, 2012, p. 284).

Importante destacar que as TIC consistem em todos os meios técnicos utilizados para tratar a informação e auxiliar no papel da comunicação, ou seja, são as formas de transmissão de informações e conforme Moran (2012) correspondem às tecnologias que interferem e propiciam os processos de comunicação e de transmissão de informação entre as pessoas, incluso os recursos tecnológicos para facilitar a comunicação e o alcance de um objetivo comum. Para Vieira (2011), as TIC são uma área que utiliza a computação no processo informacional como um todo. Portanto, o conceito de TIC é utilizado para expressar a convergência entre a informática e as telecomunicações, facilitando a difusão das informações através de meios telecomunicativos e ferramentas computacionais, dentre eles, a *Internet* (CARDOSO, 2011).

A *Internet* surgiu inicialmente com objetivos militares, passando a ser utilizada como meio de comunicação de massa apenas a partir de meados da década de 90. Marcada por sua capilaridade e por uma grande cobertura geográfica de acesso, juntamente com a criação do computador pessoal, a *Internet* originou as globalizações da informação e do conhecimento, por meio das quais surgiram novos espaços de interatividade, partilha e armazenamento de produtos, bem como novos ambientes virtuais de lazer, cultura e de interações sociais, o que é o caso das chamadas redes sociais (SANTOS, 2015, p. 02).

Dentre as principais mudanças que a *Internet* trouxe para a sociedade estaria “a possibilidade de expressão e sociabilização através das ferramentas de comunicação mediada pelo computador (CMC)”, a qual permitiu o estudo das interações e conversações de redes sociais por meio dos rastros deixados na *Internet*. Nessa perspectiva, “a rede como metáfora estrutural para a compreensão dos grupos expressos na *Internet* é utilizada através da perspectiva de rede social”, formada pelo conjunto de atores e suas conexões (RECUERO, 2009, p. 24). Desse modo, importante destacar que “as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais” (CASTELLS, 1999, p. 39).

Uma rede é uma metáfora que possibilita, para Recuero (2009, p. 24) “observar os padrões de conexão de um grupo social, a partir das conexões estabelecidas entre os diversos atores”. Ainda segundo a autora, os atores seriam representados pelos nós (ou nodos), isto é, as

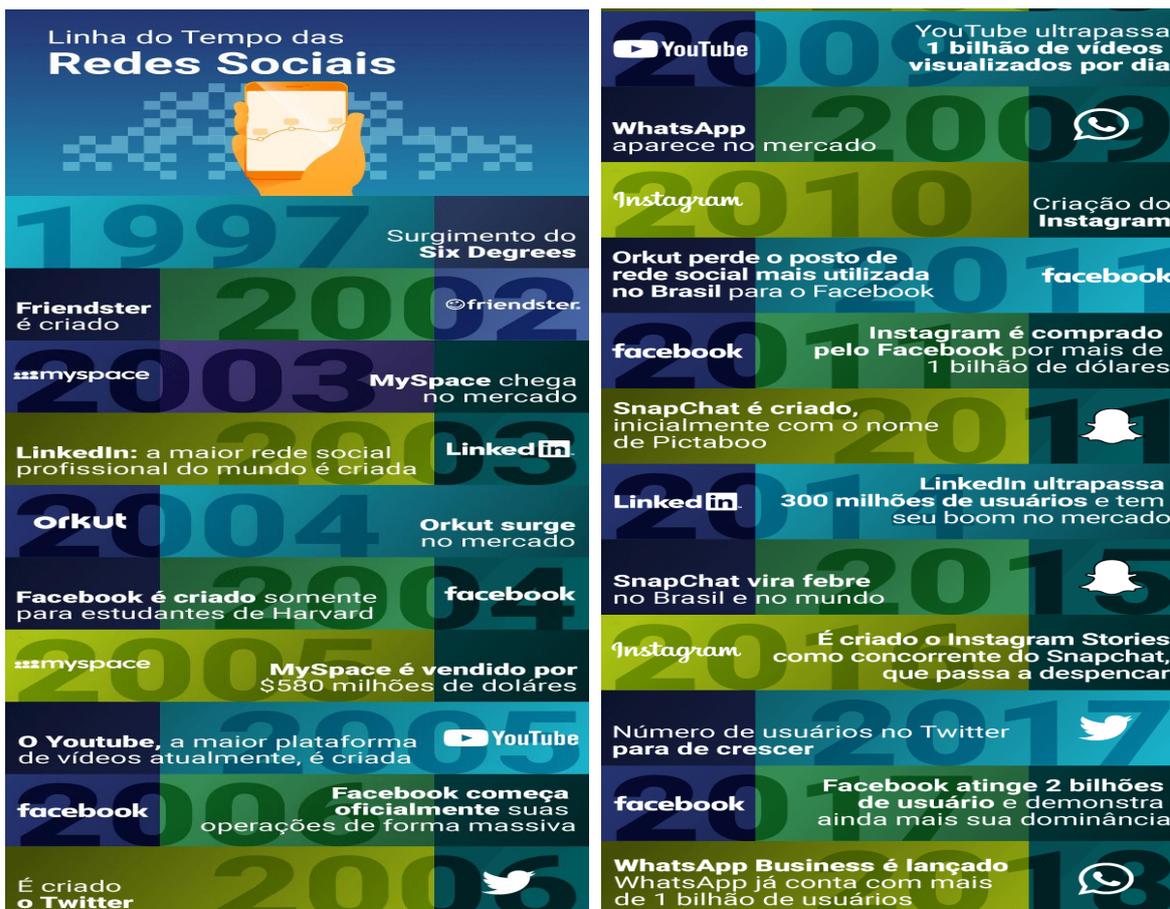
peçoas que participam da rede analisada, responsáveis por moldar as estruturas sociais através de suas interações. Adverte, contudo, que em termos de redes sociais na *Internet*, tendo em vista o distanciamento entre os envolvidos na interação social, trabalha-se com representações dos atores sociais ou com construções identitárias do ciberespaço:

Um ator, assim, pode ser representado por um weblog, por um fotolog, por um twitter ou mesmo por um perfil no Orkut. E, mesmo assim, essas ferramentas podem apresentar um único nó (como um weblog, por exemplo), que é mantido por vários atores (um grupo de autores do mesmo blog coletivo) [...] não são atores sociais, mas representações dos atores sociais. São espaços de interação, lugares de fala, construídos pelos atores de forma a expressar elementos de sua personalidade ou individualidade (RECUERO, 2009, p. 25-26).

Por sua vez, as conexões de uma rede social seriam constituídas dos laços sociais formados através da interação social entre os atores, de modo que essas interações são percebidas, na *Internet*, “graças à possibilidade de manter os rastros sociais dos indivíduos, que permanecem ali” (RECUERO, 2009, p. 30). As redes sociais configuram assim ambientes em que os internautas podem interagir com grande intensidade e velocidade através da criação de perfis e da participação em comunidades (FAVERA; SILVA, 2017, p. 04).

3 AS REDES SOCIAIS E O CIBERESPAÇO

O surgimento das redes sociais é a principal motivação para o crescimento no número de usuários no Brasil, considerando que a *Internet* só passou a, efetivamente, fazer parte do cotidiano dos brasileiros após a criação do Orkut e do Messenger (VIEIRA, 2009, p. 13). Pode ser conferida uma linha do tempo do surgimento das principais redes sociais desde 1995 até os dias atuais, tomando-se por base o site Rockcontent:



Fonte: Rockcontent

Adaptação: pelas autoras

Considerando a linha do tempo das redes sociais acima referida, é possível observar que a facilidade trazida pelo meio cibernético faz com que haja uma alta e veloz rotatividade entre as diferentes redes sociais, assim como a migração dos usuários para as novas, constituindo-se a volatilidade. No caso do Orkut, ele foi desativado em 30 de setembro de 2014, embora fosse uma rede social com mais de 300 milhões de usuários até a disseminação do *Facebook* no Brasil em 2011.

Indubitavelmente, pode-se inferir que o meio cibernético, melhor definido por ciberespaço – palavra de origem estadunidense, usada pela primeira vez em 1984 por William Gibson em obra intitulada “*Neuromancer*” –, é um local de sociabilidade, organização, transação, informação e conhecimento, em um universo virtual, conforme leciona Lévy (1999), e que é um sistema com o desenvolvimento mais rápido da história das comunicações, destacando a comunicação interativa e coletiva como sua principal atração (LÉVY, 2000, p. 208).

Todavia, em que pese derrubar inúmeras barreiras na comunicação humana e na troca de informações, o ciberespaço acaba por gerar alguns desafios à sociedade e ao Estado, dentre

os quais está sua própria regulamentação que pode esbarrar em elementos de sua arquitetura e em suas características.

Isso porque, conforme apontadas por Lino Santos (2015, p. 03), o ciberespaço aumenta radicalmente a velocidade e a quantidade das comunicações e, simultaneamente, reduz ou elimina a distância entre instituições, indivíduos e nações. Neste contexto, contribui com o aumento da frequência e da velocidade com que comportamentos ilícitos e conflitos que podem ser observados e que precisam ser encarados pelo Estado.

O ciberespaço também é aterritorial, isto significa, para alguns autores, que conceitos como “jurisdição” ou “propriedade” se tornam difusos, tendo em vista que “ao contrário dos domínios naturais (ar, mar, terra e espaço), onde os Estados, dentro das suas capacidades, exercem a soberania e aplicam a lei dentro de um território físico relativamente bem definido, no ciberespaço esse exercício levanta problemas de delimitação” (SANTOS, 2015, p. 03). Esse espaço também se caracteriza por proporcionar certo grau de anonimato aos usuários, dada a dificuldade na atribuição de responsabilidade por certos atos ou mesmo na identificação de autoria. Assim, pode-se dizer que o ciberespaço acaba não só criando novos objetos de proteção jurídica, mas também alargando a esfera de proteção de outros existentes, ao tempo em que proporciona também o surgimento de novos tipos ilícitos (SANTOS, 2015, p. 03).

Justamente por possuir essas características, em especial no que tange a certo grau de anonimato, o ciberespaço proporciona um ambiente que estimula a liberdade de expressão nos mais variados sites ou redes sociais. Há quem mencione, nesse sentido, o surgimento de uma “nova democracia cultural” em que “todos escrevam sobre tudo”, movimento que “maximiza os canais para exercício da liberdade de expressão” (CARDOSO apud SILVA, 2012, p. 283).

Ocorre que o exercício de tal liberdade nas redes sociais pelos internautas pode, em certos casos, configurar ilícitos ou lesar direitos alheios, o que leva ao surgimento de atos e conflitos que precisam ser investigados, solucionados e pacificados pelo Estado. Esse Estado passa então a se deparar com novos conflitos, novos direitos, novas violações o que, de um lado, gera o embate acerca da regulamentação da *Internet* e, por outro, cria desafios ao Poder Público que passa então a tentar se adaptar a essa realidade da sociedade em rede.

Dados de uma pesquisa realizada pela Statista demonstram que o Brasil, por exemplo, ocupava, em 2018, a quarta posição em número de usuários de redes sociais, possuindo cerca de 95,2 milhões de usuários, permanecendo atrás apenas da China, Índia e Estados Unidos da América (STATISTA, 2019c). No que se refere ao número de usuários ativos, segundo outra pesquisa realizada pela instituição acima citada, as redes sociais mais utilizadas seriam

respectivamente: *Facebook, Youtube, Whatsapp, Facebook Messenger, WeChat, Instagram, QQ, QZone, Douyin/ Tik Tok, Sina Weibo, Reddit, Twitter, Douban, LinkedIn, Daidu Tieba, Skype, Snapchat, Viber, Pinterest e Discord* (STATISTA, 2019b). Em termos de parcela de usuários da *Internet*, as redes sociais mais populares a partir de fevereiro de 2018 seriam o *Facebook* (65%), *WhatsApp* (42%), *Facebook Messenger* (36%), *Instagram* (27%), *Twitter* (23%) e *Snapchat* (12%) (STATISTA, 2019a). Como visto, em ambas as pesquisas o *Facebook* se encontra como rede com o maior número de usuários ativos e com a maior porcentagem de usuários na *Internet*.

Conforme Rosane Leal da Silva e Rafaela Bolson Dalla Favera (2017, p. 04), tal rede permite que as pessoas publiquem livremente mensagens, imagens, fotos e vídeos, bem como propaguem seus ideais políticos e religiosos, num exercício de livre expressão que, por vezes, pode configurar discurso do ódio. Além disso, as redes sociais são ambientes que propiciam a prática de diversos ilícitos penais e a reprodução de comportamentos até então vistos apenas no mundo real. O ciberespaço constitui, assim, um espaço de reprodução das relações humanas do mundo real no mundo virtual. Natural, portanto, que condutas ilícitas sejam replicadas e adaptadas para esse novo meio.

4 ANÁLISE DE CONTEÚDO DE DECISÕES JUDICIAIS E AS REDES SOCIAIS

O surgimento das chamadas TIC, sobretudo da *Internet*, provocou profundas e aceleradas transformações na sociedade, o que passou a ser visualizado também através da atuação do Poder Judiciário. As redes sociais surgem e atuam como espaço capaz de gerar uma série de novos conflitos com os quais o Estado passa a lidar.

Para os objetivos que se pretendem alcançar com esta pesquisa, isto é, analisar se e como o Estado, notadamente o Poder Judiciário brasileiro, vem se adaptando à evolução da sociedade em rede e se está envolvendo as redes sociais em seus julgados, em especial as redes mais populares conforme a pesquisa já mencionada, sendo elas: *Facebook, WhatsApp, Facebook Messenger, Instagram, Twitter e Snapchat* (STATISTA, 2019a), optou-se pela metodologia da análise de conteúdo desenvolvida no século XX por Laurence Bardin. Tal metodologia pode ser conceituada como:

“[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens” (BARDIN, 2011, p. 48).

A análise de conteúdo, como forma de pesquisar quanti e qualitativamente discursos e textos advindos das ciências humanas, ocorre em três momentos: a pré-análise; a exploração do material; e o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação. Na primeira fase foi realizada a escolha julgados a serem estudados e formado o *corpus*. Em seguida, explorou-se propriamente o material selecionado e, por fim, elaboraram-se as tabelas estatísticas com as consequentes interpretações (SÁ, 2016, p. 188).

A fim de verificar como o Judiciário brasileiro vem lidando com os as redes sociais e se os processos que as envolvem são majoritariamente cíveis ou penais, optou-se por analisar os acórdãos julgados pelo STJ, que mencionem expressamente em suas ementas as redes sociais mais populares. Optou-se por delimitar como marco temporal da pesquisa o ano de 2018 (01/01/2018 a 31/12/2018), período no qual permaneceram como mais populares as já citadas redes: *Facebook*, *WhatsApp*, *Facebook Messenger*, *Instagram*, *Twitter* e *Snapchat* (STATISTA, 2019a). A opção pelo STJ ocorreu porque a esse Tribunal Superior compete o julgamento em grau de recurso das causas decididas em tribunais federais e estaduais, abrangendo, portanto, julgados de todo o Brasil.

Foram analisados todos os acórdãos publicados pelo STJ em 2018 que continham em sua ementa a referência a uma das redes sociais acima mencionadas, de modo que o *corpus* a ser analisado envolveu um total de 33 acórdãos, sendo:

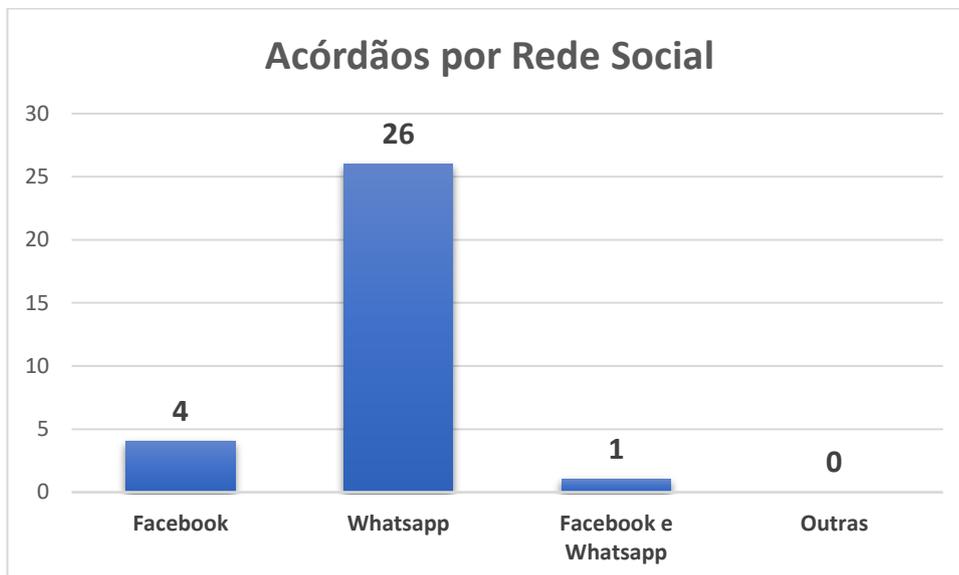
Termo	Facebook	Whatsapp	Facebook Messenger	Instagram	Twitter	Snapchat
Acórdãos	05	28	0	0	0	0

Fonte: as autoras

A partir dos 33 acórdãos encontrados e analisados, exclui-se um caso que aparecia em duplicidade por mencionar simultaneamente as redes *Facebook* e *Whatsapp*. Também restou desconsiderado em razão de duplicidade um caso de embargos de declaração que já estava sendo analisado como recurso especial. Restaram, após as exclusões, 31 (trinta e um) acórdãos, encontrando-se dentre eles habeas corpus, recursos ordinários em habeas corpus, recursos especiais, conflitos de competência e uma ação penal.

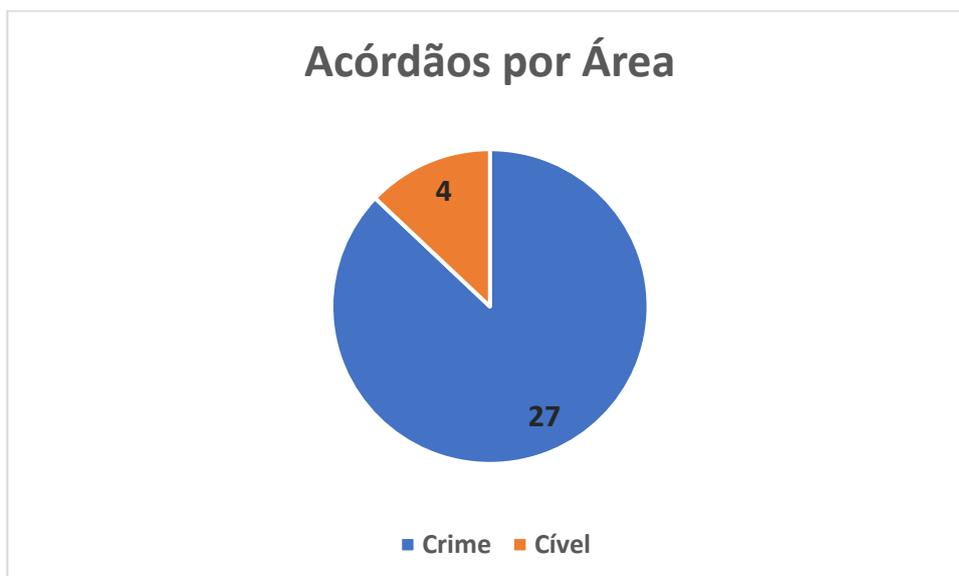
Desses 31 (trinta e um) acórdãos analisados, 04 (quatro) envolviam exclusivamente a rede *Facebook*, 26 (vinte e seis) envolviam apenas a rede social *Whatsapp* e 01 (um) caso

mencionava tanto *Whatsapp* quanto o *Facebook*. Não foram encontradas ocorrências envolvendo as demais redes sociais pesquisadas.



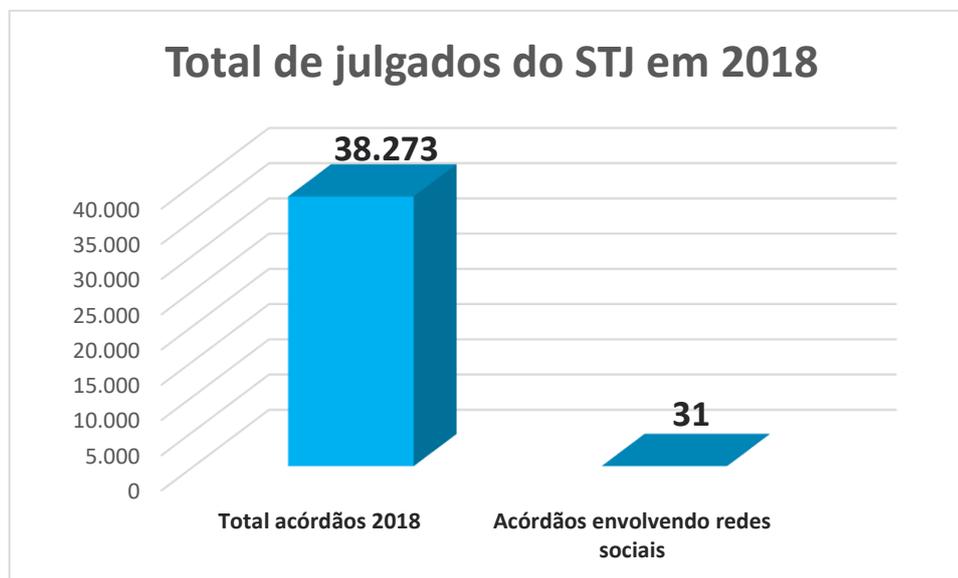
Fonte: as autoras

Além disso, a partir da análise realizada, pode-se observar que dos 31 (trinta e um) acórdãos, 27 (vinte e sete) diziam respeito a casos penais, enquanto apenas 04 (quatro) estavam relacionados a processos cíveis. Nota-se, portanto, a predominância do uso das redes sociais em julgamentos criminais.



Fonte: as autoras

Utilizando a mesma metodologia de pesquisa junto ao sítio eletrônico do STJ, pode-se constatar que no período entre 01/01/2018 a 31/12/2018 o Tribunal julgou um total de 38.273 acórdãos, incluídos em tal índice processos penais e cíveis.



Fonte: as autoras

Observa-se, portanto, que a menção às redes sociais em apenas 31 dos acórdãos de 2018 representa uma parcela deveras ínfima nos julgados do Tribunal, cerca de 0,08% do total de julgamentos de 2018. Ademais, esse número parece ainda mais insignificante diante do total de usuários das redes pesquisadas.

Isso porque, segundo dados de pesquisa realizada em 2017 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o país possuía mais de cento e vinte e seis milhões de usuários de *Internet*. Em 2019, de acordo com dados do site americano *We are Social* (2019), a população brasileira total é de duzentos e onze milhões e seiscentos mil, dos quais cento e quarenta e nove milhões e cem mil são usuários de *Internet* e, dentre estes últimos, cento e quarenta milhões são usuários ativos de mídias sociais em geral. Isso significa que, de acordo com essa, 70,4% da população brasileira seria usuário da *Internet* e 66,1% seriam usuários de redes sociais.

Observa-se, assim, que mesmo num cenário onde mais da metade da população brasileira utiliza as redes sociais, menos de 1% dos casos julgados pelo STJ no ano de 2018 envolviam essas redes. Importante ressaltar aqui que, conforme a metodologia utilizada, foram pesquisados os nomes das principais redes sociais nas ementas dos julgados do STJ de 2018.

Portanto, os casos encontrados utilizavam essas redes de maneira diversa, seja como meio de prova ou porque os próprios fatos teriam ocorrido no meio virtual.

5 CONCLUSÃO

Conforme se pode concluir a partir desta pesquisa realizada, o advento das TIC, em especial da *Internet*, provocou severas transformações sociais que estariam remodelando as bases materiais da sociedade e teriam originado a globalizações da informação e do conhecimento, por meio das quais surgiram novos espaços de interatividade como as redes sociais.

Esses novos espaços, em que pese tenham derrubado inúmeras barreiras na comunicação humana e na troca de informações, sobretudo em razão da facilidade e velocidade que proporcionam, acabam por gerar também novos desafios à sociedade e ao Estado. É nesse sentido que esta pesquisa buscou averiguar se o Estado, notadamente o Poder Judiciário, está se adaptando à evolução da sociedade em rede, através do envolvimento das redes sociais em seus julgados.

Por meio da metodologia de análise de conteúdo aplicada, pode-se averiguar que de um total de 38.273 acórdãos, apenas 31 mencionavam redes sociais em suas ementas, o que representa 0,08% dos julgados de 2018. Dentre estes, observou-se predomínio de menções à rede *Whatsapp*, o que ocorreu em 27 dos casos, frente a 05 menções ao *Facebook* e nenhuma relativa a outras redes pesquisadas. Assim, em que pese o *Facebook* constar como a rede com maior número de usuários ativos e com a maior porcentagem de usuários na *Internet*, o *Whatsapp* tem sido mais utilizado no que se refere a processos judiciais.

Outra conclusão que se pode extrair da pesquisa realizada é que o uso dessas redes sociais em julgados se dá sobretudo na área criminal, já que dos 31 (trinta e um) acórdãos, 27 (vinte e sete) diziam respeito a casos penais, enquanto apenas 04 (quatro) estavam relacionados a processos cíveis. Por fim, restou evidenciado que os processos judiciais ainda não refletem a realidade da sociedade em rede, tendo em vista que apenas 0,08% dos julgados do STJ de 2018 mencionavam as redes sociais, em que pese 66,1% da população brasileira faça uso desses ambientes virtuais.

Confirma-se, assim, a hipótese apresentada de que o Judiciário vem se adaptando à evolução da sociedade em rede e envolvendo as redes sociais em seus julgados, com a ressalva de que tal envolvimento ainda é irrisório se comparado ao número total de usuários dessas redes no país.

REFERÊNCIAS

- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.
- CARDOSO, Tatiana Medeiros. A Aplicação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) no Ambiente Escolar. **Revista iTEC**, v. 3, n. 3, dez. 2011.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: volume I. 2. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LÉVY, Pierre. A Revolução contemporânea em matéria de comunicação. *In*: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org.). **Para navegar no século XXI**. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2000.
- MORAN, José Manuel; MASSETTO, Marcos T.; BEHRENS, Marilda Aparecida. **Novas tecnologias e mediações pedagógicas**. Campinas: Papirus, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Internet y los derechos humanos*. **Derecho y conocimiento**. Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, Vol. 2. ISSN 1578-8202, p. 101-121, 2011.
- RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- SÁ, Priscila Zeni de. **Legitimidade do poder judiciário no preenchimento de cláusulas gerais na perspectiva do estado democrático de direito e da constitucionalização do Direito Civil**. 2016. 285 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.
- SANTOS, Lino. Regulação do ciberespaço: cesuristas e tradicionalistas. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, v. 6, n. 1, maio/out. 2015. Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol6_n1/pt/pt_vol6_n1_art6.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.
- SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária x regulação da *Internet*: a correção como modelo capaz de harmonizar este conflito. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 279-312, jan./mar. 2012.
- SILVA, Rosane Leal da; FAVERA, Rafaela Bolson Dalla. Estudo do caso Klayman v. Zuckerberg and facebook: da liberdade de expressão ao discurso do ódio. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 273-292, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/923>. Acesso em: 25 abr. 2019.

STATISTA. **Global active usage penetration of leading social networks as of February 2018, 2019a.** Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/274773/global-penetration-of-selected-social-media-sites/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

STATISTA. **Leading social networks worldwide as of April 2019, ranked by number of active users (in millions), 2019b.** Disponível em: <http://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

STATISTA. **Number of social network users in selected countries in 2018 and 2023 (in millions), 2019c.** Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/278341/number-of-social-network-users-in-selected-countries/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

WE ARE SOCIAL. **Digital in 2019.** Disponível em: https://datareportal.com/reports/digital-2019-global-digital-yearbook?utm_source=Reports&utm_medium=PDF&utm_campaign=Digital_2019&utm_content=Global_Overview_Promo_Slide. Acesso em: 28 maio 2019.

VIEIRA, Anderson. **Twitter: Influenciando pessoas & conquistando o mercado!** Rio de Janeiro: Alta Books, 2009.

VIEIRA, Rosângela Souza. **O papel das tecnologias da informação e comunicação na educação: um estudo sobre a percepção do professor/aluno.** Universidade Federal do Vale do São Francisco: Formoso, v. 10, p.66-72, 2011.

Submissão: 03/10/2019 Aprovação: 23/02/2021

O DANO MORAL DO SERVIDOR PÚBLICO DECORRENTE DA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO CORRECCIONAL SEM JUSTA CAUSA

THE MORAL DAMAGE OF THE CIVIL SERVANT RESULTING FROM THE INITIATION OF JUSTIFIED CAUSE CORRECTIONAL PROCEDURAL

Gilberto Fachetti Silvestre¹
Universidade Federal do Espírito Santo

Resumo:

Trata-se de pesquisa que apresenta a tese de que a instauração de uma sede correcional disciplinar em face de um servidor público, sem um profundo e consistente juízo de admissibilidade por parte da autoridade titular do *jus puniendi*, no qual se averigue a existência de justa causa para a existência do feito jurisdicional administrativo, lesa a personalidade do servidor e, conseqüentemente, é passível de ser compensação a título de dano moral. Decorreu de pesquisa indutiva com julgados, na qual se buscou estabelecer uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares para a elaboração de uma conclusão de caráter genérico. A investigação identificou os direitos da personalidade lesados e como a instauração do procedimento lesa tais poderes. Daí que se concluiu pela viabilidade e operabilidade da tese defendida, que encontrou respaldo em decisões de órgãos de apelação e da instância superior e suprema.

Palavras-chave:

Procedimentos correcionais. Ausência de justa causa. Juízo de admissibilidade. Dano moral. Compensação.

Abstract:

This research presents the thesis that the establishment of a disciplinary correctional seat in the face of a public servant, without a deep and consistent judgment of admissibility by the *jus puniendi* holding authority, in which there is a just cause for the existence of the administrative judicial feat, will damage the personality of the server and therefore may be compensated for moral damage. It was the result of inductive research with judges, which sought to establish a general reference based on the knowledge of a certain number of singular data for the elaboration of a generic conclusion. The investigation identified the injured personality rights and how the prosecution undermines such powers. Concluded by the viability and operability of the thesis defended, which was supported by decisions of the appellate bodies and the higher and Supreme Court.

Keywords:

Correctional Procedures. Absence of justified cause. Admissibility judgment. Moral damage. Compensation.

1. INTRODUÇÃO.

Esse trabalho é um ensaio elaborado a partir de análise de julgados e de casos concretos e que defende a seguinte tese propositiva e inspiradora: a instauração de uma sede correcional disciplinar em face de um servidor público, sem um profundo e consistente juízo de admissibilidade por parte da autoridade titular do *jus puniendi* — no qual se averigue a existência de justa causa para a existência do feito jurisdicional administrativo — lesa a

¹ Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

personalidade do servidor e, conseqüentemente, é passível de ser compensado a título de dano moral.

A escolha do tema está intimamente associada à relevância social da matéria. Em primeiro lugar, os processos correccionais possuem alto custo pecuniário, segundo a Controladoria-Geral da União (CGU); e em segundo, há uma potencial repercussão negativa na esfera funcional e pessoal do servidor processado.

Nesse diapasão, mostrou-se imperativo analisar o estado d'arte de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de algumas instâncias de apelação, para entender como os tribunais se posicionaram ao enfrentar a matéria e, principalmente, quais seus fundamentos e precedentes.

O objetivo geral dessa pesquisa foi identificar quais direitos da personalidade — no momento presente, uma vez que tais poderes são *numerus apertus* — são lesados pela instauração da sede correccional indevida, e que fundamentam a tutela compensatória dos danos morais. Se constatada a lesão aos direitos da personalidade, *pari passu* se analisou como seriam os danos em casos de procedimento correccional disciplinar (PAD ou sindicância acusatória).

Para o implemento desse objetivo, procedeu-se a análise de julgados para verificar se há jurisprudência em torno do tema. Por óbvio, a pesquisa aprofundou, como premissa, as noções identificadas na literatura jurídica. Nesse sentido, a pesquisa foi desenvolvida como uma abordagem de caráter qualitativo.

Não houve revisão de bibliografia, porque o intuito não foi explorar os conceitos abordados no que concerne especificamente a essa matéria. (Até porque, trata-se de tema pouco abordado na literatura jurídica). Mas, a pesquisa adotou a metodologia de revisão sistemática de julgados, especificamente recorrendo à análise dos acórdãos da instância superior e, por vezes, da instância suprema.

O método utilizado foi o indutivo, buscando estabelecer uma referência geral com base no conhecimento de certo número de dados singulares, ou seja, partindo de dados singulares para a elaboração de uma conclusão de cunho genérico.

A pesquisa, assim, pretende oferecer aos operadores do Direito o entendimento recente e hodierno das instâncias especial e suprema e de alguns órgãos de apelação acerca da viabilidade e operabilidade da compensação de danos morais por ausência de justa causa para a instauração de procedimento disciplinar. Com isso, a tese aqui defendida pretende oferecer recursos práticos à comunidade jurídica para a operabilidade da matéria em sede judicial.

2. A JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DA SEDE DISCIPLINAR.

Em primeiro lugar, tenha-se em mente que, faz tempo, o acusado deixou de ser *objeto* do processo para ser *sujeito* do processo (GOMES, 2020). Quer dizer, o servidor é um *protagonista*, e não uma *peça* da correição.

Segundo Óscar Horta (2010, p. 213), não há conduta justa sem causa justa. Trazendo para a realidade dos procedimentos correcionais investigativos e acusatórios, significa que não pode haver a instauração da sede disciplinar sem um justo motivo fundado em indícios consistentes de autoria e materialidade. Logo, simples denúncias, demandas dos que têm sede de sangue e clamor da turba irascível têm que ser enfrentados com coragem pela autoridade administrativa para poupar o servidor que injustamente querem ver processado.

Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho (2017, p. 170) escreve que o dever de a autoridade administrativa cumprir irrestritamente a norma jurídica “não significa aplicação fria e descompromissada porque, antes de atender a norma, preexiste a finalidade pública”. Por isso, também defende que a instauração do processo disciplinar exige que a autoridade administrativa instauradora proceda a uma suficiente motivação do ato de recebimento da denúncia (BACELLAR FILHO; MARTINS, 2019, p. 654-659).

O processo administrativo disciplinar (PAD) é parte da jurisdição cível *lato sensu*, submetendo-se, portanto, às *regulis juris* da Teoria Geral do Processo. Significa que as regras mais importantes do processo civil são aplicáveis à jurisdição administrativa (MENEZES, 2017).

Nesse sentido, um PAD, sendo um processo e um procedimento, deve buscar a verdade para a convicção daquele que julga (autoridade administrativa). O processo deve buscar uma “verdade possível”, aquela que se revela pelas provas (OLIVEIRA, 2012, p. 381). No caso da jurisdição administrativa, a instauração de um procedimento acusatório ou investigativo deve ocorrer se, tão-somente, o juízo de admissibilidade constatar que será possível produzir provas consistentes para se chegar a uma “verdade”. Obviamente, essa verdade deve ser buscada com base na presunção de inocência (BACELLAR FILHO; MARTINS, 2019).

A instauração de um Processo Administrativo Disciplinar deve seguir as diretrizes da Instrução Normativa nº. 14/2018 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que regulamenta a atividade correcional no sistema de correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº. 5.480/2005. Por ela, em seu art. 4º, são estabelecidas duas categorias de instrumentos de correição no Poder Executivo Federal: “Art. 4º Os procedimentos correcionais podem ter natureza investigativa ou acusatória”.

Os instrumentos investigativos têm natureza meramente inquisitorial e deles não pode resultar aplicação de penalidade, conforme dispõe o *caput* do art. 5º da IN nº. 14/2018, e são os seguintes: a investigação preliminar (IP); a sindicância investigativa (SINVE); e a sindicância patrimonial (SINPA).

O art. 6º da IN nº. 14/2018, por sua vez, elenca em *numerus clausus* os instrumentos acusatórios, que têm natureza contraditória e dos quais pode resultar aplicação de penalidade. São os seguintes:

- 1) Sindicância acusatória (SINAC);
- 2) Processo administrativo disciplinar (PAD);
- 3) Processo administrativo disciplinar sumário;
- 4) Sindicância disciplinar para servidores temporários;
- 5) Procedimento disciplinar para empregados públicos;
- 6) Processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e
- 7) Processo administrativo de responsabilização (PAR).

Ao receber a denúncia, a autoridade competente procederá ao juízo de admissibilidade, para constatar se há indícios de autoria e materialidade consistentes para a instauração de algum dos instrumentos correccionais. Tal é assim por disposição do *caput* do art. 9º da IN nº. 14/2018: “Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correccional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa. [...]”.

O *Manual de Processo Administrativo Disciplinar* da Controladoria-Geral da União (CGU, 2021, p. 44) orienta que a instauração de um processo administrativo disciplinar não é obrigatória somente pela chegada de uma denúncia:

Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável.

O mesmo manual da CGU (2021, p. 44-45) recomenda que denúncias com pouca consistência sejam, antes da instauração de PAD, objeto de uma apuração (investigação) preliminar:

[...] também acontece de a notícia da eventual irregularidade ser pontual, mas incompleta, requerendo, assim, uma verificação mais aprofundada de seus elementos

para delimitação inicial da materialidade (fato supostamente irregular) e autoria (eventual autor do fato). Nessa situação, a autoridade competente deverá coletar informações com o objetivo de confirmar ou não a plausibilidade da notícia, ou seja, se de fato há indícios que apontem para a ocorrência da infração disciplinar relatada, conforme determina o art. 143 da Lei nº. 8.112/90: “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata (...)”.

Nesse contexto exemplificativo, percebe-se que é indispensável fazer uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, caso necessário, dos procedimentos investigativos (conceituados no item 6.1), para que só então possa ser tomada a decisão adequada: cumprir o disposto no citado parágrafo único do art. 144, arquivando a denúncia ou representação inepta; ou cumprir o disposto no referido art. 143, quando esse estabelece a utilização da sindicância contraditória ou do processo administrativo disciplinar para a apuração dos fatos.

A essa análise prévia da notícia de irregularidade exigida de forma indireta pela Lei nº. 8.112/90, e à subsequente decisão adotada pela autoridade competente, denomina-se juízo ou exame de admissibilidade.

Em seu juízo de admissibilidade para a instauração da sede investigativa, sindicante ou disciplinar, a autoridade administrativa não pode instaurar *incontinenti* um processo administrativo disciplinar pelo simples fato de receber uma denúncia, especialmente quando a rotina da repartição permite perceber que tal notícia é inconsistente. Isso se deve ao fato de que o processo administrativo disciplinar, pelo disposto no art. 32 da IN nº. 14/2018, somente deve ser instaurado quando houver *fortes e consistentes* indícios de materialidade e autoria da prática de infração disciplinar: “Art. 32. O PAD é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração disciplinar praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. [...]”.

Observe, outrossim, que pela formulação normativa do *caput* do art. 32 o sintagma “apurar responsabilidade de servidor” indica que o fato é evidente ou já foi apurado. É que, embora haja uma fase de inquérito no processo administrativo disciplinar, seu objeto principal é a análise da infração, o indiciamento e a imputação ou não de responsabilidade.

Cabe à sindicância investigativa ou preparatória, nos termos dos arts. 19 a 22 da Instrução Normativa nº. 14/2018, a apuração preliminar de fatos infracionais:

Art. 19. A SINVE constitui procedimento de caráter preparatório, destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor ou empregado público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório.

Parágrafo único. Da SINVE não poderá resultar aplicação de penalidade, sendo prescindível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Art. 22. O relatório final da SINVE deverá ser conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar, devendo recomendar a instauração do procedimento disciplinar cabível ou o arquivamento, conforme o caso.

O juízo de admissibilidade pela autoridade administrativa deve ser robusto, e não baseado apenas, por exemplo, em denúncia na imprensa ou recomendação do Ministério Público. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 577), a autoridade deve, no juízo de admissibilidade, partir de critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático:

No juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competentes critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, para cotejá-los com os possíveis documentos e provas que o instruem, objetivando que se evite a instauração de processos com falta de objeto, onde a representação ou denúncia que deram causa aos mesmos são flagrantemente improcedentes ou inoportunas.

Há denúncias que não devem prosperar e devem ser arquivadas *incontinenti*. O parágrafo único do art. 144 da Lei nº. 8.112/1990 obriga o arquivamento se o fato descrito na peça acusatória não seja evidente infração disciplinar ou ilícito penal. Se tal evidência não existir, será caso de arquivamento por falta de objeto:

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

O “falta de objeto” a que se refere o parágrafo único do art. 144 significa ausência de justa causa. Nesse sentido, José Armando da Costa (2009, p. 203) assim escreve:

Vê-se, assim, que, sem esses conectivos pré-processuais, resta ilegítima a iniciativa da administração pública consistente na abertura desses expedientes apuratórios de faltas disciplinares, pois que tais elementos prévios indiciários (*fumus boni iuris*) não apenas constituem uma exigência jurídico-processual sinalizadora da plausibilidade de condenação do servidor imputado, como também configura uma garantia em favor deste, que não poderá, sem o mínimo de motivação, ser submetido a inquietadores procedimentos como tais.

A necessidade de um motivo é apontada por Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 24) como requisito de validade do processo administrativo disciplinar. Logo, a ausência de motivo consiste em um vício insanável existente desde o ato instaurador. Sobre o motivo, escreve:

MOTIVO ou causa é a situação fática, prevista em lei que autoriza a realização do ato. É a compatibilização do acontecimento fático com a previsão legal, em termos clássicos: a subsunção do fato à norma

Requisito indispensável nos atos administrativos, pela sua correta indicação, propicia à defesa um referencial em termos de orientação, notadamente quanto à produção de provas e o balizamento do contraditório.

A ausência de motivo, ou a sua errônea invocação, fere o princípio constitucional da ampla defesa, impossibilitando ao indiciado, pela impostura da acusação, a plenitude do uso dessa garantia.

Ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho (2007, p. 24) que o a motivação não consiste em ato superficial e de indicações genéricas. Por isso, sustenta a tese de que “mesmo que o servidor tenha ciência da imputação lhe dirigida, é forçoso concluir que, muitas vezes, a generalidade contida nos dispositivos citados no ato instaurador do processo fazem-no viciado *ab initio*, pela inconcialibilidade de sua aplicação conjunta” [*sic*]. Por isso, entende que o aforismo do processo penal pelo qual o réu se defende de fatos não se aplica ao processo administrativo, pois tal entendimento é “simplista e insuficiente”.

A motivação suficiente e bem fundamentada revela a imparcialidade da autoridade administrativa (PORTA, 2012), o que confere credibilidade ao ato e, principalmente, melhores oportunidades de defesa ao acusado.

Por isso, em matéria correcional existe a necessidade de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar antes que seja determinada a instauração de procedimento disciplinar, que irá confirmar ou não essa primeira impressão da autoridade administrativa, haja vista os efeitos de natureza moral imputados ao agente público decorrente da apuração de irregularidade funcional. Além de ser colocado sob suspeita, vários direitos do servidor são suprimidos: não pode assumir cargos de confiança, seus direitos de gozar licenças são suspensos, e, também, não pode pedir exoneração nem aposentadoria voluntária no período em que responde ao processo (*caput* do art. 172 da Lei nº. 8.112/1990).

Quanto ao dever de apurar que está prescrito no art. 143 da Lei nº. 8.112/1990, a Controladoria-Geral da União (CGU, 2012) entende que se trata de ato com duplo aspecto:

- 1) vinculado: objetiva promover a apuração imediata das irregularidades; não há alternativa, pois a autoridade deve necessariamente instaurar o procedimento cabível *havendo indícios de autoria e materialidade*; e
- 2) discricionário: a autoridade deve escolher o procedimento disciplinar cabível conforme parâmetros normativos vigentes (princípios e regras).

Ainda de acordo com a CGU (2012), no juízo de admissibilidade, feito a partir das notícias de possível irregularidade que chegam à autoridade competente, é necessária uma análise prévia pela autoridade, com o “levantamento dos elementos relacionados à suposta irregularidade e, ato contínuo, com a ponderação à vista da necessidade e utilidade de determinar a instauração da sede disciplinar”. Deverá, pois, a autoridade, certificar-se da presença de indícios de materialidade — *id est*, identificar a extensão do fato irregular (ação ou

omissão em afronta ao ordenamento jurídico) relacionado ao exercício do cargo — e de indícios de autoria — identificar o servidor envolvido com o possível fato irregular —.

Consciente da necessidade de um juízo de admissibilidade consistente, a Controladoria-Geral da União editou a Instrução Normativa nº. 08/2020, que regulamenta a investigação preliminar sumária (IPS) no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. O art. 1º autoriza a instauração da IPS, o que antes não era previsto e causava temores às autoridades administrativas em proceder a tal investigação:

Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, *poderão realizar* apurações de irregularidades por meio de Investigação Preliminar Sumária (IPS) quando a complexidade ou os indícios de autoria e materialidade não justificarem a imediata instauração do processo correcional.

Observe, porém, o destaque que foi feito na formulação normativa: a CGU não *obriga* as autoridades administrativas a instaurarem a investigação preliminar sumária, mas, apenas, *facultam* sua utilização (“*poderão realizar*”). Foi um avanço, porém menos daquilo que poderia ter sido, pois dependerá a boa-vontade do administrador titular do *jus puniendi*.

A investigação preliminar sumária, segundo o *caput* do art. 2º da IN nº. 08/2020, é um procedimento administrativo preparatório, informal e de acesso restrito, “destinado à coleta de elementos de informação para a análise acerca da existência dos elementos de autoria e materialidade relevantes para a instauração de processo administrativo disciplinar acusatório, processo administrativo sancionador ou processo administrativo de responsabilização”. O § 2º do art. 2º proíbe a aplicação de penalidade no âmbito da investigação preliminar sumária:

Art. 2º. [...] § 2º Da IPS não poderá resultar aplicação de sanção, *sendo prescindível* a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. [...].

Observe, contudo, que a IN nº. 08/2020 entende que a ampla defesa é *prescindível*, ou seja, *desnecessária, escusada*.

A ampla defesa talvez seja uma das regras mais importantes do processo disciplinar (investigativo e punitivo). Inclusive, esta é a opinião de Giovanni Orso Borile e Marianita Filippin (2018). Já para Romeu Felipe Bacellar Filho (2017, p. 230 e ss.) é o contraditório.

Essa ampla defesa começa a ser contemplada quando, no juízo prévio de admissibilidade, a autoridade administrativa oportuniza que o denunciado possa se manifestar previamente sobre o que se lhe imputa. Não há, é verdade, uma regra expressa nesse sentido, mas, convenha-se, trata-se de um consectário lógico da ampla defesa. Não se trata de uma defesa quanto à inocência — a qual ocorre na investigação e no procedimento acusatório —, mas de uma manifestação quanto à denúncia e sua admissibilidade.

Mas, para além da questão processual, interna, essa atitude também é exigida pela eficiência administrativa, visto que a Controladoria-Geral da União (2021, p. 77) (2012) destacou o expressivo gasto de recursos públicos com o processamento de sedes correcionais.

É verdade que a regra fundamental da oficialidade dos processos investigativos e acusatórios (ou “princípio” da oficialidade), prevista no inciso XII do art. 2º da Lei nº. 9.784/1999, obriga a autoridade administrativa e o órgão investigativo ou persecutório a impulsionar *ex officio* o processo administrativo (BACELLAR FILHO; PIVETTA, 2014, p. 116-117). Porém (e a própria formulação normativa faz esta ressalva), *sem prejuízo da atuação dos interessados*. Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho (2017, p. 192) entende que a oficialidade não significa dizer que a administração pode executar atos processuais sem contraditório e ampla defesa. Aduz que ouvir o servidor/acusado previamente, antes de uma decisão, assegura o conhecimento maior dos fatos e auxilia no aperfeiçoamento do ato administrativo e, assim, da “justiça da decisão” (BACELLAR FILHO, 2017, p. 309) (BACELLAR FILHO; MARTINS, 2019, p. 650 e ss.).

Para a instauração da sede disciplinar (PAD ou sindicância acusatória) é necessária a existência de justa causa para instauração de procedimento punitivo. A instauração do respectivo procedimento disciplinar deve ser precedida de uma análise sobre a existência de indicativos do cometimento de irregularidade administrativa. Por exemplo, não basta uma denúncia de um colega de trabalho ou uma recomendação do *Parquet* para se presumir, *per se*, existirem os indícios da materialidade.

A propósito, Hely Lopes Meirelles (2020) entende que é essencial que a denúncia descreva os fatos de modo suficiente e específico para uma adequada delimitação do objeto e para garantir a defesa. Quer dizer, denúncias genéricas não devem ser recebidas. Reginaldo Gonçalves Gomes (2020) estima que existem — em suas palavras, “inúmeros” — processos disciplinares e sindicâncias instaurados sem a preocupação com a descrição dos fatos imputados ao acusado ou mesmo com meras acusações infundadas. Essa descrição inexistente ou insuficiente subtrai do servidor acusado o direito de defesa.

A respeito do que consiste a justa causa para um processo administrativo disciplinar, assim a define Antonio Carlos Alencar Carvalho (2019, p. 100):

[...] a instauração de processo administrativo disciplinar pressupõe a autoria e a materialidade evidenciadas quanto ao cometimento de falta funcional por servidor público, de sorte que, demonstrada indiscutivelmente a inexistência de justa causa, como no caso de o fato não caracterizar infração disciplinar, o funcionário acusado pode requerer, na via administrativa ou judicial, o trancamento do feito apenador indevidamente aberto.

Veja que a instauração do processo administrativo disciplinar depende de *materialidade evidente*. Somente assim existirá uma justa causa.

O PAD objetiva apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo (CGU, 2012) (CGU, 2016, p. 84 e ss.). Ou seja, a sede disciplinar já parte do pressuposto de que o servidor, em tese, cometeu infrações, sendo a fase contraditória o momento de se verificar se tais percepções são verdadeiras ou falsas.

Já a sindicância investigativa objetiva apurar a existência de irregularidades funcionais e precede ao processo administrativo disciplinar, sendo o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para posterior instauração de processo e punição ao infrator (CGU, 2016, p. 54-55) (CGU, 2021, p. 53). Isso é, a sindicância investigativa/preparatória irá verificar se há ou não infração, ainda que em tese, no caso concreto: “Ao final, de posse das informações obtidas, a autoridade competente decidirá pela instauração da sede disciplinar através de uma sindicância contraditória ou processo administrativo disciplinar ou pelo arquivamento do feito” (CGU, 2016, p. 55).

O *Manual de Processo Administrativo Disciplinar* da Controladoria-Geral da União (CGU, 2021, p. 15-19) elenca seis “princípios fundamentais” da sede disciplinar, quais sejam: devido processo legal, ampla defesa, contraditório, informalismo moderado, verdade real, presunção de inocência ou de não culpabilidade e motivação.

Um processo administrativo disciplinar instaurado sem justa causa e uma apuração preliminar que demonstre a consistência da denúncia infringe os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência ou de não culpabilidade e da motivação, de acordo com a Controladoria-Geral da União (2021, p. 46):

[...] o juízo ou exame de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o

risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

Um bom exemplo vem do Codice del Processo Amministrativo de Italia, com as peculiaridades daquele país quanto ao regime jurídico do seu processo administrativo. A instauração da jurisdição administrativa se fundamentará em “un’illiceità della condotta complessiva riguardo alla quale assume rilievo centrale il giudizio sintetico-comparativo di valore sull’ingiustizia del danno nonché la valutazione della rimproverabilità soggettiva del contegno”² (MASERA, 2012, p. 45).

O *Manual de Processo Administrativo Disciplinar* da CGU (2021, p. 15) define o devido processo legal como a obediência aos ritos legais para o processamento disciplinar:

Por esse princípio, nenhuma decisão gravosa a um determinado sujeito poderá ser imposta sem que, antes, tenha sido submetido a um processo cujo procedimento esteja previamente previsto em lei, ou seja, impõe-se o cumprimento dos ritos legalmente previstos para a aplicação da penalidade.

A infração ao *due process of law* diz respeito à instauração de processo administrativo disciplinar sem prévio juízo de admissibilidade exaustivo ou sem sindicância investigativa, conforme preceitua a Instrução Normativa nº. 14/2018 do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União.

Mais que isso, reforça uma cultura punitivista que a cada dia que passa se torna senso comum. José Roberto Franco Xavier (2019, p. 22) constata que as demandas de vítimas são “fator de irritação para o sistema”. Por isso, para ele, “punir em democracia é um exercício de equilíbrio”. Embora ele esteja falando sobre a punição na esfera criminal, constata-se que todo o dito se aplica à situação da abertura de correição: o servidor não pode ser visto como alguém irritante e que deve ser calado e massacrado, pois punir não pode ser só dar exemplos e dar respostas.

A presunção de inocência ou de não culpabilidade consiste em não se considerar ninguém como culpado até a decisão processual definitiva (inciso LVII do *caput* do art. 5º da Constituição da República) (CGU, 2016, p. 18) (CGU, 2021, p. 17-18). Tal não se verifica quando o servidor é tratado como infrator em decorrência de conclusões inconsistentes de denúncia ou recomendação. A instauração da investigação preliminar sumária ou da prévia

² Em tradução livre: “uma ilegalidade da conduta geral para a qual o julgamento sintético-comparativo de valor sobre a injustiça do dano, bem como a avaliação da censura subjetiva do comportamento é de importância central”.

sindicância investigativa possibilitaria verificar se haveria, em tese, infração para ser atribuída ao servidor.

Há, por fim, um cuidado extra: o abuso de autoridade (SILVESTRE, 2020). A Lei nº. 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, tipifica como crime, no *caput* do art. 27, a requisição de instauração ou a instauração procedimento investigatório de infração administrativa, em desfavor de alguém, quando falta qualquer indício da prática de ilícito funcional ou de infração administrativa. Contudo, o parágrafo único do art. 27 não considera esse crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

3. CARACTERIZAÇÃO GERAL DO DANO MORAL COMO PREJUÍZO À PERSONALIDADE.

A personalidade civil é mais que um atributo formal conferido pelo ordenamento jurídico para titularizar relações jurídicas. É, antes de tudo, um valor que se refere à proteção da pessoa. Para a proteção da pessoa, de sua personalidade, de sua dignidade, a ordem jurídica tutela uma série de direitos que tratam dos aspectos fundamentais e essenciais do ser humano: trata-se dos direitos da personalidade.

A pessoa natural é constituída fundamentalmente a partir de três aspectos, quais sejam (SILVESTRE; HIBNER, 2017):

- 1) *Psicofísico*: refere-se ao corpo físico da pessoa e aos seus pensamentos, constituído de seus membros, órgãos, tecidos e seu lado psicológico. Os direitos da personalidade que se referem a esse aspecto têm por objeto a *integridade psicofísica* ou *psicossomática* da pessoa;
- 2) *Espírito ou moral*: não se trata de uma definição religiosa de espírito. Aqui o significado se refere a sentimentos, inclinações sensíveis, conceitos que a pessoa tem si de mesmo e que os outros têm desse sujeito, enfim, as situações imateriais da pessoa. Nesse caso, os direitos da personalidade querem assegurar a *integridade espiritual* ou *moral* da pessoa; e
- 3) *Inteligência*: diz respeito à capacidade que a pessoa tem de produzir conhecimento, de inventar, de criar. Protege, portanto, a criatividade, a produção intelectual, o invento, a arte que o sujeito produz e pode produzir. Por tal razão, os direitos da personalidade tratam da *integridade intelectual* da pessoa natural.

O conjunto dos direitos da personalidade, em todos os seus aspectos, constitui uma cláusula geral de integridade da pessoa, chamada *dignidade humana* (SOUZA, 2010). Integridade se refere à preservação e à obrigação de não lesar a pessoa naquilo que lhe é mais essencial. Dessa maneira, a dignidade humana representa um direito geral de integridade (psicossomática, moral e intelectual), ao qual corresponde um dever geral de incolumidade, que significa, exatamente, o dever de não lesar os outros (*neminem lædere*).

Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 03 e ss.) delimita o sentido de dignidade humana, quando o localiza no princípio ético-moral, de origem cristã, do dever de amar o próximo. Por isso, para ele, dignidade é o dever de amar e respeitar o próximo, o que, traduzindo para a linguagem jurídica, quer dizer que ninguém pode lesar os direitos essenciais de uma pessoa.

A lesão aos direitos da personalidade sempre foi abordada como dano moral, de maneira que toda vez que um direito da personalidade de alguém fosse infringido, desrespeitado, causando uma lesão à incolumidade, haverá dano moral. Por consequência, dano moral é a lesão à dignidade humana. Mas o *caput* do art. 12 deixa claro que uma lesão a um direito da personalidade também pode ocasionar um dano patrimonial (perdas e danos) (SILVESTRE; HIBNER, 2017). Por isso, Fernando Noronha (2017, p. 507 e ss.) prefere analisar a situação com base nos prejuízos sofridos pela pessoa. Assim, segundo o autor, *dano é a lesão a um bem jurídico, com redução do seu valor*. Pode-se, então, dividir essa definição em algumas partes: 1) *Lesão*: é o descumprimento de um dever de incolumidade, isto é, integridade protegida pela lei, do bem jurídico; 2) *Bem jurídico*: dois são os bens tutelados pelo Direito, quais sejam, as pessoas e as coisas. Dessa maneira, o dano é caracterizado como a infração a um dever de incolumidade ou integridade de uma pessoa ou coisa; 3) *Redução*: se refere ao prejuízo sofrido quando o bem é lesado. Tais prejuízos podem ser *extrapatrimoniais* (mais conhecidos como *dano moral*) e/ou *patrimoniais* (mais conhecidos como *dano patrimonial*, *material* ou *perdas e danos*); e 4) *Valor*: nesse caso, Fernando Noronha segue os chamados valores do mundo social designados por Immanuel Kant, que seriam o *preço* (coisas) e a *dignidade* (pessoas), ou seja, as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade. Dessa maneira, o que se tutela é o prejuízo.

A respeito da caracterização do dano moral na literatura jurídica e nos tribunais superiores do Brasil, Gilberto Fachetti Silvestre e Bruna Figueira Marchiori (2020, p. 221) concluem que, na caracterização do dano moral e na fixação da sua compensação pecuniária (o *quantum*), há a influência de três pontos de vista: um que entende que dano moral é caracterizado pelo sofrimento (*pretium doloris*); outro para o qual o dano é lesão a direito da personalidade; e um terceiro que entende que o dano moral é presumível e se deve comprovar

o evento danoso, e não os sentimentos ruins da vítima (*in re ipsa*). Concluem, após pesquisa empírica, que a literatura contemporânea e a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de reconhecer que o dano moral é presumido *ipso jure (in re ipsa)*, ou seja, independe de *doloris* (dor, sofrimento) (SILVESTRE; MARCHIORI, 2020, p. 236) (SILVESTRE; MARCHIORI, 2021, p. 196-197).

Embora o prejuízo extrapatrimonial seja de pleno direito, isto não significa que a vítima está isenta de demonstrar *quais e como* seus direitos da personalidade foram lesados para levar à danoção. No quadro abaixo, aplicando-se os conceitos e caracterizações do dano moral, identifica-se e se desenha aqueles que são os principais direitos da personalidade do servidor que podem ser lesados pela indevida instauração da sede correccional:

DIREITO	DEFINIÇÃO	LESÃO NO CASO CONCRETO
Sossego	Não se trata, aqui, de sossego na relação de vizinha (art. 1.277 do Código Civil c/c art. 42 do Decreto-Lei n.º 3.688/1941), mas sim de não sofrer perturbações em seu aspecto espiritual, em sua tranquilidade no convívio social e na vida privada. É o direito de não ser perturbado em seus sentimentos quotidianos. Segundo Silvio Maciel (2010, p. 108), perturbar significa incomodar, atrapalhar o trabalho, a tranquilidade e a calma. E, ainda, Sérgio de Oliveira Médici (1988, p. 214) faz a seguinte caracterização: “Todo homem tem direito à tranquilidade, no ambiente social em que vive, livre de incômodos descabidos”.	A pessoa do servidor, em seu aspecto espiritual, sofre com a instauração do PAD, especialmente quando se trata de profissional que não tem vivência com a área jurídica. Já é senso comum que responder a um processo — seja disciplinar, seja judicial, além da investigação pelo onipotente Ministério Público — constitui verdadeira punição para a pessoa, especialmente quando tenha agido com boa-fé em toda sua carreira funcional no serviço público. A incerteza dos motivos, da justa causa e das consequências adversas da sede disciplinar causa verdadeira intranquilidade na pessoa do acusado, que passa a viver com o desespero de se ver diante do pior, injustamente.
Boa fama	Consiste em não ser vítima de suposições injustas e ausentes de verdades. É o direito de não ser julgado por ninguém.	A presunção de inocência no Brasil é hoje um mero texto da lei e algo praticamente teatral. O simples fato de alguém ser investigado ou denunciado já lhe imputa socialmente a culpabilidade. E isso muitas vezes por causa da atuação exagerada — para não dizer perversa — do Ministério Público.

		<p>Sobre a pessoa do servidor corrigido incide a pecha do profissional que agiu irregularmente. Entre público e colegas de trabalho fica a impressão negativa em relação à conduta do servidor, motivo pelo qual pode se tornar objeto de comentários pejorativos.</p> <p>Obviamente, não se trata de condenar a administração pública por danos morais quanto a comentários e julgamentos de outrem, mas sim por ter instaurado um PAD que ensejou tais comentários e julgamentos alheios em relação do servidor. A instauração do PAD foi a causa desse transtorno e dessa deturpação.</p>
Honra	Trata-se da reputação do indivíduo, das impressões que tem de si mesmo (honra subjetiva) e que a sociedade tem dele (honra objetiva).	<p>Imagine como se sente uma pessoa que investiu seus esforços para chegar ao cargo, que se dedica e se vê processado por deslealdade à instituição.</p> <p>Certamente, o sentimento é de humilhação, de agaste com a injusta posição em que o colocaram diante da instituição.</p> <p>Além disso, o que devem pensar as pessoas sobre o servidor ao vê-lo investigado pelo leviatã Ministério Público e respondendo a um PAD?</p> <p>Tratam-se de perguntas retóricas que levam a refletir e constatar o processo de acanhalamento por que passaria o servidor.</p>
Privacidade	Trata-se do poder que tem o sujeito de escolher quais aspectos da sua vida podem ser acessados por outras pessoas, e quando outrem pode usar dessas informações e divulgá-las (ONN <i>et al.</i> , 2005, p. 1-12). É o direito de ser deixado em paz (WARREN, 1890).	A vida do servidor é revirada e muitas vezes se divulga publicamente sua rotina e seu momento de recato, exatamente nos momentos em que não se encontra exercendo as funções inerentes ao cargo que ocupa.

Tabela 1: Direitos da personalidade lesados pela indevida instauração da sede correccional. Fonte: o autor.

Operacionalizando essa tabela, o servidor-vítima deverá comprovar como a instauração da sede disciplinar ou investigativa sem justa causa lesou esses direitos da personalidade na sua situação específica. Ou seja, há essa descrição *in abstracto*, mas o servidor deve adaptá-la à sua condição específica, concreta.

E para reforçar essa ideia aqui defendida, de que a instauração indevida do instrumento correccional é causa de lesão a direitos da personalidade do servidor, Romeu Felipe Bacellar Filho (2017, p. 258 e ss.) destaca que quando há a instauração da sindicância ou do processo administrativo disciplinar a administração pública já não mais *suspeita* do servidor, mas, sim, o *acusa* de cometer um ato ilícito. Observe, então, o impacto que essa instauração poderá ter na vida funcional e privada do servidor processado.

4. DANO MORAL PELA INDEVIDA INSTAURAÇÃO DA SEDE CORRECCIONAL.

Olympio Fraga Bisnetto (2017, p. 4), discorrendo sobre ampla defesa e contraditório, que regem a atividade administrativa no âmbito disciplinar, destaca que sua não observância é causa de nulidade do processo na mesma gravidade que no processo penal condenatório, uma vez que entende existir uma analogia entre ambos: “A inobservância à aplicação desses direitos e garantias pode acarretar a nulidade do processo administrativo, quando ocasionar prejuízos ao agente ou mesmo quando forem detectados vícios formais ou materiais que venham a contaminar o processo”.

Mas, no caso da tese aventada nesta pesquisa, a existência de um dano moral independe da existência de um prejuízo ocasionado pela invalidade processual, ou seja, o dano moral não se submete à ideia de *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). A simples instauração indevida da sede disciplinar, sem obediência ao contraditório e à ampla defesa, sem que se dê ao servidor a oportunidade de uma manifestação preliminar para esclarecimentos e sem um juízo de admissibilidade cuidadoso, cauteloso e robusto já implica em uma lesão a direitos da personalidade daquele servidor. Ou seja, independe de prejuízos — não se submete ao “princípio” do prejuízo, aventado por Olympio Fraga Bisnetto (2017, p. 127-128), como essencial para a verificação de nulidade —, uma vez que o prejuízo extrapatrimonial é *in re ipsa* (SILVESTRE; MARCHIORI, 2020, p. 222).

Uma pesquisa qualitativa de julgados buscou constatar a existência de casos em que a instauração do processo administrativo disciplinar gerou para a administração pública o dever de compensação por danos morais sofridos pelo servidor investigado, indiciado, acusado e processado. Foram encontrados julgados que confirmaram essa pretensão. A condenação a

compensar o dano moral ocorreu quando o servidor respondeu a processo administrativo disciplinar instaurado de maneira precipitada e imprudente ou, ainda, com má-fé e com provas insuficientes para uma acusação.

No levantamento qualitativo de julgados foram aplicados os seguintes critérios de busca:

Sítio eletrônico de pesquisa	Jusbrasil (https://www.jusbrasil.com.br/)
Data da busca	24/04/2021
Recorte temporal	01/01/2010 a 23/04/2021
Critério de busca	[“dano moral sindicância processo disciplinar”]
Tribunais selecionados	STF, STJ e TRF’s
Método de seleção de amostras	Qualitativo. Aplicou-se uma seleção randômica de julgados, sem pretensão probabilística, para ter como amostras os julgados que mais se aproximam do objeto desta pesquisa. O método empregado reflete a pretensão de analisar os fundamentos dos julgados, e não de quantificá-los com fins a verificar se existe ou não uma jurisprudência em torno da matéria.
Documentos selecionados	Acórdãos e decisões monocráticas
Ordem aplicada dos resultados	Por relevância
Total de documentos encontrados	> 10.000 documentos
Total de documentos selecionados	50
Número de documentos da amostragem	33

Tabela 2: Critérios da pesquisa de julgados. Fonte: o autor.

A busca obteve um resultado de mais de 10 mil documentos. Para reduzir a amostragem — uma vez que se pretendia análise qualitativa, e não quantitativa —, a pesquisa optou por:

- Excluir os Tribunais de Justiça dos Estados da busca, pois, embora relevantes, têm posicionamentos próprios dos judiciários estaduais, enquanto o STF e o STJ são nacionais e os Tribunais Regionais Federais geralmente abrangem dois ou mais Estados; e
- Analisar somente as cinco primeiras páginas do resultado, isto é, os primeiros 50 julgados apontados pela própria busca como mais relevantes.

Dos 50 julgados escolhidos como amostra, foram selecionados 33 para a análise qualitativa, uma vez que foram os documentos que versavam propriamente sobre o objeto de estudo ou, pelo menos, tangenciavam-no.

Preliminarmente, cabe citar um entendimento de 2005 da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça — e que não apareceu no resultado da busca de julgados por causa do recorte temporal —, que entendeu que um processo administrativo disciplinar pode ter efeitos prejudiciais para a vida funcional e pessoal do servidor, conforme consignou no Mandado de Segurança nº. 10.442/DF: “tendo em vista a repercussão negativa na esfera funcional, familiar e pessoal do servidor público e, ainda, os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, mostra-se indispensável a necessidade de justa causa para a abertura de sindicância ou processo disciplinar” (STJ, MS nº. 10.442/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 24/08/2005). Ora, a instância especial está se referindo a prejuízos à pessoa do servidor, ou seja, a lesão a direitos da personalidade. Quando o dever de incolumidade desses direitos é desatendido (*rectius*: lesado), tem-se como efeito a redução da dignidade humana da vítima, ou seja, há dano moral. Então, *mutatis mutantis servatis servandis*, para o STJ é possível falar em dano moral decorrente da instauração da sede disciplinar sem justa causa, uma vez que o processo administrativo repercute negativamente na esfera pessoal do sujeito, especialmente quando injustificável (ou injusto, se preferir), conforme o próprio julgado reconhece.

Logo, se a base para a instauração do PAD for denúncia fundada em inverdades e factoides que não prosperam e não condizem com a real situação fática e jurídica do servidor, a sede correccional não deve ser instaurada, pois, se o for, tratar-se-á de um procedimento administrativo irregular, pois baseado em narrações inverídicas.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre procedimento administrativo irregular instaurado a partir de narrações inverídicas. No Recurso Especial nº. 1.258.768/PE³, o tribunal analisou a situação de um policial militar do Estado de Pernambuco que respondeu a uma sindicância e, após, ingressou com ação judicial alegando ter sido o procedimento irregular e conduzido de forma que o deixou com a “imagem abalada perante a corporação policial”. A justiça de Pernambuco julgou procedente o pedido no juízo de piso e no grau de apelação, determinando o pagamento de indenização a título de danos morais ao militar.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco aplicou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no § 6º do art. 37 da Constituição da República. O TJPE reconheceu

³ STJ, REsp. nº. 1.258.768/PE, Decisão Monocrática, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21/06/2011.

que a instauração indevida do PAD configura uma ilegalidade. O acórdão da apelação ficou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE INVESTIGAÇÃO IRREGULAR E O DANO PSICOLÓGICO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impõe limites à atuação do Estado e dos demais particulares, os quais devem respeitar direitos privados essenciais a existência da pessoa humana. 2- Restou devidamente demonstrado o nexo de causalidade entre o processo administrativo disciplinar irregular e o dano sofrido pelo Apelado (transtornos psicológicos, constrangimento) na corporação policial. 3- Assim, no caso de ilegalidade por parte de agente público, aplica-se a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado nos termos do disposto no § 6º, do artigo 37, da Carta da República, e no art. 43 do Código Civil. 4- Dessa forma, aplicando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, reduzo o quantum indenizatório para o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais. 5- Apelação parcialmente provida. Decisão unânime.

O Estado de Pernambuco (réu no piso e recorrente na apelação) recorreu ao STJ, alegando, dentre outras coisas, que o militar não sofreu danos morais indenizáveis, na medida em que “não causa danos morais a submissão de servidor público a processo administrativo de apuração de responsabilidade por falta funcional que lhe venha a ser inicialmente atribuída, sobretudo quando observado, como no caso dos autos, o contraditório e a ampla defesa, permitindo-se ao imputado a prova da insubsistência das imputações a si atribuídas”. Mas o Relator do Recurso Especial negou o seguimento do recurso na instância especial, e destacou na decisão monocrática:

Quanto ao reconhecimento do elemento dano, rebatido pela parte apelante, sopesa estar comprovado nos autos o abalo psíquico sofrido pelo apelado (fls. 52/53). Acrescente-se a isto o constrangimento nefasto enfrentado pelo recorrido na corporação em que labora, no momento em que a sindicância, apurada de forma irregular, divulgou ter agido o soldado PM de ma-fé por não ter assumido a responsabilidade pelos danos e ainda ter passado a culpa para outro colega (STJ, REsp. nº. 1.258.768/PE, Decisão Monocrática, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 21/06/2011).

Dessa maneira, o Relator no STJ manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e reconheceu o procedimento administrativo como sendo irregular, pois instaurado com base em narrações inverídicas.

O Estado de Pernambuco ainda tentou dois outros recursos — um Agravo Regimental e Embargos de Declaração no Agravo Regimental (STJ, RE nos EDcl no AgRg no REsp. nº. 1.258.768, Decisão Monocrática, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 25/06/2012) —, mas ambos foram negados.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região também já condenou a administração pública ao pagamento de danos morais porque uma servidora foi indevidamente incluída em um processo administrativo disciplinar, ou seja, respondeu a um PAD sem ter culpa de nada:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS INFRINGENTES. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SÃO PAULO-CROSP. PROCESSO ÉTICO. INCLUSÃO DO NOME DA AUTORA INDEVIDAMENTE. DANO MORAL. 1.A apelante foi equivocadamente incluída em processo ético-disciplinar, sendo que tal inclusão deu-se por aditamento, sem se especificar as razões da inclusão. 2. Condenação ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00, com supedâneo no inciso V do art. 5º e no § 6º do art. 37, ambos da Constituição da República. 3. Embargos infringentes improvidos (TRF-3, Embargos Infringentes nº. 966.369, 2ª Seção, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, julgado em 03/12/2013).

Em outra situação, o TRF da 3ª Região também concordou com a existência de dano moral quando o processado responde a PAD sem ter praticado qualquer infração:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. SUSPENSÃO. ANÁLISE DO MÉRITO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO ÉTICO-DISCIPLINAR. DANO MORAL REDUZIDO. 1. Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região em São Paulo - CRECI/SP é parte legítima para figurar no pólo passivo do presente feito. 2. Por qualquer ângulo que se analise a questão, diante das provas colhidas, pode-se afirmar que não houve infração a um dever ético-disciplinar. O mero auxílio a outra corretora de imóveis, limitando-se a descrever alguns cuidados básicos a serem tomados em uma transação imobiliária, sem a intervenção direta na realização do negócio, não tem o condão de caracterizar uma infração disciplinar, ainda mais considerando a gravidade da sanção de suspensão do exercício profissional aplicada. 3. Considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem nortear a fixação das indenizações por danos morais, e diante da atividade desenvolvida pelo autor, é razoável a redução de seu valor. 4. Apelação parcialmente provida (TRF-3, Apelação Cível nº. 1155347-0033412-91.2004.4.03.6100, Judiciário em Dia – Turma D, Rel. Juiz Convocado Leonel Ferreira, julgado em 30/03/2011).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgou uma apelação em que se pleiteava dano moral porque o foi instaurado em face do servidor que alegava que um processo disciplinar foi instituído com ausência de demonstração de ilegalidade. A Turma Especializada não concordou que, naquele caso específico, houve uma prova inequívoca da finalidade ilegítima, porém, firmou um entendimento consignado no julgamento e reflexo de que a o procedimento somente pode ser instaurado se se demonstrar uma ilegalidade. Veja, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE. 1. O art. 143 da Lei nº 8.112/1990 autoriza a autoridade competente a proceder à instauração de processo administrativo para fins de apuração de irregularidades. Somente quando demonstrada

a ilegalidade na deflagração do procedimento – seja por desvio de finalidade, seja por abuso de poder – poderá haver dano juridicamente relevante e indenizável. 2. Na hipótese, os Autores não demonstraram, de forma inequívoca, a finalidade ilegítima da autoridade quando determinou a instauração do processo administrativo disciplinar epigrafado nos autos do processo. 3. Apelação desprovida. (TRF-2, Proc. n.º. 0014876-73.2009.4.02.5101 RJ, 8ª Turma Especializada, Rel. Theophilo Miguel, julgado em 25/02/2015).

Por outro lado, em decisão de 2019, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu que não há que se falar em dano por abertura de PAD se não forem comprovados o abuso de poder e a má-fé da autoridade instauradora:

SERVIDOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Instauração de processo administrativo disciplinar contra servidor que não gera direito a indenização por danos morais, uma vez não comprovado abuso e má-fé da Administração. Precedentes. 2. Apelação desprovida (TRF-3, Apelação Cível n.º. 1727488-0001322-44.2002.4.03.6118, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, julgado em 04/06/2019).

Também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que, na apelação que se julgava, não se haveria que se falar em dano moral porque o processo disciplinar foi devidamente instaurado. Na verdade, concluiu o órgão julgador que o processo *deveria* ter sido instituído pela administração pública e que o simples fato de se ter decidido pelo arquivamento do PAD não é motivo suficiente para a indenização (TRF-4, AC n.º. 5010472-26.2010.404.7000 PR, Quarta Turma, Rel. Des. Candido Alfredo Silva Leal Junior, julgado em 27/04/2016).

O mesmo entendimento se verificou no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que entendeu que a instauração regular do PAD, mesmo que resultando em decisão de arquivamento ao final, não gera dano moral (TRF-5, AC n.º. 08021393320144058500, 1ª Turma, Rel. Des. Alexandre Costa de Luna Freire, julgado em 14/11/2018). Semelhantemente, destacam-se os seguintes julgados de outros Tribunais Regionais Federais:

- TRF-4, AC n.º. 5009051-49.2016.4.04.7110 RS, Quarta Turma, Rel. Sergio Tejada, julgado em 23/09/2020;
- TRF-1, AC n.º. 0000320-40.2009.4.01.3308, Quinta Turma, Rel. Leão Aparecido Alves, julgado em 16/12/2015;
- TRF-3, Ap. n.º. 0001913-45.2011.4.03.6100 SP, Primeira Turma, Rel. Hélio Nogueira, julgado em 16/10/2018;
- TRF-1, AC n.º. 0001130-54.2014.4.01.3303 0001130-54.2014.4.01.3303, Sexta Turma, Rel. Kassio Nunes Marques, julgado em 14/08/2017;
- TRF-3, ApCiv n.º. 5000216-09.2018.4.03.6115 SP, Segunda Turma, Rel. Luiz Paulo Cotrim, julgado em 25/06/2020;

- TRF-1, AC nº. 0016819-26.2009.4.01.3300, Quinta Turma, Rel. João Luiz de Sousa, julgado em 25/07/2018;
- TRF-4, AC nº. 5011682-39.2015.4.04.7000 PR, Terceira Turma, Rel. Vânia Hack, julgado em 29/09/2020 (Esse julgado, a propósito, é interessante porque o servidor processado alegou que a instauração do PAD consistiu em “assédio moral” — o que, aliás, se tornou modismo no serviço público —, mas o tribunal entendeu que instaurar processo administrativo disciplinar para apurar possíveis faltas funcionais não geral dano moral e patrimonial e, tampouco, é assédio moral);
- TRF-3, Ap. nº 0010069-80.2015.4.03.6100 SP, Primeira Turma, Rel. Carlos Francisco, julgado em 26/06/2018;
- TRF-1, AC nº. 0006071-04.2001.4.01.3400, Segunda Turma, Rel. João Luiz de Sousa, julgado em 19/06/2019;
- TRF-3, AP nº. 0008182-59.2009.4.03.6104 SP, Décima Primeira Turma, Rel. Noemi Martins, julgado em 24/10/2017;
- TRF-1, AC nº. 0003180-63.2009.4.01.3809, Segunda Turma, Rel. Francisco Betti, julgado em 29/03/2017; e
- TRF-1, AC nº. 0003609-69.2004.4.01.3400, Primeira Turma, Rel. Carlos Augusto Pires, julgado em 17/09/2014.

Situação semelhante se verifica no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 1.173.200 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Na decisão monocrática, o Relator manteve a decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que versava sobre a responsabilidade civil do Estado por danos morais causados a servidor em decorrência da instauração de processo administrativo. Embora a decisão se direcione a abordar questões processuais da admissibilidade do recurso, acabou por tangenciar a matéria que aqui interessa. Para o Relator, a apuração de eventual falta funcional atribuída a servidor público não gera direito algum à reparação por danos morais, desde que fundada em indícios suficientes de autoria e materialidade. Ou seja, desde que haja justa causa para a instauração do PAD. Vide os trechos selecionados:

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão da 6ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Rio de Janeiro, ementado nos seguintes termos: “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO FEDERAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL INOCENTADO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MERA INSTAURAÇÃO DE PAD NÃO É SUFICIENTE PARA CONFIGURAR ABALO ALGUM EM DESFAVOR DA HONRA/INTIMIDADE/VIDA PRIVADA DE

SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA”. (eDOC 1, p. 71). No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se violação ao art. 37, caput, do texto constitucional. Nas razões recursais, alega-se, em síntese, violação aos princípios da legalidade, finalidade e publicidade. Aduz-se, nesse sentido, que “será nulo o ato administrativo que se apoia em fundamento inidôneo”. Decido. O recurso não merece prosperar. No caso, verifico que o Tribunal de origem, com base nas provas dos autos, consignou que a mera publicação da Portaria de instauração de procedimento administrativo disciplinar não enseja a reparação por danos morais. Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado: “A apuração de eventual falta funcional atribuída a servidor público (por meio de PAD), não gera direito algum à reparação por danos morais, quando fundada em indícios suficientes de autoria e materialidade. O fato da Portaria de instauração de PAD ter sido publicada em boletim de serviço de âmbito nacional, não é suficiente para configurar abalo algum à honra/intimidade/vida privada de servido público, que antes mesmo de ingressar em cargo público já se encontra ciente de que pode vir a ser objeto de investigação por alguma falta funcional. Todo e qualquer servidor público está sujeito à fiscalização da Administração Pública, que tem o devido poder-dever legal para investigar eventual irregularidade praticada pelo mesmo, devendo – sobretudo – observar os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório”. (eDOC 1, p. 72). Assim, divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. [...]. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 932, VIII, do NCPC c/c art. 21, §1º, do RISTF) [...]. (STF, ARE nº. 1.173.200, Decisão Monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/11/2018).

Cabe advertir, porém, que na Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 1.124.922, o Relator entendeu que não há, em qualquer hipótese, a possibilidade de dano moral por instauração de sindicância administrativa (STF, ARE nº. 1.124.922, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/04/2018). Houve trânsito em julgado do recurso em 28 de maio de 2018, somente com a decisão monocrática.

O TRF da 3ª Região, a propósito, decidiu que a instauração de processo disciplinar mesmo que tenha havido a prescrição não configura dano moral, pois o reconhecimento da prescrição ocorre no PAD e a administração pública tem o poder-dever de apurar indícios de ilicitude (TRF-3, ApelRemNec. nº. 0008928-26.2015.4.03.6100 SP, Primeira Turma, Rel. Des. Valdeci dos Santos, julgado em 09/04/2019).

Outro julgado que chamou atenção também é do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A apelação cível tratava de condenação a dano moral e material que um servidor sofreu por causa de uma demissão posteriormente invalidada por má condução do processo. Não se tratava de injusta instauração, mas de atuação indevida da comissão processante e da autoridade administrativa. Embora a 4ª Turma do TRF-3 tenha concordado que cabia a reintegração do servidor, entendeu que não haveria o direito à indenização por dano moral porque o servidor não comprovou o abalo psíquico sofrido (TRF-3, ApCiv nº. 0015890-02.2014.4.03.6100 SP,

Quarta Turma, Rel. Luiz Paulo Cotrim, julgado em 02/08/2020). Trata-se de uma definição do dano moral como *pretium doloris* que o Superior Tribunal de Justiça já afastou.

Mutatis mutantis servatis servandis, para o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Regiões haverá dano moral decorrente da abertura de processo administrativo disciplinar se estiverem comprovados os vícios do abuso de poder e da má-fé. Assim, *exempli gratia*, é abusiva a instauração de procedimento correccional pela administração pública para situações sabidamente atípicas.

Uma pesquisa específica de julgados do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento de dano moral por indevida instauração de processo disciplinar revelou que, em praticamente todos os casos, a instância não adentrou no mérito com fundamento na Súmula nº. 279, pela qual não cabe recurso extraordinário para simples reexame de prova. Não se pode afirmar, então, com segurança e plena convicção, que exista alguma jurisprudência em qualquer sentido naquela instância suprema.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa concluiu semelhantemente como no caso do Supremo Tribunal Federal. Para modificar o entendimento firmado nos acórdãos recorridos, seria necessária a incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial pela Súmula nº. 07. Por isso, ficaram mantidas as decisões dos tribunais *a quo* que condenaram a Fazenda Pública à compensação de danos morais decorrentes de abertura de sindicância e processo administrativo disciplinar no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 36.019/PR⁴, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 403.391/SP⁵, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.061.970/SP⁶, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.593.307/SC⁷, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.322.274/MS⁸ e no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 1.684.428/MG⁹.

Há, por exemplo, o caso específico do Recurso Especial nº. 1.651.677/SP, em que a União recorreu da condenação de indenizar danos morais a servidor militar pela indevida instauração de PAD. A instância especial negou provimento ao recurso, mantendo a condenação em danos morais:

⁴STJ, AgRg. no AREsp. nº. 36.019/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 15/03/2012.

⁵ STJ, AgRg. no AREsp. nº. 403.391/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 19/11/2013.

⁶ STJ, AgInt. no AREsp. nº. 1.061.970/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 19/10/2017.

⁷ STJ, AgInt. no REsp. nº. 1.593.307/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 15/03/2018.

⁸ STJ, AgInt. no AREsp. nº. 1.322.274/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 21/03/2019.

⁹ STJ, AgInt. no AREsp. nº. .684.428/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 22/03/2021.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MILITAR NÃO ESTÁVEL. LICENCIAMENTO *EX OFFICIO* A BEM DA DISCIPLINA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA. AMPLA DEFESA NÃO ASSEGURADA. DEVER DE INDENIZAR. NEXO CAUSAL ENTRE CONDUTA E DANO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Cinge-se a controvérsia ao licenciamento de militar não estável das fileiras do Exército, a bem da disciplina, no dia 28 de março de 2000, sem sindicância ou processo administrativo disciplinar para oportunizar o exercício da ampla defesa e do contraditório. 2. O STJ orienta-se no sentido de que o militar não estável poderá ser licenciado, a bem da disciplina, sem prévio processo administrativo disciplinar, bastando, para tanto, sindicância em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório. 3. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem consignou que, “segundo análise feita das provas colacionadas aos autos, vislumbra-se que não foi instaurada a sindicância para apuração de infração, inquérito administrativo ou processo disciplinar militar. O termo de inquirição não observou o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com demonstração de prejuízos à defesa do militar”. Desse modo, não há como afastar a nulidade do ato do licenciamento compulsório do autor. 4. A Corte a quo, com base na análise do contexto fático-probatório dos autos, reconheceu a existência do nexo de causalidade para a imputação da responsabilidade do ente público, considerando devida a indenização pleiteada. A revisão desse entendimento demanda nova análise dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. Em relação ao quantum indenizatório, o Tribunal de origem, dadas as peculiaridades do caso, fixou a indenização por dano moral no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. 7. Recurso Especial não provido (STJ, REsp. nº. 1.651.677/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16/03/2017).

Decisão semelhante foi tomada no Recurso Especial nº. 1.570.427/RN¹⁰ e no Recurso Especial nº. 1.071.786/RS¹¹.

O procedimento administrativo disciplinar proposto em face de servidor sem justa causa ou juízo de admissibilidade consistente não merece prosperar e deve ser extinto: primeiro porque é uma injustiça; e segundo porque a causa prejuízos à dignidade, decorrentes da lesão a direitos da personalidade, que abalam seu aspecto moral essencial.

Daniel Becker P. B. Pinto (2013, p. 38) destaca que um dos objetivos econômicos do Brasil é “a entrada de capital e o fechamento de negócios são medidas economicamente estratégicas para a manutenção do desenvolvimento e de uma posição de destaque no cenário mundial”. Esta observação leva, também, a um olhar mais profundo sobre o tema desta pesquisa. Ora, a banalização de abertura de sedes correcionais e investigativas terá por consequência uma cultura de medo e receio no serviço público, de modo que os servidores agirão com tanto excesso de cautela que, no exercício de suas funções, poderão desestimular a atividade e o investimento privado, fugindo daquela tônica de atrair pessoas interessadas em atuar economicamente no país. Na burocracia, na maioria das vezes, negar um pedido não causa

¹⁰ STJ, REsp. nº. 1.570.427/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07/06/2016.

¹¹ STJ, REsp. nº. 1.071.786/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/10/2011.

problemas, mas dizer “sim” é o primeiro passo para o servidor colocar em risco sua permanência no cargo.

5. CONCLUSÃO.

A instauração de uma sede correcional sempre é traumática para o servidor processado ou acusado, especialmente porque hoje no Brasil se vivencia um período em que a presunção de inocência é um mero enunciado formal escrito no texto legal, que não é considerada em substância e não é, muito menos, a regra.

Já percebeu que, hoje, ser denunciado, investigado, citado e processado já é uma penalidade, uma pena? Isso se deve à falta de uma presunção de inocência efetiva, real e verdadeira. E, por causa disso, ao sujeito é imputada a culpa e a condenação de plano (uma teratológica “penalidade *ipso jure*”). Já percebeu, também, que sempre se noticia a denúncia, mas quase nunca se noticia o arquivamento ou a absolvição?

Pois bem. Também na jurisdição administrativa se deve clamar por prudência e cautela na instauração de uma sede correcional em face de um servidor público. A autoridade titular do *jus puniendi* não pode se deixar padecer das atitudes irascíveis ou agir como um Pontius Pilatus: “*Lavabo manus meas*” (ou a “maldição de sangue”).

Outrossim, a Controladoria-Geral da União chamava a atenção já em 2012 para os altos custos de um processo administrativo disciplinar e de uma sindicância aos cofres públicos. O órgão estimou os seguintes custos médios unitários¹²:

PROCEDIMENTO	CUSTO UNITÁRIO MÉDIO
processo administrativo disciplinar	R\$ 153.970,43
procedimentos correccionais em geral	R\$ 153.968,01

¹² Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/eventos/anos-antiores/2012/encontro-de-corregedorias-do-poder-executivo-federal/arquivos/apresentacao-oficinaiv-rafael-e-gustavo.pdf>, p. 14. Acesso em 24/04/2021. Apesar de todos os esforços, a pesquisa não encontrou dados atualizados quanto a tais custos estimados pela Controladoria Geral da União (o que não significa dizer, obviamente, que não existam). O que a pesquisa localizou foi uma passagem no *Manual de Processo Administrativo Disciplinar* de 2021 da CGU em que o órgão admite que os processos administrativos possuem altos custos para a administração pública. Veja, *in verbis*: “Sabe-se que a instauração dos instrumentos punitivos traz consigo onerosos custos a serem suportados pela Administração e seus agentes. Tais custos descortinam reflexos tanto materiais, como, por exemplo, gastos financeiros, resultados negativos na produtividade da atividade-fim do órgão ou entidade, entre outros, quanto imateriais, como o desconforto causado no âmbito da repartição, repercussões na imagem e segurança jurídica da instituição, etc. Reforça-se, portanto, que a custosa e reservada sede disciplinar somente deve ser inaugurada quando os demais instrumentos gerenciais não punitivos não surtirem o efeito restabelecedor da ordem interna ou inibidor da desordem administrativa” (p. 77).

Tabela 3: Custos de processos correccionais. Fonte: o autor, com base em dados fornecidos pela Controladoria-Geral da União.

Logo, antes de mais nada, a instauração de um processo disciplinar sem justa causa é, além de uma falta de humanidade para com o servidor, uma irresponsabilidade no gasto dos dinheiros públicos e com a eficiência administrativa.

Analisando argumentos e alguns julgados que serviram como elemento de convicção, foi confirmada a tese que esta pesquisa defende, qual seja, que há dano moral na esfera extrapatrimonial do servidor se uma sede correccional for indevidamente instaurada em face dele. Isso ocorrerá naquelas hipóteses em que não há justa causa para a instauração do procedimento, tampouco há um consistente e motivado juízo de admissibilidade pela autoridade pública titular do *jus puniendi*.

O procedimento lesa direitos como privacidade, honra, recato, boa fama e sossego, todos integrantes do aspecto espiritual e moral do ser humano (pessoa natural). E, lembre-se, todo dano moral é uma lesão à dignidade da pessoa humana.

Portanto, em um momento em que se precisa resgatar a presunção de inocência, proteger a dignidade da pessoa humana e ter frugalidade com os recursos públicos, a instauração da sede correccional não deve ser vista como a regra, mas sim a *exceção*. Daí que o juízo de admissibilidade não pode ser “superficial” — para não dizer inexistente —; deve ser ponderado e profundo, constatando se há *ex ante*, de veras, justa causa para um procedimento correccional.

É óbvio que o servidor suspeito deve ser investigado e processado. O que se defende aqui, porém, é que tal investigação ou tal acusação somente sejam instauradas após um juízo de admissibilidade por parte da administração pública que revele as consistências da denúncia, ou seja, a existência de indícios de autoria e materialidade coerentes com os propósitos do processo administrativo disciplinar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 09, Rio de Janeiro, p. 03-23, jan./mar. 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 7, n. 30, p. 11-27, out./dez. 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº. 9.784/99. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

BORILE, Giovanni Orso; FILIPPON, Marianita. **Processo administrativo disciplinar brasileiro**. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 9, p. 383-419. 2018.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Juízo de Admissibilidade e a Escolha do Procedimento Disciplinar Cabível**. II Encontro de Corregedorias do Poder Executivo Federal. 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/acao-a-informacao/institucional/eventos/anos-anteriores/2012/encontro-de-corregedorias-do-poder-executivo-federal/arquivos/apresentacao-oficinaiv-rafael-e-gustavo.pdf>. Acesso em 21/04/2021.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU**. Brasília: CGU, 2016.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU**. Brasília: CGU, janeiro de 2021.

COSTA, José Armando da. **Controle judicial e ato disciplinar**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2009.

FRAGA BISNETTO, Olympio. **Nulidades no processo administrativo disciplinar**. Jundiaí: Paco Editorial, 2017.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Manual de processo administrativo disciplinar, sindicância investigatória e acusatória**: comentários às infrações previstas no estatuto dos servidores públicos federais – Lei n. 8.112/1990. São Paulo: Dialética, 2020.

HORTA, Óscar. No hay conducta justa sin causa justa. **Δαιμων (Daimon)**. **Revista Internacional de Filosofía**, n. 49, p. 213-220, 2010.

MACIEL, Silvio. Contravenções Penais. GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). **Legislação Criminal Especial**. Col. Ciências Criminais. V. 6. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASERA, Simone Rodolfo. Il nuovo Codice del Processo Amministrativo in Italia. **Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado**, n. 2, p. 21-54, junio 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Contravenções Penais**. Bauru: Jalovi, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MENEZES, Alex. A incidência do Código de Processo Civil e de princípios constitucionais de processo civil nos processos administrativos disciplinares de servidores públicos federais. **Revista Controle: Doutrinas e Artigos**, vol. 15, n. 1, p. 223-253, 2017.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Alynne de Lima Gama Fernandes. A busca pela verdade possível e a admissibilidade das provas ilícitas no Direito processual Civil. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, n. 3, p. 381-400, 2012.

ONN, Yael; *et al.* **Privacy in the Digital Environment**. Haifa Center of Law & Technology. Faculty of Law. University of Haifa, 2005.

PEREIRA, Giselle Tardioli; PEREIRA, Leiner Marchetti. Processo administrativo disciplinar e suas penalidades. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, vol. 14, n. 1, 2016.

PINTO, Daniel Becker P. B. O benefício econômico da análise prévia dos atos de concentração. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 16, n. 31, p. 29-40, jan./jun. 2013.

PORTA, Marcos de Lima. O processo administrativo disciplinar e a imparcialidade. **Revista brasileira de estudos da função pública: RBEFP**, v. 1, n. 3, p. 81-94, set./dez., 2012.

PORTA, Marcos de Lima. **Processo administrativo e o devido processo legal**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PORTA, Marcos de Lima. O direito administrativo disciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 181-184, jul./set. 2004.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Manual da sindicância, do processo administrativo disciplinar e do inquérito administrativo disciplinar**: instruções para o juízo de admissibilidade de uma denúncia, a instauração do procedimento e os recursos contra as decisões. Seção de Procedimentos Disciplinares. Gabinete do Reitor. Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MARCHIORI, Bruna Figueira. As recentes caracterizações do dano moral no Superior Tribunal de Justiça: *pretium doloris* ou prejuízo *in re ipsa*? **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 7, n. 3, p. 221-237, set. 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; MARCHIORI, Bruna Figueira. La lesión a los derechos de la personalidad en la jurisprudencia de la instancia de recurso especial brasileña. **Opinión Jurídica**, v. 20, n.41, p. 177-199, feb. 2021.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**. Vol. 1. Vitória: UFES, 2017, p. 11-26.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 13, n. 26, p. 72-82, jan./jun. 2010.

WARREN, Samuel D. The Right To Privacy. **Harvard Law Review**, vol. 4, dec. 1890.

XAVIER, José Roberto Franco. O direito de punir rodeado por vítimas. Sobre sistema de direito criminal, vítimas e suas interações numa sociedade democrática. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22, n. 44, p. 1-25, jan./jun. 2019.

Submissão: 03/11/2019 Aprovação: 04/06/2021

POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES A ENTE PÚBLICO PARA FORNECER MEDICAMENTO À PESSOA SEM RECURSOS FINANCEIROS, À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILITY OF IMPOSITION OF ASTREINTES THE PUBLIC ENTITY TO PROVIDE MEDICINES TO THE PERSON WITHOUT FINANCIAL RESOURCES, IN THE LIGHT OF THE PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

*Marcelo Lamy*¹

Universidade Santa Cecília

*Luiz Pinto de Paula Filho*²

Universidade Santa Cecília

Resumo:

Este estudo objetiva analisar os precedentes produzidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre imposição de multa diária a ente público para fornecer medicamentos à pessoa depauperada. Utilizou como metodologia de abordagem o método indutivo e, como metodologia procedimental, o método de estudo de casos para análise dos acórdãos proferidos pelo STJ relativos ao tema estudado. Seus resultados demonstram aumento do número de recursos apreciados pelo STJ; produção de precedentes e evolução de seu entendimento a respeito da matéria, mediante fixação e consolidação de precedente atualmente, e; remanescer questões a serem dirimidas sobre o tema, mediante aprofundamento pela Corte Superior.

Palavras-chave:

Multa diária (astreintes). Precedentes judiciais. Superior Tribunal de Justiça.

Abstract:

This study aims to analyze the precedents produced by the Superior Court of Justice (STJ), on imposition of daily fine to public entity to provide medicines to the deprived person. It used as an approach methodology the inductive method and, as a procedural methodology, the case study method for the analysis of the judgments given by STJ regarding the subject studied. Their results demonstrate an increase in the number of resources appreciated by the STJ; production of precedents and evolution of their understanding of the matter, by fixing and consolidating precedent currently, and; remain questions to be resolved on the subject, through deepening by the Superior Court.

Keywords:

Daily fines (astreintes). Judicial precedents. Superior Court of Justice.

¹ Advogado e Consultor Jurídico (Lamy & Oliveira Sociedade de Advogados). Bacharel em Ciências Jurídicas pela UFPR (1992). Mestre em Direito Administrativo pela USP (2001). Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP (2008). Professor Permanente e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direito da Saúde, e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UNISANTA Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável. Diretor Geral do Observatório dos Direitos do Migrante (UNISANTA). Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas (UNISANTA). Fundador do Centro de Pesquisa, Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC;. Conselheiro internacional e professor convidado do Instituto Jurídico Interdisciplinar - IJI da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Editor-Chefe da Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC.

² Advogado. Bacharel em Direito pelas UniFMU (2004); Pós-graduado em Direito Previdenciário pela UNESA (2017); Pós-graduado em Direito da Seguridade Social pela FALEGALE (2018); Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Pesquisador do Grupo de Pesquisas CNPq/UNISANTA Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e a Tutela Jurídica da Saúde. Bolsista PROSUP/CAPEL.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/15) (BRASIL, 2015), cujo início de vigência ocorreu em 18 de março de 2016, trouxe consigo uma série de inovações ao ordenamento jurídico processual brasileiro, entre elas, a instituição de um denominado sistema de precedentes, prescrito pelo artigo 926 e seguintes do código geral de processos.

Embora referido sistema de precedentes tenha sido “inaugurado” com a promulgação do Código de Processo Civil vigente, a discussão a respeito da existência e instituição de precedentes judiciais no sistema processual civil brasileiro não é nova, havendo processualistas de grande vulto (como José Rogério Cruz e Tucci, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Guilherme Marinoni, entre outros) que já se debruçaram sobre o tema e, com semelhanças e diferenças, entendiam haver no direito processual brasileiro um sistema de precedentes judiciais que, se não idêntico ao sistema do *common law* do direito anglo-saxão, procurava se assemelhar naquilo que era compatível com nosso ordenamento jurídico, principalmente quando ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973).

Por outro lado, se a “inauguração” (se assim pode ser chamada) de um sistema de precedentes brasileiro ocorreu recentemente, com a entrada em vigor do CPC/15 (BRASIL, 2015), o mesmo não se pode dizer da proteção à saúde dos cidadãos, cuja salvaguarda ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) (BRASIL, 1988), ao trazer em seu artigo 196 a previsão de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Outrossim, e procurando explorar a existência de um sistema brasileiro de precedentes judiciais e sua extensão ao denominado Direito da Saúde – área jurídica que tem adquirido maior realce após a vigência da CF e mediante a atual repercussão da judicialização das políticas públicas de saúde brasileiras -, realizou-se estudo utilizando a base de pesquisas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) denominada “Pesquisa Pronta” (doravante nomeada PP), disponível no site do STJ, a respeito da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros para sua aquisição.

Neste sentido, a pesquisa em tela se debruçou sobre o “Tema 98” - que afetou o Recurso Especial nº 1.474.665 do Estado do Rio Grande do Sul (STJ, 1ª Seção, REsp 1.474.665/RS, 2017, p. 17) (BRASIL, 2017), em 04/09/2014, para ser julgado de acordo as

regras prescritas pelo artigo 543-C do CPC/73 (BRASIL, 1973), que regulavam o mecanismo de julgamentos de recursos repetitivos submetidos à apreciação dos Tribunais Superiores -, onde estava *sub judice* discussão a respeito da possibilidade de aplicação de multa diária (denominada pelo direito francês de “astreintes” e assim importada pelo nosso ordenamento jurídico) a ente público, a fim de forçá-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros na hipótese de litígios judiciais.

Referida discussão foi apreciada pelo STJ segundo o sistema processual de análise de recursos repetitivos regulado pelo CPC/73 (BRASIL, 1973), e dizia/diz respeito ao acesso da população carente (desprovida de recursos financeiros) aos serviços médicos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) que incluem, entre outros, o de fornecer medicamentos aos que deles necessitem, como estatui o artigo 6º, I, “d”, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica do SUS) (BRASIL, 1990).

Destarte e, para analisar a existência e espécies de precedentes produzidos pelo STJ a respeito do tema pesquisado, o ponto de partida foi o sistema de PP, disponibilizado pelo site do STJ, que contém acórdãos correspondentes à pesquisa em tela. Advirta-se que, segundo os dados analisados, o sistema de PP do STJ não pode ser tomado como absoluto e isento de falhas, pois, simples busca no sistema de jurisprudência do referido Tribunal Superior demonstra que o primeiro recurso a versar sobre astreintes nesta Corte remonta ao ano de 1991 – Recurso Especial nº 11.368 do Distrito Federal, julgado pela Quarta Turma do STJ em 31/10/1991, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acórdão publicado no Diário Oficial em 16/12/1991 (BRASIL, 1991) -, e não foi inserido no sistema de PP como referente à hipótese pesquisada.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado, como metodologia de abordagem, o método indutivo, segundo o qual parte-se de uma análise particular para uma questão mais ampla, mais geral, cuja generalização deriva de observações de casos da realidade concreta (PRODANOV, 2013, p. 28). Como método de procedimento, utilizou-se o método de estudo de casos para análise dos acórdãos constantes do sistema de PP, do site do STJ, relativos ao tema pesquisado.

Assim, procedeu-se à análise de 313 (trezentas e treze) decisões colegiadas (acórdãos) que versam sobre *possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros*.

Ademais, foram procedidas análises a respeito da quantidade de recursos julgados por ano dentro do universo de amostragem utilizado; quantidade de recursos julgados por ministro; fundamentos (teses) dos acórdãos analisados – essencial à existência e ao estabelecimento de

precedentes judiciais - e espécies de decisões deles derivadas (*leading case, distinguishing, apply, etc.*); por fim, espécies de decisões proferidas por cada ministro, de modo a indicar, neste momento, qual e/ou quais precedentes vigoram no STJ, atualmente, a respeito do assunto em questão.

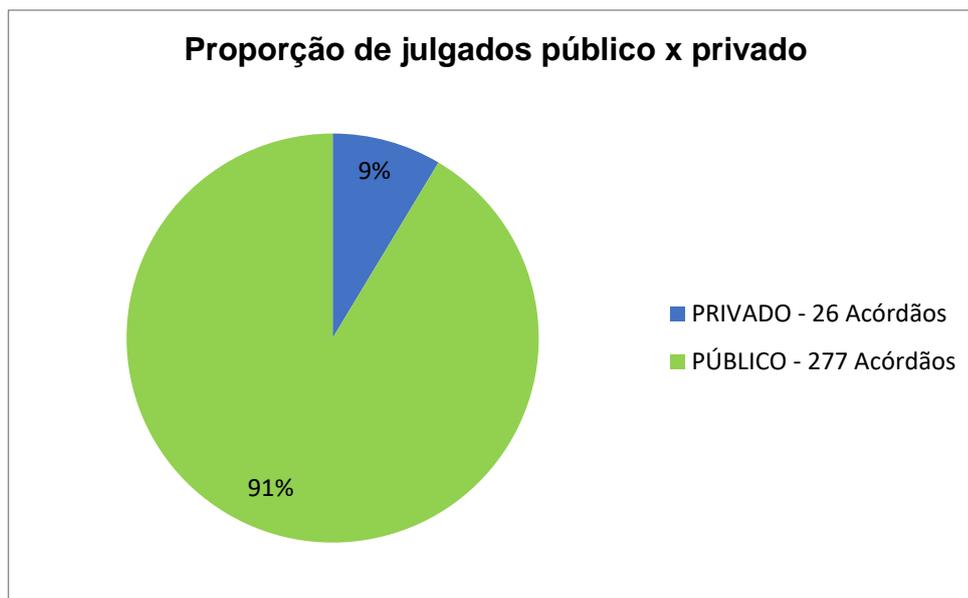
Ressalte-se, por oportuno, que ao longo do presente trabalho se verificará que as decisões incluídas no sistema de PP nem sempre se referiam à imposição de multa diária a entes públicos (relação de direito público), mas também versavam sobre relações de direito privado - o primeiro acórdão constante da PP como representativo de controvérsia trata justamente de relação contratual de seguro-saúde -, o que não prejudicou a pesquisa, apenas influenciou os resultados a seguir apresentados.

Todos os dados analisados e levantados por esta pesquisa visam demonstrar se há, ou não, precedentes judiciais elaborados pelo STJ a respeito da imposição de astreintes a ente público, como mecanismo de compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. Sua importância e pertinência decorrem da necessidade de se verificar quais as eventuais espécies de precedentes têm sido produzidas pelo STJ a respeito do tema desta pesquisa; a evolução do pensamento da Corte Superior sobre a imposição de astreintes a ente público para fornecer medicamentos à população carente ao fixar suas teses e a força destas decisões e, por fim; como o posicionamento da Corte de vértice pode orientar os juízes das instâncias inferiores e, também, contribuir para a evolução do debate a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, constituindo importante fator de racionalização e uniformidade das decisões judiciais, a permitir igualdade de tratamento a situações similares e, ao mesmo tempo, flexibilidade do julgador para manejar a variedade de casos que são levados à apreciação dos Tribunais (GONÇALVES, GAZZOLA, 2017, p. 206).

2 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS PRODUZIDOS PELO STJ EM MATÉRIA DE IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES A ENTE PÚBLICO: FIXAÇÃO DE PRECEDENTES

Como destacado na introdução deste trabalho, o universo de amostragem utilizado nesta pesquisa, embora faça menção ao entendimento do STJ sobre a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, não trouxe acórdãos relativos a apenas esta espécie de relação de direito (público), mas, trouxe também diversas decisões colegiadas proferidas em ações que versavam sobre relações de direito privado que foram consideradas em sua análise e, por isso, divididas por espécie de relação de direito que tratavam, como se verifica do gráfico 1 a seguir:

Gráfico 1 - Proporção de julgados público x privado



Fonte: Elaborado pelo autor

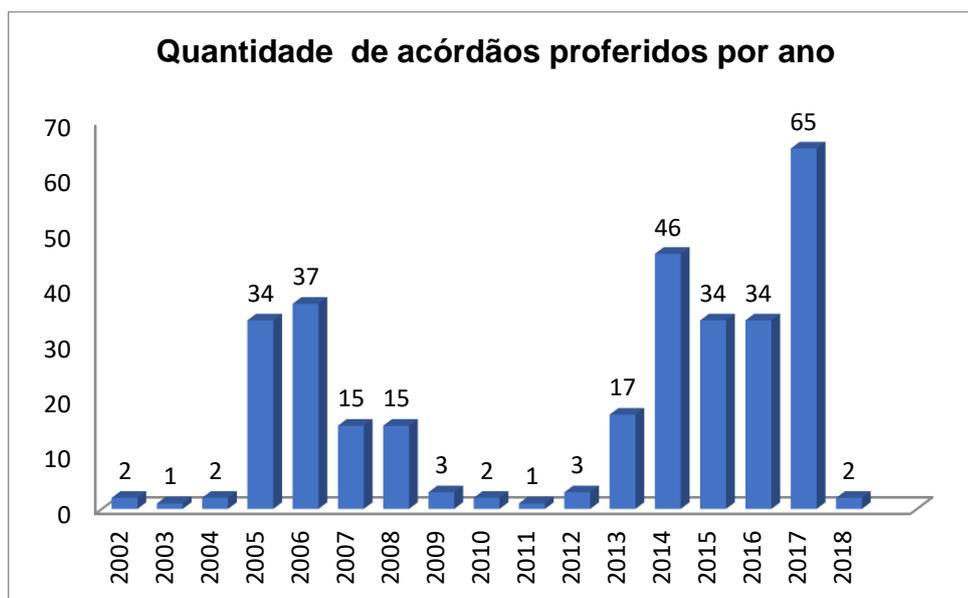
Embora seja possível verificar uma prevalência de recursos julgados que tratavam de relações de direito público, isso não diminui a importância das decisões relacionadas ao direito privado, constantes do universo de amostragem analisado, pois, como dito anteriormente, o primeiro recurso inscrito como representativo de controvérsia no âmbito da PP referente à aplicação de multa diária a ente público, foi proferido em processo que discutia a possibilidade de imposição de astreintes à entidade privada administradora de seguro-saúde - Recurso Especial nº 205.895 do Estado de São Paulo (REsp 205.895/SP) (BRASIL, 2002) -, onde ficou decidido que, embora a principal obrigação da operadora de seguro-saúde fosse de dar (obrigação de pagar o prêmio do seguro-saúde ao nosocômio responsável pela internação), impedindo a aplicação de multa diária, em verdade esta obrigação está cercada de obrigações acessórias (como a expedição de guia de internação, entre outras), que se caracterizam como obrigação de fazer e, por isso, permitem a aplicação de multa diária para instigar ao devedor que cumpra a obrigação que lhe foi imposta.

A discussão supracitada foi, em verdade, precursora de praticamente todo o entendimento que há hoje no interior do STJ a respeito da imposição de astreintes em casos de saúde, na medida em que se consolidou o entendimento de que a aplicação de multa diária só é possível em processos que versem sobre obrigações de fazer - como o fornecimento de remédios, na espécie -, havendo pouca discussão, embora relevante e que se mostrou vencedora como se verá adiante, sobre a possibilidade de aplicação de multa diária em ações que versem sobre obrigações de dar.

Outrossim, num primeiro momento, é possível observar que embora o número de recursos julgados que tratam sobre relações de direito público seja maior, a relevância da matéria tratada no âmbito do direito privado é merecedora de destaque, devido ter orientado todo o entendimento posterior do STJ a respeito da aplicação de multa diária em processos que discutam o direito à saúde.

Além da proporção de recursos julgados em matérias de direito público e privado, é importante destacar, também, o número de recursos julgados pelo STJ por ano sobre o tema em estudo, revelando como ele (tema estudado) foi adquirindo maior destaque e relevância dentro da Corte Superior ao longo dos anos – assim como outros temas relativos à “judicialização da saúde” -, exigindo sua submissão à processualística dos recursos repetitivos, otimizando e racionalizando sua análise, evitando prolação de decisões controversas a seu respeito. Veja-se o gráfico 2 abaixo:

Gráfico 2 - Quantidade de acórdãos proferidos por ano



Fonte: Elaborado pelo autor

Com efeito, o gráfico acima permite concluir que o tema da aplicação de multa diária (astreintes), em sede de recursos no interior do STJ, experimentou “picos” de avaliação por esta Corte, pois, enquanto nos anos de 2002 a 2004 há um baixo número de recursos julgados a este respeito, é possível observar que nos anos de 2005 e 2006 houve prolífica atuação do Tribunal sobre o tema em questão (34 e 37 recursos julgados, respectivamente) - inclusive com decisões que servem de precedentes até os dias atuais -, havendo nova diminuição do número de recursos

julgados sobre este tema nos anos de 2007 e 2008 (15 recursos julgados por ano) e expressiva diminuição destes números nos anos de 2009 a 2012 (média de 3 recursos por ano).

No ano de 2013 se verifica novo aumento do número de recursos julgados a respeito da imposição de astreintes a ente público, quando foram julgados 17 (dezesete) recursos sobre esta questão, caracterizando nova produção judicial neste aspecto; houve crescimento exponencial do número de recursos julgados sobre o tema em 2014 (46 recursos); relativa diminuição deste número nos anos de 2015 e 2016 (34 recursos por ano), quando, então, houve verdadeira “explosão” do número de recursos julgados pelo STJ que discutiam a imposição de astreintes a ente público, no ano de 2017 (65 recursos).

A avaliação do ano de 2018 foi prejudicada, pois quando da realização desta pesquisa havia chegado poucos recursos ao STJ que versavam sobre este tema. De acordo com o site do STJ, após o julgamento do REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), representativo da controvérsia aqui debatida, a Corte Superior já emitiu 88 (oitenta e oito) acórdãos sobre o referido tema, realçando a importância da análise dos precedentes judiciais e a existência, ou não, de efeitos vinculativos às instâncias inferiores.

Sim, pois, o aumento exponencial do número de recursos julgados pelo STJ após o ano de 2017 e que continuou a crescer após o julgamento do recurso repetitivo supracitado, onde se discutiu a aplicação de astreintes a ente público em matéria de saúde (o gráfico 1 aponta a existência de 92% de recursos sobre este tema relativos a direito público, indicando como recorrente o Estado), evidenciam como, realmente, o Poder Público é o “principal cliente” dos serviços oferecidos pelos tribunais de superposição brasileiros, sendo quem mais recorre a eles para discutir decisões que lhes são desfavoráveis.

Se a proporção de acórdãos proferidos em ações de direito público e privado, e o número de decisões colegiadas prolatadas anualmente se mostraram reveladoras a respeito da atividade do STJ, não menos revelador é verificar o número de recursos julgados por ministro no decorrer de todos os anos acima mencionados, como se denota do gráfico 3 abaixo apresentado:

Gráfico 3 - Quantidade de recursos julgados por Ministro

Fonte: Elaborado pelo autor

Do gráfico acima, dois pontos devem ser destacados: o primeiro diz respeito ao número de ministros que julgaram recursos correspondentes à aplicação de multa diária em processos que versavam sobre relações de saúde - 39 (trinta e nove) ministros tiveram recursos que foram submetidos às suas apreciações sobre esta matéria e proferiram acórdãos sobre ela -, e não apenas os ministros destacados (assim apontados por questões de formatação do editor de textos).

O segundo ponto que merece destaque se refere ao fato de que, um ministro julgar mais recursos que outro não significa, especificamente, inovação no pensamento ou posição da Corte sobre a matéria em análise, mas, pelo contrário, importa na manutenção do entendimento anteriormente fixado e profícua produção judicial ao julgar recursos que debatem a imposição de astreintes em casos relacionados à saúde.

Da afirmativa acima é possível se extrair questões que podem, oportunamente, ser analisadas, na medida em que uma profícua produção judicial pode significar obediência ao sistema de precedentes almejado pelo Poder Judiciário e à regra de razoável duração do processo, preconizada tanto pela CF (BRASIL, 1988), quanto pelo CPC/15 (BRASIL, 2015).

Por outro lado, o elevado número de processos julgados por um único ministro sem revelar seu entendimento a respeito do tema analisado - não se perca de vista tratar-se de saúde, erigido como direito fundamental e essencial à qualidade de vida e à própria vida das pessoas -, pode demonstrar eventual desapego à matéria de fundo e implicar em decisões injustas ou que,

mais precisamente, não enfrentam com a devida profundidade assunto que exige maior percuciência e atenção.

Para o que importa neste momento, releva destacar que dois ministros apresentaram números expressivos de acórdãos expedidos nos recursos a respeito da imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para fornecimento de remédios a cidadãos carentes: Assusete Magalhães e Herman Benjamin, de acordo com o universo de amostragem, julgaram 36 (trinta e seis) recursos cada um, de um universo de 313 (trezentos e treze) recursos apreciados pelo STJ até a finalização dessa pesquisa.

Neste índice de quantidade de acórdãos prolatados, destacam-se ainda ministros Mauro Campbell Marques (24 recursos), Napoleão Nunes Maia Filho (21 recursos), Humberto Martins (19 recursos), Teori Zavascki (17 recursos), Luiz Fux (16 recursos), Sergio Kukina (15 recursos), Castro Meira e Regina Helena Costa (10 recursos julgados por cada um).

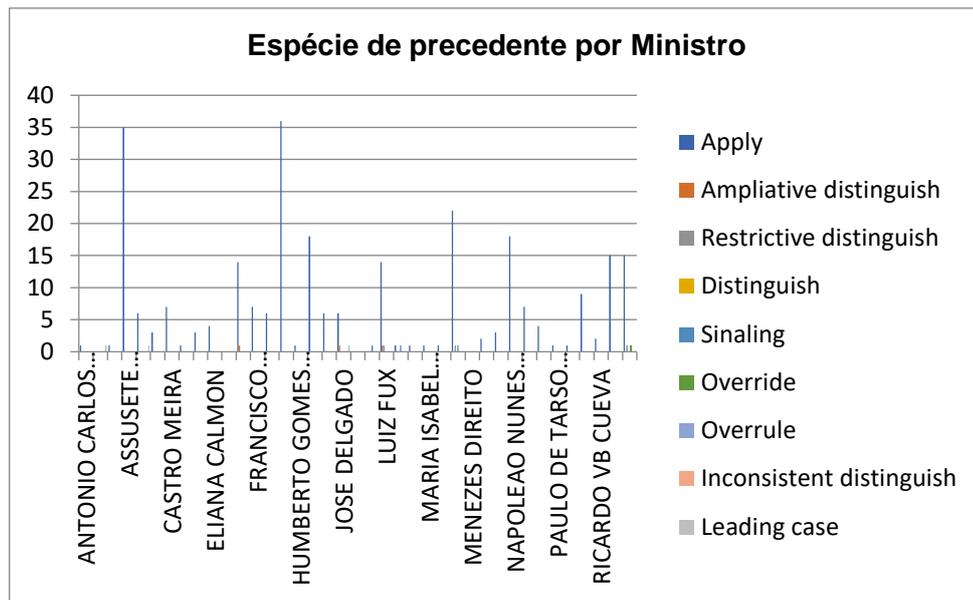
Outros ministros aqui não mencionados tiveram número mais baixo de acórdãos expedidos (menos que 10 recursos julgados sobre o tema da aplicação de astreintes em matéria de saúde), mas que não exatamente importa em irrelevância de suas decisões, *ex. gr.*, ministro Ari Pargendler que, embora, de acordo com a pesquisa e universo de análise, possua apenas um acórdão emitido sobre o tema em voga, sua decisão repercute até os dias atuais sobre o posicionamento da Corte a este respeito.

Da mesma maneira, o ministro Benedito Gonçalves que, embora conte com apenas 8 (oito) acórdãos prolatados dentro da pesquisa aqui realizada, é dele o acórdão proferido no REsp 1.474.665/DF (BRASIL, 2017), que foi afetado para ser julgado segundo a regra dos recursos repetitivos do CPC/73 (BRASIL, 1973) e que, neste momento, é o *leading case* a ser observado pelos tribunais originários a respeito da imposição de multa diária à Fazenda Pública nos processos que versam sobre fornecimento de fármacos a pessoas desprovidas de condições para sua aquisição.

No mesmo sentido é de se destacar os acórdãos proferidos pelos ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Zavascki, que, embora tenham números mais baixos que os apresentados por outros ministros, de acordo com a pesquisa realizada apresentaram posicionamentos que balizaram - e alguns ainda balizam - o entendimento da Corte sobre a aplicação de astreintes à Fazenda Pública em casos relativos à entrega de remédios a pessoas sem condições de adquiri-los.

Para melhor visualização do quanto dito, veja-se o gráfico 4 a seguir, que ilustra a contribuição de cada ministro na produção de precedentes pelo STJ:

Gráfico 4 - Espécie de precedente por Ministro



Fonte: Elaborado pelo autor

Aqui, é possível verificar o tipo de decisão proferida por cada ministro durante a análise de processos que discutiram o tema objeto deste artigo: como cada um se posicionou, o entendimento sobre a matéria e sua contribuição para a evolução do posicionamento do STJ a respeito da imposição de multa diária a ente público em ações envolvendo o fornecimento de medicamentos às pessoas que não dispunham de numerário para adquirir o fármaco necessário à sua saúde.

Neste ponto, realce-se, como dito alhures, o acórdão proferido no REsp 205.895/SP (BRASIL, 2002), relator ministro Ari Pargendler, relativo à matéria de direito privado e cujo entendimento nele sedimentado fundamentou o entendimento atual da Corte Superior a respeito da aplicação de multa diária em matéria de saúde, tanto em questões relativas às relações privadas, quanto em questões relativas às relações públicas, no sentido de caber a imposição de pena pecuniária diária nos processos que tratem de obrigação de fazer - na hipótese se tratava de imposição de astreintes à operadora de seguro-saúde que se negava a cobrir tratamento de seu segurado, ao argumento de que sua obrigação era de dar (pagar o prêmio do seguro ao hospital pela internação), entendimento que foi superado pelo voto do ministro Ari Pargendler, ao observar que a obrigação de dar da seguradora, embora obrigação principal, estava rodeada de obrigações periféricas que se caracterizavam como obrigação de fazer a permitir, assim, a imposição da multa diária.

Este entendimento, que vigora até os dias atuais, permite caracterizar o acórdão proferido no REsp 205.895/SP (BRASIL, 2002), como verdadeiro *leading case* a respeito da

aplicação de multa diária nos casos que versarem sobre matéria de saúde - como ocorre na presente pesquisa, onde o fornecimento de medicamentos é verdadeira questão derivada do direito à saúde.

Posteriormente, dentro da classificação de precedentes que visualizamos no universo amostral averiguado, verificou-se que o posicionamento adotado pelo ministro José Delgado gerou inovação quanto aos recursos relativos a relações de direito público - especificamente sobre a imposição de multa a ente público para compeli-lo a entregar medicamentos a pessoa desprovida de recursos para sua aquisição -, em 2 (duas) oportunidades, a seguir descritas.

Com efeito, segundo análise realizada, o ministro José Delgado cooperou com referida inovação ao julgar o (i) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 621.100 do Estado do Rio Grande do Sul (AgRg no Ag 621.100/RS) (BRASIL, 2005), onde, de acordo com a PP do STJ, pela primeira vez foi julgado recurso sobre a imposição de astreintes a ente público para forçar a entrega de fármaco à população sem condição de adquiri-lo - motivo porque classificamos este julgado como *leading case*, eis que específico ao tema desta pesquisa -, e, posteriormente, ampliou seu entendimento ao julgar (ii) Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento 645.565 do Estado do Rio Grande do Sul (EDcl no Ag 645.565/RS) (BRASIL, 2005), para afirmar que o art. 461, §5º, do CPC/73 (BRASIL, 1973) não era taxativo em suas regras, permitindo ao juiz não apenas aplicar multa diária, mas também determinar o bloqueio de contas públicas para compelir o ente público a entregar remédio à pessoa necessitada, caracterizando, outrossim, um *ampliative distinguish* do entendimento anterior, por ele realçado, quando do julgamento do AgRg no Ag 621.100/RS (BRASIL, 2005).

Ainda de acordo com a pesquisa, digna de destaque foi a contribuição do ministro Teori Albino Zavascki que, também em 2 (duas) oportunidades quando ainda integrava o STJ, proferiu acórdãos em julgamentos de recursos que tratavam da aplicação de multa a ente público para compeli-lo a fornecer remédios à pessoa desprovida de recursos financeiros, que contribuíram para a evolução do pensamento da Corte a respeito desta questão.

Numa primeira oportunidade e, em posição diametralmente oposta à adotada pelo ministro José Delgado no EDcl no Ag 645.565/RS (BRASIL, 2005), entendeu ministro Teori, no julgamento do Recurso Especial nº 766.480 do Estado do Rio Grande do Sul (REsp 766.480/RS) (BRASIL, 2005), que, embora seja possível a aplicação de multa diária à Fazenda Pública (medida de *coaço*, segundo seu voto), o mesmo não se pode dizer a respeito do bloqueio de contas públicas (medida de sub-rogação), que devia obedecer ao rito específico estabelecido pela CF (art. 100) (BRASIL, 1988) e pelo CPC/73 (BRASIL, 1973) à época (art.

730), motivo pelo qual é possível identificar o estabelecimento de verdadeiro *override* ao entendimento anterior, que foi revogado em parte.

Frise-se que o entendimento acima apresentado orientou o posicionamento da Corte Superior durante determinado período, até ser oportunamente superado, como se demonstrará adiante.

A segunda contribuição do ministro Teori Zavascki ao entendimento do STJ sobre o tema aqui pesquisado ocorreu quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 41.227 do Estado de Santa Catarina (AgRg no AREsp 41.227/SC) (BRASIL, 2012), ao decidir não ser possível a revisão do valor da multa diária (astreintes) imposta à União, por esbarrar na súmula nº 7 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) (BRASIL, 1990) do tribunal de superposição, prejudicando a discussão sobre sua diminuição ou majoração no âmbito da Corte de uniformização de jurisprudência - o que, conforme a pesquisa procedida, caracteriza este acórdão como um *restrictive distinguish*, quanto à discussão de reavaliação do valor da multa aplicada pelas instâncias originárias. Este entendimento ainda orienta o posicionamento da Corte superior nos dias de hoje.

Outro ministro que contribuiu com a evolução do entendimento do STJ a respeito da aplicação de astreintes a ente público em casos de fornecimento de remédio a pessoas sem condições financeiras foi Luiz Fux. Deveras, segundo a pesquisa elaborada, suas posições serviram e servem, atualmente, para a consolidação do posicionamento da Corte a respeito da questão aqui debatida.

Da mesma forma que os ministros José Delgado e Teori Zavascki, identificou-se a contribuição do ministro Luiz Fux para a evolução do pensamento da Corte de uniformização de jurisprudência em 2 (duas) oportunidades: (i) no julgamento do Recurso Especial nº 746.781 do Estado do Rio Grande do Sul (REsp 746.781/RS) (BRASIL, 2006), e; (ii) ao julgar o Recurso Especial nº 775.233 do Estado do Rio Grande do Sul (REsp 775.233/RS) (BRASIL, 2006).

No julgamento do primeiro recurso supracitado, entendeu o ministro Luiz Fux que, embora as medidas de sub-rogação devam se submeter a procedimento próprio - como destacado pelo ministro Teori Zavascki no julgamento do REsp 766.480/RS (BRASIL, 2005) - , este procedimento deve ser relativizado em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que, nos dizeres do ministro Fux, é “princípio fundante da República”, concluindo que medidas de sub-rogação podem ser aplicadas para apoiar a decisão judicial de constrangimento do devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, e que quantias de pequeno valor podem ser entregues pelo Poder Judiciário mediante ato de império.

Por todos estes fundamentos, conclui-se que o entendimento esposado pelo ministro Luiz Fux no REsp 746.781/RS (BRASIL, 2006) se caracteriza como verdadeiro *ampliative distinguish*, eis que ampliou o entendimento restringido pelo REsp 766.480/RS (BRASIL, 2005) - cujo relator foi o ministro Teori Zavascki, como anteriormente demonstrado -, e reverberou durante muito tempo no âmbito do STJ, ao julgar recursos referentes ao tema objeto desta pesquisa.

O segundo julgamento emitido pelo ministro Luiz Fux que, conforme pesquisado, contribuiu à evolução da Corte Superior em matéria de imposição de astreintes a ente público, para forçá-lo a entregar remédios a pessoas sem condições econômicas para comprá-los, foi ao analisar o REsp 775.233/RS (BRASIL, 2006), em que, após o Estado recorrer de decisão que lhe era desfavorável, observou o ministro Fux que o valor das astreintes aplicadas ao caso concreto era desproporcional, pois excessivo e comprometedor das finanças públicas do ente federado recorrente.

Outrossim, entendeu o ministro Luiz Fux ser possível, em sede de recurso especial, proceder a revisão do valor das astreintes quando estas forem desproporcionais (não há menção no acórdão à súmula 7 do STJ), denotando este julgado como *restrictive distinguish* ao entendimento da possibilidade de imposição de multa diária a ente público para entregar remédio (AgRg no Ag 621.100/RS) (BRASIL, 2005), pois, se a aplicação de multa pecuniária diária é possível, ela deverá obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Este entendimento, acima apresentado, ainda encontra adeptos no tribunal de superposição nos dias de hoje, com variações linguísticas e de estilística, mas que, no fundo, apresentam os mesmos fundamentos adotados pelo ministro Luiz Fux em seu voto e acórdão.

Destaque-se, ainda, de acordo com os resultados encontrados, as contribuições dos ministros Francisco Falcão e Mauro Campbell Marques para a evolução dos precedentes do STJ, respectivamente.

O primeiro, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.064.704 do Estado de Santa Catarina (AgRg no REsp 1.064.704/SC) (BRASIL, 2008), decidiu pela ampliação do entendimento declinado no REsp 775.233/RS (BRASIL, 2006), relatado pelo ministro Luiz Fux, evidenciando a presença de um *ampliative distinguish* no caso concreto.

O segundo, ao julgar o (i) Agravo Regimental em Recurso no Mandado de Segurança nº 40.625 do Estado de Goiás (AgRg no RMS 40.625/GO) (BRASIL, 2013), decidindo que a aplicação de multa diária só é possível quando houver indícios de descumprimento da decisão judicial pelo devedor - restringindo a tese de aplicação de astreintes a ente público para fornecer remédio a pessoa sem condições de aquisição do fármaco (*restrictive distinguish*) -, e no

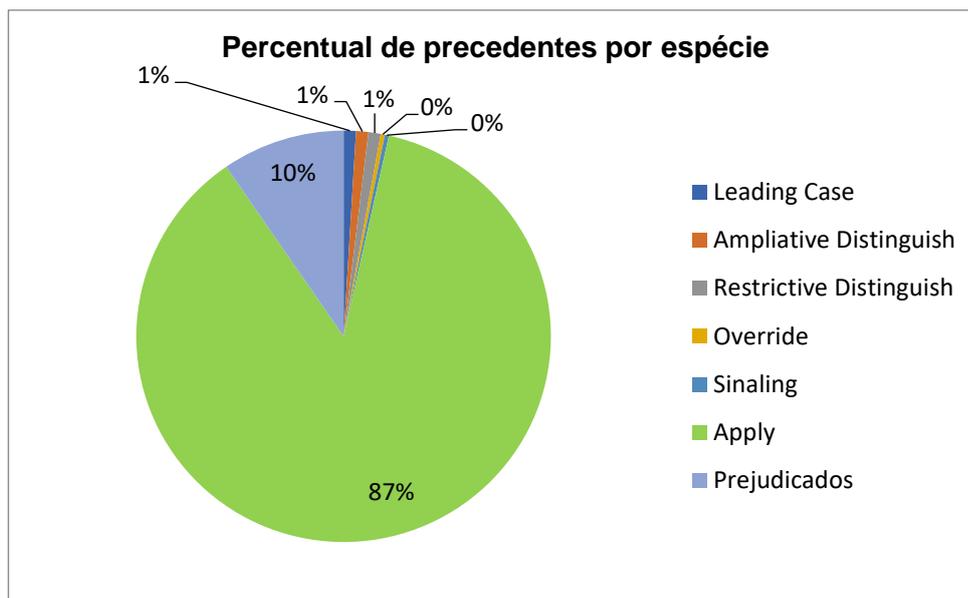
juízo do (ii) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 466.419 do Estado de Goiás (AgRg no AREsp 466.419/GO) (BRASIL, 2015), onde, após interposição de recurso errado pelo recorrente Estado de Goiás que prejudicava a análise de seu apelo, sinalizou que, superada a discussão a respeito do direito líquido e certo em mandado de segurança (MS), a aplicação de astreintes era questão periférica que permitiria a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal* e, por consequência, a revisão do valor da multa pelo STJ, a permitir o enquadramento de sua tese (não vencedora) como *sinaling*, eis que indicadora de novo entendimento a ser oportunamente adotado.

Por fim, deve ser realçada a contribuição do ministro Benedito Gonçalves no julgamento do REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), ocorrido em 26/04/2017 e apreciado segundo as normas de julgamento de recursos repetitivos do CPC/73 (art. 543-C) (BRASIL, 1973), onde foi fixado o entendimento da Corte Superior sobre a possibilidade de imposição de astreintes a ente público, para compeli-lo a fornecer remédio a pessoa sem condições financeiras, e que se encontra em vigor nos dias atuais, orientando os tribunais originários a respeito do tema em voga - o que o coloca na posição de *leading case* (inclusive porque assim é classificado pelo STJ).

Os demais ministros que proferiram acórdãos dentro do universo de pesquisa - que, repise-se, utilizou como fonte de dados o sistema de “pesquisa pronta” do STJ -, em regra emitiram decisões que seguiram os entendimentos acima apresentados, consolidando estes entendimentos e, por isso, são caracterizados neste estudo como aplicações dos posicionamentos anteriores (*apply*).

Assim, e para uma visualização estatística da produção de precedentes pelo STJ, veja-se o gráfico 5 a seguir apresentado:

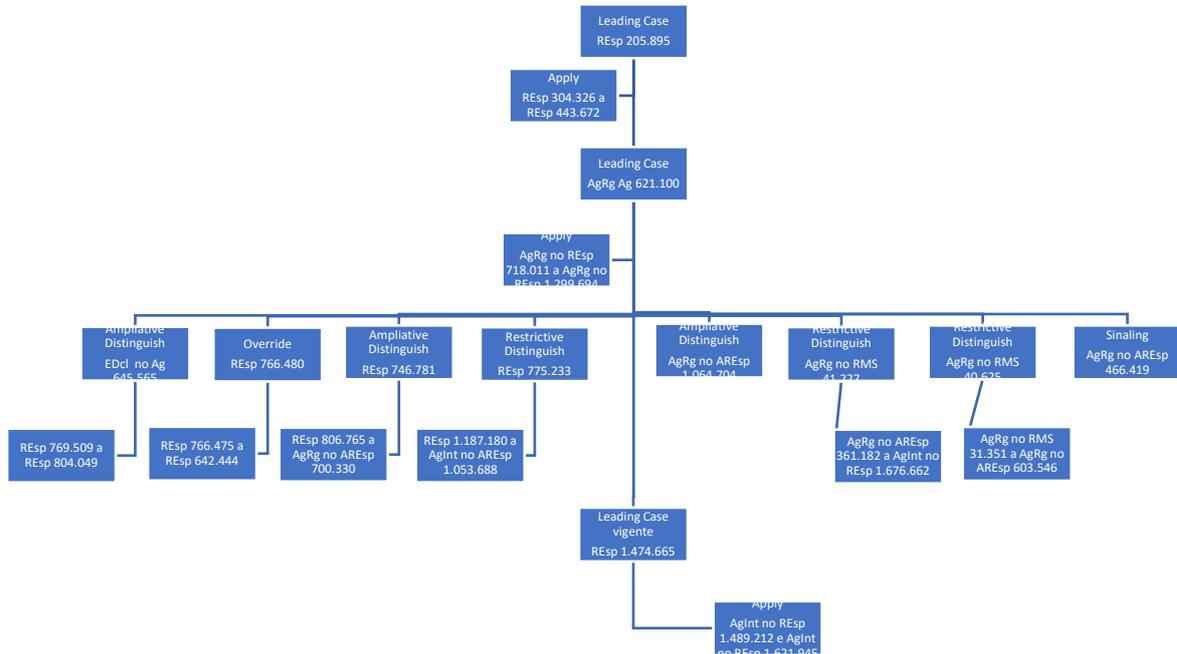
Gráfico 5 - Percentual de precedentes por espécie



Fonte: Elaborado pelo autor

Como se infere do gráfico acima e, de acordo com a pesquisa realizada, 87% das decisões (272 acórdãos) proferidas pelo STJ podem ser caracterizadas como *apply*; 1% (3 acórdãos) se refere a *leading cases*; 1% (3 acórdãos) diz respeito a *ampliative distinguishes*; 1% (3 acórdãos) corresponde a *restrictive distinguishes*, e; 0% (1 acórdão) decorre de processos em que houve um *override* e um *sinaling*. Os 10% (30 acórdãos) a que o gráfico se refere são recursos em que não houve julgamento do mérito recursal ou não foram conhecidos pela Corte Superior, embora inseridos no universo de amostragem pesquisado.

Desta maneira, é possível delinear a evolução do entendimento do STJ a respeito da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, da seguinte maneira (figura 1):

Figura 1 - Precedentes do STJ e posição atual

Fonte: Elaborado pelo autor

Segundo a figura 1 acima destacada, que considerou o universo de pesquisa constante da PP do STJ, é possível visualizar a evolução do entendimento do STJ no decorrer dos anos, a respeito do tema desta pesquisa, desde o primeiro *leading case* por ele proferido, em matéria de direito privado, passando pelo *leading case* que orientou a Corte em relações de direito público, suas variações (*ampliative distinguishes*, *override*, *restrictive distinguishes* e *sinaling*) até sua posição atual sobre o tema - *leading case* REsp 1.474.665/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/04/2017, DJe 22/06/2017 (BRASIL, 2017).

3 DA IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES ANALISADOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Observadas as espécies de precedentes fixados pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema desta pesquisa – imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros -, necessário destacar, neste momento, sua importância para a efetivação do direito à saúde no Brasil.

Desde já se advirta, junto com Souza e Oliveira, que a instrumentalização dos direitos sociais é uma medida para o combate da marginalização, das desigualdades sociais e, a garantia do direito à saúde é meio de efetivação do direito à vida e da dignidade humana, enquanto princípio e fundamento da República (SOUZA, OLIVEIRA, 2017, p. 88).

Com efeito, o artigo 926, *caput*, do CPC/15 (BRASIL, 2015), prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Da mesma forma, prescreve o artigo 927 do Diploma Processual Civil em vigor:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
[...] (BRASIL, 2015)

Desde que entrou em vigor, o CPC/15 desencadeou profundos debates sobre a criação de um sistema de precedentes pelo legislador processual reformador e quais os efeitos que aludidos precedentes teriam perante as instâncias de piso do Poder Judiciário, vinculando ou não juízes e desembargadores das instâncias inferiores.

Para Fredie Didier (2015, meio digital), o artigo 926 do CPC/15 prevê deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes, sejam persuasivos e/ou obrigatórios, a saber: a) dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade, e; d) o dever de coerência. Conclui que estes deveres decorrem de um conjunto de normas constitucionais, quais sejam: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica.

No que se refere à criação de um sistema de precedentes, Ronaldo Cramer observa haver fundamentos para a criação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro: dois deontológicos (segurança jurídica e isonomia), e três pragmáticos (celeridade processual, desestímulo à litigância e solução para as causas repetitivas) (CRAMER, 2016, p. 53). Da mesma forma, Panutto afirma que o Código de Processo Civil impõe um sistema de precedentes a ser adotado por todo o sistema judiciário nacional, conforme a previsão do artigo 927 do referido diploma legal (PANUTTO, 2017, p. 207). Diversamente, Streck e Abboud destacam que o CPC/15 não tem nada a ver com a criação de um novo sistema, nem com a inauguração de um sistema de precedentes (STRECK, ABBOUD, 2016, meio digital).

Para fins deste trabalho, a discussão a respeito da criação e/ou inauguração de um sistema de precedentes é de menor relevância, pois, todo o trabalho foi elaborado levando em consideração já existir, em maior ou menor grau, a existência de precedentes em nosso ordenamento jurídico desde o CPC/73 (BRASIL, 1973).

Quanto ao efeito vinculativo imposto pelo CPC/15 (BRASIL, 2015), novamente Cramer observa que o esforço legislativo foi para implementar, no art. 927 do CPC, um rol de precedentes vinculantes, inclusive tendo o legislador reformador retirado locução “a princípio” contida no *caput* do artigo, constante do projeto original, para não deixar dúvidas quanto à eficácia vinculante dos precedentes ali descritos (CRAMER, 2016, p. 191). Panutto, na mesma esteira, destaca que o CPC/15 (BRASIL, 2015) almeja a criação de precedentes vinculantes para garantir igualdade e previsibilidade em julgamentos que versem sobre a mesma matéria de direito, garantindo maior segurança às relações jurídicas e isonomia nas soluções de conflito (PANUTTO, 2017, p. 213). Mitidiero afirma que os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios, ou seja, vinculantes (MITIDIERO, 2015), enquanto Streck e Abboud, por outro lado, afirmam que os provimentos colocados no artigo 927 devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente vinculantes, redutores de complexidade para o enfrentamento de lides repetitivas, nada mais que isso (STRECK, ABOUD, 2016, meio digital). Ainda noutra oportunidade, Streck afirma que nem todos os provimentos elencados no artigo 927 são precedentes (STRECK, 2016, meio digital). Scheleder e Noschang ressaltam que, independentemente do critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro para estabelecer uma decisão vinculativa, quanto maior a falta de uniformidade das decisões, maior será a insegurança jurídica e, conseqüentemente, maior também será a instabilidade social (SCHELEDER, NOSCHANG, 2018, p. 47).

Novamente, ressalte-se que esta pesquisa tem o condão exclusivo de analisar os precedentes produzidos pelo STJ em matéria de imposição de astreintes a ente público, para fornecimento de medicamentos à pessoa depauperada, como meio de efetivação do direito à saúde. Para o momento, frise-se apenas que é discutível afirmar que o verbo “observar”, previsto no *caput* do art. 927, tem o mesmo sentido de “dirigir” (art. 139) ou “dever” (art. 939), descritos ao longo do CPC/15 (BRASIL, 2015).

De qualquer maneira, o objetivo deste trabalho é demonstrar as espécies de precedentes elaborados pelo STJ sobre o tema em apreço, como foram formados e fixados, demonstrando a evolução do pensamento da Corte sobre o tema, e como podem ser aprimorados para a melhor consecução de suas determinações e efetivação do direito constitucional à saúde de que trata.

Mesmo porque, o respeito aos precedentes em direito sanitário pode constituir importante fator de racionalização e uniformidade das decisões judiciais (GONÇALVES, GAZZOLA, 2017, p. 206), além de contribuir à efetivação deste direito fundamental garantido constitucionalmente.

Isto posto, importante esclarecer que precedente é, segundo Cramer, “a decisão que cria a norma jurídica que deve ser seguida em casos idênticos, sendo desimportante se o pronunciamento judicial já nasce como precedente ou é reconhecido posteriormente como tal” (2016, p. 80). Para Mitidiero, precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificativa das decisões (MITIDIERO, 2015). Michele Taruffo, jurista italiano, observa que o precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso (TARUFFO, 2014, p. 4). Em conclusão, Cramer oferece conceito de precedente, afirmando que

[...] respeitando nossas tradições e em respeito ao direito positivo: precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos. (CRAMER, 2016, p. 86).

Por conseguinte, sendo precedente o criador de norma jurídica, como se observa do conceito supracitado, é certo que ele (precedente) não se confunde com jurisprudência, súmula ou ementa. A respeito desta última (ementa), Cramer observa que atualmente não há alegação de precedente, mas apenas de ementas de julgados, o que se convencionou chamar de ementismo (CRAMER, 2016, p. 99). Nessa mesma direção, Scheleder e Noschang ressaltam que no direito brasileiro, ao menos até a entrada em vigor do CPC/15, os textos que formavam a jurisprudência tinham por base ementas de julgados, sem mencionar os fatos que foram objeto de decisão e essenciais ao deslinde da causa e fixação do *decisum* (SCHELEDER, NOSCHANG, 2018, p. 44).

Sobre súmulas, já se disse que não são precedentes, mas a síntese da tese jurídica criada pelo precedente que retrata o entendimento consolidado do Tribunal, de maneira que o texto da súmula não é adequado para compreender a tese fundante do precedente originário (CRAMER, 2016, pp. 81,82).

Por fim, há diferenças entre precedente e jurisprudência, como a falta de análise comparativa dos fatos e a forma de sua constituição, que, na maioria dos casos, são representadas por enunciados sumulados, desvinculados dos casos concretos que os originaram (SCHELEDER, NOSCHANG, 2018, p. 41). Se diz também que a distinção entre precedente e jurisprudência é quantitativa, pois o primeiro se refere a uma decisão sobre um caso, ao passo

que o segundo é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um Tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão (CRAMER, 2016, p. 72).

Para Taruffo, precedente e jurisprudência se distinguem por seus caracteres quantitativos: ao se falar de precedente, geralmente se faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que, ao se falar de jurisprudência, leva-se em consideração uma pluralidade muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos (TARUFFO, 2014, p.3). E conclui o jurista italiano:

[...]

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso.

[...]

O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos. Aqui, o problema depende do que realmente “constitui” a jurisprudência: trata-se como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (*massime*) elaborados pelo gabinete específico que existe nos Tribunais.

[...]

Por outro lado, frequentemente, descobre-se que a jurisprudência é incoerente e contraditória: tratar-se-á então de estabelecer se há ou não jurisprudência *conforme*, se há uma jurisprudência *prevalente*, se a jurisprudência é *incerta*, ou mesmo se há uma situação de caos jurisprudencial.

Estes problemas não existem, ou surgem apenas em pouquíssimos casos extremos, nos ordenamentos que são realmente fundados no uso do precedente.

[...] (TARUFFO, 2014, pp. 4;6) (grifos do original)

Feitas estas explicações, passar-se-á à análise dos precedentes elaborados pelo STJ a respeito da pesquisa aqui elaborada, de maneira a identificar as espécies de decisões proferidas pela Corte Superior e o que significam para a efetivação do direito à saúde.

Assim, embora o trabalho aqui realizado apresente resultados que podem ser considerados positivos do ponto de vista processual - como o grande número de *applies* anteriormente apontado (87% dos recursos julgados, correspondentes a 272 acórdãos proferidos), a significar uma consolidação do entendimento do tribunal de superposição e maior celeridade na resolução dos julgamentos -, o baixo índice de inovação do entendimento pretoriano (apenas 1% das decisões, equivalente a 3 acórdãos, apresentaram ampliação ou restrição do entendimento anterior; 0% de decisões, ou seja, um acórdão, trouxe uma exceção à tese anterior ou sinalização de novo posicionamento) pode significar desapego à matéria de fundo (direito à saúde) ou análise apressada sobre o tema, implicando em decisões que nem sempre correspondem ao caso concreto ou contribuem à efetivação do direito à saúde.

A este respeito, e analisando os precedentes em saúde na Argentina, Gotlieb, Yavich e Báscolo já observaram que a Corte Suprema de Justiça Argentina fixou decisões que

ampliaram a cobertura de saúde dos cidadãos filiados à seguridade social ou medicina privada daqueles país, mas não entrou na discussão sobre a ampliação da cobertura oficial que deveria oferecer o Estado, deixando, assim, de seguir seus precedentes já fixados em casos similares e que teriam maior incidência na política pública de saúde argentina (GOTLIEB, YAVICH, BÁSCOLO, 2016, p. 8).

Por outro lado, a pesquisa demonstrou como o entendimento pessoal do julgador por vezes influencia o resultado de uma votação e repercute na jurisprudência da Corte, como é possível constatar no julgamento do AgRg no Ag 621.100/RS (BRASIL, 2005) - aqui classificado como *leading case*, pois, segundo o universo de amostragem, foi o primeiro recurso que analisou a possibilidade de aplicação de astreintes à Fazenda Pública -, onde o ministro José Delgado aponta expressamente em suas razões de decidir adotar determinado fundamento por se assemelhar ao seu entendimento da matéria (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 621.100/RS, 2005, p. 5) (BRASIL, 2005).

Também é necessário haver uma sedimentação do posicionamento da Corte sobre a possibilidade de imposição de astreintes a ente público para fornecer remédios a pessoas sem condições de compra do fármaco quando a relação obrigacional não for de fazer, mas obrigação de dar, como apontado pelo ministro Luiz Fux (STJ, 1ª Turma, REsp 746.781/RS, 2006, p. 13) (BRASIL, 2006).

Com efeito, o tribunal de superposição tem entendimento bem consolidado quanto ao cabimento da imposição de multa diária à Fazenda Pública nos casos que versem sobre fornecimento de remédio (obrigação de fazer), não havendo discussão a este respeito e sendo o posicionamento confirmado pelo *leading case* atualmente em vigor (STJ, 1ª Seção, REsp 1.474.665/RS, 2017, p. 17) (BRASIL, 2017).

Entretanto, a hipótese ventilada no bojo do REsp 746.781/RS (BRASIL, 2006), de imposição a ente público de multa diária e bloqueio de verbas para pagamento/cumprimento da obrigação judicial que lhe é desfavorável (obrigação de dar) ainda necessita de maior discussão e amadurecimento, pois não é incomum ações judiciais em que há a imposição de multa diária em desfavor da Fazenda Pública e, não obstante, ela permanece sem cumprir a obrigação, exigindo medidas mais assertivas do Poder Judiciário para compeli-la a efetivar a ordem judicial, como o bloqueio de verbas.

Da mesma maneira, há processos judiciais em que ocorre a imposição de astreintes a ente público, para forçá-lo a entregar remédio à pessoa sem condições de adquiri-lo e, posteriormente, o bloqueio de verbas para este fim, ocorrendo as duas hipóteses de medidas executivas (de coação e sub-rogação, respectivamente). Ou seja, no mesmo processo se

determina a aplicação de multa (correspondente às obrigações de fazer) e o bloqueio de verbas (equivalente às obrigações de dar), o que implica em confusão a respeito da possibilidade de aplicação das duas medidas coercitivas, ou de apenas uma delas, exigindo o posicionamento pretoriano para a pacificação da controvérsia por vezes instaurada.

Logo, ou prevalecerá o entendimento esposado pelo ministro Teori Zavascki (STJ, 1ª Turma, REsp 766.480/RS, 2005, p. 6) (BRASIL, 2005) - de impossibilidade de bloqueio de verbas -, ou então prevalecerá o entendimento proferido pelo ministro Luiz Fux (STJ, 1ª Turma, REsp 746.781/RS, 2006, p. 13) (BRASIL, 2006). Ressalte-se que o *leading case* em vigor, REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), não enfrentou esta questão, exigindo posicionamento da Corte a seu respeito.

Também é importante, para fins de estabelecimento de precedentes pelo STJ, pacificar a questão relativa à possibilidade de revisão da multa aplicada pelas instâncias originárias - posicionamento que reverbera até os dias atuais (STJ, REsp 775.233, 2006, p. 10) (BRASIL, 2006) -, ou se não é possível revisá-la em sede de recurso especial, com base na súmula 7 da Corte, que impede a revisão de matéria fática e assim foi aventado pelo ministro Teori Zavascki (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 41.227/SC, 2012, p. 3) (BRASIL, 2012) - entendimento este que é aplicado ainda hoje, de acordo com a pesquisa elaborada.

A discussão acima apontada exige premente posicionamento da Corte Superior, na medida em que (i) ou se entenderá pela possibilidade de revisão do valor da multa aplicada pelas instâncias ordinárias no âmbito do STJ - fomentando discussão jurídica que, de acordo com o pesquisado, no mais das vezes é levantada pelo Poder Público -, gerando relativização (já existente) ou até mesmo a superação da súmula 7 do Tribunal; ou, então, (ii) se prestigiará o verbete sumular em comento e, então, definitivamente não será possível revisar as multas aplicadas pelos tribunais de origem através de recurso especial, revigorando a súmula 7 e confirmando seus efeitos, inaugurados no já longínquo ano de 1990. Nenhum destes pontos foi avaliado pelo REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), *leading case* sobre a possibilidade de aplicação de multa a ente público para forçá-lo a fornecer remédio a pessoa sem condições econômicas para compra do fármaco pleiteado.

Neste aspecto, demonstra-se importante encontrar a *ratio decidendi* da súmula 7 do STJ (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), apresentada no precedente originário, para se decidir se ela prevalecerá, ou então deverá ser superada na hipótese aqui estudada. É que, como dito alhures, súmula não é precedente: o precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica, também conhecido como *holding* do caso (MARINONI, 2015). A partir daí é possível verificar a força

do precedente (que, nos ordenamentos de *civil law* é menor que aquele atribuído ao precedente do *common law*), e se são tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos (TARUFFO, 2014, p. 8).

Ainda, também é necessário que o STJ se posicione a respeito do *restrictive distinguish* (técnica de superação do precedente) - assim classificado pela pesquisa - suscitado pelo ministro Mauro Campbell Marques (STJ, 2ª Turma, AgRg no RMS 40.625/GO, 2013, p. 5) (BRASIL, 2013) sobre a necessidade de comprovação, pelo autor da ação em que pleiteia medicamento, do descumprimento da ordem judicial de entrega do fármaco pelo ente público.

Esta discussão, embora pareça de menor relevância, em verdade se mostra muito importante para o deslinde de muitas controvérsias hoje existentes no judiciário em que se pleiteia o fornecimento de remédios pelo Estado, pois, não raro, um dos fundamentos de defesa do ente público é justamente a falta de pedido administrativo ao órgão público responsável pela concessão de medicamentos à população.

Desta feita, e à semelhança do que ocorreu nas ações previdenciárias onde o Supremo Tribunal Federal decidiu, em caráter vinculante, ser necessário o requerimento administrativo no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) antes do ingresso da ação judicial (STF, Tribunal Pleno, RE 631.240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/09/2014, DJe 07/11/2014) (BRASIL, 2014), haverá a necessidade da parte que necessita de medicamento proceder requerimento administrativo antes de ingressar com a ação judicial, ou o ingresso da ação será suficiente para caracterizar a pretensão resistida do ente estatal? Esta pergunta não foi respondida pelo REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), *leading case* do STJ sobre o tema pesquisado.

Todas estas discussões dependem de **novo** posicionamento do STJ, a respeito da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, a fim de que o tema seja devidamente enfrentado em seus pormenores pela Corte, a permitir a prolação de precedente que de fato sirva de farol às instâncias ordinárias a respeito desta questão e confira segurança em sua aplicação.

Nesse diapasão, de que apenas Cortes Superiores produzem precedentes, Marinoni entende que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes, que orientam os demais Tribunais inferiores, responsáveis por produzir jurisprudência (MARINONI, 2015). Da mesma maneira, Taruffo afirma que a força do precedente vai de cima para baixo, sendo as Cortes Supremas as verdadeiras Cortes do precedente, cujas decisões são impostas a todos os órgãos judiciários de grau inferior (TARUFFO, 2014, p. 9). Streck se opõe a esta ideia, entendendo que o conceito de interpretação

ficaria restrito às Cortes de vértice (STRECK, 2016, meio digital), prejudicando a interpretação dos juízes de primeira instância, mais próximos dos fatos do caso concreto.

Sem prejuízo de aprofundamento dos debates acima instaurados, parece-nos acertado descrever, ousadamente, que o STJ poderia ter enfrentado no julgamento do REsp 1.474.665/RS alguns dos pontos aqui discutidos, se manifestando no sentido de ser possível a imposição de multa diária (astreintes) a ente público e bloqueio de verbas, excepcionalmente, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, cabendo a revisão da multa quando desproporcional (irrisória ou excessiva).

Por certo a redação aqui sugerida já diminuiria, em muito, variadas questões submetidas à Corte diariamente, mesmo porque, se um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação (MARINONI, 2015), também deve evitar o problema de variar seus precedentes frequentemente, desprovidos de justificativa séria (TARUFFO, 2014, p. 11), pois, dentre as funções do precedente (para além da segurança jurídica e isonomia), uniformizar a jurisprudência e gerar previsibilidade da resposta judicial estão entre as mais importantes (CRAMER, 2016, p. 98), devendo ser observadas pelos tribunais de superposição, a fim de dar o exemplo às instâncias inferiores, pois a correta aplicação dos precedentes judiciais por meio de um processo hermenêutico-argumentativo é fundamental na busca da legitimidade decisória, visto que o caminho da utilização de técnicas de padronização e racionalização decisórias é irreversível no âmbito processual do direito à saúde (GONÇALVES, GAZZOLA, 2017, pp. 204;207).

Afinal, precisando o Estado desenvolver políticas públicas e planejar suas receitas para que as disposições constitucionais e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF) (BRASIL, 1988) sejam concretizados (SOUZA, OLIVEIRA, 2017, p. 90), a função do precedente em nosso sistema processual de criar agendas para aprofundar a discussão a respeito da questão decidida (CRAMER, 2016, p. 100) é fundamental, pois, ainda que a judicialização da saúde aqui estudada seja nitidamente paliativa, pois não soluciona o problema da efetivação do direito à saúde (JAQUES, 2013, meio digital), ainda assim mostra-se essencial para a resolução da questão aqui pesquisada e concretização do direito fundamental à saúde, protegido constitucionalmente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve o objetivo de demonstrar a existência de precedentes elaborados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a respeito de um dos temas que mais afetam

o direito à saúde na atualidade, qual seja, a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.

Utilizou, para tanto, o sistema de Pesquisa Pronta (PP) constante do site do STJ, e analisou trezentos e treze acórdãos referentes ao “Tema 98”, acima citado, que afetou o Recurso Especial nº 1.474.665 do Estado do Rio Grande do Sul (STJ, 1ª Seção, REsp 1.474.665/RS, 2017, p. 17), em 04/09/2014, para ser julgado de acordo as regras prescritas pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), de julgamento de recursos repetitivos, onde ficou decidido pela possibilidade de imposição de astreintes a ente público para fornecer medicamento à pessoa depauperada.

Foram avaliadas as espécies de precedentes produzidos pelo STJ a respeito do tema objeto desta pesquisa, o posicionamento dos ministros que se debruçaram sobre esta questão, a evolução do entendimento da Corte Superior a seu respeito e sua atual posição sobre a matéria.

Também foi possível verificar que o STJ experimentou, nos últimos três anos, um aumento exponencial do número de recursos que chegaram à Corte a respeito do fornecimento de medicamentos por ente público, a pessoas desprovidas de recursos financeiros; que o número de recursos julgado por ministro não indica, necessariamente, contribuição à evolução do entendimento do tribunal de superposição a respeito da matéria pesquisada, e; na grande maioria de recursos julgados pelo STJ, a respeito da imposição de astreintes a ente público, para compeli-lo a fornecer fármaco a pessoas sem condições financeiras, utilizou-se a técnica do *apply*; em menor escala foram proferidos *leading cases*, *ampliative distinguishes* ou *restrictive distinguishes* e, apenas em uma oportunidade, foram utilizadas as técnicas do *override* e *signaling*.

Da mesma maneira, há discussões que ainda se encontram pendentes de respostas, como a possibilidade de aplicação de multa nas ações que versem sobre obrigações de dar, ou as astreintes só podem ser aplicadas em processos que se refiram a obrigações de fazer, como é o caso de fornecimento de medicamentos por ente público; se é possível, através de recurso especial, ocorrer a revisão das multas aplicadas pelas instâncias ordinárias, ou esta hipótese é inadmissível com arrimo na súmula 7 do STJ, que impede a rediscussão de questão fática pelo tribunal de superposição, e; se há a necessidade de prévio requerimento administrativo solicitando medicamentos ao ente público, ou o ingresso da ação judicial requerendo o fármaco necessário é suficiente para caracterizar a pretensão resistida do Poder Público.

Todas estas questões devem ser enfrentadas à luz do CPC/15 (BRASIL, 2015), que fixou um sistema de precedentes para orientar as instâncias inferiores do Poder Judiciário a respeito do tema aqui pesquisado, a fim de prestigiar a segurança jurídica e a isonomia, tratando igualmente casos iguais, além de uniformizar e gerar previsibilidade a respeito das respostas

judiciais. Estes pontos são essenciais para se alcance a segurança jurídica pretendida com a reforma processual ocorrida em 2015 e, mais importante, traga a pacificação social por todos almejada - inclusive aqueles que necessitam de remédios, para poderem experimentar alguma paz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 11.368/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 31/10/1991, DJ 16/12/1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 205.895/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 27/06/2002, DJ 05/08/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no AG nº 621.100/RS, rel. Min. José Delgado, j. 15/02/2005, DJ 21/03/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, EDcl no Ag nº 645.565/RS, rel. Min. José Delgado, j. 03/05/2005, DJ 13/06/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 766.480/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20/09/2005, DJ 03/10/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Súmula 7, j. 28/06/1990, DJ 03/07/1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 746.781/RS, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 18/04/2006, DJ 22/05/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 775.233/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 20/06/2006, DJ 01/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no REsp nº 1.064.704/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 11/11/2008, DJe 17/11/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no AREsp nº 41.227/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02/10/2012, DJe 11/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no RMS 40.625/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/09/2013, DJe 11/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 631.240, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/09/2014, DJe 07/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no AREsp nº 466.419/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/08/2015, DJe 27/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, REsp nº 1.474.665/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/04/2017, DJe 22/06/2017.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. - 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, v. 18, n. 36 (2015). Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n36p114/11168> Acesso em: 26 jun. 2019.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. Observatório do judiciário sob a ótica do direito à saúde: repensando a aplicação de precedentes judiciais. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 189-210, jul./dez.2017. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1878> Acesso em: 17 jun. 2019.

GOTLIEB, Verónica; YAVICH, Natalia; BASCOLO, Ernesto. Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, e00121114, 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000100705&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 jun. 2019. Epub Feb 16, 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00121114>.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela dos direitos humanos em um Estado democrático de direito: uma análise crítica da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, v. 16, n. 32 (2013). Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p121/6084> Acesso em: 26 jun. 2019.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo (RePro), vol. 245 (julho 2015), pp. 333-350.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, mai/ago. 2017. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941> Acesso em: 18 jun. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patrícia Grazziotini. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 72, pp. 23-52, jan./jun. 2018. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1898> Acesso em: 17 jun. 2019.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. R. Dir. Gar.

Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058> Acesso em: 18 jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> Acesso em: 21 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II. Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii> Acesso em: 21 fev. 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/> Acesso em: 21 fev. 2019.

Submissão: 27/06/2019 Aprovação: 04/06/2021