



SOBRE OS ASSIM CHAMADOS «STAATSFRACTURE»

Santi Romano

**LA PEQUEÑA DICTADURA DE LA COVID-19 EN COLOMBIA:
USO Y ABUSO DE NORMAS ORDINARIAS Y EXCEPCIONALES PARA
ENFRENTAR LA PANDEMIA**

David Mendieta

Mary Luz Tobón Tobón

**A DOENÇA COMO METÁFORA RACIAL:
A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS À LUZ DA TEORIA RACIAL CRÍTICA**

Philippe Oliveira de Almeida

**A URGÊNCIA DE UMA PEDAGOGIA ANTIRRACISTA:
IMPACTOS DA INCORPORAÇÃO DO ART. 4, X, DA NOVA CONVENÇÃO
INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO AO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Enzo Gabriel Oliveira Medeiros

Sergio Bezerra da Silva Filho

Thiago Oliveira Moreira

**ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DA
SUBSTITUIÇÃO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS POR MÁQUINAS**

Daniel Alves Pessoa

**HUMANISMO CRISTÃO E EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA**

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Renato Moreira de Abrantes

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior

**A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO NO CASO DAS FAKE NEWS
NO STF PARA PROTEÇÃO DAS UNIVERSIDADES NO CONTEXTO DO
ÓDIO AO ENSINO PÚBLICO**

Emanuel Melo Ferreira

**O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL E NO BRASIL:
UMA INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO FRANCÊS DE 1789?**

Mariana Azevedo Comello Oliveira

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido
v. 5, n. 9, (jan./jun. 2021) – Mossoró, 2021 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120

Revista Jurídica da UFERSA (REJUR) | ISSN: 2526-9488

Rua Francisco Mota, 572, CCSAH, Sala 09, 59625-900, Mossoró, RN, Brasil

rejur.direito@ufersa.edu.br

<https://www.facebook.com/rejurufersa/> | <https://www.instagram.com/rejurufersa/>



REVISTA JURÍDICA DA UFRS

Pareceristas desta Edição

- Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho | CLARETIANO | São Paulo, SP, Brasil
Me. Alessandra Cavalcante Scherma Schurig | UFBA | Salvador, BA, Brasil
Dr. Almir Garcia Fernandes | PUC | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Ayala Gurgel | UFRS | Mossoró, RN, Brasil
Me. Carla Rocha Pordeus | UCES | Buenos Aires, Argentina
Me. Caroline Sátiro de Holanda | UFPB | João Pessoa, Brasil
Me. Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva | UFPA | Belém, PA, Brasil
Dr. Felipe Pante Leme de Campos | UniFI | Firenze, Itália
Me. Fernanda Bragança | UFF | Niterói, RJ, Brasil
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto | TJDF | Brasília, DF, Brasil
Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler | UFPE | Recife, Brasil
Dr. Hugo Luis Pena Ferreira | UFJ | Jataí, GO, Brasil
Me. Jacson Gross | UNILASALLE | Canoas, RS, Brasil
Me. José Neto Barreto Júnior | UFPB | Santa Rita, Brasil
Me. Juliana Aparecida Rigato | ABA | New York, Estados Unidos
Dr. L'Inti Faiad | UNICID | São Paulo, SP, Brasil
Me. Leonardo Simchen Trevisan | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil
Me. Lucas Santos de Almeida | UNIP | São Paulo, SP, Brasil
Me. Luiza Souto Nogueira | USP | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcelo Casseb Continentino | UFPE | Recife, PE, Brasil
Dra. Mariane Camargo D'Oliveira | OAB | Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
Me. Marianna Perantoni | UFRS | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Paulo Fernando Soares Pereira | AGU | Brasília, DF, Brasil
Me. Priscila Cardoso Rodrigues | FDUC | Coimbra, Portugal
Me. Rafael Reis Ferreira | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Raphael Rego Borges Ribeiro | UFOB | Barreiras, BA, Brasil
Me. Victor Saldanha Priebe | OAB | Porto Alegre, RS, Brasil
Dr. Vinícius Parolin Wohnrath | UNICAMP | Campinas, SP, Brasil
Me. Wallton Pereira de Souza Paiva (UFRS | Mossoró, RN, Brasil
Me. Winston de Araújo Teixeira | UFPB | João Pessoa, PB, Brasil

Assessoria Técnica

- Esp. Fernando Afonso Marques de Melo | UFRS | Mossoró, RN, Brasil
Cíntia Mariele Freire Beserra | UFRS | Mossoró, RN, Brasil



NOTA EDITORIAL

Essa nova edição da Revista Jurídica da Ufersa é comemorativa por diversas razões. Talvez, uma das mais relevantes seja o fato de nossa revista completar seus primeiros 5 anos de circulação, com o Vol. 5, n. 9, jan./jun., 2021, que agora apresentamos ao público.

Desde a sua primeira concepção, ainda em 2016, até a fase em que nos encontramos, os desafios editoriais foram constantes, principalmente com a pandemia Covid-19. A superação, evidentemente, não poderia ocorrer sem a confiança e apoio de nossos autores, leitores e equipe técnica.

O reconhecimento desta curta trajetória, mas com significativa densidade colaborativa com a ciência jurídica e o diálogo pluridisciplinar, é representativo pela quantidade de indexações editoriais da REJUR no cenário nacional e internacional em apenas 5 anos: *HeinOnline*, *Latindex*, *Directory of Open Access Journals (DOAJ)*, *Google Scholar (Índice H4)*, *Red Iberoamericana de Innovación y Conhecimento Científico (RE-BID)*, *CiteFactor Academic Scientific Journals*, *ULRICHSWEB Global Serials Directory*, *Diretório de Políticas Editoriais das revistas Científicas Brasileiras (DIADORIM)*, *LivRe – Revistas de Livre Acesso*; *IBICT OASIS BR*, *Sumários de Revistas Brasileiras e EnLaw – Portal de Revistas Jurídicas*.

O trabalho de indexação envolve rigor na demonstração de boas práticas editoriais e essas evidências foram apresentadas por nossa equipe técnica, sob a liderança do mestrando em Direito da Ufersa, FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO, a quem registramos nossos agradecimentos.

A Revista Jurídica da Ufersa continua sendo um periódico online e de acesso aberto, veiculando artigos que dialoguem com a área de concentração em Direito, Estado e Sociedade.

Com fluxo contínuo de recebimento de artigos e periodicidade semestral, a revista encontra-se com publicações regulares, com forte atuação nas boas práticas editoriais e em pleno diálogo com as diretrizes da área do Direito na CAPES para mantermos o padrão de qualidade nacionalmente exigido.

Integrada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufersa em 2019, a Revista Jurídica da Ufersa apresenta a seus leitores um repleto conjunto de pesquisas originais e relevantes para o Direito, com destaque à publicação de uma importante tradução de um texto de SANTI ROMANO.

A primeira contribuição veio de uma iniciativa do Prof. Dr. FELIPE PANTE LEME DE CAMPOS, que traduziu do italiano para a língua portuguesa o texto do jurista italiano SANTI ROMANO (1875-1951), “Sobre os assim chamados Staatsfragmente”. A publicação original ocorreu em 1898, em extrato do Archivio Giuridico Filippo Serafini, em Bologna. Essa sequência de traduções de Santi Romano no Brasil tem sido organizada por Campos e a tradução mais recente ocorreu na Revista Brasileira de Estudos Políticos, da Universidade Federal de Minas Gerais, em 2021.

A segunda colaboração veio da Colômbia, a convite da REJUR, com a pesquisa dos Professores Dr. DAVID MENDIETA GONZÁLEZ e Dra. MARY LUZ TOBÓN-TOBÓN, com o título “La pequeña dictadura de la COVID-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia”.

Na sequência, o Professor Dr. PHILIPPE OLIVEIRA DE ALMEIDA, da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, discute “A doença como metáfora racial: a pandemia de coronavírus à luz da Teoria Racial Crítica”.

O artigo “Antirracismo em perspectiva: impactos da incorporação do art. 4, X, da nova Convenção Interamericana contra o racismo ao ordenamento jurídico brasileiro”, que compõe também essa edição, é uma contribuição do Professor Dr. THIAGO OLIVEIRA, em coautoria com SÉRGIO BEZERRA E ENZO MEDEIROS.

O Professor Dr. DANIEL ALVES PESSOA (UFERSA) oferece aos leitores uma importante investigação sobre os usos da inteligência artificial no mundo jurídico, com o título “Alguns apontamentos acerca da substituição das profissões jurídicas por máquinas”.

A próxima contribuição vem do Estado do Ceará, com os Professores Dr. VICENTE DE PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA JÚNIOR, Dra. MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO e Mendonça e Me RENATO MOREIRA DE ABRANTES, com o artigo “Humanismo cristão e efetivação dos Direitos Fundamentais numa perspectiva epistemológica”.

A penúltima contribuição desta edição é do doutorando em Direito da Universidade Federal do Ceará, EMANUEL MELO FERREIRA, com a discussão sobre “A aplicação do precedente firmado no caso das fake news no STF para proteção das universidades no contexto do ódio ao ensino público”.

Encerrando a edição, com o texto “O contencioso administrativo em Portugal e no Brasil: uma influência do liberalismo francês de 1789?”, a pesquisadora Me. MARIANA AZEVEDO COMELLO OLIVEIRA problematiza a experiência administrativa em perspectiva comparada.

No ano em que completamos 5 anos de existência, a REJUR tem muito a agradecer a todos que contribuíram direta e indiretamente para a

consolidação de nosso periódico. Um processo editorial é complexo e envolve esforços colaborativos de autores, avaliadores, equipe técnica, conselho editorial e editores para proporcionar aos leitores uma revista de qualidade.

O trabalho gráfico por trás da plataforma OJS deve-se à criatividade do Professor Dr. MARCELO LAUAR LEITE, que é nosso editor adjunto na Revista e, certamente, uma referência editorial para todos nós. Essa parceria também tem na equipe técnica, composta por estudantes da UFERSA, parte de nosso sucesso. Por essa razão, reiteramos nossos agradecimentos à graduanda em Direito CÍNTIA MARIELE FREIRE BESERRA e ao mestrando em Direito, FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO.

Enfim, desejamos uma excelente leitura!

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | JULHO 2021



SUMÁRIO

SOBRE OS ASSIM CHAMADOS «STAATSFRACTEMENTE» | 1-12
SANTI ROMANO

**LA PEQUEÑA DICTADURA DE LA COVID-19 EN COLOMBIA: USO Y ABUSO DE
NORMAS ORDINARIAS Y EXCEPCIONALES PARA ENFRENTAR LA PANDEMIA | 13-26**

DR. DAVID MENDIETA
DRA. MARY LUZ TOBÓN TOBÓN

**A DOENÇA COMO METÁFORA RACIAL:
A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS À LUZ DA TEORIA RACIAL CRÍTICA | 27-47**

DR. PHILIPPE OLIVEIRA DE ALMEIDA

**A URGÊNCIA DE UMA PEDAGOGIA ANTIRRACISTA: IMPACTOS DA INCORPORAÇÃO
DO ART. 4, X, DA NOVA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO AO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 48-68**

DR. THIAGO OLIVEIRA MOREIRA
ENZO GABRIEL OLIVEIRA MEDEIROS
SERGIO BEZERRA DA SILVA FILHO

**ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DA
SUBSTITUIÇÃO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS POR MÁQUINAS | 69-87**

DR. DANIEL ALVES PESSOA

**HUMANISMO CRISTÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NUMA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA | 88-110**

DRA. MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA
DR. VICENTE DE PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA JÚNIOR
ME. RENATO MOREIRA DE ABRANTES

**A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO NO CASO DAS FAKE NEWS NO STF
PARA PROTEÇÃO DAS UNIVERSIDADES NO CONTEXTO DO ÓDIO
AO ENSINO PÚBLICO | 111-131**

ME. EMANUEL MELO FERREIRA

**O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL E NO BRASIL:
UMA INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO FRANCÊS DE 1789? | 132-146**

ME. MARIANA AZEVEDO COMELLO OLIVEIRA



SOBRE OS ASSIM CHAMADOS «STAATSFRACTEMENTE» ON THE SO-CALLED «STAATSFRACTEMENTE»

SANTI ROMANO*

Tradução: FELIPE PANTE LEME DE CAMPOS**

RESUMO

No presente texto¹, o juspublicista italiano Santi Romano pretende refutar a teoria de Georg Jellinek acerca dos Staatsfragmente – frações territoriais dotadas de algumas atribuições do Estado, mas não de todas. Romano, para tanto, descreve a teoria de Jellinek e aponta algumas de suas falhas, sobretudo quanto aos três elementos ‘clássicos’ da estatalidade (povo, território, soberania). Para Jellinek, os Staatsfragmente teriam povo e território, mas não soberania, enquanto que, para Romano, os outros dois elementos seriam meros reflexos: sem ela, não há Estado. Na sequência, compara a situação dos Staatsfragmente com as frações de Comuni e com as colônias. Esses entes pertenceriam respectivamente ao Comune e ao Estado, sem qualquer individualidade. Romano conclui que as reflexões de Jellinek são estimulantes, mas, em última instância, têm falhas lógicas, são excessivamente abstratas e não devem ser adotadas pela teoria do direito público.

Palavras-chave: Jellinek; Santi Romano; Teoria do Estado; Território; Soberania;

ABSTRACT

In this essay, the Italian juspublicist Santi Romano refutes Georg Jellinek's theory of the Staatsfragmente - territorial fractions with some, but not all, of the State's powers. To do so, Romano describes Jellinek's theory and points out some of its flaws, especially regarding the three 'classical' elements of statehood (people, territory, sovereignty). For Jellinek, the Staatsfragmente would have a people and a territory, but no sovereignty, while for Romano, those two elements would be mere reflections of sovereignty: without it, there is no State. He then compares the situation of the Staatsfragmente with the fractions of Comuni and with the colonies. These entities would belong respectively to the Comune and the State, with no individuality. Romano concludes that Jellinek's reflections are stimulating, but are ultimately logically flawed, excessively abstract and should not be adopted by public law theory.

Keywords: Jellinek; Santi Romano; States Theory; Territory; Sovereignty.

* Professor Catedrático da Università degli Studi di Roma “La Sapienza”².

¹ A propósito de Georg Jellinek, Ueber Staatsfragmente (Heidelberg: Gustav Koester, 1896), In-8º, p. 52.

² Santi Romano (Palermo, 31 de janeiro de 1875 – Roma, 3 de novembro de 1947). Graduou-se em 1896 pela Università di Palermo, alma mater na qual tivera como preceptor o juspublicista Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) e com quem compartilhava “uma formação eminentemente germânica e as referências como von Gierke e, sobretudo, Jellinek em prevalência a Laband e a von Gerber”. Logo após graduar-se, Santi Romano recebe já em 1898 a livre docência em Direito Administrativo. No ano seguinte se torna Professor de Direito Constitucional na Università di Camerino; em 1902, torna-se Professor “straordinario” de Direito Internacional na Università di Modena e, em 1905, assume ali também o Direito Constitucional. Em 1906 torna-se Professor “ordinario”. Em 1909, transfere-se para Pisa, quando assume a cátedra de Direito Constitucional, “pronunciando no início deste ano acadêmico o célebre discurso inaugural sobre Lo Stato moderno e la sua crisi”. Entre 1917 e 1921, integra o Conselho Superior da Instrução Pública, transferindo-se, em 1924, para Milão; então na titularidade da Cátedra de Direito Constitucional, na Statale di Milano; torna-se aí, entre 1927-1928, “preside” da Faculdade de Direito. Antes, porém, em 1925, é nomeado para a Comissão dos ‘dezoito’ ou “dei Soloni”,



** Ph.D. em Direito (Teoria e Storia del Diritto) pela Università Degli Studi di Firenze (Florença - Itália). Mestre em Direito (Teoria e História do Direito) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
felipe.pantelemedecampos@unifi.it

Recebido em 20-5-2021 | Aprovado em 20-5-2021³

instituída para elaborar a reforma constitucional. É nomeado Presidente do Consiglio di Stato, onde permanece entre 1929-1944, período a partir do qual, então, transfere-se à Roma, na La Sapienza, e se ocupa de Direito Administrativo e de Ciência da Administração entre 1929-1931, e de Direito Constitucional entre 1932-1942. Vide Aldo Sandulli, “Romano, Santi,” in *Dizionario Biografico Dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo) / Diretto Da Italo Biondi [et Al.]* (Il Mulino, 2013); Treccani, “Enciclopedia Treccani Online”; Gaetano Armao, “Santi Romano Protagonista Della Scuola Palermitana Di Diritto,” *Nuove Autonomie* 1 (2018): 47–62; Sabino Cassese, “Ipotesi Sulla Formazione de ‘L’ordinamento Giuridico’ Di Santi Romano,” *Quaderni Fiorentini per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno I* (1972): 243–83. Os filhos, Silvio Romano (1907-2009), era Professor Emérito de Instituições de Direito Romano na Università di Torino, e o também jurista, Salvatore Romano (1904-1975), que herdara o nome do avô, lecionou Direito Civil na Università di Firenze. É, de Salvatore, o neto de Santi Romano, o também Professor Alberto Romano (1932), emerito di Diritto Amministrativo, na La Sapienza di Roma, a quem se registra o faustoso afeto e gratidão, para além da gentil e disposta pessoa, pelas dúvidas esclarecidas, histórias compartilhadas e, sobretudo, pela cortesia afável em conceder os seus pessoais “ringraziamenti per l’attenzione che dà agli scritti del Nonno”.

³ Artigo convidado. **Nota do tradutor:** tradução do original “Sui cosidetti « Staatsfragmente », publicado em 1898, em extrato do *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »* (Vol. LX, fasc. 2), pela Tipografia Alfonso Garagnani e Figli: Bologna. Santi Romano, *Sui Cosidetti « Staatsfragmente »* (Bologna: Tipografia Alfonso Garagnani, 1898). Preservou-se, quanto se pode, a estrutura estilística original do escrito. Santi Romano se utiliza, com frequência, das inversões e dos não menos usuais apostos. Alguns termos foram mantidos no original, a exemplo de “staatsfragmente”, “Staatsorgan” ou mesmo algumas expressões; apôs-se-lhes, quando necessário, nota explicativa, de responsabilidade do ora Tradutor, devidamente identificadas como [N. do T.]. Confiou-se o presente escrito ao amigo Arthur Barreto de Almeida Costa (Doutorando em Teoria e História do Direito pela Università Degli Studi di Firenze), a quem gratulo, para além da mansidão amistosa, a gentil, atenta e precisa revisão técnica da presente tradução. A propósito do exemplar original utilizado na presente tradução, pertinente e esclarecedora a “dedicatória” de próprio punho aposta na folha de rosto em que se lê “All’Ill. Prof. G. Salvioli, omaggio, 27.II.98”. Trata-se, portanto, de exemplar com que fora presenteado o jurista e Professor Giuseppe Salvioli (Modena, 13/09/1857 – Napoli, 24/11/1928) o qual, graduado em sua cidade natal aos 1878, vence o concurso, em 1884, para Professor Ordinário de Storia del diritto na Università di Palermo, universidade em que se graduaria logo depois Santi Romano. A influência ou reflexo de Salvioli nos textos iniciais de Santi Romano e, especialmente, no presente texto em que o autor se dedica a refutar Jellinek, se evidencia sobretudo se se considerar o discurso inaugural, lido aos 20 de dezembro 1884, intitulado “O método histórico no estudo do direito civil italiano” e que, nos precisos termos da Enciclopédia Treccani: “foi marcado pela polémica com a escola histórica tedesca e os seus epígonos italianos, pela abordagem historicista e pela consciência social de uma cultura jurídica empenhada em liberar-se das próprias mitologias referenciais e a provocar a evolução de uma normativa contrastante com as novas exigências econômicas e sociais”. Vide Giuseppe Salvioli, *Il Metodo Storico Nello Studio Del Diritto Civile Italiano: Prolusione Letta Il 20 Dicembre 1884* (Palermo: Virzi, 1885); Istituto Treccani, “Enciclopedia Treccani Online,” n.d., <http://www.treccani.it/>.

Até mesmo nesta breve monografia o Jellinek dá provas do seu engenho aguçado e sutil, expondo-nos, de forma elegante e sugestiva, os resultados de algumas de suas geniais investigações que, por sua importância e originalidade, merecem não apenas que nelas nos detenhamos com amor, mas que as analisemos, simultaneamente, com a máxima prudência.

Ele se lastima que, com demasiada frequência, seja negligenciado o princípio segundo o qual as verdades e as categorias lógicas fundamentais das ciências do Estado, como de quaisquer outras ciências, devam ser extraídas do mundo real e que, por consequência, não poucos fenômenos da vida estatal contemporânea — que não se deixam capturar em velhas fórmulas pré-estabelecidas — habitualmente sejam ou menoscabados por completo ou são estudados a partir de uma perspectiva determinada *a priori* e, portanto, assaz errônea.

Ele se propõe, então, a demonstrar a existência de alguns, digamos assim, institutos, ou melhor, algumas formas políticas que, justamente em decorrência do equívoco metodológico ao qual se acenou, teriam sido até o tempo presente inadvertidas ou incompreendidas.

Tais institutos, considerados em um sistema de direito público geral, constituiriam os pontos intermediários ou de passagem entre o Estado e a circunscrição administrativa na medida em que não caracterizariam Estados e nem tampouco partes integrantes de um Estado, como seriam ao contrário o *Comune* e a *Província, katexochen*.

De um lado, de fato, eles possuiriam sempre alguns (todos eles jamais) dos três elementos dos quais todo Estado se compõe, quer dizer: um território próprio, os próprios habitantes e uma sua própria supremacia. De outro lado, considerando que tal território ou que os respectivos habitantes ou, ainda, que a supremacia correspondente não pertenceriam simultaneamente aos Estados aos quais os institutos são coordenados ou subordinados, não teríamos sequer autênticas circunscrições ou corpos autárquicos.

Ter-se-iam, antes, os *Staatsfragmente*⁴ aos quais propõe Jellinek o nome técnico de *Land*⁵. Comprovariam tal assunção os numerosos exemplos retirados dos ordenamentos de muitos Estados.

Assim, sempre segundo Jellinek, os países submetidos à proteção alemã (*die deutschen Schutzgebiete*) têm um território próprio e habitantes próprios os quais, conforme o artigo 1 da Constituição Imperial, não se caracterizam como território e súditos tedescos, mas também

⁴ [N. do T.] Mantém-se, qual o autor, a grafia original justamente por se tratar do objeto do presente escrito. A versão correspondente, porém, seria algo similar a “Fragmentos de Estado” ou, qual a versão italiana utilizada por Santi Romano ao final do texto, ali mantida, “*frazione di Stato*”: “fração de Estado”. Atenta-se ainda para a variação, utilizada por Romano e mantida aqui, quanto ao próprio termo *Staatsfragmente*; *Staatsfragment*.

⁵ [N. do T.] *Land*, por sua vez, teria a grafia alemã equivalente a “campo, terra” com as variações daí decorrentes, como *unbebautes Land* (terras não desenvolvidas/não construídas e, a depender do contexto, associadas mesmo à sesmaria), *Gelobtes Land* (Terra prometida) — ou o não menos esclarecedor *Das unbebaute Gebiet* (“sertão”) *des Nordens/ des Nordost* —; numa sua acepção mais próxima, *das Land* enquanto país ou nação.

Com a prudência que o termo requer, e para não se incorrer justamente no erro apontado por Santi Romano neste texto, salutar socorrer-se da nota explicativa aposta no tópico “*descentralización por regiones* (‘*Länder*’)” pelo tradutor Fernando de Los Ríos: “*Traduzco la palabra alemana Land por región, como la más aproximada, pues este vocablo tiene un sentido jurídico y político manifiesto, em tanto que país o tierra nada dicen em este sentido para nosotros*”. Cfr. Georg Jellinek, *Teoria General Del Estado*, trad. y pr (México: FCE, 2000), p. 570.

não possuem uma supremacia própria — por limitada que o seja — uma vez que estão inteiramente sujeitos ao Império⁶.

Não constituem *per se*, portanto, verdadeiros Estados; mas tampouco podem ser considerados como partes integrantes do Império alemão: «*sie gehören dem Reiche, aber nicht zum Reiche*»⁷, constituem então «*Staatsfragmente*» ou «*Länder*».

⁶ [N. do T.] O artigo 1º da Bismarck-Verfassung (1871) pontua, inicialmente, tão somente a composição do *Bundesgebiet* (o território federado) como constituído pelo Estado “*Preußen*” (Prússia) e os demais que, nos termos precedentes, constituiriam então o Império Alemão, *Deutsches Reich*, nestes termos: “*Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen und wird nachstehende Verfassung haben*”. O artigo 2, na verdade, é que nos auxilia de forma esclarecedora ao definir, além de aspectos formais de validade/vigência normativa, a aplicação da lei do Reich (o que Santi Romano acabará por definir como supremacia) no território federal. Nesse sentido, preceitua a *Bismarck-Verfassung* que o Império exerce o poder legislativo em toda a extensão do território federal e que, portanto, dentro do território federal (*Bundesgebiet*) as leis do Reich se lhes aplicarão nos termos da Constituição Bismarckiana, de forma a preceder eventuais leis destes mesmos *Länder*. Disso decorre a necessidade de publicação no Diário Oficial (*Reichsgesetzblattes*) para que a força vinculante das Leis do Reich tenha início, seja a partir do décimo quarto dia da publicação, seja em data específica apontada na própria lei. Nestes termos, o original dos artigos respectivos: “I. *Bundesgebiet* - Art. 1. Das *Bundesgebiet* besteht aus den Staaten Preußen mit Lauenburg, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Koburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck, Reuß älterer Linie, Reuß jüngerer Linie, Schaumburg-Lippe, Lippe, Lübeck, Bremen und Hamburg.”; “II. *Reichsgesetzgebung* - Art. 2. Innerhalb dieses *Bundesgebietes* übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen, welche mittelst eines Reichsgesetzblattes geschieht. Sofern nicht in dem publizierten Gesetze ein anderer Anfangstermin seiner verbindlichen Kraft bestimmt ist, beginnt die letztere mit dem vierzehnten Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist.”. *Deutsches Reiches, “Verfassungs-Urkunde Für Das Deutsche Reich - Bismarck-Verfassung (1871),” 1871, <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/verfassungsdokumente-von-der-magna-carta-bis-ins-20-jahrhundert/bismarck-verfassung-1871/>.*

⁷ [N. do T.] O vocábulo “*Rich*”, transcrito por Santi Romano, corresponde, na verdade, ao termo “*Reich*”. Apesar de tal supressão, a clareza da passagem permite uma tradução livre no sentido de “*Pertencem [os Schutzgebietes - protetorados/colônias] ao Reich, mas não são Reich*”. Elucidativo, embora extensivo, o transcrever do tópico IV do original, de Jellinek, em que referido trecho é extraído, seja pela clarear a ideia pontual da transcrição, seja, ainda, como clarear das críticas Romanianas. Nesse sentido, numa tradução assaz livre, pontua Jellinek: “Os protetorados alemães estão sujeitos à regra do Reich alemão, mas não fazem parte do território do Reich, cuja extensão está firmemente circunscrita no Artigo I da Constituição do Reich e nas leis do Reich que ordenam a incorporação da Alsácia-Lorena e da Heligolândia ao Reich. Pertencem ao Reich, mas não são Reich. Os protetorados são, por conseguinte, em princípio, ‘países’ estrangeiros para o Reich, no sentido do direito constitucional: uma proposta da qual decorrem consequências importantes e de grande alcance ao abrigo do direito constitucional em si. Assim, por exemplo, o ataque de uma potência estrangeira ao protetorado alemão não significa um ataque ao território do Reich ou aos seus soberanos, no sentido do artigo II da Constituição Imperial, pelo que o Imperador alemão não está autorizado a declarar guerra em tal caso sem o consentimento do *Bundesrat*. Os ‘membros/cidadãos’ [*Angehörigen*] dos protetorados não são ‘membros/cidadãos’ do Reich alemão. A tais membros pode ser concedida a cidadania imperial alemã, mas um ato administrativo estritamente individualizado do Chanceler Imperial é sempre necessário para este fim. O nativo não-naturalizado ou qualquer outro membro de um protetorado é e permanece, para todos os efeitos, a ser um estrangeiro para o Reich”. Obviamente que, atento aos termos e à crítica Romaniana, reforça-se o vocábulo “*protetorados*” – os *Länder* – e mesmo para os “*habitantes*”, cuja tradução acima se deu por “*membros*”, ainda que referindo-se à *Angehörigen*. Transcreve-se, por fim, o original: “*Die deutschen Schutzgebiete sind der Herrschaft des deutschen Reiches unterworfen, allein sie bilden keinen Bestandteil des Reichsgebietes, dessen Umfang im Artikel I der Reichsverfassung und in den die Einverleibung von Elsass-Lothringen und Helgoland ins Reich anordnenden Reichsgesetzen fest umschrieben ist. Sie gehören dem Reiche, aber nicht zum Reiche. Die Schutzgebiete sind daher*

Sem aprofundarmo-nos, como é natural, na análise perigosíssima de instituições estrangeiras tão dissimilares das nossas instituições e sobre cuja posição jurídica existe uma bulhosa disputa mesmo entre os alemães⁸, salutar, no entanto, apontar a grave contradição lógica em que, segundo nos parece, incorre Jellinek.

E antes de mais nada se nos parece que, quando se fala dos habitantes de um Estado enquanto um dos três elementos dos quais esse se compõe, à palavra «habitantes» não se lha pode e sequer se lha deve atribuir, do ponto de vista do direito público, outro significado senão o equivalente ao de «súditos»; jamais se lha deve atribuir a qualquer agrupamento ou amontoado de pessoas.

Em tal caso, «habitantes», «súditos», «cidadãos», devem ser consideradas expressões sinônimas e das quais se possa usar promiscuamente; caso contrário, não se nos parece que elas possam ser consideradas como um dos elementos característicos e exclusivos do Estado.

Em outros termos, tal elemento, segundo cremos, outro não é senão aquele da soberania considerada a partir do seu lado oposto, ou seja, do ponto de vista daqueles que obedecem, e não dos que comandam.

Aliás, a rigor, não haveria sequer a necessidade de se evidenciar esse lado oposto do conceito único que nos basta, cremos, para caracterizar o Estado: aquele da soberania limitada territorialmente, na medida em que é de todo evidente que qualquer que seja a soberania, ela não pode, por definição, incidir senão sobre pessoas⁹.

Juridicamente, o que se deve estabelecer é a relação de supremacia ou de sujeição e os seus limites: o que daí sobejar poderá interessar a uma teoria sociológica ou filosófica do Estado, mas não pode implicar consequências para o campo do direito público.

Isso pressuposto e pretendendo atribuir ao raciocínio com o qual Jellinek determina os elementos do Estado o sentido sem o qual, se nos parece, o raciocínio mesmo desmoronaria, como é natural, com toda a teoria que por sobre tal sentido se edifica, emerge evidente o erro que se esconde por detrás de uma sedutora oposição de termos lógicos.

Em essência, se se generaliza a questão despojando-a daquilo que há de contingente a este ou àquele instituto específico, Jellinek acaba, embora tenha o cuidado de não o dizer expressamente, por admitir que um ente qualquer desprovido do poder de supremacia pode

für das Reich grundsätzlich Ausland im staatsrechtlichen Sinne (G. Meyer, 1888, S. 88), ein Satz, aus dem weitgehende und wichtige staatsrechtliche Konsequenzen folgen. So bedeutet z. B. der Angriff einer fremden Macht auf deutsches Schutzgebiet keinen Angriff auf das Reichsgebiet oder dessen Küsten im Sinne des Art. II der Reichsverfassung, daher der deutsche Kaiser nicht befugt ist, in solchem Falle ohne Zustimmung des Bundesrates Krieg zu erklären. Die Angehörigen der Schutzgebiete sind nicht Angehörige des deutschen Reiches. Es kann solchen Angehörigen zwar die deutsche Reichsangehörigkeit verliehen werden, stets ist aber hiezu ein streng individualisierter Verwaltungsakt des Reichskanzlers notwendig. Der nicht naturalisierte Eingeborene oder sonstige Angehörige eines Schutzgebietes ist und bleibt Reichsausländer“ Georg Jellinek, Ueber Staatsfragmente (Heidelberg: Gustav Koester, 1896), 17–18.

⁸ Veja-se a monografia de G. Meyer, *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*; (Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. I (3ª ed.) etc.

⁹ [N. do T.] Embora possa parecer óbvia, sublinha-se, destacando-a, a mudança paradigmática que decorre seja da teorização da *Reflexrecht*, dos alemães, seja da crítica “*subjektiva*” aí implícita. Santi Romano, por certo, critica, com sutileza, os tedescos defensores dessa posição. Veja-se, nesse sentido, especialmente Carl Friedrich von Gerber, *Grundzüge Des Deutschen Staatsrechts* (Leipzig: Tauchnitz, 1880).

ter os seus próprios súditos ou, ainda pior, que há pessoas as quais não são súditas de Estado algum.

Ora, a nós isto não se nos parece logicamente concebível, «*per la contradizion che nol consente*»¹⁰.

À sujeição deve necessariamente corresponder a soberania, seja completa, seja incompleta, além de que não se pode ser súdito senão em relação a quem detém a soberania. Daí a consequência de que se os países dos quais Jellinek se recorda e que seriam, para além daqueles lugares sujeitos à proteção alemã, também o Eslovênia-Holsácia, a Bósnia e a Herzegovina, possuem um território e habitantes ou súditos que se podem dizer *próprios*, isto quer dizer que eles possuem também uma soberania, ainda que limitada, e são, portanto, verdadeiros Estados que possuem todos os três elementos para o tanto necessário.

Se, de outra forma, admite-se que eles uma supremacia ou personalidade política não possuem, deve-se reciprocamente admitir que não possuem um território e nem tampouco habitantes ou súditos *próprios*; são, por consequência, partes integrantes do Império Alemão, da Dinamarca, da Áustria.

Se, por um lado, deve-se ser prudente antes de negar a qualidade de Estado a todos os entes políticos que se encontram sujeitos a relações de subordinação com qualquer potestade superior, como, contrariando a realidade por patológico amor à lógica, fizera Haenel¹¹ para os distintos Estados alemães; de outro lado deve-se ter o tino para não atribuir não apenas a natureza, mas quaisquer dos elementos dos quais um Estado é composto a instituições cuja figura jurídica — cuja constituição — deva ser procurada em outro lugar.

A nós se nos parece, conforme acenamos, que os três elementos do Estado devam sempre e necessariamente encontrar-se unidos e que, então, lá onde qualquer deles falte, possa-se com segurança inferir a ausência dos dois restantes. Fizemos, há pouco, uma alusão acerca da relação indissolúvel que existe entre os habitantes e a soberania: o mesmo se nos parece que possa ser afirmado acerca do território.

Do ponto de vista do direito público, «território» não indica tão somente uma extensão qualquer de terra, mas implica uma extensão de terra sobre a qual se impera e sobre a qual

¹⁰ [N. do T.] Numa sua tradução literal, ter-se-ia “pela contradição que não consente”; tal expressão, porém, é traduzida num italiano mais contemporâneo como “*perché è una contraddizione in termini*”, ou seja: “porque se trata de uma contradição em termos”.

A sutileza crítica aparente, porém, ultrapassa determinadas camadas que passariam despercebidas numa leitura rápida e desatenta. O trecho utilizado por Santi Romano para criticar Jellinek faz uma sutil alusão, a bem da verdade, ao canto XXVII de Dante, em seu Inferno. Supera-se, assim, para muito além da mera “contradição em termos” para apontar mesmo o comprometimento de toda a alma, de toda a existência mesma de Jellinek, senão, salutar transcrever uma maior extensão da passagem pontuada numa sua tradução livre:

“Assim que morri, então, São Francisco veio tirar-me a alma; mas um diabo [querubim negro] disse-lhe: ‘Não a tires: não me interpretes mal. Ele deve descer entre os meus condenados, pois deu os conselhos fraudulentos para os quais, desde então até agora, tenho andado atrás dele. Pois quem não se arrepende não pode ser absolvido, e não é possível arrepender-se e querer pecar ao mesmo tempo, porque é uma contradição que não consente’”.

No original: “*Francesco venne ad me com’io fu’ morto, per me ma un de neri cherubini gli dixè nol portar non mi far torto. Venir sen de qua giu tra noi meschini perché diede el consiglio frodolente, dal quale in qua stato gli fono acrin. Chassolver non si puo chi non si pente, ne penter et volere insieme puossi per la contradiction che nol consente*”. Cfr. Dante Alighieri, *La Divina Commedia*, Col commento di Christophoro Landino Fiorenti. (Firenze: Firenze, 1481), v. Inferno, XXVII.

¹¹ Albert Haenel, *Deutsches Staatsrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1892), p. 802.

vivem os súditos. Se tal não o é, não há que se falar, pois, em território — em uma sua acepção técnica do termo — quando se se referir a um Estado.

Assim sendo, nós compreenderíamos até certo ponto a existência de um ente que tivesse soberania, súditos e território, embora não fosse um Estado, pela natureza mesma do poder soberano que ele, o ente, exerceria. Seriam de tal natureza os corpos autárquicos territoriais, cuja supremacia por eles exercida sobre as pessoas que lhes constituem deve sempre ser considerada, como tentamos demonstrar alhures¹², não como originária, mas como uma supremacia delegada pelo Estado — se é que a expressão é apropriada.

Mas não saberíamos compreender, salutar repeti-lo, a existência de um dos três elementos sem que, diante da ausência dos outros dois, tenha-se um Estado, uma vez que, segundo cremos, para muito além de singelos três elementos no sentido puro do termo, trata-se, no nosso caso, de três facetas de um mesmo durâmen: a soberania, considerada a partir da perspectiva das pessoas e do lugar sobre os quais ela se exerce, faz emergir respectivamente as ideias de sujeição — súdito — e de território.

Considerando, portanto, que nos países utilizados como exemplos por Jellinek, manifeste-se, por exclusão de todas as demais, a supremacia da Alemanha, da Dinamarca ou da Áustria, isto significa que se trata de países cujo território e cujos habitantes são, respectivamente, alemães, dinamarqueses e austríacos.

É perfeitamente possível que os súditos que neles residam encontrem-se em condições de inferioridade em relação aos demais súditos do Estado, que não gozem de direitos políticos, que lhes sejam impostos deveres mais gravosos e em maior quantidade, o que, porém, não é suficiente para impedir que se lhes considere sempre enquanto súditos daquele Estado, sob cuja supremacia encontre-se o território em que vivam.

Em tais casos, o que temos são partes inteiras de um Estado submetidas à um regime especial, cidadãos cujo *status*, para utilizarmos uma expressão repetida algumas vezes por Jellinek, difere do *status* dos demais cidadãos, o que não implica, porém, não estarmos ainda no Estado.

Dispomos de um exemplo na Itália. Aplicando esse seu raciocínio, Jellinek não titubearia em qualificá-la, a nossa Colônia Eritréia, como um «*Staatsfragment*» distinto do Estado Italiano: ele teria encontrado, para além de órgãos próprios — como logo mais veremos — um território próprio assim como os respectivos súditos ou habitantes próprios: não obstante a soberania que ali se lhes impere seja a italiana.

E eis que nada mais se nos apresentaria tão ilusório e contrário à verdade, na medida em que, apesar da diversidade de leis às quais estão sujeitos, o território e os habitantes da Eritréia devem considerar-se enquanto italianos sem que, para tanto, quaisquer atribuições

¹² Cfr. a nossa *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, cap. VI, n. 8 (p.99 dell'estr.) no *Trattato di diritto amministrativo italiano*, do Orlando, vol. I; e o nosso *Decentramento amministrativo*, na *Enciclopedia giuridica italiana* n. 39 e segg., especialmente o n.º. 42.

[N. do T.] notas respectivas Santi Romano, “Teoria Dei Diritti Pubblici Subbiettivi,” in *Trattato Di Diritto Amministrativo Italiano* (Milano: Società editrice libraria, 1897); Santi Romano, “Decentramento Amministrativo,” in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1897.; Ressalte-se que a Teoria dos direitos públicos subjetivos é o título do trabalho de conclusão de curso de Santi Romano, a *tesi di laurea*, Santi Romano, *La Teoria Dei Diritti Pubblici Subbiettivi: Nozione Sistematiche*, 1st ed. (Milano: Società editrice libraria, 1897).

repercutam naquele artigo, por exemplo, do *Statuto*, segundo o qual “*tutti i regnicoli sono uguali dinanzi la legge*” e “*tutti godono egualmente i diritti civili e politici*”¹³ (art. 24)¹⁴.

A posição jurídica da nossa Colônia é (desculpamo-nos não podermos insistir neste elegante argumento), assim cremos, aquela de um território anexo à Itália no qual, porém, não tenham sido promulgadas as leis gerais italianas: posição idêntica àquela em que se encontraram transitoriamente, por exemplo, o Veneto e a província de Roma, antes que à anexação respectiva se seguisse a promulgação do *Statuto* e de leis outras. Ou seja, como não se poderia duvidar destas províncias, não se pode agora duvidar da Colônia e de sua importância para o Estado Italiano.

A transitoriedade do atual ordenamento da nossa Colônia foi perspicazmente evidenciada por Brusa, o único dentre os nossos juspublicistas que se ocupou, do ponto de vista do

¹³ Como, segundo sustenta Jellinek, nos países sujeitos à proteção tedesca o único poder soberano seria aquele do Império, o artigo 1º da Constituição Imperial — com base no qual se busca demonstrar que os respectivos territórios [protegidos] não são considerados território tedesco —, não diferiria consideravelmente do artigo 24 do nosso *Statuto*, para os que quiserem sustentar a mesma opinião em relação à Colônia Eritréia.

¹⁴ [N. do T.] O termo “*regnicoli*”, versado no plural, teria um seu correspondente português/espanhol equivalente, *regnicola*. Dada, porém, a sutileza da adoção de um termo com substanciais divergências para o direito público, como o “habitante”, “cidadão” “nato” etc., cuja análise integra a própria estrutura textual, faz-se alusão — e não a outro — à compreensão do “*silvícola*”, no sentido de estar integrado à ou ter nascido, ser original de; é o sentido que se crê, sobretudo se considerado também o Art. 3 da *Bismarck-Verfassung* em que se utiliza o termo “Indigenato”. Elucidativo, quanto à etimologia, o que esclarece a Enciclopédia Treccani “*regnicolo*. Adjetivo e substantivo masculino. Do tardo latim *regnicōla* – *regnum* (reino) e *colēre* (habitar), do que derivaria “o nascido ou habitando um reino, no território de um reino; cidadão de um reino; referia-se antigamente especialmente ao Reino de Napoli, sendo estendido posteriormente ao Regno d’Italia”.

Do que corresponderia, pressupostos os esclarecimentos, “*todos os regnicola são iguais perante a lei*” E “*todos gozam de iguais direitos civis e políticos*”. O Artigo 24 “*Stauto Del Regno Di Sardegna*” (1848), http://www.dircost.unito.it/cs/cs_index.shtml, ao tratar dos direitos e dos deveres dos cidadãos, apõe em sua integralidade: “*24. Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi.*”. De modo mais peculiar, o art. 3 da *Bismarck-Verfassung* apõe a existência, para toda a extensão territorial federal, de um Indigenato comum, do que decorreria como efeito a atribuição a quem o integre, na condição de súdito “*Unterthan*” ou na de cidadão “*Staatsbürger*”, da faculdade de se comportarem em qualquer dos demais estados enquanto tal, ou seja, como os “habitantes” deste mesmo estado. Logo, poderiam fixar domicílio, atuar numa profissão ou no emprego público, adquirir imóveis, obter os direitos de cidadão, ser investido dos demais direitos análogos, nas mesmas condições dos membros daquele Estado. E conclui-se afirmando que “O exercício destas diferentes faculdades, ajustadas a todos os alemães, não pode ser restringido nem pelos poderes públicos do Estado ao qual pertence, nem por aqueles de outro Estado federal. No original: “*Art. 3 Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist. Kein Deutscher darf in der Ausübung dieser Befugniß durch die Obrigkeit seiner Heimath, oder durch die Obrigkeit eines anderen Bundesstaates beschränkt werden. Diejenigen Bestimmungen, welche die Armenversorgung und die Aufnahme in den lokalen Gemeindeverband betreffen, werden durch den im ersten Absatz ausgesprochenen Grundsatz nicht berührt. Ebenso bleiben bis auf Weiteres die Verträge in Kraft, welche zwischen den einzelnen Bundesstaaten in Beziehung auf die Übernahme von Auszuweisenden, die Verpflegung erkrankter und die Beerdigung verstorbener Staatsangehörigen bestehen. Hinsichtlich der Erfüllung der Militairpflicht im Verhältniß zu dem Heimathslande wird im Wege der Reichsgesetzgebung das Nöthige geordnet werden. Dem Auslande gegenüber haben alle Deutschen gleichmäßig Anspruch auf den Schutz des Reichs*”. Cfr. Deutschen Reiches, “*Verfassungs-Urkunde Für Das Deutsche Reich - Bismarck-Verfassung (1871).*”

direito, da Eritrêa¹⁵. O fato de tratar-se de uma provisoriedade (se nos perdoe a aparente contradição em termos) destinada a perpetuar-se, uma vez que não seria sequer cogitável a obliteração das causas que a motivaram, carece de importância.

Diferenças raciais, civilizacionais, costumeiras, deram lugar a um ordenamento especial e necessariamente diverso daquele ao qual estão sujeitas as outras partes do território italiano. É este um fenômeno que se verifica em todas as colônias, não obstante o ideal — decerto inatingível, mas que, no entanto, se evidencia como tendência, uma direção, um método, o que quer que se lhe chame — de avizinhar-se do ordenamento institucional geral da mãe-pátria.

Tudo isso, porém, repetimo-lo, não é certamente apreciável a partir de uma perspectiva jurídica, além de que não diminui o fato de tratar-se, a Eritrêa, de parte integrante do território; aliás, de integrar o Estado italiano.

Após o esforço em tentar demonstrar a existência dos «*Staatsfragmente*», possuidores de próprios territórios e de habitantes próprios, muito embora desnudados da personalidade jurídica, Jellinek responde afirmativamente à pergunta acerca da possibilidade de existência dos, digamos assim, corpos políticos guarnecidos dos *próprios órgãos estatais* e que, ainda assim, não sejam considerados Estados.

Como ora se vê, o conceito de Jellinek é de tal forma nebuloso e abstrato que se dissipa diante do mais lânguido suspiro, e acaba por se resolver, de qualquer forma, em um sofisticado desatino.

Se se devem considerar os órgãos estatais enquanto, segundo ele próprio, “aqueles indivíduos ou aquelas circunscrições cuja vontade é chamada, nos limites das competências definidas pelas leis, a produzir de forma imediata a vontade do Estado ou a tomar parte no processo de formação ou de execução dessa vontade”¹⁶, é inconcebível então como se possa admitir um “*Staatsorgan*” que componha ou execute a vontade Estatal de um Estado ao qual não pertença!

¹⁵ Cf. BRUSA, Emilio. Emilio Brusa, <i>Das Staatsrecht Des Königreichs Italien</i> (Freiburg: J.C.B. Mohr, 1892). Emilio Brusa, <i>Das Staatsrecht Des Königreichs Italien</i> (Freiburg: J.C.B. Mohr, 1892). Emilio Brusa, <i>Das Staatsrecht Des Königreichs Italien</i> (Freiburg: J.C.B. Mohr, 1892). Emilio Brusa, <i>Das Staatsrecht Des Königreichs Italien</i> (Freiburg: J.C.B. Mohr, 1892). *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*. Freiburg: J.C.B. Mohr, 1892.

¹⁶ Jellinek, *Ueber Staatsfragmente*, 21. [N. do T.] Santi Romano utiliza a versão já italianizada em seus escritos. Após o trecho citado, Jellinek menciona que cada Estado disporia dos seus próprios órgãos, que pertencem apenas a ele próprio, mas que também poderiam se socorrer/recorrer aos órgãos de outras entidades/instituições para exercer a sua atividade; adquiririam, assim, um duplo caráter, pois atuariam enquanto órgãos da entidade/instituição e também do Estado. Exemplo primeiro e excelente de tal caráter seriam os órgãos comunais/municipais que exerceriam os assuntos do Estado dentro de uma esfera designada. Transcreve-se, pois, o parágrafo original tedesco: “*Zuvörderst sei der Begriff des Staatsorgans festgestellt. Unter Staatsorganen sind jene Individuen oder Kollegien zu verstehen, deren Wille berufen ist, innerhalb der gesetzlichen Kompetenzen unmittelbar staatlichen Willen zu erzeugen oder an dem Prozess der Bildung und Vollziehung staatlichen Willens teilzunehmen. Jeder Staat hat eigene, nur ihm zugehörige Organe, er kann aber auch die Organe anderer Verbände zu seiner Thatigkeit heranziehen, die dadurch den Doppelcharakter als Verbands und Staatsorgane empfangen. Ein hervorragendes Beispiel hiefur bieten die Organe der Gemeinden, die im aufgetragenen Wirkungskreise Staatsgeschäfte vollziehen.*”

Jellinek acredita que acabe por confirmar a sua opinião ao tolher os exemplos das colônias inglesas, como Canadá e Austrália, além dos exemplos como a Islândia, a Áustria, Alsácia-Lorena, do Grão-ducado Saxe-Coburgo e Gota¹⁷.

Sem segui-lo nestes seus aprofundados estudos de legislação comparada, a nós nos basta evidenciar tão somente o equívoco fundamental sobre o qual se ampara o seu raciocínio: no geral, para que um funcionário possa considerar-se órgão de um corpo político, não lhe basta ser eleito pelos membros que o compõe e nem tampouco limitar-se à atender aos interesses específicos e às necessidades deste mesmo corpo político; se assim o fosse, deveríamos considerar, por exemplo, que os conselheiros comunais eleitos pelas frações de um *Comune* sejam órgãos exatamente destas frações, quando na verdade não restam dúvidas, da perspectiva do direito, de que esses eleitos representam a totalidade do *Comune*, jamais a fração que sequer constitui personalidade pública.

Nem sequer concorre para invalidar a atribuição de órgão geral, e então conferir aquela de órgão local, o fato de participarem da conformação das leis, num sentido estrito, a serem aplicadas numa parte específica do território, justamente os funcionários designados entre os habitantes desta parte específica do território.

De resto, a doutrina de Jellinek resulta de todo viciosa mesmo diante do seguinte dilema: as colônias e os países por ele arregimentados possuem ou não possuem uma personalidade pública?

Na primeira hipótese, eles constituem verdadeiros Estados se as suas personalidades se resolverem em uma única soberania, ainda que limitada por uma potestade superior; ou constituem então entes autárquicos se repetirem o exercício imediato do poder soberano do Estado ao qual pertençam.

Se, diferentemente, carecem de qualquer personalidade, resta claro portanto – ao menos segundo cremos –, que se nos é impossível sequer falar que possuam seus órgãos próprios e que, por conseguinte, formarão simplesmente as regiões, as províncias, as circunscrições e, de qualquer forma, meras divisões territoriais internas de um Estado.

Gostaríamos de insistir um pouco mais e retornar a um argumento mencionado há pouco, cuja presença representa uma considerável analogia com o nosso exemplo.

Poder-se-ia invocar, a favor da doutrina das frações do Estado, a doutrina das frações do *Comune*. De certa forma ter-se-ia, para além de uma identidade de expressões, uma identidade de conceitos. Estupefaz-nos, antes, como a afiada astúcia de Jellinek não tenha se socorrido desta analogia, da qual inclusive poderia ter-se regozijado não parcamente.

Antes de mais nada, observamos que as frações do Estado poderiam ser confrontadas tão somente com as frações do *Comune* desprovidas de qualquer personalidade, uma vez que

¹⁷ [N. do T.] Jellinek dedica, de fato, todo o tópico V - “*Staatsfragmente mit eigenen Organen*” para, em catorze páginas, pontuar todos os exemplos mencionados. Em que pese a extensão e a quantidade de exemplos, clareador o que apõe acerca das colônias inglesas que “teriam recebido as suas próprias constituições pelo Parlamento Britânico e que dispunham, ainda, de seus próprios parlamentos, gabinetes, cortes, tropas militares e frotas, que possuiriam, portanto, um caráter ‘corporativo’”. Senão, vide: “1) *Ein Teil der britischen Kolonien, namentlich Kanada, Kapland und die Kolonien in Australien, sind vom britischen Parlament mit eigenen Verfassungen versehen worden. Sie haben ihre eigenen Parlamente und ihre nur diesen verantwortlichen Kabinette, ihre eigenen Gerichtshöfe, ihre eigenen Truppen und ihre eigenen Kriegsflotten. Diese Parlamente sind nicht Organe des britischen Reiches, sondern Organe der betreffenden, korporativen Charakter besitzenden Kolonie.*”. Jellinek, 21–22.

aquelas frações consideradas autônomas devem ser consideradas — e eis o que lhes constitui senão a sua própria essência — como pessoas jurídicas privadas, por um lado, e, por outro lado, devem ser consideradas enquanto circunscrições integrantes de uma circunscrição maior: o *Comune*. Ao *Comune*, de fato, elas são unidas tão somente em relação à personalidade pública.

Como se vê, nesse caso, deparamo-nos com relações jurídicas assaz diversas daquelas utilizadas como fundamento teórico por Jellinek e o seu «*Staatsfragment*», o qual, aliás, restaria aproximado analogamente à fração comunal não autônoma. Se Jellinek a tivesse cogitado, a propósito, não titubearia em atribuir-lhe um território, habitantes e, no caso do aquinhoamento dos *consiglieri*¹⁸, lhe seriam atribuídos até mesmo órgãos *próprios*, como o afirmamos há pouco. E ainda assim restaria equivocado.

Em um nosso trabalho de publicação próxima, insistimos exatamente neste argumento: de que as frações não autônomas do *Comune* não se constituem enquanto institutos jurídicos, no sentido puro e estrito do termo. As noções concernentes a tais frações escapam, pois, ao campo do direito e se situam, antes, naquele da geografia: se existe ou não uma tal fração, verifica-o tão somente um exame de fato o qual não pode ser realizado pelo jurista. Ela pode plenamente produzir efeitos jurídicos, mas a sua existência independe efetivamente do direito — ainda quando sequer efeitos jurídicos quaisquer ela produza. Desculpamos, então, o legislador italiano, blasfemado por outros, por não ter-lhas atribuído uma definição¹⁹.

O mesmo se pode dizer acerca das Colônias: as suas noções são noções pertinentes à geografia política. Do ponto de vista do direito, elas não constituem senão partes do Estado submetidas a um regime especial. Chamá-las «*frações de Estado*», no sentido atribuído ao termo por Jellinek, é de todo errôneo porque tende a elevá-las à condição de instituto jurídico, com peculiares características próprias, aquilo que não o é; em sentido de todo contrário, despido de tal propósito, alterar-lhe o nome não lhe modificaria a essência jurídica em si, não importaria, pois, a um jurista, além de que se nos parece inútil porquanto se nos apresenta suficiente o nome de colônia.

Ei-las, as considerações gerais que acreditamos poder direcioná-las contra a nova doutrina do Jellinek. Poderíamos certamente aferrarmo-nos em muitos outros argumentos, tanto mais concretos, numa análise por demais minuciosa das instituições jurídicas utilizadas enquanto fundamento por Jellinek; poder-se-ia, além do mais, demonstrar que se trata sempre ou de verdadeiros Estados cuja soberania é assaz limitada ou de corpos autárquicos, ainda que *sui generis*, ou até mesmo de uma parte específica de qualquer Estado sujeito à um regime especial; de qualquer forma, o tipo conceitual do «*Staatsfragment*» carece de razão, como ao contrário o gostaria Jellinek, em fazê-lo “encontrar o seu lugar ao sol, sob o nome de *Land*, na teoria do Estado moderno”.

Concluindo tal qual o iniciamos, podemos afirmar, sem tartamudear, que o escrito sobre o qual ora nos detivemos é, certamente, o fruto de uma cognição perspicaz e elegante,

¹⁸ [N. do T.] No original: “e, nel caso di riparto dei consiglieri”, o que faz alusão à “*ripartizione dei seggi per il Consiglio Comunale*”, ou seja, a forma como são divididos/distribuídos os assentos dos conselheiros comunais. Optou-se, assim, pelo sentido implícito de aquinhoar.

¹⁹ [N. do T.] Santi Romano utiliza-se do mesmo pressuposto em ulteriores críticas; a propósito das quais se remete o leitor especificamente à p. 32 e ss. do “O Estado Moderno e a Sua Crise,” *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 122 (Julho 13, 2021): 13–44, <https://doi.org/10.9732/2021.V122.886>, ensaio vertido a partir do original italiano de 1909, cfr. Santi Romano, *Lo Stato Moderno e La Sua Crisi: Discorso per l'inaugurazione Dell'anno Accademico Nella R. Università Di Pisa.*, 1 ed. (Pisa: Tipografia Vannucchi, 1909).

sendo-lhe precisamente digna a atribuição de mais arrojado estudioso de direito público geral de que se pode orgulhar a Alemanha. Mas serve-nos concomitantemente a demonstrar, mais uma vez, o quanto perigosas são, no campo do direito, em gênero, e do direito público, em espécie, as etéreas perambulações de ressequidos hipercríticos.

REFERÊNCIAS

- ALIGHIERI, Dante. *La Divina Commedia*. Col commen. Firenze: Firenze, 1481.
- BRUSA, Emilio. *Das Staatsrecht Des Königreichs Italien*. Freiburg: J.C.B. Mohr, 1892.
- DEUTSCHEN REICHES. “Verfassungs-Urkunde Für Das Deutsche Reich - Bismarck-Verfassung (1871),” 1871. <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/lehrstuehle/dreier/verfassungsdokumente-von-der-magna-carta-bis-ins-20-jahrhundert/bismarck-verfassung-1871/>.
- GERBER, Carl Friedrich von. *Grundzüge Des Deutschen Staatsrechts*. Leipzig: Tauchnitz, 1880.
- HAENEL, Albert. *Deutsches Staatsrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1892.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Trad. y pr. México: FCE, 2000.
- . *Ueber Staatsfragmente*. Heidelberg: Gustav Koester, 1896.
- LABAND, Paul. *Das Staatsrecht Des Deutschen Reiches*. 3rd ed. Tübingen: H. Laupp’fchen Buchhandlung, 1880.
- MEYER, Georg. *Die Staatsrechtliche Stellung Der Deutschen Schutzgebiete*. 1st ed. Leipzig, 1888.
- ROMANO, Santi. “Decentramento Amministrativo.” In *Enciclopedia Giuridica Italiana*, 1897.
- . *La Teoria Dei Diritti Pubblici Subbietivi: Nozione Sistematiche*. 1st ed. Milano: Società editrice libraria, 1897.
- . *Lo Stato Moderno e La Sua Crisi: Discorso per l’inaugurazione Dell’anno Accademico Nella R. Università Di Pisa*. 1st ed. Pisa: Tipografia Vannucchi, 1909.
- . “Teoria Dei Diritti Pubblici Subbietivi.” In *Trattato Di Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Società editrice libraria, 1897.
- ROMANO, Santi; CAMPOS, F. P. L. de. “O Estado Moderno e a Sua Crise.” *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 122 (Julho 13, 2021): 13–44. <https://doi.org/10.9732/2021.V122.886>.
- STAUTO DEL REGNO DI SARDEGNA (1848). http://www.dircost.unito.it/cs/cs_index.shtml.



LA PEQUEÑA DICTADURA DE LA COVID-19 EN COLOMBIA: USO Y ABUSO DE NORMAS ORDINARIAS Y EXCEPCIONALES PARA ENFRENTAR LA PANDEMIA

THE SMALL COVID-19 DICTATORSHIP IN COLOMBIA: USE AND ABUSE OF ORDINARY AND EXCEPTIONAL REGULATIONS TO CONFRONT THE PANDEMIC

DAVID MENDIETA* | MARY LUZ TOBÓN TOBÓN**

RESUMEN

El uso y abuso del estado de sitio en Colombia fue una constante durante los siglos XIX y XX. Por ello, el constituyente de 1991 fue tan cuidadoso a la hora de regular los estados de excepción estableciendo un sistema de exigentes límites y controles. El objetivo de este escrito es evidenciar la manera en que se usaron poderes extraordinarios en Colombia para enfrentar situaciones ordinarias. Y ahora, de manera paradójica, se abusa de competencias ordinarias para enfrentar una situación extraordinaria, como lo es la pandemia ocasionada por la COVID-19. El Gobierno nacional y los gobiernos locales han enfrentado, durante varios meses, la mayor crisis social y económica por la que ha pasado el país con medidas concebidas para la normalidad, como lo es el Código de Policía. Lo anterior se convirtió en un estado de excepción de facto. Mediante una metodología descriptivo-analítica, se pudo demostrar que limitar derechos fundamentales con competencias de policía es una manera de eludir el control idóneo de constitucionalidad por parte del Gobierno nacional. Además, varios controles establecidos en la Constitución y en la ley no fueron eficaces durante esta crisis, lo que fracturó al Estado constitucional de derecho y nos llevó, por varios meses, a estar bajo la pequeña dictadura de la COVID-19.

Palabras clave: estados de excepción; estado de sitio; Estado constitucional de derecho; control de constitucionalidad; separación de poderes.

ABSTRACT

The use and abuse of the state of siege in Colombia was a constant during the 19th and 20th centuries. This is why the 1991 constituent was so careful in regulating states of emergency, establishing a system of demanding limits, limits and controls. The objective of this writing is to show how in Colombia extraordinary powers were used to face ordinary situations and now, paradoxically, ordinary powers are abused to face an extraordinary situation, such as the pandemic caused by the Covid-19 virus. The National Government and local governments for several months faced the greatest social and economic crisis the country has gone through with measures designed for normality such as the Police Code, which became a de facto state of exception. By means of a descriptive-analytical methodology, it was possible to demonstrate that limiting fundamental rights with police powers is a way to avoid the appropriate control of constitutionality by the National Government, and that several controls established in the Constitution and in the law were not effective during this crisis, which fractured the Constitutional State of Law and took us for several months to be under the small dictatorship of COVID-19.

Keywords: states of emergency; state of siege; constitutional rule of law; control of constitutionality; separation of powers.

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid.
Professor da Universidad de Medellín.
davidmendieta.gonzalez@hotmail.com

** Doutora em Direito Constitucional pela Universidad Complutense de Madrid.
Professora da Universidad Católica de Colombia.
maryltobon@gmail.com

Recebido em 18-5-2021 | Aprovado em 18-5-2021¹

¹ Artigo convidado. Publicação original: *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 19, n. 40 (2020), p. 243-258.



SUMÁRIO

**INTRODUCCIÓN; 1 NORMAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS;
2 LÍMITES Y CONTROLES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA;
3 NORMAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS;
4 CUANDO LOS CONTROLES FALLAN, SURGE LA DICTADURA; CONCLUSIONES; REFERENCIAS.**

■ INTRODUCCIÓN

El presente artículo es producto de un proyecto de investigación adscrito al Grupo de Investigación en Ciencias Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, seccional Bogotá, en asocio con el Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Una versión de este trabajo se encuentra publicada en el libro *O direito público em tempos pandêmicos*². Pero la presente edición ha sido ampliada, mejorada y actualizada.

El conflicto es una constante en la historia de Colombia. En el siglo XIX hubo nueve guerras civiles, pero el siglo XX no fue mejor. Enfrentamientos partidistas, el surgimiento de la guerrilla, el narcotráfico y el paramilitarismo convertirán al país en campo de batalla de fuerzas legales e ilegales que se enfrentaban por la hegemonía en un territorio que se destaca por sus agrestes montañas, frondosas selvas y caudalosos ríos. El país padeció un conflicto armado no declarado que continúa hoy³. En palabras de Hernando Valencia Villa⁴, los colombianos tuvimos primero Estado que nación.

Un Estado que no hizo presencia en muchos lugares del territorio nacional y este vacío fue ocupado por las elites regionales licitas e ilícitas. Durante mucho tiempo, el uso de la fuerza sin límites claros se convirtió en una estrategia del Estado para intentar llegar a los colombianos. En muchos lugares del país no había escuelas o centros de salud, pero sí patrullaba el ejercito colombiano. El estado de sitio fue usado en Colombia como un instrumento reiterativo para enfrentar situaciones que tenían su origen en problemas sociales.⁵

Mientras en la segunda parte del siglo XX proliferaban en América Latina las dictaduras, en nuestro país teníamos como gobernantes a civiles muy poderosos, amparados en el estado de sitio. Pero los poderes excepcionales no sirvieron para solucionar los problemas estructurales de la sociedad. Colombia tenía una enfermedad, pero esa no era la cura.

² MENDIETA, 2020, pp. 97-109.

³ VALDERRAMA, F; ORTIZ, M. *Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana*. Opinión Jurídica, 16(32), 2018, p. 245-266.

⁴ VALENCIA, H. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Fondo Editorial Cerec, 1997, p. 87.

⁵ El uso del derecho para la normalización de la guerra ha sido tratado por Michel Foucault en *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, 1995, p. 66.

1 NORMAS EXTRAORDINARIAS PARA SITUACIONES ORDINARIAS

El uso y abuso de la fuerza han hecho parte del devenir histórico del país y la excepción marcó a los colombianos durante gran parte de los siglos XIX y XX. La Constitución de 1886 establecía un solo estado de excepción, que era el estado de sitio⁶. Nuestro país fue gobernado durante largos periodos de tiempo con poderes excepcionales, así lo expresan García y Uprimny:

Desde el cierre del Congreso —en noviembre de 1949, durante el gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950)— hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente⁷.

La normalidad era la anormalidad, la excepción se hizo regla. En términos de Loewenstein, Colombia se convirtió en un permanente gobierno de crisis⁸.

A pesar de las muchas declaratorias de estado de sitio y amplios poderes con los que se facultó al Ejecutivo, los problemas sociales crecieron y mutaron. La desigualdad, la pobreza extrema y la falta de oportunidades fueron caldo de cultivo para fomentar la insurgencia y la criminalidad en diferentes formas. Los poderes extraordinarios se mostraron ineficaces para solucionar estos males y los colombianos se dieron cuenta de que la pobreza no se acaba por decreto, así tenga fuerza de ley.

Colombia es un buen ejemplo de cómo los poderes desmedidos no solucionan problemas sociales, mientras persistan las razones estructurales que los generaron. El conflicto no se solucionará con el simple uso de la fuerza. En este sentido, Mary Luz Tobón afirma:

no solo porque la fuerza destruye el derecho, sino también y sobre todo porque la declaratoria del estado de excepción es una estrategia de guerra controlada, y más que actuar como un instrumento para la paz, contribuye al detrimento de esta⁹.

Rara vez la ruptura del principio democrático le ha servido a un pueblo para salir de la pobreza y si esto llega a pasar, el precio al sacrificar los derechos y libertades fundamentales es tan alto, que ya no vale la pena.

Como ya se ha mencionado, durante los siglos XIX y XX y en vigencia de la Constitución de 1886, en Colombia se usaron poderes extraordinarios para enfrentar la cotidianidad. Por ello, el constituyente de 1991 se preocupó tanto por establecer diferentes límites y controles a los estados de excepción. La Corte Constitucional colombiana ha hecho efectivos estos

⁶ TOBÓN, M; MENDIETA, D. *Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano*. Opinión Jurídica, 16(31), 2017, p. 70.

⁷ GARCÍA, M; UPRIMNY, R. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia, 2005, p. 3.

⁸ “en algunos países del mundo, el gobierno de crisis se ha transformado más en la regla que en la excepción” (Loewenstein, K. *Teoría de la constitución*. Ariel, 1976, p. 283).

⁹ TOBÓN, M. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Grupo Editorial Ibañez, 2019, p. 428.

límites e, incluso, como se verá a continuación, podría decirse que los ha ampliado por vía jurisprudencial al establecer una exigente prueba de constitucionalidad para normas excepcionales.

2 LÍMITES Y CONTROLES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA

Frente a los excesos cometidos por agentes del Estado en vigencia de la Constitución de 1886, amparados por el estado de sitio, el constituyente de 1991 se preocupó mucho por regular los estados de excepción. Por ello, les establecieron múltiples límites y controles de diferente índole: temporales, materiales, políticos y jurídicos, entre otros¹⁰.

La Constitución de 1991 consagra tres estados de excepción a saber: estado de guerra exterior (art. 212), el estado de conmoción interior (art. 213) y el estado de emergencia por razones económicas, sociales, ecológicas o calamidad pública (art. 215), y el artículo 214 establece unos límites comunes a los estados de excepción. Además de la regulación constitucional, existe una Ley Estatutaria (que en Colombia hace parte del bloque de constitucionalidad) que reglamenta los estados de excepción: la Ley 137 de 1994 (en adelante LEEE). Es importante resaltar que “las facultades del presidente no pueden rebasar el núcleo esencial del derecho fundamental que se limita”¹¹.

La Corte Constitucional, interpretando el artículo 215 de la Constitución colombiana, ha establecido una serie de requisitos materiales y formales. Frente a estos últimos, ha dicho que deben:

(a) haber sido firmados por el presidente de la República y todos los ministros de su gabinete; (b) estar motivados; (c) establecer claramente su duración; (d) determinar con precisión su ámbito territorial de aplicación; (e) haber sido notificada su adopción a los organismos internacionales competentes; (f) estar reunido el Congreso, o en caso de no estarlo, habersele convocado para los diez días siguientes al vencimiento del estado de emergencia; y (g) haber sido remitido a la Corte Constitucional al día siguiente de su adopción para revisión automática de constitucionalidad¹².

Los requisitos materiales que debe cumplir el estado de emergencia social, económica y ecológica, son:

(a) cumplir con su presupuesto fáctico, es decir, debe responder a hechos sobrevinientes y extraordinarios que alteren el orden económico, social o ecológico y sean distintos a los que constituirían estados de guerra exterior o conmoción interior; el presupuesto fáctico se desagrega, a la vez, en tres

¹⁰ MIRA, C. M. *Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos*. Opinión Jurídica, 15(29), 2016, p. 143.

¹¹ Congreso de la República de Colombia. (1994, 3 de junio). Ley 137 de 1994. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. Diario Oficial No. 41.379. Art. 7.

¹² Corte Constitucional de Colombia. (2015, 28 de octubre). Sentencia C 670 (María Victoria Calle Correa, M. P.)

componentes: (i) el juicio de realidad de los hechos invocados, (ii) el juicio de identidad de dichos hechos como constitutivos de un estado de emergencia, y (iii) el juicio de sobreviniencia de tales hechos; (b) debe cumplir con un presupuesto valorativo, consistente en que la alteración o amenaza de alteración del orden económico, social o ecológico debe ser grave y actual o inminente; y (c) debe satisfacer un juicio de necesidad, es decir, basarse en la insuficiencia de los medios ordinarios estatales para conjurar la crisis correspondiente, y la correspondiente necesidad de apelar a medidas extraordinarias o excepcionales en cabeza del Ejecutivo¹³.

En cumplimiento de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la LEEE, los decretos legislativos no podrán:

(d) suspender los derechos humanos o libertades fundamentales, ni limitar aquellos que no son susceptibles de limitación y deben cumplir con las reglas constitucionales e internacionales aplicables a las hipótesis de limitación legítima de derechos constitucionales; (e) no pueden interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público; y (f) no pueden suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento.¹⁴

Además del control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional conforme a lo establecido en el artículo 241 numeral 7 de la Constitución de 1991¹⁵, existen otros controles sobre las normas que se expiden amparadas en un estado de excepción en Colombia: uno de carácter político, a cargo del Congreso de la República (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 215); y dos controles jurisdiccionales, uno de constitucionalidad a cargo del Consejo de Estado —por vía de acción ciudadana, conforme a lo establecido en los artículos 237 numeral 2 de la Constitución y 135 de la Ley 1437 (2011)—¹⁶ y otro de legalidad sobre los decretos y demás actos administrativos expedidos por las autoridades nacionales, gobernadores, alcaldes, entre otras autoridades administrativas que se pronunciaron para

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Con respecto al control jurídico la Corte Constitucional ha dicho: “En síntesis, de la carta política se infiere la competencia de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad formal y material tanto de los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción como de los decretos legislativos de desarrollo. Tal competencia es corroborada además por las deliberaciones a que hubo lugar en la Asamblea Nacional Constituyente; por el modelo del derecho constitucional de excepción por el que optó el Constituyente de 1991; por la regulación que aquél hizo de la naturaleza, límites y sistema de control del estado de conmoción interior; por la naturaleza jurídica del decreto declaratorio de tal estado de excepción y por la concepción actual de la jurisdicción constitucional y de su función” (Sentencia C-802, 2002).

¹⁶ “Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional...” (Ley 1437, 2011, art. 135).

enfrentar la crisis. Este control lo realiza la jurisdicción contenciosa de manera oficiosa, en los términos del artículo 136 de la misma ley¹⁷.

Como puede verse, en vigencia de la Constitución de 1991, son muchos los límites y controles que tienen los estados de excepción en nuestro país. El papel jugado por el judicial, a través de la Corte Constitucional y la jurisdicción contencioso- administrativa, y el legislativo con el Congreso de la República, ha sido determinante para impedir que —con normas excepcionales del ejecutivo— se pretenda acabar con la separación de poderes y menoscabar derechos y libertades fundamentales de los colombianos¹⁸. Pero la crisis ocasionada por la pandemia de la COVID-19 ha puesto a prueba el funcionamiento de las ramas del poder público en Colombia y la eficacia de los límites y controles antes mencionados

3 NORMAS ORDINARIAS PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS

El primer caso de coronavirus en Colombia se diagnosticó el 6 de marzo de 2020. El 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 380 que ordenó el aislamiento obligatorio de todos los viajeros provenientes de China, Italia, Francia y España por un término de catorce días¹⁹. El 12 de marzo de 2020 la misma autoridad, emite la Resolución 385 de 2020 que declara el estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y se adoptan algunas medidas para enfrentar la pandemia. El estado de emergencia sanitaria no es un estado de excepción, sino una competencia ordinaria.

El 12 de marzo y el 16 de marzo de 2020, el presidente expide los decretos ordinarios 402 y 412, que cierran fronteras, primero con Venezuela y luego con el resto de nuestros vecinos, pero no el transporte aéreo desde y hacia otros países. En Colombia, se decía que el Gobierno nacional no estaba tomando las decisiones contundentes para enfrentar la pandemia. Entonces, los gobiernos departamentales y locales tomaron medidas drásticas como toques de queda y confinamientos obligatorios de sus habitantes, lo que causó tensión entre el poder central y los gobiernos de los entes territoriales. No debe olvidarse que Colombia es un Estado unitario.

¹⁷ “Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento” (Ley 1437, 2011, art. 136).

¹⁸ Algunos autores han criticado la eficacia del control político realizado por el Congreso de la República a los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante un estado de excepción, es el caso de Orjuela Botero (2011): “De lo anterior se desprende que el legislativo puede ejercer, a través de todas las actividades que desarrolla, control sobre el Gobierno. Existen instrumentos, por supuesto, más idóneos para tal fin. Sin embargo, la realidad es que la afinidad ideológica y partidista entre las mayorías parlamentarias y el Presidente trae como consecuencia que este control, que podría ser total y eficiente, pase a ser inocuo y casi inexistente” (p. 120).

¹⁹ Al respecto nos preguntamos qué sucede con la libertad de movimiento. La libertad de movimiento también significa, por supuesto, tener la libertad de no moverse, incluso la libertad de auto confinarse. Para muchos, a menudo los más vulnerables y privados de derechos, esta libertad elemental no se da. Incluso se plantean medidas como el aislamiento inteligente, y son precisamente los más vulnerables quienes tienen que salir a trabajar.

El 18 de marzo de 2020, el presidente de la República expide el decreto ordinario 418, en el cual le deja claro a los gobernadores y alcaldes, so pena de sanción, que él es la máxima autoridad del orden público frente a la pandemia y que está actuando dentro del marco de una crisis sanitaria que, como se dijo antes, no es un estado de excepción. Pero el Gobierno nacional, con su amalgama normativa para enfrentar la pandemia, terminó dándole efectos excepcionales a normas ordinarias en la práctica.

Acorde con lo establecido en la Constitución Política de Colombia en el artículo 215, el Gobierno nacional declara el estado de emergencia social, económica y ecológica en todo el territorio nacional mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 por un término de treinta días. El 6 de mayo de 2020 se declara un nuevo estado de emergencia social, económica y ecológica a través del Decreto 637 por otros treinta días. Durante el primer estado de emergencia se expidieron setenta y tres decretos legislativos y en el segundo se expidieron cuarenta y dos, la mayoría con contenido económico²⁰.

El Gobierno nacional, amparado por dos estados de emergencia social, económica y ecológica, produjo una avalancha normativa que requerirá que la máxima autoridad colombiana de constitucionalidad tuviera que proferir más de cien sentencias de constitucionalidad en pocos meses. Lo anterior pone a prueba la capacidad operativa de la Corte Constitucional, pero también la rigurosidad del control.

No se discute la gravedad de la pandemia, pero sí el instrumento con el que se están limitando derechos como el de circulación (Artículo 24 de la C. P.), reunión (Artículo 37 de la C. P.), culto (Artículo 19 de la C. P.) y todos los que se ven afectados con el cierre de establecimientos públicos. Los anteriores derechos, la actividad comercial, las libertades de empresa y económica tienen límites en Colombia, pero dentro de los parámetros que establezca la ley (Artículo 333 de la C. P.). Sin embargo, hoy están siendo menoscabados por decretos ordinarios y competencias de policía.

Para el momento en que se escribe este texto, el Gobierno nacional está usando dos instrumentos normativos para enfrentar la crisis: por un lado, una emergencia sanitaria (poderes ordinarios) y, por el otro, dos estados de excepción de emergencia social, económica y ecológica (poderes extraordinarios). Con la primera está limitando derechos fundamentales y actividades que requerirían norma con fuerza de ley para su restricción; con los segundos se está ocupando especialmente de temas económicos. Lo que es muy característico de los gobiernos colombianos es que suelen ser liberales en lo económico y ultraconservadores a la hora de concebir y garantizar derechos y libertades fundamentales. Pero esta aberración de la ideología liberal no es exclusiva de Colombia. Por el contrario, representa las corrientes neoliberales de segunda parte del siglo XX y la primera del XXI²¹. Regular aspectos tan

²⁰ Los decretos ordinarios y los legislativos expedidos por el Gobierno nacional durante la crisis de la pandemia pueden ser consultados mes por mes en la siguiente dirección: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/decretos-2020/decretos-junio-2020>. La relación de los decretos legislativos que están siendo revisados en su constitucionalidad por la Corte Constitucional puede verse en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/decretos.php>.

²¹ “Igualmente son significativas las obras de innumerables ultraliberales, como Mises, Hayek y Friedman, todos “fundamentalistas del mercado” y críticos con las “democracias basadas en la regla de la mayoría”, vistas potencialmente “perjudiciales” para el mercado. El ejemplo de la unión entre la derecha (y su extremo) y el ultraliberalismo, en el caso de la dictadura chilena, fue muy bien analizado por el libro y el documental de Naomi Klein, “La doctrina del choque”, pues explican el modus operandi de las derechas en el siglo XX” (Pinto, F. y

importantes para los colombianos con normas equivocadas no es un error involuntario, sino que hace parte de una práctica que han sostenido algunos mandatarios y que ha sido denominada elusión constitucional, que no es otra cosa que evadir el control idóneo de constitucionalidad que debería tener una norma²². Pero en este caso ha ido más lejos. El Gobierno nacional expidió normas materialmente extraordinarias, pero con forma ordinaria. Así, disfrazó lo que deberían ser decretos legislativos como si fueran ordinarios. Esto significa que se ha enfrentado la mayor crisis social y económica en la historia del país con normas concebidas para la normalidad, como lo es el Código Nacional de Policía.

Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los efectos más evidentes tiene que ver con el control de constitucionalidad, pues los decretos de estados de excepción o legislativos tienen control de constitucionalidad automático, integral y posterior a cargo de la Corte Constitucional.

En cambio, los decretos ordinarios, como la declaratoria de emergencia sanitaria y los demás decretos dictados por el Gobierno nacional con base en ella, tienen un control por vía de acción. La autoridad competente para conocer de ellos es el Consejo de Estado²³.

El hecho de que el órgano competente para determinar la constitucionalidad de los decretos ordinarios —que limitan derechos fundamentales durante la pandemia— sea el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional no es un detalle menor. Como se dejó constancia en este escrito, esto se debe a que muchos límites y controles que los decretos legislativos tienen en Colombia son temporales, por ejemplo. Nuestra historia nos llevó a desconfiar de este tipo de normas y a ser muy exigentes en su análisis de validez. Pero esto no sucede con los decretos ordinarios que tienen vocación atemporal, requieren ser demandados por un ciudadano y, una vez la norma sea accionada, el Consejo de Estado puede tardar muchos meses en decidir acerca de su constitucionalidad²⁴. Durante la pandemia, este control se ha tornado ineficaz, pues los términos judiciales para instaurarlo estuvieron suspendidos desde el 16 de marzo hasta el 22 de mayo del 2020²⁵. Además, la máxima

Pineda, C. *Las expresiones de derecho en Brasil y en España: conservadurismo, neoliberalismo y fascismo. Oxímora*. Revista Internacional de Ética y Política, (16), 2020, p. 76).

²² “El caso de los decretos reglamentarios es grave y paradigmático, pues allí ha desaparecido todo control real. De hecho, hoy se hace cualquier cosa con un decreto reglamentario. Se evita el control constitucional y se logra la realización de una competencia por parte del Consejo de Estado, donde el control es inexistente. Esto en atención a que la competencia para controlar los decretos reglamentarios fue asignada al Consejo de Estado (artículo 237.2 de la Constitución), aconteciendo que bajo el nombre de decreto reglamentario se expide un decreto de contenido legislativo, sin realizar control” (Quinche, M. *La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*. Editorial Universidad del Rosario Quinche, 2009).

²³ Mendieta, D. La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la Corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción? [Memoria para optar al título de doctor, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense. El repositorio de la producción académica en abierto de la UCM, 2017, p. 135.

²⁴ Un ejemplo del tiempo que demora el Consejo de Estado en decidir un medio de control de nulidad por inconstitucionalidad es la demanda instaurada por un ciudadano el 10 de agosto de 2016 contra el Acuerdo PSAA-16-10548, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y cuya sentencia para declarar la nulidad del acto es del 6 de febrero de 2018, es decir, dieciocho meses después de haber sido demandada. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2016-00480-00\(AI\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-24-000-2016-00480-00(AI).pdf)

²⁵ El Consejo Superior de la Judicatura le permitió hacer uso del medio de control nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado mediante el Acuerdo PCSJA20-11556 (2020).

El Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556 suspendió los términos judiciales, estableció algunas excepciones y

autoridad de lo contencioso-administrativo en Colombia también se caracteriza por sus posiciones menos garantistas en temas de constitucionalidad en comparación con las de la Corte Constitucional²⁶.

4. CUANDO LOS CONTROLES FALLAN, SURGE LA DICTADURA

Como se dijo antes, algunos de los controles antes descritos se han tornado ineficaces durante la pandemia. Este es el caso de la ausencia del control político por parte del Congreso de la República, pues esta autoridad debió comenzar su segundo periodo de sesiones ordinarias de la presente legislatura el pasado 16 de marzo y hasta el 20 de junio (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 138). Pero este comienzo coincidió con la declaratoria del confinamiento obligatorio de los colombianos. A la fecha, principios de julio, aún se discute si las reuniones virtuales de los congresistas son constitucionales.

Esta discusión es innecesaria, pues el artículo 140 de la Constitución Política de Colombia permite la reunión del Congreso de la República, en caso de perturbación del orden público, en el sitio donde lo designe el presidente del Senado. En este sentido, dispone:

El Congreso tiene su sede en la capital de la República. Las cámaras podrán por acuerdo entre ellas trasladar su sede a otro lugar y, en caso de perturbación del orden público, podrán reunirse en el sitio que designe el presidente del Senado.²⁷

Hasta el momento, el Congreso de la República se ha autocensurado en su papel de hacerle control político a los decretos legislativos expedidos por el Gobierno nacional durante los dos estados de emergencia declarados. De esta manera, ha incumplido, ya sea por negligencia o incapacidad, la función del control político a los actos del Gobierno nacional.

Los controles jurisdiccionales también han presentado fallas durante la pandemia, pues el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos para acudir ante los jueces desde el 16 de marzo hasta el 1 de julio. Durante este tiempo, los controles de constitucionalidad y legalidad que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa fueron precarios, pues solo con el paso de los meses se restablecieron los medios de control establecidos en los artículos 135 y 136 de la Ley 1437. Los acuerdos PCSJA20-11532 y PCSJA20-11556 (2020) del Consejo Superior de la Judicatura fijaron excepciones a la suspensión de estos términos. El primer acuerdo le permitió a la jurisdicción contencioso-administrativa, desde

adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19 (Acuerdo PCSJA20-11567, 2020). http://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCSJA20-11567.pdf

²⁶ MENDIETA, D; TOBÓN, M. El (des)control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 2018a, p. 51 y ss.

²⁷ Constitución Política de Colombia. (1991). Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Art. 140.

el 11 de abril, realizar el control oficioso de legalidad²⁸. El segundo, con fecha del 22 de mayo, permite ejercer los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad y nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa frente a los actos administrativos expedidos por el presidente, gobernadores, alcaldes y demás autoridades administrativas en el marco de la emergencia sanitaria (Acuerdo PCSJA20-11556, 2020).

Como se dijo antes, en Colombia, los términos para la mayoría de los trámites judiciales están suspendidos hasta el 1 de julio del año en curso. ¿Qué pasa con el Estado constitucional de derecho sin administración de justicia? Durante la pandemia, el acceso a la justicia en Colombia ha estado vulnerado en diferentes grados. Los jueces en general y el Consejo Superior de la Judicatura en particular salen mal librados de esta crisis, y la necesidad de modernizarse es la mayor enseñanza que les ha dejado la pandemia.

Mientras tanto, el confinamiento preventivo y obligatorio de los colombianos, a pesar de estar vigente en la norma, se torna inocuo. Fue impuesto desde el 25 de marzo mediante el decreto ordinario 457 de 2020 y fue prorrogado por otros decretos, también ordinarios, así: decretos 531, 536, 593, 636, 749 y 878 del 2020. Todos surgen por una competencia dada por la Ley 1801 de 2016 o el Código Nacional de Policía. Los decretos citados forman una cadena normativa donde unos modifican o derogan al anterior, pero al mismo tiempo flexibilizan el confinamiento. El último de ellos establece en su artículo 2:

Prorrogar la vigencia del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020. 'Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público', modificado por el Decreto 847 del 14 de junio de 2020, hasta el 15 de julio de 2020, y en tal medida extender las medidas allí establecidas hasta las doce de la noche (12:00 pm) del día 15 de julio de 2020.²⁹

Sin embargo, deja vigente el artículo 3 del decreto 749 del 2020 que permite la circulación de personas en cuarenta y tres casos o actividades diferentes. Incluso, autoriza a los alcaldes implementar planes piloto que permitan la apertura de restaurantes y servicios religiosos (Decreto 878, 2020, art. 1).

El Gobierno nacional no es el único que ha incurrido en excesos normativos y prácticas reprochables a la hora de enfrentar la pandemia. Durante esta los gobiernos departamentales, distritales y municipales también han incurrido en vulneraciones a derechos fundamentales con toques de queda, prohibiciones de ingreso y salida a los entes territoriales, obtención y manejo de información y datos personales a través de aplicaciones sin una justificación clara, invasión de domicilios, imposición de multas que, en muchos casos, vulneran la presunción de inocencia y el debido proceso, entre otros.

Colombia tuvo una amarga experiencia con el estado de sitio vigente en la Constitución de 1886. Por ello, la Constitución de 1991 puso tantos límites y controles a los

²⁸Durante el tiempo que estén suspendidos los términos judiciales se podrán llevar a cabo las actuaciones que adelanten el Consejo de Estado y los tribunales administrativos con ocasión del control inmediato de legalidad que deben adelantar de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y en los artículos 111, numeral 8; 136 y 151, numeral 14, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso-administrativo (Acuerdo PCSJA20-11532, 2020).

²⁹ Ministerio del Interior de Colombia (2020, 25 de junio). Decreto 878. Art. 2.

estados de excepción, y durante los últimos veintinueve años la Corte Constitucional se ha preocupado por preservar estos límites. Sin embargo, el Gobierno nacional ha encontrado la manera de evadirlos. El uso de medidas ordinarias para enfrentar la mayor crisis social y económica del país es la implementación de un estado de excepción de facto, sin límites claros y sin controles eficaces. ¿Pero qué es un estado de excepción sin límites ni controles? Pues no es más que una dictadura.

Una crisis sanitaria sin precedentes, como la generada por las COVID-19, ha generado una crisis institucional también sin precedentes en el sistema de *checks and balances* de la estructura del Estado colombiano. El control político a cargo del Congreso de la República y los controles jurisdiccionales presentaron fallas evidentes. El punto de partida de la dictadura es el inverso del estado de excepción: el Estado cede al prever posibles situaciones de crisis. En consecuencia, también cede al tratar de limitar los efectos de las medidas adoptadas durante la situación de anormalidad sobre el orden constitucional vigente.

En palabras de Orjuela Botero, los estados de excepción son una figura contradictoria y por lo tanto altamente polémica³⁰. Plantean limitar la democracia, para mantenerla; restringir la Constitución, para conservarla; disminuir el disfrute de los derechos humanos, para garantizar su posterior vigencia; y, en muchos casos, dotar al Gobierno de poderes excepcionales para evitar una posible dictadura. Esta es justificada por algunos autores como Schmitt³¹.

En la acción del dictador, según Schmitt³², el respeto de las reglas de la ley debe ser suspendido para crear las condiciones de validez fáctica del derecho en sí. Es una acción, por lo tanto, que encuentra su referencia inmediata en la realidad concreta y que extrae su criterio del propio "estado de las cosas". *A contrario sensu*, en el estado de normalidad las crisis se deben regir por las normas del derecho. Mientras tanto, en la dictadura, los hechos determinarían los cursos de la conducta de la autoridad pública³³. La fractura del Estado constitucional de derecho por parte del Ejecutivo durante la pandemia fue evidente. Durante varios meses los demás poderes públicos fueron incapaces o negligentes para controlarlo. Colombia estuvo inmersa en la pequeña dictadura de la COVID-19 y aún es pronto para saber cuáles serán sus consecuencias.

No cabe duda de que hoy en día el uso de poderes excepcionales ha ido en aumento en diferentes Estados como una forma de responder a las crisis globales causadas por factores como el terrorismo, el cambio climático y la pandemia; sus efectos se han agravado por el modelo económico neoliberal³⁴. Mientras en el mundo tienen miedo de gobernantes con estos poderes, pues pueden vulnerar derechos humanos, en Colombia, por el actuar sospechoso del Gobierno nacional y las fallas de los controles legislativo y jurisdiccionales, debemos temerles también a los poderes ordinarios usados para enfrentar una situación

³⁰ BOTERO, ORJUELA. *Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control*. Editorial Universidad San Buenaventura, 2011, p. 119.

³¹ La dictadura es un medio para alcanzar un fin determinado; como su contenido solo está determinado por el interés en el resultado a alcanzar y, por tanto, depende siempre de la situación de las cosas no se puede definir, en general, como la supresión de la democracia (Schmitt, 1999, p. 23).

³² SCHMITT, C. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza, 1999.

³³ FERREIRA, B. *Sujeito e ordem: romantismo e decisionismo no pensamento de Carl Schmitt*. *Dados*, 45(4), 2002, p. 622.

³⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer II*. Estado de excepción (trad. Flavia Costa e Ivana Costa). Adriana Hidalgo Editora, 2005.

extraordinaria como lo es la pandemia que nos aqueja. Limitar derechos y libertades fundamentales con normas ordinarias es declarar un estado de excepción de facto: esto es una dictadura. Es necesario, entonces, restablecer la eficacia de los controles y evitar que el poder ejecutivo se desborde. De lo contrario, quien pelagra es el Estado constitucional de derecho³⁵.

■ CONCLUSIONES

El estado de sitio dejó una huella imborrable en la historia de Colombia. La falta de límites y controles efectivos sirvieron para que, durante su vigencia, se abusara de los derechos humanos. Por ello, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 fue tan cuidadosa con la regulación de los estados de excepción. La Corte Constitucional, garante de la supremacía e integridad de la Constitución, ha velado por evitar el abuso de los poderes excepcionales por parte del Gobierno nacional. Sin embargo, este ha encontrado formas de evadir este control. Una de ellas es acudir a decretos ordinarios para regular aspectos que deberían estar normados por leyes o, en su defecto, decretos con fuerza de ley. Lo anterior es llamado elusión constitucional.

Frente a las crisis globales causadas por el terrorismo, el cambio climático, la migración descontrolada, las pandemias, entre otros, los Estados acuden cada vez más a poderes excepcionales, pero esto no puede volverse recurrente. La excepción no puede convertirse en la regla, y en esto la historia de Colombia tiene mucho que enseñar. Las medidas excepcionales se deben establecer para solucionar problemas excepcionales, pero siempre con límites y controles. De lo contrario, la cura podría ser peor que la enfermedad.

Una crisis sanitaria provocó en Colombia una crisis institucional que mostró la incapacidad de varios controles para ser eficaces durante el confinamiento. Asimismo, esta crisis obligó a los poderes públicos a considerar y materializar su funcionamiento por canales virtuales. Amparado en la pandemia, el Gobierno nacional extralimitó sus poderes ordinarios y eludió los límites y controles inherentes a sus poderes excepcionales. Al establecer un estado de excepción de facto hubo una fractura del Estado constitucional de derecho. Incluso, durante varios meses, Colombia estuvo sometida a la dictadura de la COVID-19.

Algo que permite diferenciar a los estados de excepción de la dictadura es la existencia de controles eficaces en los primeros y su ausencia en la segunda. Una de las líneas que divide la democracia de la autocracia son los estados de excepción. Cuando el Estado constitucional de derecho se encuentre en peligro, la salida es fortalecer al Estado con límites y controles eficaces que permitan recuperar la separación de poderes y garantizar los derechos y libertades fundamentales.

³⁵ MENDIETA, D. TOBÓN, M. *La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 10(3), 2018b, p. 278.

REFERENCIAS

AGAMBEN, G. *Homo Sacer II. Estado de excepción* (trad. Flavia Costa e Ivana Costa). Adriana Hidalgo Editora, 2005.

FERREIRA, B. Sujeito e ordem: romantismo e decisionismo no pensamento de Carl Schmitt. *Dados*, 45(4), 2002, 599-648. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582002000400003>

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, 1995.

GARCÍA, M; UPRIMNY, R. *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Dejusticia, 2005.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Ariel, 1976.

MIRA, C. M. Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos. *Opinión Jurídica*, 15(29), 2016, 141-163. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n29a7>

MENDIETA, D. *La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la Corte Constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?* [Memoria para optar al título de doctor, Universidad Complutense de Madrid], 2017. E-Prints Complutense. El repositorio de la producción académica en abierto de la UCM. <https://eprints.ucm.es/43045/>

MENDIETA, D; TOBÓN, M. El (des)control de constitucionalidad en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 16(2), 2018. 51-88. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200051>

MENDIETA, D. TOBÓN, M. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(3), 2018, 278-289. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.05>

MENDIETA, D. Medidas extraordinarias para situaciones ordinarias y medidas ordinarias para situaciones extraordinarias: el caso colombiano. En L. Arcaro (coord.), *O direito público em tempos pandémicos* (pp. 97-109). Editorial Tirant lo Blanch, 2020. https://editorial.tirant.com/free_ebooks/E000020005222.pdf

ORJUELA, N. Botero. *Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control*, 2011. Editorial Universidad San Buenaventura.

PINTO, F; PINEDA, C. Las expresiones de derecho en Brasil y en España: conservadurismo, neoliberalismo y fascismo. *Oxímora. Revista Internacional de Ética y Política*, (16), 2020, 63-84. <https://doi.org/10.1344/oxi.2020.i16.29252>

QUINCHE, M. *La elusión constitucional: una política de evasión del control de constitucionalidad en Colombia*, 2019. Editorial Universidad del Rosario.

SCHMITT, C. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza, 1999.

TOBÓN, M; MENDIETA, D. Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, 16(31), 2017, 67-88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>

TOBÓN, M. *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Grupo Editorial Ibañez, 2019.

VALDERRAMA, F; ORTIZ, M. Justicia transicional: Noción de la justicia en la transición colombiana. *Opinión Jurídica*, 16(32), 2018 245-266.
<https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a11>

VALENCIA, H. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Fondo Editorial Cerec, 1999.





A DOENÇA COMO METÁFORA RACIAL: A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS À LUZ DA TEORIA RACIAL CRÍTICA

ILLNESS AS A RACIAL METAPHOR: THE CORONAVIRUS PANDEMIC IN THE LIGHT OF CRITICAL RACE THEORY

PHILIPPE OLIVEIRA DE ALMEIDA*

RESUMO

Nosso paper irá se debruçar sobre um problema específico: a maneira como, no imaginário jurídico e político de nossa civilização, grupos raciais subalternizados (negros, indígenas, asiáticos etc.) são associados a determinadas doenças. O trabalho se desenvolverá em três etapas: em um primeiro momento, discutiremos, de forma ampla, as reverberações do racismo estrutural sobre a pandemia de COVID-19; em seguida, faremos uma breve apresentação da Teoria Racial Crítica (exercício que se revela necessário, considerando que se trata de uma corrente jusfilosófica ainda pouco debatida, no Brasil); por fim, recorreremos à CRT para refletir sobre como, em um imaginário social racista, populações não-brancas tendem a ser representadas como vetores de doenças. Considerando as tentativas, de governos como o britânico, o estadunidense e o brasileiro, de imputar à China a difusão do COVID-19, recorreremos à Teoria Racial Crítica Asiática – AsianCrit –, uma das inúmeras vertentes da CRT, como ponto de partida para debater a racialização da doença.

Palavras-chave: Teoria Racial Crítica; pandemia de coronavírus; apartheid sanitário.

ABSTRACT

Our paper will focus on a specific problem: the way in which, in the legal and political imaginary of our civilization, subalternized racial groups (blacks, indigenous peoples, Asians, etc.) are associated with certain diseases. The work will be developed in three stages: at first, we will discuss, in a broad way, the reverberations of structural racism on the COVID-19 pandemic; then, we will make a brief presentation of the Critical Racial Theory (an exercise that proves to be necessary, considering that it is a philosophical current that is still little debated in Brazil); finally, we will turn to CRT to reflect on how, in a racist social imaginary, non-white populations tend to be represented as disease vectors. Considering the attempts, by governments such as the British, the US and the Brazilian, to impute the dissemination of COVID-19 to China, we will use the Asian Critical Racial Theory – AsianCrit –, one of the numerous aspects of CRT, as a starting point to debate the racialization of the disease.

Keywords: Critical Race Theory; coronavirus pandemic; sanitary apartheid.

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.
Pós-Doutor em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.
Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
philippeoalmeida@gmail.com

Recebido em 10-6-2021 | Aprovado em 26-6-2021



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: O NÃO-BRANCO COMO “AGENTE INFECCIOSO”; 2 O CORPO COMO CAMPO DE ENFRENTAMENTOS POLÍTICOS: APARTHEID SANITÁRIO E COVID-19; 3 UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA RACIAL CRÍTICA; 4 A TEORIA RACIAL CRÍTICA ASIÁTICA E O “VÍRUS CHINÊS”; 5 CONCLUSÃO: UM PASSO ALÉM DE SONTAG; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO: O NÃO-BRANCO COMO “AGENTE INFECCIOSO”

A pandemia de COVID-19 desencadeou um sem-número de dilemas morais, jurídicos e políticos. A crise sanitária desvelou a insuficiência dos *valores* que, até o início de 2020, empregávamos para orientar as nossas decisões cotidianas. Por isso, muitos intelectuais, advindos da Filosofia Moral, da Filosofia do Direito e da Filosofia Política, viram-se convocados a intervir no debate público, para, em um cenário de desinformação e anomia, oferecer balizas capazes de guiar o Estado e a sociedade civil. Por exemplo: pesquisadores vinculados ao campo da Bioética têm discutido quais os critérios que os médicos devem, face a escassez de recursos provocada pela superlotação dos hospitais, adotar na distribuição de leitos, respiradores etc.¹ Contudo, são raras as investigações que se preocupam em destacar como marcadores sociais similares a classe, gênero e raça definem o impacto que a pandemia tem sobre diferentes populações. Ora, as desigualdades provocadas pelo classismo, pelo sexismo e pelo racismo tendem a se aprofundar, em um contexto de caos nosocômico, econômico e político. Afetam, assim, as estratégias dos “grupos vulneráveis” para se proteger do coronavírus. Abordagens que se pretendem “gerais”, “neutras” e “objetivas” – e que deliberadamente ignoram as assimetrias decorrentes da discriminação – acabam por *invisibilizar* (e, dessa maneira, por *ampliar*) o sofrimento dos mais marginalizados.² Retomando o exemplo aventado acima: parcela considerável dos professores de Bioética tem defendido que a principal regra para definir quem receberá ou não atendimento, na pandemia, deve ser a (in)existência de comorbidades (pacientes sem doenças crônicas seriam, dessa maneira, *priorizados*); todavia, estipular, *in abstracto*, tais preceitos, desconsiderando os efeitos que o racismo tem sobre a saúde pública, é uma forma de promover medidas *necropolíticas*.³ Privados de condições mínimas de higiene, alimentação e moradia, pretos e pardos apresentam índices maiores de comorbidades (asma

¹ Por todos, recomendamos a leitura do ótimo ARAÚJO, Luana Adriano; MELO, Arthur Cezar Alves de; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Critérios éticos e políticos para a triagem em tempos de crise: pensando a alocação de recursos escassos a partir da deficiência. *Voluntas: Revista Internacional de Filosofia*, Santa Maria, v. 11, e. 28, p. 1 a 14, julho de 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/43980/pdf>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

² Sobre o tema, recomendamos a leitura de GOES, Emanuelle Freitas *et al.* Desigualdades raciais em saúde e a pandemia do Covid-19. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, maio de 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462020000300301. Acessado em: 21 de maio de 2021. V., também, SANTOS, Márcia Pereira Alves dos *et al.* População negra e Covid-19: reflexões sobre racismo e saúde. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 34, n. 99, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v34n99/1806-9592-ea-34-99-225.pdf>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

³ MBEMBE, Achille. *Direito universal à respiração*. Tradução de Ana L. Braga. São Paulo: n-1 edições [nº 20], 2020. Disponível em: <https://n-1edicoes.org/020>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

severa ou moderada, doenças imunossupressoras etc.), de sorte que o critério, aparentemente *técnico* e *imparcial*, de privilegiar os mais saudáveis, pode implicar em uma exclusão sistemática dos afrodescendentes.⁴

A Teoria Racial Crítica (*Critical Race Theory* – CRT), que surgiu nas escolas de Direito mas, rapidamente, espalhou-se por outras áreas do conhecimento, talvez forneça a melhor chave de leitura para que interpretemos as relações entre o coronavírus e o racismo. Dedicada a mostrar como o discurso jurídico – “vago” e “genérico” – escamoteia e reforça a supremacia branca e a injustiça racial, a CRT permite que vejamos como políticas pretensamente globais desenvolvidas em resposta à pandemia atingem, diferentemente, brancos e não-brancos. Inúmeras categorias desenvolvidas pela CRT podem ajudar-nos a investigar o modo como o racismo estrutural se redimensiona, em tempos de crise sanitária.⁵

Nosso *paper* irá se debruçar sobre um problema específico: a maneira como, no imaginário jurídico e político de nossa civilização, grupos raciais subalternizados (negros, indígenas, asiáticos etc.) são associados a determinadas doenças. Trata-se de uma estratégia recorrente, para validar medidas de segregação e justificar o abandono estatal: populações não-brancas começam a ser retratadas como *vetores* privilegiados de vírus e bactérias, mais propensos a disseminar microorganismos patogênicos (o que legitimaria a segregação), e menos propensos a apresentar sintomas advindos desses agentes (o que legitimaria o abandono estatal).⁶ No Brasil, inúmeras figuras públicas que, de forma ostensiva, quebraram reiteradamente a quarentena, foram às redes sociais, após contrair COVID-19, para culpabilizar seus empregados domésticos (negros, em sua maioria): essa tendência é reflexo da noção – que se encontra, vale lembrar, na contramão dos fatos históricos –⁷ de que não-brancos seriam *agentes infecciosos a serem combatidos*. Ao argumentar – defendendo seu descaso quanto às medidas de prevenção – que “o brasileiro pula em esgoto e não acontece nada”, o presidente Bolsonaro retoma a ideia da conaturalidade entre não-brancos e patógenos. Similarmente, nos EUA, circulou, por muitas semanas, o boato segundo o qual negros seriam imunes ao coronavírus.⁸ Vivendo em ambientes insalubres, pretos e pobres já teriam adquirido “anticorpos” contra boa parte das infecções, não representando públicos visados pelas políticas de saúde – mas, sim, pelas políticas de segurança pública (higienismo social), como transmissores

⁴ CHOMILO, Nathan T. *et al.* The harm of a colorblind allocation of scarce resources. *Health Affairs*, Bethesda, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hblog20200428.904804/full/>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

⁵ A propósito, v. BRIDGES, Khiara M. *et al.* Introduction: Critical Race Theory and the Health Sciences. *American Journal of Law & Medicine*, Boston, v. 43, p. 197 a 182, 2017. Disponível em <http://pdfs.semanticscholar.org/e2a1/09e4437aca64f8f4d280feeae914b473757.pdf>. Acessado em: 1 de junho de 2020.

⁶ Daí que dois médicos franceses tenham sugerido, em uma emissora de televisão, que africanos fossem utilizados como cobaias em testes de vacinas contra o coronavírus. Cf. ALVES, Toninho; FERNANDES, Renato. Imperialismo e racismo estrutural em tempos de Coronavírus. *Esquerda online*, Campinas, 7 de abril de 2020. Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2020/04/07/imperialismo-e-o-racismo-estrutural-em-tempos-de-coronavirus/>. Acessado em: 22 de maio de 2021.

⁷ V. DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Silvia de Souza Costa, Cynthia Cortes e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 1997.

⁸ Cf. JOHNSON, Akila; BUFORD, Talia. Early data shows african americans have contracted and died of coronavirus at an alarming rate. *ProPublica*, New York, 3 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/early-data-shows-african-americans-have-contracted-and-died-of-coronavirus-at-an-alarming-rate>. Acessado em: 22 de maio de 2021.

de doenças.⁹ A doença opera, pois, como uma metáfora da segregação racial, em um sistema autocatalítico: não-brancos são, no plano simbólico, associados a microorganismos patogênicos e, no plano material, deixados à própria sorte, para enfrentar, sem apoio do Poder Público, o avanço de epidemias.

Nosso trabalho se desenvolverá em três etapas: em um primeiro momento, discutiremos, de forma ampla, as reverberações do racismo estrutural sobre a pandemia de COVID-19; em seguida, faremos uma breve apresentação da Teoria Racial Crítica (exercício que se revela necessário, considerando que se trata de uma corrente jusfilosófica ainda pouco debatida, no Brasil); por fim, recorreremos à CRT para refletir sobre como, em um imaginário social *racista*, populações não-brancas tendem a ser representadas como vetores de doenças. Considerando as tentativas, de governos como o britânico, o estadunidense e o brasileiro, de imputar à China a difusão do COVID-19 (chamado, por Banon, de “vírus comunista, por Bolsonaro, de “vírus chinês”, e, por Trump, de “kung flu”), recorreremos à Teoria Racial Crítica Asiática – *AsianCrit* –, uma das inúmeras vertentes da CRT, como ponto de partida para debater a racialização da doença.

2 O CORPO COMO CAMPO DE ENFRENTAMENTOS POLÍTICOS: APARTHEID SANITÁRIO E COVID-19

“Na hora da morte somos todos iguais” – o dito popular foi, ao longo do ano de 2020, reiteradamente citado, por governos e pela imprensa, como uma forma de indicar que, face à pandemia de COVID-19 que assola o planeta, as diferenças de gênero, raça e classe desapareceriam. O vice-ministro da saúde iraniano Iraj Harirch, que contraiu coronavírus, chegou a declarar: “Esse vírus é democrático e não discerne entre pobres e ricos ou entre políticos e cidadãos comuns”.¹⁰ Nesse sentido, a peste se configuraria em um “grande equalizador”, a lembrar-nos de que nos encontramos todos “no mesmo barco”. No entanto, os dados aos quais ainda temos acesso – numa era em que *fake news* tornaram-se política de Estado –, sinalizam o contrário. Pesquisas, no Canadá e nos Estados Unidos,¹¹ mostram que não-brancos, pobres e imigrantes foram atingidos de maneira desproporcional pela pandemia. O

⁹ Alguns autores têm debatido como essas campanhas de desinformação atingem, diferentemente, brancos e negros. Por todos, v. AISWAL, J. et. al. Disinformation, Misinformation and Inequality-Driven Mistrust in the Time of COVID-19: Lessons Unlearned from AIDS Denialism. *Aids and Behaviour*. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10461-020-02925-y.pdf>. Acessado em: 22 de maio de 2021.

¹⁰Cf. LIVIO, Gustavo. A pandemia discrimina pela classe, cor, gênero e etnia. *Justificando*, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/04/14/a-pandemia-discrimina-pela-classe-cor-genero-etnia/>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

¹¹Sobre a situação canadense, v. CHIASSON, Paul. Data linking race and health predicts new COVID-19 hotspots. *The conversation*, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/data-linking-race-and-health-predicts-new-covid-19-hotspots-138579>. Acessado em: 14 de agosto de 2020. Sobre a situação estadunidense, v. FORD, Chandra L. Addressing inequities in the era of COVID-19: the pandemic and the urgent need for Critical Race Theory. *Family and Community Health: the journal of health promotion & maintenance*, v. 43, n. 3, p. 184 a 186, Los Angeles, 2020. Disponível em: https://journals.lww.com/familyandcommunityhealth/Fulltext/2020/07000/Commentary__Addressing_Inequities_in_the_Era_of.2.aspx. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

mesmo ocorre no Brasil.¹² A desigualdade socioeconômica desdobra-se na desigualdade de acesso à saúde e aos insumos de prevenção (máscaras, álcool em gel etc.). Grupos que, no correr dos séculos, foram subalternizados pela violência (neo)colonial – negros, indígenas, aborígenes – encontram maiores dificuldades para se protegerem do coronavírus.¹³ Na Europa e nas Américas, parcela substancial dos “trabalhadores essenciais” (que desempenham serviços, frequentemente em condições precárias, imprescindíveis à manutenção da vida social, e que, portanto, não podem ser suspensos durante a quarentena) são pretos e pardos: há levantamentos, por exemplo, que revelam que a maioria dos cuidadores e dos técnicos de enfermagem é composta por afrodescendentes.¹⁴ Negros também representam a maior porcentagem dos trabalhadores informais – diaristas, caseiros, vendedores ambulantes, figuras que compõem o chamado “precariado” –,¹⁵ que, destituídos de uma rede de seguridade social, veem-se forçados a continuar em atividade. O reflexo disso é que, em diferentes países do Ocidente (como os Estados Unidos), o índice de mortalidade de negros e latinos, em decorrência do COVID-19, chega a ser duas vezes maior que o de brancos.¹⁶ A Samuel Johnson, crítico literário e lexicógrafo inglês do século XVIII, atribui-se a afirmação: “Só há duas coisas certas na vida – a morte e os impostos”. Valeria a pena destacar, no entanto, que ambas as coisas (a morte e os impostos), em sociedades nas quais os sistemas de justiça distributiva estão deteriorados, afetam de modos muito distintos homens e mulheres, brancos e não-brancos, ricos e pobres.

A clássica película *A máscara da morte vermelha* (*The Masque of the Red Death*, lançada originalmente em português como *A orgia da morte*), filmada em 1964 sob direção do

¹²Sobre a situação brasileira, v. ROCHA, Camilo. O impacto do racismo estrutural nas mortes por COVID-19. *Nexo*, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/04/15/O-impacto-do-racismo-estrutural-nas-mortes-por-covid-19>. Acessado em: 14 de agosto de 2020. A propósito, recomendamos, ainda, a leitura de OLIVEIRA, Wagner Vinicius de; MARQUES, Allan Carlos da Silva. Necropolíticas em tempos de COVID-19. *Justificando*, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/04/27/necropoliticas-em-tempos-de-covid-19/>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

¹³A propósito, recomendamos a leitura de TIMOTHY, Roberta K. Coronavirus is not the great equalizer – race matters. *The conversation*, 6 de abril de 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/coronavirus-is-not-the-great-equalizer-race-matters-133867>. Acessado em: 14 de agosto de 2020. Especificamente no que tange à questão indígena, v. COLETTA, Amanda; TRAIANO, Heloísa. The world’s indigenous peoples, with tragic history of disease, implore outsiders to keep coronavirus away. *The Washington Post*, 31 de março de 2020. Disponível em https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/the-worlds-indigenous-peoples-with-tragic-history-of-disease-implore-outsiders-to-keep-coronavirus-away/2020/03/31/98597e3c-6f7f-11ea-a156-0048b62cdb51_story.html. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

¹⁴Cf. GUPTA, Tania Das. Inquiry into coronavirus nursing home deaths needs to include discussion of workers and race. *The conversation*, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/inquiry-into-coronavirus-nursing-home-deaths-needs-to-include-discussion-of-workers-and-race-139017>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

¹⁵V. MAYOS SOLSONA, Gonçal. Cognitariado es precariado. El cambio en la sociedad del conocimiento turboglobalizada. In: ROMÁN, B.; CASTRO, G. de (Org.). *Cambio social y cooperación en el siglo XXI (vol. 2)*: El reto de aumentar la equidad dentro de los límites ecológicos. Barcelona: Intervida/Educo/UB, 2013. V. também SANTOS, Eneida Maria dos. As plataformas digitais de transporte e o local do negro no mercado de trabalho: o racismo nas configurações institucionais do trabalho no Brasil do século XXI. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 259 p. 2020.

¹⁶Cf. MACCOUN, Robert J. How COVID-19 deepens racial inequity in U.S. health care. *Shot of Science*, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/shot-of-science/story/covid-19-deepens-racial-inequity>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

grande cineasta Roger Corman,¹⁷ pode ajudar-nos a pensar sobre a maneira como injustiças sociais são agravadas por epidemias. No século XIV, a Morte – que se materializa como um homem trajando um manto vermelho – presenteia uma velha camponesa com uma rosa branca, que, repentinamente, torna-se rubra. A mulher vê-se infectada por uma nova doença, que rapidamente alastra-se por toda a aldeia. O príncipe Próspero (personagem criado à imagem e semelhança do protagonista da peça *A tempestade*, de Shakespeare), tomando ciência dos acontecimentos, incendeia a vila (e seus habitantes), como forma de retardar o avanço da praga. Em seguida, acompanhado de cortesãos, refugia-se por trás dos muros de um enorme castelo, onde, à distância, assiste o drama de seus súditos. A *Danse Macabre*,¹⁸ ciranda da morte para a qual nobres e plebeus, clérigos e leigos, camponeses e cidadãos são arrastados, fatalmente irromperá pelas portas do palácio de Próspero – daí que o filme se encerre com o brocardo latino *Sic transit gloria mundi*, isto é, “assim transita a glória do mundo”, ou ainda, “todas as glórias do mundo são transitórias”. Contudo, entre as mortes da camponesa e do príncipe, entre o início e o fim da epidemia, existe um lapso temporal, um *delay*, no qual as injustiças sociais se dão: enquanto os nobres refestelam-se em banquetes, brincam, cantam e dançam, os servos da gleba morrem à míngua. É sobre esse lapso temporal, que *adia* a morte de uns enquanto *adianta* a de outros, que precisamos meditar, em uma reflexão *racializada* sobre o coronavírus.

Como a antropóloga Rosana Pinheiro-Machado salienta, em 2020 restou explicitado o “apartheid sanitário” no qual vivemos.¹⁹ O coronavírus ensina-nos que problemas de saúde não são realidades exclusivamente médicas, mas também jurídicas e políticas.²⁰ Toda doença configura-se em um fenômeno, a um só tempo, natural e cultural. E isso porque a relação de um indivíduo com seu corpo é, sempre, mediada pela cultura na qual ele se insere.²¹ Nossa percepção do que vem a ser um corpo normal e um corpo anormal, um corpo saudável e um corpo doente, é filtrada pelo “horizonte de sentido” (na acepção gadameriana da expressão) em que nos achamos imersos.²² Males como a lepra, a tuberculose, a sífilis e a aids investem-

¹⁷O filme baseia-se em POE, Edgar Allan. A máscara da morte rubra. In: *Histórias extraordinárias*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

¹⁸Sobre a alegoria da *Danse Macabre* na Idade Média, recomendamos a leitura de SCHMITT, Juliana. A morte e a sociedade nas danças macabras medievais. *Poéticas visuais*, Bauru, v. 7, n. 1, p. 14 a 28, 2016. Disponível em: <http://www.poeticasvisuais.com.br/wp-content/uploads/2017/03/V7N1-Artigos.pdf>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

¹⁹PINHEIRO-MACHADO, Rosana. Coronavírus não é democrático: pobres, precarizados e mulheres vão sofrer mais. *The Intercept Brasil*, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/17/coronavirus-pandemia-opressao-social/>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

²⁰É este o cerne da argumentação de SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Boitempo: São Paulo, 2020.

²¹Um exemplo da imbricação entre corpo e cultura pode ser extraído da obra da pensadora nigeriana Oyèrónkẹ Oyèwùmí. Oyèwùmí mostra como o biformismo sexual (isto é, a existência de órgãos reprodutores distintos, em machos e fêmeas da espécie humana) não se torna, necessariamente, base para a construção de papéis sociais diferenciados. Analisando a cultura iorubá pré-colonial, Oyèwùmí observará que as representações do “homem” e da “mulher”, tal como tipificadas no Ocidente, inexistiam na Nigéria. V. OYÈWÙMÍ, Oyeronke. *The Invention of Women: Making an African Sense of Western*. Gender Discourses. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997.

²²Sobre o tema, recomendamos a leitura do clássico CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Tradução de Maria de Threza Redig de C. Barrocas e Luiz Octávio F. B. Leite. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. Gadamer, ele próprio, escreverá sobre a noção de saúde a partir da hermenêutica fenomenológica, em GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Tradução de Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.

se de diferentes cargas simbólicas, a depender do lugar e do momento.²³ No âmbito dessa discussão, *A doença como metáfora*, texto publicado por Susan Sontag em 1978, talvez seja uma das referências seminais.²⁴ Sontag, ao longo da vida, lutou reiteradas vezes contra o câncer;²⁵ em meio aos tratamentos, deu-se conta de que o uso do termo “câncer”, em nossa sociedade, como metáfora para descrever infortúnios de toda ordem – “racismo é um câncer social” etc. – terminava por reforçar a estigmatização dos pacientes oncológicos. Essa compreensão serviu de ponto de partida para que Sontag desenvolvesse um ensaio sobre as representações de diferentes doenças em nosso imaginário social – e sobre o uso político-estratégico dessas representações, na segregação de grupos específicos. Na esteira de Sontag, podemos intuir que o corpo recebe, em conjunturas diversas, diferentes *valorações*: é valorizado ou desvalorizado, patologizado ou despatologizado, tornando-se, assim, um campo de enfrentamentos políticos. Em nossa civilização, o homem branco heterossexual cisgênero sem deficiência é assumido como paradigma; todos os demais (mulheres, não-brancos, homossexuais etc.) são encarados como “aberrações”, sujeitos, portanto, a controle clínico e policial.²⁶ Nessa conjuntura, não é difícil concluir que as discriminações baseadas em gênero, raça, classe, orientação sexual e habilidades físicas e intelectuais irão modular a forma como uma epidemia é vivenciada por parcelas específicas da população. Setores vulnerabilizados estão, não apenas mais expostos ao vírus, mas, também, menos protegidos face a intervenções estatais arbitrárias (detenção, prisão, internação forçada) feitas em nome da saúde pública.²⁷

É crescente a literatura destinada a investigar a dimensão socioeconômica e política da crise gerada pelo coronavírus.²⁸ Um tema recorrente (um *tópos*, diríamos), nessa literatura, é a tese de que as dinâmicas neoliberais, fortalecidas nos últimos anos com a emergência de governos de extrema direita, atuariam para *catalisar* os efeitos nefastos da pandemia.²⁹ A erosão dos serviços públicos – em virtude de uma acentuada redução dos investimentos em educação, saúde e previdência social – fragiliza a situação daqueles cujas rendas encontram-se nos estratos mais baixos.³⁰ Ora, o neoliberalismo – à diferença do liberalismo clássico –

²³Gilberto Freyre, por exemplo, dedica algumas páginas do clássico *Casa grande & Senzala* para descrever como, junto às famílias senhoriais do Brasil escravocrata, as marcas de sífilis eram vistas como um sinal de ingresso na vida adulta, um indicativo de “virilidade”. FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob regime de economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2005

²⁴V. SONTAG, Susan. *A doença como metáfora*. Tradução de Márcio Ramalho. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

²⁵A respeito da luta de Sontag contra o câncer, recomendamos a leitura de RIEFF, David, *Swimming in a Sea of Death: A Son's Memoir*. New York: Simon & Schuster, 2008.

²⁶Sobre o tema, recomendamos a leitura do já clássico FOUCAULT, Michel. *Nascimento da clínica*. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

²⁷No Canadá, por exemplo, é desproporcional o número de homens negros condenados por propagação de doença contagiosa (notadamente no que diz respeito à aids). A mídia produz uma “hipersexualização” dos homens negros, representados, não só como estupradores em potencial, mas como principais vetores de disseminação de doenças sexualmente transmissíveis. A propósito, v. DUBE, Sané. *Skewed stories. Catie: Canada's source for HIV and hepatitis C information*, verão de 2017. Disponível em <https://www.catie.ca/en/positiveside/summer-2017/skewed-stories>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

²⁸A título de exemplo, podemos citar a coletânea GONÇALVES, Guilherme Leite (Org.). *Covid-19, capitalismo e crise: bibliografia comentada*. Rio de Janeiro: LEICC/Revista Direito e Práxis, 2020.

²⁹A propósito, v. ZIZEK, Slavoj. *Pandemia: COVID-19 e a reinvenção do comunismo*. São Paulo: Boitempo, 2020.

³⁰A propósito, v. VOMMARO, Pablo. O mundo em tempos de pandemia: certezas, dilemas e perspectivas. *Direito & Práxis*, Ahead of Print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/51001/33840>. Acessado em: 15 de agosto de 2020.

calca-se na primazia da *concorrência* sobre a *solidariedade*.³¹ Aproximando-se do darwinismo social (tal como postulado, no século XIX, por figuras como Herbert Spencer),³² o discurso neoliberal defende que a livre competição por recursos vitais, entre os homens, implica, a longo prazo, no aperfeiçoamento da sociedade: os espécimes mais fracos (isto é, sem “espírito empreendedor”) irão perecer, enquanto os mais fortes se multiplicarão. Assim, programas de justiça social devem ser combatidos, pois permitem que “malandros” e “indolentes” subsistam, o que retardaria o advento do Novo Homem. Para o neoliberalismo, é ao indivíduo, exclusivamente, que deve ser imputado o sucesso ou o fracasso de sua existência: desemprego, pobreza e *doença* surgem devido a “cálculos errados”, e as *perdas* que um sujeito venha a ter em decorrência deles não podem, jamais, ser *socializadas*. Todo ser humano seria “empreendedor de si mesmo” – e, na condição de “empreendedor”, arcaria sozinho com os *riscos* associados a sua vida e ao seu labor. É essa a lógica subjacente ao fenômeno da *uberização*.³³ Nesse cenário, a pandemia seria, não uma tragédia, mas uma *oportunidade*, instrumento capaz de separar o joio do trigo, os que merecem e os que não merecem sobreviver. Daí que Débora Diniz fale em “necropolítica das epidemias”,³⁴ em uma tentativa de refletir sobre o esforço que alguns governos têm empreendido para “*naturalizar* o risco de vida” (na expressão usada por Juliana Pinho, comunicadora popular do complexo de favelas da Maré), ao invés de financiar medidas capazes de minimizar o número de mortos e infectados.³⁵

“Não podemos permitir que a cura seja pior do que o próprio problema” – a observação, do presidente norte-americano Donald Trump, constitui-se em um convite para que sacrificuemos, em honra à economia concorrencial, fracos, idosos e doentes. Por trás da tese da “imunidade de rebanho”, insinua-se a crença, spenceriana, de que ações de solidariedade são obstáculos ao progresso material, e de que o “livre mercado” deve prevalecer sobre qualquer compromisso cívico. Neoliberalismo, darwinismo social e *racismo estrutural* caminham, no

³¹Sobre as diferenças entre o liberalismo clássico e o neoliberalismo, remetemos à obra DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

³²Cf. SPENCER, Herbert. *The man versus the State: with six essays on government, society, and freedom*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

³³Sobre a *uberização*, v. PINHEIRO, Silvia Silva Martins; SOUZA, Márcia de Paula; GUIMARÃES, Karoline Claudino. *Uberização: trabalho do capitalismo contemporâneo*. *Revista Serviço Social em Debate*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 53 a 68, 2018. Há décadas, o economista John Kenneth Galbraith já denunciava a maneira como, no capitalismo tardio, a lógica empresarial tendia a invadir a esfera das relações sociais. A propósito, v. GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. Tradução de F. R. Nickelsen Pellegrini. São Paulo: 1986. O filósofo Byung-Chul Han tem, em incontáveis obras, especulado sobre a forma como o processo de *uberização* tem gerado novas violências. A esse respeito, v. HAN, Byung-Chul. *Topologia da violência*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

³⁴Cf. DINIZ, Débora. *A necropolítica das epidemias*. *El País*, 9 de março de 2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-03-09/a-necropolitica-das-epidemias.html>. Acessado em: 15 de agosto de 2020. O conceito de ‘necropolítica’ tem se popularizado nos últimos anos. Foi cunhado pelo filósofo camaronês Achille Mbembe, em um esforço para discutir os limites da noção foucaultiana de biopolítica, bem como da distinção schmittiana entre Estado de Direito e Estado de Exceção, na análise da realidade social de países neocoloniais, nos quais dá-se uma “guerra estrutural” permanente entre o Poder Público e a sociedade civil, que justifica uma contínua suspensão de garantias e liberdades fundamentais. Sobre o tema, v. MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1, 2019.

³⁵Uma brilhante reflexão sobre as medidas que poderiam ser tomadas pelo Estado para reduzir o risco de morte, durante a pandemia, pode ser encontrada em MARQUES, Victor Ximenes. *Pandemia e antiguerre: da lógica da acumulação à lógica do cuidado*. *Voluntas: Revista de Filosofia*, Santa Maria, v. 11, p. 1 a 11, julho de 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/44015/pdf>. Acessado em: 15 de agosto de 2020.

mundo contemporâneo, de mãos dadas: hierarquizações sociais (como aquelas que advêm das diferenças de oportunidades conferidas a brancos e negros, em contextos pós-escravistas) são justificadas como resultantes da “seleção natural” promovida pelo mercado. Nesse sentido, se pretos e pardos constituem a maior parcela da população desempregada e subempregada, isso decorreria, única e exclusivamente, de sua própria “inaptidão natural” para o exercício de atividades qualificadas. Da mesma maneira, se encontram-se entre as maiores vítimas do COVID-19, deveriam ser os únicos responsabilizados. O modo como essa retórica se infiltrou na discussão sobre a quarentena torna urgente a necessidade de trabalhos que *racializem* a interpretação sobre as implicações políticas da pandemia. É o que nos propomos a fazer no presente *paper*, à luz da Teoria Racial Crítica.

3 UMA BREVE HISTÓRIA DA TEORIA RACIAL CRÍTICA

“Basta que o Direito não seja racista? Ou é preciso que ele seja antirracista?” Tais questionamentos – livremente inspirados em observação da célebre filósofa Angela Davis – poderiam servir para sintetizar os temas e os problemas centrais enfrentados pela Teoria Racial Crítica, movimento intelectual que germinou nas universidades estadunidenses durante a década de 1980.³⁶ O formalismo jurídico, perspectiva ainda hegemônica entre os operadores do Direito, ancora-se na ideologia liberal, e parte do pressuposto de que o ordenamento deve ser “neutro”, não fazendo acepção de pessoas. Ao dirigir-se a todos indistintamente – ignorando as condições materiais concretas de cada sujeito –, a norma jurídica, geral e abstrata, garantiria a *igualdade formal*, trunfo do Estado contemporâneo sobre as sociedades estamentais do Antigo Regime. Mas e se a pretensa “neutralidade” do Direito liberal funcionasse para escamotear, legitimar e reforçar hierarquizações sociais injustas? E se a igualdade formal trabalhasse em prol da manutenção de desigualdades materiais? São essas indagações que levaram ao surgimento da CRT.³⁷

O caso *Brown v. Board of Education*, que se desenrolou entre 1952 e 1954 – mas cujas implicações se fazem sentir até hoje –, foi evento histórico fundamental para que juristas não-brancos (nativos, latinos, asiáticos, e, em especial, afroamericanos) comesçassem a elaborar um projeto teórico antiformalista, dedicado a denunciar os vínculos subterrâneos entre juspositivismo e racismo estrutural.³⁸ No caso *Brown*, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, revertendo a decisão tomada, no ano de 1896, em *Plessy v. Ferguson*, que as políticas

³⁶Uma introdução à Teoria Racial Crítica pode ser encontrada em DELGADO, Richard; STEFANIC, Jean. *Critical Race Theory: an Introduction*. New York; London: New York University Press, 2001. Uma reflexão jusfilosófica a respeito das premissas do movimento é desenvolvida em HARRIS, Angela P. The Jurisprudence of Reconstruction. *California Law Review*, Berkeley, v. 84, n. 4, julho de 1994, p. 741 a 785. Sobre a aplicabilidade de categorias da Teoria Racial Crítica na análise da conjuntura sociopolítica brasileira, v. SILVA, Caroline; PIRES, Thula. Teoria Crítica da Raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. XXVI CONPEDI. Florianópolis, 2015. Sobre a história da CRT, v. CRENSHAW, Kimberlé Williams. Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward. *Connecticut Law Review*, v. 43, n. 5, Storrs, p. 1253 a 1349, julho de 2011.

³⁷Sobre o despontar da CRT, recomendamos a leitura de FERREIRA, G.; QUEIROZ, M. A trajetória da Teoria Crítica da Raça: história, conceitos e reflexões para pensar o Brasil. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 201 a 229, 2018.

³⁸Há vasta bibliografia sobre *Brown v. Board of Education*. Por todas, recomendamos a leitura da obra BELL, Derrick (Org.). *Silent Covenants: Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

de segregação racial nas escolas norte-americanas (que podiam, por exemplo, proibir a matrícula de crianças negras) violavam a cláusula de igual proteção da 14ª Emenda da Constituição. Conquista do movimento dos direitos civis, o julgado lançou uma pá de cal sobre a doutrina “Separados, mas iguais”, e representou o início do fim das *Leis Jim Crow*, que validavam o *apartheid* na sociedade estadunidense.³⁹ O caso *Brown* foi celebrado, por pensadores liberais, como um símbolo da aptidão do Ocidente capitalista para *incluir* minorias, garantindo a todos as mesmas oportunidades. Todavia, no curso dos anos, a comunidade negra começou a dar-se conta de que a abolição de normas discriminatórias, no Direito, não implicava necessariamente no fim de práticas racistas, na vida cotidiana.⁴⁰ Nesse sentido, *Brown v. Board of Education*, como mecanismo de balanceamento das desigualdades raciais, teria fracassado, constituindo-se em uma transformação *sem mudança real*. A realidade educacional é sintomática. Formalmente “mistos”, os colégios norte-americanos seguem sendo, em muitas cidades, drasticamente segregados. Isso porque, frequentemente, os bairros nos Estados Unidos são racialmente demarcados, e regulamentos administrativos proíbem que os pais matriculem seus filhos em instituições fora de suas vizinhanças. As escolas em bairros não-brancos recebem, via de regra, menos investimentos públicos, o que se reflete em desempenho mais fraco dos alunos. Assim, a igualdade formal de oportunidades não gera igualdade de resultados, e valida um sistema que segue sendo profundamente assimétrico.⁴¹

Juspositivistas defendem que a hermenêutica constitucional consolidada após o caso *Brown*, calcada na “cegueira da cor” (*racial color blindness*, expressão frequentemente traduzida, também, como “daltonismo racial”), seria o suficiente para instituir uma sociedade sem discriminação.⁴² Para o Estado, todas as identidades raciais seriam “simétricas”, de sorte que políticas baseadas na cor – ainda que orientadas por um esforço para retificar injustiças históricas cometidas no seio de uma cultura pós-escravista – deveriam ser coibidas. Teríamos, assim, um Direito não-racista – mas, não, um Direito *antirracista*. Ao longo do tempo, juristas vinculados à Teoria Racial Crítica atentaram para o fato de que, subjacente à “neutralidade” do ordenamento jurídico, o *privilégio da branquitude* perdurava. Ignorando o impacto que, no Ocidente, a raça teve e tem na distribuição de poder e recursos, o Direito “cego à cor” fortaleceria um racismo inconsciente e um senso implícito da posição dos brancos.⁴³ Como observa Derrick Bell, um dos pioneiros da CRT: “A cegueira da cor é adotada como uma via fácil para

³⁹Cf. KLARMAN, Michael. *From Jim Crow to Civil Rights: the Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁴⁰Sobre o tema, v. PATTERSON, James T. *Brown v. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁴¹Como Carlo A. Pedrioli observa, em comentário à obra *A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy* (do historiador James T. Patterson), em 1998-1999, 90% das crianças nas escolas públicas de Chicago eram negras ou hispânicas; nas escolas públicas de Detroit, 90% das crianças eram negras. O caso *Freeman v. Pitts* permitiu que decisões “privadas” conduzissem a um processo de ressegregação. Nesse sentido, talvez uma decisão que ampliasse o financiamento público das escolas frequentadas por crianças não-brancas tivesse efeitos mais positivos que o caso *Brown*. Cf. PEDRIOLI, Carlo A. Under a Critical Race Theory Lens – *Brown v. Board of Education: A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*. African-American Law & Policy Report, Berkeley, v. VII, p. 93 a 106, maio de 2005. Disponível em <https://lawpublications.barry.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=facultyscholarship>. Acessado em: 6 de junho de 2020.

⁴²Uma análise crítica dessa perspectiva pode ser encontrada em GOTANDA, Neil. A Critique of “Our Constitution is Color-Blind”. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 44, n. 1, p. 1 a 68, novembro de 1991.

⁴³Cf. BROOKS, Roy L. *Brown v. Board of Education Fifty Years Later: A Critical Race Theory Perspective*. *Howard Law Journal*, Washington, v. 47, n. 3, p. 581 a 626, primavera de 2004.

encobrir as questões raciais que a nação prefere não enfrentar, e muito menos tentar solucionar, seriamente”.⁴⁴ Ora, contra a retórica integracionista – segundo a qual viveríamos em um sistema meritocrático, onde o talento preponderaria sobre a origem, a raça, o sexo, a cor, a idade etc. –, a CRT procura mostrar a persistência, em uma sociedade aparentemente inclusiva, de estruturas de subordinação e exploração. Autores liberais tendem a interpretar a história do constitucionalismo moderno, da Revolução Francesa aos nossos dias, como uma trajetória, gradual e progressiva, de expansão e aprofundamento de liberdades e garantias. Mais direitos, para mais pessoas, em um processo contínuo de aperfeiçoamento.⁴⁵ Esposando uma visão “cínica” do Direito pós-colonial, a CRT sugerirá que os “avanços históricos” no reconhecimento de direitos aos excluídos derivam, na verdade, das tentativas da elite de, sem desestabilizar a ordem vigente, “acomodar” as demandas sociais de modo a postergar indefinidamente o enfrentamento aos privilégios.⁴⁶

Bell sumará essa proposta de leitura formulando o *princípio da convergência de interesses*.⁴⁷ Conforme Bell, no correr da história americana, interesses da comunidade afrodescendente só eram atendidos quando coincidiam com (ou conformavam-se aos) interesses da comunidade eurodescendente. O reconhecimento de direitos aos negros deveria harmonizar-se ao *status quo*, maximizando os benefícios e minimizando os prejuízos *dos brancos*.⁴⁸ É a partir dessa grelha analítica que Bell compreende, por exemplo, a Proclamação de Emancipação de 1863 – que, ao converter a guerra pela unificação dos Estados Unidos em uma cruzada moral pela libertação dos escravizados do Sul, angariou a simpatia dos negros livres do Norte, que reforçaram as frentes de batalha. É nessa chave, ainda, que Bell enxergará o caso *Brown*. Na Guerra Fria, as *Leis Jim Crow* prejudicariam a imagem dos Estados Unidos junto a países do sul global. Nesse sentido, o fim das políticas de segregação, na década de 1950, teria como principal objetivo, não melhorar as condições de vida dos negros, mas ampliar, na luta contra a União Soviética, a esfera de influência norte-americana na África, na Ásia e na América Latina. Nas palavras de Bell:

Brown não foi uma decisão revolucionária. Ela é, pelo contrário, o exemplo definitivo de que o interesse dos negros em obter justiça racial é acomodado apenas quando – e enquanto – os legisladores acham que o interesse dos negros converge com os interesses políticos e econômicos dos brancos.⁴⁹

⁴⁴Tradução nossa para: “Color-blindness is adopted as an easy way to cover over racial issues with which the nation would rather not wrestle, much less try seriously to resolve”. BELL, Derrick. The Unintended Lessons in *Brown v. Board of Education*. *NYLS Law Review*, New York, v. 49, n. 4, p. 1053 a 1067, janeiro de 2005, p. 1066.

⁴⁵A tese da geração de direitos fundamentais, proposta por Karel Vasak e desenvolvida por Norberto Bobbio, exemplifica essa posição. V. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Sobre o tema, v., também, HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁴⁶V. HARRIS, Angela P. Compassion and Critique. *Columbia Journal of Race and Law*, New York, v. 1, n. 3, p. p. 326 a 352, 2012.

⁴⁷V. BELL, Derrick. *Brown v. Board of Education and the Interest Convergence Dilemma*. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, Cambridge, p. 518 a 533, janeiro de 1980.

⁴⁸A propósito, recomendamos a leitura do já clássico BELL, Derrick. *Race, Racism, and American Law*. Boston: Little and Brown, 1973.

⁴⁹Tradução nossa para: “Brown was not a revolutionary decision. Rather, it is the definitive example that the interest of blacks in achieving racial justice is accommodated only when and for so long as policymakers find that the interest of blacks converges with the political and economic interests of whites”. BELL. The Unintended Lessons in *Brown v. Board of Education...*, *cit.*, p. 1056.

Para Bell, o racismo é elemento central, normal e permanente da sociedade norte-americana – e da civilização ocidental, como um todo.⁵⁰ Dessa maneira, condutas discriminatórias, da parte de agentes privados ou públicos, não se constituíam em “acidentes”, a serem corrigidos através de reformas pontuais em nossa arquitetura jurídico-institucional. No entendimento de Bell, o desenvolvimento de uma cultura pós-racial pressuporia uma radical revisão das bases que pavimentam a moderna sociedade de mercado – a ideia de um “capitalismo com face humana”, inclusivo e democrático, representaria um *mito*.⁵¹ O trabalho de Bell – e da CRT, de forma geral – é marcadamente influenciado pelas escolas de pensamento jurídico crítico que despontaram a partir da década de 1960, sob o impacto da Nova Esquerda, da contracultura, do movimento hippie, da descolonização da Ásia e da África etc.⁵² A CRT é tributária, em especial, dos *Critical Legal Studies* (CLS), corrente justeórica que, fundada pelo filósofo brasileiro Roberto Mangabeira Unger, consolidou-se em Harvard e em Yale, nos anos 1980.⁵³ É dos CLS que a CRT herda a crença de que, sob a generalidade – a “indeterminação”, para valerem-nos do jargão dos *crits*⁵⁴ – do discurso jurídico, escondem-se ambições classistas (direcionadas à perpetuação do abismo entre pobres e ricos). Segundo os CLS, é impossível compreender, plenamente, o ordenamento jurídico contemporâneo sem conhecer a dinâmica capitalista que lhe serve de sustentáculo.⁵⁵ A CRT, todavia, pretende dar um passo além dos CLS: defende que, para compreender a dinâmica capitalista, é preciso conhecer os fundamentos racistas da sociedade moderna.⁵⁶ Não se trata de instaurar uma “competição de opressões”, mas de indicar como, historicamente, desigualdades socioeconômicas incidiram de maneira diversa sobre diferentes grupos étnicos. Modernidade é colonialidade: a divisão internacional do trabalho inaugurada, no século XVI, pelas Grandes Navegações, valeu-se da ideia de ‘raça’ como critério central para o reparto de bens e funções. Negros, ameríndios e aborígenes foram – na gramática de Eduardo Galeano – o primeiro “proletariado externo” do Ocidente capitalista, lançados, desde então, às margens do sistema-mundo. Logo, as lutas anti-formalista, anticapitalista, antirracista e anticolonialista devem conjugar-se e imbricar-se.

⁵⁰Essa consciência atravessa as inúmeras crônicas que compõem o livro BELL, Derrick. *Faces at the Bottom of the Well: the permanence of racism*. New York: BasicBooks, 1992.

⁵¹Sobre a necessidade de erigir um novo projeto civilizatório, pós-racial, pós-moderno e pós-capitalista, v. HARRIS, Angela. Jurisprudence of Reconstruction. *California Law Review*, Palo Alto, v. 82, n. 4, p. 741 a 785, julho de 1994.

⁵²Uma breve descrição dessas escolas é apresentada em WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵³Sobre a trajetória dos *Critical Legal Studies*, recomendamos a leitura de UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater risk*. London; New York: Verso, 2015. Cf., também, ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos *Critical Legal Studies*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2229 a 2250, 2018.

⁵⁴Nome dado aos membros dos *Critical Legal Studies*.

⁵⁵Cf. KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system*. New York: New York Press, 2007.

⁵⁶Sobre a “passagem” dos CLS à CRT, v. BRACAMONTE, Jose A. Minority critiques of the Critical Legal Studies Movement. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 22, n. 1, p. 297 a 299. Cf., também, ALMEIDA, Philippe Oliveira de. Intersecções entre Direito, raça e deficiência: a proposta da *DisCrit*. BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; MARTINS, Guilherme Magalhães (Org.). *Pessoa com deficiência: estudos interdisciplinares*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

A CRT traz uma proposta alternativa para se pensar, praticar e *ensinar* o Direito.⁵⁷ A invisibilização das diferenças, no pensamento jurídico, longe de evitar discriminações, serviu para reforçar ideologias dominantes; a CRT, com o fito de dismantelar semelhantes estratégias de poder, pretende resgatar as vozes das “pessoas de cor” marginalizadas.⁵⁸ O Direito é, no mais das vezes, pensado, praticado e ensinado por homens brancos heterossexuais cisgêneros sem deficiência e de classe média alta; tendemos, assim, a identificar a perspectiva desse grupo (pequeno, se comparado à população mundial) como *paradigmática*. Assim, quando falamos em um entendimento “neutro”, universal e não-seccionado da realidade jurídica, temos em mente, na verdade, a visão parcial, relativa e seccionada que os homens brancos heterossexuais etc. produzem. Naturalizamos, normalizamos e generalizamos essa visão, face à qual outras vivências do Direito – de mulheres negras pobres, por exemplo – são retratadas como “exceções”, “nuances”, “variações”.⁵⁹ O poeta e pintor inglês William Blake disse, certa feita: “uma só lei para o leão e o boi é opressão”. Na esteira de Blake, o escritor francês Anatole France ironizou: “a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem pão e dormirem debaixo da ponte, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz”.

A “cegueira da cor”, no debate jurídico, tem efeitos perversos, à medida que oculta os saberes e as experiências de grupos não-brancos. É o que explica que, num país como o Brasil – onde parcela substantiva da população reside em favelas (algumas, mesmo, construídas em palafitas!) –, nossos juristas produzam tanto material bibliográfico sobre aquisição de propriedade por aluvião, e tão pouco sobre o “puxadinho” e o direito real de laje. É o que permite, ainda, entender a razão de, sob a égide da Lei de Drogas – em sua neutralidade, em sua generalidade e em sua indeterminação –, negros com algumas gramas de maconha serem classificados como “traficantes”, enquanto brancos com toneladas de cocaína são considerados “usuários”.

O colonialismo mental reifica identidades, universalizando o horizonte do branco e particularizando (guetificando, caricaturizando como “exótico” e “pitoresco”) o horizonte dos não-brancos. O negro precisa “nomear a própria realidade”, autodefinir-se, construir um vocabulário que descreva as circunstâncias que o rodeiam – do contrário, valendo-se das categorias “universalizáveis” gestadas por um saber eurocentrado, terminará, involuntariamente, legitimando o poder que procura condenar.⁶⁰ Por isso, muitos juristas associados à CRT – como Patricia J. Williams, Kimberlé Crenshaw, Mari Matsuda e Angela P. Harris –⁶¹ recorrerão com frequência a crônicas, testemunhos e relatos de experiência, produzindo empatia, desconforto etc.⁶² Se a linguagem “impessoal” e “racionalizada” da Ciência do Direito hegemônica

⁵⁷Sobre os pressupostos epistemológicos da CRT, cf. VALDES, Francisco. Latina/o Ethnicities, Critical Race Theory, and Post-Identity Politics in Postmodern Legal Culture: From Practices to Possibilities. *La Raza Law Journal*, v. 9, n. 1, p. 1 a 31, 1996.

⁵⁸Cf. POWERS, Peter Kerry. A ghost in the collaborative machine: the White male teacher in the multicultural classroom. In: TUSMITH, Bonnie; REDDY, Maureen T. (Org.). *Race in the College Classroom: pedagogy and politics*. New Brunswick, New Jersey, London: Rutgers University Press.

⁵⁹Daí a importância da discussão sobre “lugar de fala”. Para uma introdução ao tema, v. RIBEIRO, Djamila. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

⁶⁰É essa a coluna vertebral da obra do Dr. Carter G. Woodson, central para o delineamento da Teoria Racial Crítica. Cf. WOODSON, Carter G. *The Mis-Education of the Negro*. Trenton: Africa World Press, 1998.

⁶¹Por todos, v. WILLIAMS, Patricia J. *The alchemy of race and rights: diary of a Law Professor*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

⁶²Cf. LAC, Van T. In Real Time: From Theory to Practice in a Critical Race Pedagogy Classroom. i. e.: inquiry in education, *Chicago*, v. 9, n. 1, p. 1 a 21, 2017.

camufla os preconceitos e as pretensões de um segmento circunscrito da comunidade, o discurso em primeira pessoa, franco e apaixonado, da CRT manifesta-se como um desmascaro, um desbunde, que *repolitiza* o debate jurídico – ao mostrar como suas pseudo-tecnicidades estão atravessadas por sonhos, desejos, anseios e temores de indivíduos *concretos*, historicamente situados, inseridos em *loci* específicos no âmbito dos conflitos sociais.

Embora tenha surgido como um instrumento para escrutinar a cena jurídico-política dos Estados Unidos pós-segregação, a Teoria Racial Crítica pode ser utilizada para que reflitamos sobre o Direito brasileiro.⁶³ É evidente que o racismo, como mecanismo de opressão, se estratifica e se aclimata a diferentes lugares, momentos e populações. O racismo sofrido por asiáticos, por exemplo, não se confunde com o sofrido por latinos.⁶⁴ Melhor seria, pois, que falássemos em racismos, no plural. Alguns intelectuais vinculados à CRT recorrem à noção de ‘racialização diferencial’, para pensar tais “adaptações”.⁶⁵ Não devemos “importar” acriticamente, na análise do racismo pátrio, conceitos cunhados alhures. Todavia, o diálogo com a CRT ajuda a descortinar práticas que, em nosso contexto – ainda muito marcado pelo “mito da democracia racial” –, restariam, de outro modo, obnubiladas. Como uma ferramenta para desvelar as *microagressões*⁶⁶ que, nos palácios de governo, nas assembleias, nos fóruns e nas ruas, escondem-se por trás da máscara da “neutralidade” e da “cegueira da cor”, a CRT segue sendo, depois de quatro décadas, atualíssima. Nosso desafio, enquanto juristas do século XXI nascidos do lado de baixo do Equador, é traduzir – ou melhor: *transcriar*, para valeremo-nos do termo do crítico literário Haroldo de Campos – o impulso orientador da CRT, para além das especificidades da cultura estadunidense. Para explorarmos o rico potencial heurístico e revolucionário da CRT na educação jurídica, devemos ser fiéis ao seu espírito – traindo, se preciso, a sua letra.

4 A TEORIA RACIAL CRÍTICA ASIÁTICA E O “VÍRUS CHINÊS”

Desde que a pandemia de coronavírus começou, inúmeros episódios de agressão a descendentes de asiáticos foram relatados.⁶⁷ Chineses – e indivíduos *tomados por* chineses –

⁶³Precisamos racializar – “aquilombar” – o ensino jurídico, que continua sendo marcadamente eurocentrado. A universidade brasileira, de forma geral (e as faculdades de Direito, em particular), apresenta uma proporção irrisória de professores pretos e pardos, o que se reflete no conteúdo pautado em classe: “Assim, apesar dos avanços contemporâneos e da expansão do ensino universitário na última década, a presença negra na docência permanece diminuta. Como desencadeador dessa realidade, atua o passivo histórico de um projeto social exclusivista que, desde o limiar da República, orienta a nação e tem na educação um dos seus instrumentos base: a escola pública tornou-se um espaço branco, porque branca era a cor da civilização e da modernidade”. ARBOLEYA, Arilda et. al. “Educação para uma vida melhor”: trajetórias sociais de docentes negros. *Cadernos de Pesquisa*, v. 45, n. 158, p. 883 a 914, outubro a dezembro de 2015, p. 889. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v45n158/1980-5314-cp-45-158-00882.pdf>. Acessado em: 29 de abril de 2020.

⁶⁴Sobre o tema, v. CHANG, Robert S.; GOTANDA, Neil. The Race Question in LatCrit Theory and Asian American Jurisprudence. *Nevada Law Journal*, v. 7, p. 1012 a 1029, verão de 2007.

⁶⁵V. HUTCHINSON, Darren Leonard. “Out Yet Unseen”: a racial critique of gay and lesbian legal theory and political discourse. *Connecticut Law Review*, n. 28, v. 2, p. 561 a 645, 1997.

⁶⁶Sobre o conceito de ‘microagressão’, recomendamos a leitura de DAVIS, Peggy Cooper. Law as microaggression. *The Yale Law Journal*, v. 98, p. 1559-1577, June 1989.

⁶⁷ Cf. CUMMINS, Eleanor. The new coronavirus is not an excuse to be racist. *The Verge*, New York, 4 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/2/4/21121358/coronavirus-racism-social-media-east-asian-chinese-xenophobia>. Acessado em: 22 de maio de 2021.

foram atacados ao argumento de que estariam propagando a doença. Ainda hoje, é difundida a crença de o vírus seria uma arma biológica do governo chinês. Referindo-se ao COVID-19 como “vírus de Wuhan” ou “vírus estrangeiro”, muitos políticos ocidentais contribuíram para popularizar essa tese. Exploraram a pandemia como um artifício para recrudescer os apelos xenofóbicos da Nova Direita: expulsão de imigrantes, fechamento de fronteiras, desmantelamento de organizações internacionais e transnacionais etc.⁶⁸ Pessoas amarelas passaram a ser retratadas, assim, como “comedores de morcegos”. Campanhas contra semelhante caracterização midiática – como *#JeNeSuisPasUnVirus* – foram deflagradas, em um esforço para conter essa violência racializada.⁶⁹

Essa associação entre raça e doença não é nova. O grande intelectual W. E. B. Du Bois já alertava para a forma como o governo norte-americano, entre o fim do século XIX e o início do século XX, passara a representar negros e irlandeses como disseminadores de tuberculose.⁷⁰ Epidemias de varíola, no Canadá do século XIX, foram erroneamente atribuídas aos chineses, o que levou, em 1886, a manifestações anti-asiáticas em Vancouver.⁷¹ Um dos pilares do mito do “perigo amarelo” foi a crença de que asiáticos seriam propagadores de doenças como sífilis, lepra e varíola. Essa fantasia foi evocada, reiteradas vezes, para sustentar normas anti-imigratórias, como, nos EUA, a *Chinese Exclusion Act*, de 1882, e, no Brasil, o Decreto 528, de 28 de junho de 1890. Doutrinas racistas, com frequência, referem-se ao grupo racial dominante como um *corpo*, que precisa ser protegido contra a *contaminação* que os imigrantes (grupos raciais subordinados) representam.⁷² Para além de uma metáfora (pobre), essa identificação do Outro como um fator de contágio reverberou (e ainda reverbera!) em políticas de saúde e de segurança (higienismo social). Razão pela qual a “cegueira racial da assistência médica” (*color-blind helth care*), quer dizer, a tentativa de pensar os projetos de saúde pública ignorando o papel estruturante do racismo, não permite que façamos uma análise realista do “apartheid sanitário” que impera no Ocidente. Nessa conjuntura, a Teoria Racial Crítica pode oferecer aportes importantes.

Nas últimas décadas, a CRT ramificou-se em diversas vertentes: a *QueerCrit* (Teoria Racial Crítica *Queer*), a *DisCrit* (*Dis/ability Critical Race Theory*, quer dizer, Teoria Racial Crítica da D/eficiência), a *LatCrit* (Teoria Racial Crítica Latina), a *TribalCrit* (Teoria Racial Crítica Nativo-americana) etc. Sob influência das reflexões de Kimberlé Crenshaw acerca da categoria de

⁶⁸ Cf. BURUMA, Ian. Virus as Metaphor. *The New York Times*, New York, 28 de março de 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/28/opinion/coronavirus-racism-covid.html>. Acessado em: 19 de maio de 2021.

⁶⁹ V. RIBEIRO, Alexandre. Racismo velado e o coronavírus na Alemanha. *ItaúCultural*, São Paulo, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.itaucultural.org.br/secoes/colunistas/racismo-velado-e-o-coronavirus-na-alemanha>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

⁷⁰ Cf. BAILEY, Zinzi *et al.* Racism in the time of COVID-19, *IAPHS: Interdisciplinary Association for Population Health Science*, Eagle, 9 de abril de 2020. Disponível em: <https://iaphs.org/racism-in-the-time-of-covid-19/>. Acessado em: 22 de maio de 2021.

⁷¹ Cf. LARSON, Paula. Anti-Asian racism during coronavirus: how the language of disease produces hate and violence. *The Conversation*, Waltham, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/anti-asian-racism-during-coronavirus-how-the-language-of-disease-produces-hate-and-violence-134496>. Acessado em: 22 de maio de 2020.

⁷² Na lição de Karen Shimakawa: “The Chinaman was and remains a fantastic figment of the American and Western imagination. Serving multiple purposes in multiple places and multiple moments. So conjured, he is also symbolically and ritually tortured. Add up all these visual stigmas and a visual common sense of non-normative, queer disgust is formulated, serialized, and looped”. SHIMAKAWA, Karen. National Abjection. In: TCHEN, John Kuo Wei; YEATS, Dylan (Org.). *Yellow Peril!: an archive of anti-asian fear*. London; New York: 2014, p. 344.

‘interseccionalidade’,⁷³ essas correntes se propõem a investigar a forma como o racismo amolda-se a diferentes grupos vulneráveis. Se, como reza um dos principais *slogans* da CRT, “raça importa!”, raças diferentes irão, na percepção de intelectuais relacionados à *LatCrit*, à *TribalCrit* etc., importar *diferentemente*. Rompendo com o binarismo branco/preto e com a pigmentocracia⁷⁴, figuras como Kin Chanbonpin trabalharão para tornar visíveis as formas de discriminação e de segregação sofridas por latinos, asiáticos, nativos etc. (que não se confundem, necessariamente, com os mecanismos de opressão operacionalizados contra afrodescendentes).⁷⁵ Se as doutrinas jurídicas hegemônicas pecam por fazer do olhar do homem branco heterossexual cisgênero de classe média sem deficiência o “grau zero do conhecimento” (representando seus valores e crenças como “lugares comuns”, neutros, pontos incontroversos...), a CRT buscou evitar a “essencialização” da perspectiva do homem negro heterossexual cisgênero de classe média sem deficiência – encampando uma abordagem radicalmente plural e polifônica, atenta às especificidades dos inúmeros grupos raciais subordinados.⁷⁶ Como pontifica Robert S. Chang:

Podem ser traçadas analogias entre a discriminação experimentada por diferentes grupos sem poder, mas deve-se tomar cuidado para evitar confundir uma forma de discriminação com outra. O grupo dominante usou vários métodos de discriminação, legais e extraleais, contra diferentes grupos sem poder. As diferenças entre esses grupos devem ser consideradas em um discurso sobre raça e Direito, se quisermos usar o Direito como meio de ajudar a acabar com a opressão racial.⁷⁷

⁷³ CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, *Stanford Law Review*, v. 43, n. 6, p. 1241 a 1299, 1991.

⁷⁴ Pigmentocracia é colorismo, e se traduz, por exemplo, na ideia de que latinos, asiáticos etc. seriam “intermediários” entre dois polos, os brancos e os pretos. Trata-se de uma lógica que incide, também, sobre asiático-americanos – é possível observar comunidades que preterem pessoas de pele mais escura, entre descendentes de filipinos, indianos, vietnamitas e japoneses que vivem no Ocidente. Nas palavras de Kin Chanbonpin: “Darker-skinned Asian groups are widely considered to be at the bottom of the Asian American social hierarchy”. CHANBONPIN, Kin D. Between Black and White: The Coloring of Asian Americans. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 14, p. 637 a 663, 2015, p. 644. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1624&context=facpubs>. Acessado em: 7 de julho de 2020.

⁷⁵ Sobre o paradigma branco/preto, Kin Chanbonpin: “The prevailing paradigm for understanding and discussing race relations in the United States is the Black/White binary. Although many have embraced the binary as a valuable tool for framing contemporary discussions about race relations, several legal scholars have decried the dichromatic model as inaccurately representing the nation’s numerous and varied racial and ethnic groups”. CHANBONPIN. Between Black and White..., p. 641.

⁷⁶ A propósito, o célebre Neil Gotanda observa: “In the existing literature of racial studies outside the ‘black-white paradigm’, there is often an unstated assumption that race will carry the same meaning for all non white races, even across different legal and social settings. However, in my own work on Asian Americans and race, I have rejected the automatic assumption that the racialization of whites, blacks, and Asians are identical. Rather, I have examined how the process of differentiating whites from Chinese, Japanese, and other Asians is both similar to and different from white-black racialization”. GOTANDA, Neil. The “common sense” of race. *Southern California Law Review, Los Angeles*, v. 83, p. 441 a 452, 2010, p. 446.

⁷⁷ Tradução nossa para: “Analogies may be drawn between the discrimination experienced by different disempowered groups, but care must be taken to avoid confusing one form of discrimination with another. The dominant group has used various methods of discrimination, legal and extralegal, against different disempowered groups. The differences between these groups must be considered in a discourse on race and the law if we are to use law as means to help end racial oppression”. CHANG, Robert S. Toward an Asian American Legal Scholarship: Critical Race Theory, Post-structuralism, and Narrative Space. *California Law Review*, Los

Identidades raciais não são naturais, autoevidentes, óbvias e inquestionáveis – são construções sócio-históricas, que dependem de tensões e negociações de natureza política e econômica. Daí que comunidades possam, no correr do tempo, ser racializadas ou des-racializadas, com base nas pretensões e nas expectativas da cultura hegemônica (é o caso dos imigrantes irlandeses na América do Norte, nos séculos XIX e XX). Raça é categoria instável, e a linha da cor desloca-se ao sabor dos ventos e das conveniências. Nas palavras de Chanbonpin: “Raça não é uma característica fixa de identidade, mas sim socialmente construída e mutável. As categorias raciais e os significados a elas atribuídos podem, portanto, ser interrogados com referência às contingências do tempo e do espaço”.⁷⁸ Como já indicaram alguns juristas vinculados à CRT: “raça é performance!”.⁷⁹

É nessa paisagem que emerge a *AsianCrit* (Teoria Racial Crítica Asiática). Contra o mito da “minoridade modelo”, segundo o qual descendentes de asiáticos no Ocidente seriam “brancos honorários”, plenamente integrados (e símbolos, por conseguinte, das virtudes do capitalismo meritocrático), a *AsianCrit* mostrará como a maioria das pessoas amarelas nascidas nos EUA seguem sendo estrangeiros perpétuos em seu próprio país, inassimiláveis à sociedade branca.⁸⁰ Sua lealdade aos EUA é reiteradamente questionada, o que os condena a viver em enclaves étnicos, guetos, *chinatowns*. Muitos se submetem a cirurgias de des-etnicização, em uma tentativa de serem socialmente “lidos” como brancos. Assim, longe de serem – como a mídia norte-americana, desde o célebre artigo *Success Story, Japanese-American Style*, publicado em 1966 na *New York Times Magazine* por William Petersen, procura disseminar – um emblema do potencial *inclusivo* do liberalismo, asiático-americanos possuem trajetórias marcadas pelo preconceito e pela marginalização.⁸¹ Essa permanente “estrangeiridade”, que se inscreve nos corpos dos “orientais” no Ocidente, será o ponto de partida das pesquisas desenvolvidas pela *AsianCrit* – vale lembrar que, até há poucas décadas, vigiam, em vários países

Angeles, v. 81, p. 1241 a 1323, 1993, p. 1265. Disponível em: <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=faculty>. Acessado em: 8 de julho de 2020.

⁷⁸ Tradução nossa para: “Race is not a fixed identity characteristic, but is, rather, socially constructed and mutable. Racial categories and the meanings ascribed to them can therefore be interrogated with reference to the contingencies of time and space”. CHANBONPIN. *Between Black and White...*, p. 652.

⁷⁹ V. LÓPEZ, Ian F. Haney. *The Social Construction of Race*. DELGADO, Richard (Org.). *Critical Race Theory: The Cutting Edge*. Philadelphia: Temple University Press, 1995.

⁸⁰ Conforme Robert S. Chang: “That Asian Americans are a “model minority” is a myth. But the myth has gained a substantial following, both inside and outside the Asian American community. The successful inculcation of the model minority myth has created an audience unsympathetic to the problems of Asian Americans. Thus, when we try to make our problems known, our complaints of discrimination or calls for remedial action are seen as unwarranted and inappropriate. They can even spark resentment”. CHANG. *Toward an Asian American Legal Scholarship...*, *cit.*, p. 1260.

⁸¹ Nas palavras de Chanbonpin: “The Model Minority Myth was designed to mollify the societal tensions brought to the fore by these burgeoning social movements. The success of Asian Americans was intended to serve as proof that racism was not to blame for failure to achieve the American Dream. Rather, the Myth promoted the notion that poor conditions in Black communities were the result of Black cultural inadequacies. Positioned as a wedge in a social system that subordinates Black people, many – thought not all – Asian American groups thrived”. CHANBONPIN. *Between Black and White...*, p. 652. *Cf.*, também, KOLANO, Lan. *Smartness as cultural wealth: an AsianCrit counterstory*. *Race Ethnicity and Education*, London, v. 19, n. 6, p. 1149 a 1163, 2016. Disponível em: https://www.libs.uga.edu/reserves/docs/main-spring2018/freeman-qual8400/kolano_smartness%20as%20cultural%20wealth.pdf. Acessado em: 7 de julho de 2020.

do Ocidente, normas que proibiam a naturalização de amarelos. A formação de uma identidade genuinamente asiático-americana, intensificada por experiências compartilhadas de discriminação, permite que pessoas amarelas comecem a postular, dentro da Teoria Racial Crítica, temas, problemas e métodos próprios.⁸²

As estratégias de mobilização antirracista elaboradas a partir dos pleitos dos negros norte-americanos não contemplam, necessariamente, outras “minorias” étnicas. É dessa percepção que nasce a *AsianCrit*. Por séculos, afroamericanos concentraram suas pautas sociais em torno de reivindicações por *direitos individuais*, civis e políticos. Mas, no caso de culturas – como as indígenas e as asiáticas – nas quais o comunitário impõe-se sobre o individual, conquistas de liberdades e garantias subjetivas podem não ser suficientes. Valores como a “tradição” e a “ancestralidade” não são devidamente tutelados por *declarações de direitos*, aos moldes das revoluções liberais. Na lição de Chang:

Em primeiro lugar, a luta tradicional por direitos civis, com sua base na filosofia política liberal, é calcada em concepções de direitos individuais. Esses direitos têm como premissa a noção de um eu autônomo individualizado. No entanto, esse eu autônomo individualizado pode não refletir a realidade de todos os asiático-americanos e das culturas das quais eles derivam. Muitas filosofias e culturas asiáticas têm em seu centro o conceito de não-eu. E ao menos um idioma asiático não tem uma palavra para ‘eu’ que corresponda a ‘eu’ em inglês. Assim, para alguns asiático-americanos, a luta tradicional por direitos civis pode estar em desacordo com sua autoconcepção e visão de mundo.⁸³

Daí que, diversamente do que poderíamos pensar, a superação do liberalismo jurídico moderno possa representar, para os asiático-americanos, um desafio mais urgente que para outros grupos raciais subalternizados. E, como sugere Neil Gotanda, essa constatação confere, à *AsianCrit*, um perfil mais radical que muitas outras ramificações da CRT.⁸⁴ O imaginário ocidental, com frequência, retrata asiáticos como “quietos”, “diligentes”, “conformados com o *status quo*” – características vistas como virtudes, que assegurariam a eles o “ingresso” em posições de poder nas Américas e na Europa. Seriam, dessa maneira, um exemplo de que a “cegueira da cor” funciona, e de que demandas por justiça racial constituem-se em reivindicações de “privilégios”. Porém, ligeiras flutuações nas relações de poder, em contexto geoes-

⁸² V. CHANG, Robert S. The Invention of Asian Americans. *UC Irvine Law Review*, Irvine, v. 3, p. 947 a 964, 2013. V., ainda, GOTANDA, Neil. Inventing Asian American. *University of California*, Davis, Los Angeles, v. 45, p. 1885 a 1888, 2012. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/45/5/Articles/45-5_Gotanda.pdf. Acessado em: 07 de julho de 2020.

⁸³ Tradução nossa para: “First, tradicional civil rights work, with its foundation in liberal political philosophy, is based upon conceptions of individual rights. These rights are premised on the notion of an individuated autonomous self. However, this individuated autonomous self may not reflect the reality of all Asian Americans and the cultures from which they come. Many Asian philosophies and cultures have at their center the concept of no-self. And at least one Asian language does not have a word for ‘I’ that corresponds to ‘I’ in English. Thus, for some Asian Americans, tradicional civil rights work may be at odds with their self-conception and worldview”. CHANG. *Toward an Asian American Legal Scholarship...*, cit., p. 1265 e 1266.

⁸⁴ V. GOTANDA, Neil. *Critical Legal Studies, Critical Race Theory and Asian American Studies*. *Amerasia Journal*, v. 21, n. 1-2, p. 127 a 136, 1995.

tratégico (disputas comerciais entre os EUA e a China, por exemplo) bastam para que os amarelos sejam *racializados*, sujeitos a perseguições e violências oficiais e extraoficiais.⁸⁵ Vê-se, pois, que o mito da minoria modelo beneficia, apenas, a supremacia branca.⁸⁶ Desde a Antiguidade, “orientais” são, sistematicamente, associados por nosso imaginário a despotismo, corrupção, decadência moral, vulgaridade, vaidade e esplendor luxuoso. Essas caricaturas – que, em meio às lutas anticoloniais, serão condensadas na figura ficcional do Dr. Fu Manchu⁸⁷ – são, ainda hoje, reavivadas, sempre que os interesses de nações ocidentais colidem com pretensões de povos asiáticos. A ideia de “perigo amarelo” orbita em torno desses *tropoi*. Um exemplo: como forma de refrear a imigração de asiáticos para a América do Norte (“invasão insidiosa”, para muitos brancos estadunidenses), jornais da década de 1960 publicavam gravuras que representavam chineses canibalizando – juntamente com irlandeses – o Tio Sam.

Essas considerações ajudam a compreender o motivo de muitos governos terem se valido da pandemia para disseminar o ódio contra amarelos, apoiando teorias conspiratórias etc. Como a Teoria Racial Crítica demonstra, a divisão internacional do trabalho estrutura-se em termos raciais, e a manutenção dos privilégios de brancos, no Ocidente, pressupõe um trabalho contínuo de “demonização” de outros grupos étnicos. Nesse sentido, o coronavírus passa a ser visto, não como uma tragédia, mas como uma *oportunidade* – de acelerar processos de segregação, de precarização e de suspensão de direitos, ao argumento de que tais medidas seriam necessárias no enfrentamento da crise. A lógica do “capitalismo do desastre”, bem apontada pela jornalista Naomi Klein em trabalhos recentes, também é racista, e ressuscita antigas fantasias – como o do “perigo amarelo” – como ferramenta para legitimar embates políticos e econômicos. Nessa conjuntura, as considerações da *AsianCrit* acerca da construção social da raça amarela – e o esforço, correlato, para desmistificar a ideia de “minoria modelo” – oferecem aportes importantes.

⁸⁵ V. MUSEUS, S. D.; IFIKAR, Jon. *An Asian Critical Theory (AsianCrit) Framework: Asian students in higher education*. New York: Routledge, 2013.

⁸⁶ Conforme Sohyun An: “In school students rarely learn about the Asian American experience in the study of U.S. history. Asian Americans and their long struggle for equity are almost invisible in school curricula, which, according to Asian critical race theory, contribute to the resiliency of white supremacy. Since American national identity is defined by whiteness, Asian Americans are regarded as illegitimate Americans, and the exclusion of Asian Americans from U.S. history curricula is warranted. Consequently, the curricular exclusion sends explicit and implicit messages to students that being American means being white and that Asian Americans are not real Americans”. AN, Sohyun. *AsianCrit as a Theoretical Lens to Trouble and Transform White Supremacy*. In: HAWKMAN, Andrea M.; SHEAR, Sarah B. (Org.). *Marking the “Invisible”: Articulating Whiteness in Social Studies Education*. Charlotte: Information Age Publishing, 2020, p. 5 e 6.

⁸⁷ Acerca do Dr. Fu Manchu, John Tchen observa: “Instead, the inscrutable Dr. Fu Manchu uses his Western intellect and Eastern cunning to try to destroy Western Civilization and beat it at its own game of world conquest. He organizes the colonized against the British, and picks off colonial administrators who catch on to his plot. This sublimated revenge fantasy helps make sense of why the Devil Doctor seems to take so much pleasure in his ability to outwit and terrify the British. The messy details of Western violence need not complicate the story of Western purity and innocence. In a paranoid political culture, seemingly random disruptions of London’s peace can be explained simply and elegantly: The East wants to annihilate the West”. TCHEN; YEATS. *Introduction: Yellow Peril Incarnate*. In: TCHEN; YEATS (Org.). *Yellow Peril!..., cit.*, p. 5.

■ CONCLUSÃO: UM PASSO ALÉM DE SONTAG

Ainda está por ser redigida uma história da doença como metáfora racial. Grupos não-brancos específicos são associados a doenças determinadas; doenças específicas são associadas a grupos não-brancos determinados. As identidades raciais, como constructos socioculturais que se transformam no correr do tempo, lançam pré-concepções e pré-juízos a respeito do *corpo* do outro, chaves a partir dos quais o corpo do outro será “lido”. Se, como Susan Sontag já observou, o imaginário relativo a doenças é utilizado como um instrumento de segregação de comunidades não-hegemônicas, então, em uma sociedade racializada, a mitologia em torno de vírus e bactérias será manuseada com o fito de conservar e validar sistemas de exclusão. Seria possível mapear quais doenças foram, no curso dos anos, associados a quais grupos raciais subalternizados – e qual arquitetura jurídico-política subsidiou tais associações. A Teoria Racial Crítica pode, aqui, servir-nos de auxílio, para que demos um passo além de Sontag, e entendamos como a “linha da cor” impacta na elaboração de representações sociais acerca de doenças. A pandemia de coronavírus constitui-se em um caso emblemático. Por um lado, é possível perceber (aplicando noções da CRT) como o COVID-19 impacta diferentemente grupos raciais diversos – e como medidas de saúde pública que não levam o racismo estrutural em consideração, por se pressuporem “neutras”, acabam *acelerando* a morte de comunidades não-brancas.⁸⁸ Por outro lado, não é difícil constatar (ancorados na *AsianCrit*) que o resgate do mito do “perigo amarelo” foi importante para que governos de extrema direita se aproveitassem da pandemia para fortalecer projetos xenofóbicos e ampliar estratégias de flexibilização de direitos. Em uma civilização racista e neocolonial, precisamos atentar para a forma como a “linha da cor” estrutura as relações sociais – e isso inclui a maneira como nos relacionamos com o corpo, o nosso e o alheio. A pandemia explicita a forma como as desigualdades promovidas pelo racismo perpassam nossa vida cotidiana, por vezes de forma velada, silente, mas inescapável.

REFERÊNCIAS

BELL, Derrick. Brown v. Board of Education and the Interest Convergence Dilemma. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, Cambridge, p. 518 a 533, janeiro de 1980.

CHANG, Robert S. The Invention of Asian Americans. *UC Irvine Law Review*, Irvine, v. 3, p. 947 a 964, 2013. V., ainda, GOTANDA, Neil. Inventing Asian American. *University of California*, Davis, Los Angeles, v. 45, p. 1885 a 1888, 2012. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/45/5/Articles/45-5_Gotanda.pdf. Acessado em: 07 de julho de 2020.

CHOMILO, Nathan T. *et al.* The harm of a colorblind allocation of scarce resources. *Health Affairs*, Bethesda, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.healthaffairs.org/doi/10.1377/hblog20200428.904804/full/>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

⁸⁸ Sobre o tema, recomendamos a leitura de CALDWELL, Kia Lilly. *Health Equity in Brazil: Intersections of Gender, Race, and Policy*. Champaign: University of Illinois Press, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color, *Stanford Law Review*, v. 43, n. 6, p. 1241 a 1299, 1991.

DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço: os destinos das sociedades humanas*. Tradução de Sílvia de Souza Costa, Cynthia Cortes e Paulo Soares. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GOTANDA, Neil. Critical Legal Studies, Critical Race Theory and Asian American Studies. *Amerasia Journal*, v. 21, n. 1-2, p. 127 a 136, 1995.

HARRIS, Angela P. Compassion and Critique. *Columbia Journal of Race and Law*, New York, v. 1, n. 3, p. p. 326 a 352, 2012.

HUTCHINSON, Darren Leonard. "Out Yet Unseen": a racial critique of gay and lesbian legal theory and political discourse. *Connecticut Law Rivew*, n. 28, v. 2, p. 561 a 645, 1997.

MBEMBE, Achille. *Direito universal à respiração*. Tradução de Ana L. Braga. São Paulo: n-1 edições [nº 20], 2020. Disponível em: <https://n-1edicoes.org/020>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

MUSEUS, S. D.; IFIKAR, Jon. *An Asian Critical Theory (AsianCrit) Framework: Asian students in higher education*. New York: Routledge, 2013.

PINHEIRO-MACHADO, Rosana. *Coronavírus não é democrático: pobres, precarizados e mulheres vão sofrer mais*. *The Intercept Brasil*, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/17/coronavirus-pandemia-opressao-social/>. Acessado em: 14 de agosto de 2020.

RIBEIRO, Alexandre. *Racismo velado e o coronavírus na Alemanha*. *ItaúCultural*, São Paulo, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.itaucultural.org.br/secoes/colunistas/racismo-velado-e-o-coronavirus-na-alemanha>. Acessado em: 21 de maio de 2021.



A URGÊNCIA DE UMA PEDAGOGIA ANTIRRACISTA: IMPACTOS DA INCORPORAÇÃO DO ART. 4, X, DA NOVA CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE URGENCY OF AN ANTI-RACIST PEDAGOGY: IMPACTS OF THE INCORPORATION OF THE ARTICLE 4, X, FROM THE NEW INTER-AMERICAN CONVENTION AGAINST RACISM ON THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

THIAGO OLIVEIRA MOREIRA* | ENZO GABRIEL OLIVEIRA MEDEIROS** | SERGIO BEZERRA DA SILVA FILHO***

RESUMO

O presente trabalho trata do combate ao racismo e à discriminação racial pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Nesse contexto, são abordadas questões referentes ao art. 4, X, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Verifica-se, ainda, se a incorporação do texto convencional no Brasil irá efetivar um aumento na proteção das populações não-brancas em situação de desamparo. Esse estudo, assim, contribui com a agenda de pesquisa no compromisso da erradicação de práticas discriminatórias pelo Estado brasileiro. Outrossim, tem o objetivo de fomentar a igualdade jurídica pela aplicação do artigo mencionado, especialmente no que se refere à construção de instrumentos pedagógicos antidiscriminatórios. Foram utilizados, para tanto, a revisão bibliográfica sobre direitos humanos e racialidade e a análise jurisprudencial, bem como o estudo de casos. Conclui-se, pois, que a incorporação da referida Convenção, se interpretada a partir de pressupostos teóricos raciais legítimos, em especial no que se refere à produção de ferramentas pedagógicas antirracistas, trará um importante fortalecimento no combate ao racismo no país, o que demanda um esforço, inclusive, dos agentes encarregados pela aplicação do texto do tratado.

Palavras-chave: Direito Antirracista; Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos; Racismo; Pedagogia Antirracista.

ABSTRACT

This paper discusses the fight against racism and racial discrimination by the inter-american system of human rights protection. In this context, important points related to the article 4, X, of the Inter-American Convention against Racism, Racial Discrimination and Related Forms of Intolerance are addressed. It is also verified whether the incorporation of the conventional text in Brazil will provide an increase in the protection of non-white populations in helplessness situations. This study, thereby, contributes to the research agenda in the commitment to eradicate discriminatory practices by the Brazilian State. Furthermore, it aims to promote legal equality through the application of the mentioned article, especially with regard to the construction of anti-discriminatory pedagogical instruments. For this purpose, a bibliographic review on human rights and raciality and a jurisprudential analysis were used, as well as case studies. It is concluded, therefore, that the incorporation of the Convention, if interpreted from legitimate racial theoretical assumptions, especially with regard to the production of anti-racist pedagogical tools, will bring an important strengthening in the fight against racism in the country, which demands an effort, even from the agents in charge of applying the text of the treaty.

Keywords: Anti-racist Law; Inter-American System of Human Rights Protection; Racism; Anti-racist Pedagogy.

* Pós-Doutorando em Direito pela Universidad Externado de Colombia. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade do País Basco (Espanha). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
thiagoliveiramoreira1981@gmail.com

** Graduando em Direito pela UFRN.
enzogbrm@gmail.com

** Graduando em Direito pela UFRN.
sergiobdasfilho@gmail.com

Recebido em 27-6-2021 | Aprovado em 19-7-2021



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O DIREITO ANTIRRACISTA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; 2 O COMBATE AO RACISMO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS; 2.1 Antirracismo no Corpo Iuris Interamericano; 2.2 Manifestações da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos sobre o racismo e a discriminação racial; 3 O IMPACTO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO INTERAMERICANO NUMA PERSPECTIVA RACIAL NO BRASIL; 3.1 A incorporação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância ao ordenamento jurídico brasileiro; 3.2 A discriminação racial na educação e o dever do Estado em prevenir, eliminar, proibir e punir a elaboração e a implementação de material, métodos ou ferramentas pedagógicas que reproduzam estereótipos ou preconceitos, como pressuposto legal para a construção de uma pedagogia antirracista; CONCLUSÃO

■ INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 desencadeou um sem-número de dilemas morais, jurídicos e políticos. A crise sanitária desvelou a insuficiência dos *valores* que, até o início de 2020, empregávamos para orientar as nossas decisões cotidianas. Por isso, muitos intelectuais, advindos da Filosofia Moral, da Filosofia do Direito e da Filosofia Política, viram-se convocados a intervir no debate público, para, em um cenário de desinformação e anomia, oferecer balizas capazes de guiar o Estado e a sociedade civil. Por exemplo: pesquisadores vinculados ao campo da Bioética têm discutido quais os critérios que os médicos devem, face a escassez de recursos provocada pela superlotação dos hospitais, adotar na distribuição de leitos, respiradores etc.¹ Contudo, são raras as investigações que se preocupam em destacar como marcadores sociais similares a classe, gênero e r Partindo do pressuposto de que o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos representa um veículo de fomento aos direitos humanos nas Américas, o combate às práticas desumanizantes, como o racismo e a discriminação racial, que aniquilam diariamente vidas racializadas, deve partir, também, dos órgãos internacionais responsáveis pelo referido sistema e incumbidos da tarefa de resguardo de tais garantias fundamentais pretensamente inderrogáveis.

Nessa senda, e tendo como perspectiva principal o antirracismo aplicado ao direito, o presente artigo tem como objeto a incorporação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e o comprometimento do Estado brasileiro com o seu texto, especialmente no que diz respeito à aplicação adequada do seu art. 4, X, referente à relação entre educação e racismo, na busca pela proteção aos direitos humanos no Brasil.

É sabido, ainda, que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo Estado brasileiro de acordo com a processualística específica exigida pelo art. 5º,

¹ Por todos, recomendamos a leitura do ótimo ARAÚJO, Luana Adriano; MELO, Arthur Cezar Alves de; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Critérios éticos e políticos para a triagem em tempos de crise: pensando a alocação de recursos escassos a partir da deficiência. *Voluntas: Revista Internacional de Filosofia*, Santa Maria, v. 11, e. 28, p. 1 a 14, julho de 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/voluntas/article/view/43980/pdf>. Acessado em: 21 de maio de 2021.

§ 3º, da Constituição Federal adquirem hierarquia não normativa, nem supralegal, mas sim constitucional frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Levando isso em consideração, indaga-se: a incorporação da Convenção em pauta no Brasil irá configurar um estreitamento entre a ordem jurídica internacional e a interna, de forma a proteger a dignidade humana das populações não-brancas do país, pelo repúdio à disseminação de ferramentas pedagógicas que corroborem com discursos racistas?

Nessa direção, investiga-se como esta Convenção será capaz de fomentar a igualdade jurídica efetiva ao coibir materiais pedagógicos que reproduzam estereótipos racistas no ambiente escolar. Assim, para que uma resposta adequada ao problema trazido seja atingida, alguns objetivos específicos precisam ser alcançados. Inicialmente, será realizado um estudo sobre a intrínseca relação existente entre os direitos humanos e o direito antirracista. Em sequência, será analisada a atuação regionalizada da Organização dos Estados Americanos (OEA) nesse sentido, observando a sua contribuição na luta contra o racismo e a discriminação racial. Finalmente, será proposta a utilização de teorias raciais críticas para a aplicação da Convenção e do artigo supramencionado à realidade brasileira, partindo-se dos avanços - e retrocessos - empregados pelo país a esse respeito em consonância à legislação antirracista global e interamericana.

Do ponto de vista metodológico, será realizada uma análise do acervo legal antidiscriminatório produzido pelos sistemas onusiano e interamericano de proteção aos direitos humanos, bem como das manifestações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte IDH sobre o assunto, dando-se ênfase a alguns casos paradigmáticos, quais sejam Simone André Diniz, Wallace Almeida e Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Será feita, ademais, uma revisão da bibliografia especializada sobre racismo e direito, localizada no continente americano, conjugada com produções intelectuais latino-americanas e estadunidenses, a exemplo do trabalho de Lélia Gonzalez e da Teoria Crítica Racial (TCR), que possibilitem aplicar o direito antirracista no Brasil, levando-se em consideração as suas particularidades. Ainda, será utilizada a análise e interpretação de trechos da Convenção e a exposição de 03 (três) estudos que analisem experiências pedagógicas antirracistas, propondo-se, ao fim, a formação racial dos agentes incumbidos de aplicar as tratativas elencadas no texto convencional.

Dado o exposto, a presente pesquisa, ao propor examinar se a incorporação da supracitada Convenção será capaz de reduzir as distâncias abissais que segregam a população branca da não-branca do país, pode contribuir significativamente com a importante agenda de pesquisa sobre direito antirracista no compromisso de erradicação de práticas discriminatórias no Estado brasileiro.

1 O DIREITO ANTIRRACISTA E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

De início, há de se pensar no que seria, ou no que poderia ser, um direito antirracista. Se o racismo é um “sistema de dominação que almeja reproduzir vantagens materiais e culturais para os membros do grupo racial dominante”², então o direito antirracista é uma utilização

² MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 555.

estratégica de uma das ferramentas desse sistema - qual seja, o direito - para forjar teorias que questionem a doutrina e a metodologia racistas³.

No entanto, para não cair na ilusão do salvacionismo, é essencial fazer a ressalva de que o direito não deve ser encarado como um instrumento revolucionário. Urge, pois, lembrar do enunciado poeticamente pela feminista negra e afro-caribenha Audre Lorde: “as ferramentas do senhor nunca derrubarão a casa-grande”⁴. Diante dessa contradição, faz-se imperativo pensar e utilizar o direito a partir de perspectivas estratégicas como a do advogado abolicionista Luiz Gama, para o qual, longe de ser um reino de salvação, o direito seria mais uma dentre as armas úteis para lutar pela emancipação dos povos, importante, mas jamais suficiente⁵.

Elucidado esse ponto, cabe fazer uma distinção necessária dos sentidos que direito antirracista, ou direito antidiscriminatório numa perspectiva racial, podem acumular ao longo do presente texto. Em primeiro momento, esses serão utilizados como “um campo jurídico composto por uma série de normas que pretendem reduzir ou eliminar disparidades significativas entre grupos”⁶, nesse caso raciais, compondo a legislação internacional e nacional sobre o tema.

Enquanto em momento diverso, esses serão compreendidos como uma forma de militância e produção intelectual destinados à emancipação dos grupos minoritários⁷. Representando, assim, os estudos e teorias, nacionais e internacionais, que tenham como objeto a relação intrínseca entre direito e racismo ou que, de alguma forma, abordem essa relação.

É relevante, ainda, apontar a expressividade com a qual esse tema tem sido abordado em âmbito de direito internacional, de forma recente, e o tratamento específico que recebe na seara de proteção aos direitos humanos, para uma melhor compreensão ao seu respeito⁸. Para fazê-lo, é necessário destacar os momentos de surgimento dos direitos humanos e de sua internacionalização, a fim de compreender como a perspectiva racial adentrou esse sistema.

Nesse sentido, é forçoso afirmar que os direitos humanos consolidam-se com o chegar da modernidade, em especial protagonizados pelas revoluções francesa e das colônias britânicas, com suas respectivas declarações de direitos.⁹ É importante notar, entretanto, que essas declarações partiram de uma noção individualista e abstrata de homem (ainda apenas do sexo masculino), além de a-histórica e socialmente descontextualizada¹⁰.

³ ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 148.

⁴ LORDE, Audre. *Irmã Outsider*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 137.

⁵ ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 148.

⁶ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 555.

⁷ ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 148.

⁸ Nesse momento, utiliza-se como evidência dessa expressividade e especial tratamento, a existência dos tratados, citados ao longo do texto, que lidam exclusivamente sobre a discriminação racial, racismo e formas correlatas de intolerância.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 2.

¹⁰ JESUS, Vinicius Mota de. *Do silêncio ao estatuto da igualdade racial: os caminhos da igualdade no direito brasileiro*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 35-37.

Calçados, então, no entendimento de que todos os seres humanos deveriam ser livres e iguais, os franceses e os estadunidenses deixaram de fora de suas cartas de direitos mulheres, pessoas negras e diversas outras minorias, não compreendidos na noção de seres humanos - abstrata e universalista - proposta por esses documentos¹¹.

Outrossim, não seria honesto deixar de citar a revolução haitiana e a sua Carta de Direitos, a Constituição haitiana, de 1805, que trazia, com o devido enfoque, o direito à igualdade racial e a urgência da eliminação do racismo, adotando um antiescravismo radical, tema omitido pelas outras declarações supracitadas¹². Além disso, a Carta trazia consigo a declaração de que todos os habitantes haitianos passariam a ser considerados negros, reapropriando-se e subvertendo a linguagem de origem colonial e a noção de uma identidade particular historicamente modelada¹³.

Pois bem, é somente após os horrores da Segunda Guerra Mundial que se faz presente a internacionalização dos direitos humanos, notadamente com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹⁴. Todavia, o caráter excludente dos direitos humanos, fruto das elaborações europeias e estadunidenses sobre o assunto, foi herdado pela DUDH, sendo ignorados os avanços teóricos e políticos da Constituição do Haiti sobre o tema¹⁵.

Assim, é apenas em 1963 que a ONU se manifesta especificamente sobre o assunto, por meio da resolução nº 1.904/XVIII da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), em que aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.¹⁶

Esta Convenção condena em seu âmago todas as ações de segregação e discriminação, assim como afasta qualquer prerrogativa governamental que baseie políticas públicas em superioridade e ódio raciais¹⁷. Por fim, obriga os Estados Partes aderentes à sua redação a não praticarem atos discriminatórios contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições, além de proibi-los de encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial por quem quer que seja¹⁸.

¹¹ JESUS, Vinicius Mota de. *Do silêncio ao estatuto da igualdade racial: os caminhos da igualdade no direito brasileiro*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 35-37.

¹² DUARTE, Evandro; QUEIROZ, Marcos. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade. *Direito, Estado e Sociedade*. n.49. p. 10 a 42. jul/dez, 2016. p. 33-34

¹³ *Ibid.*

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁵ DUARTE, Evandro; QUEIROZ, Marcos. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade. *Direito, Estado e Sociedade*. n.49. p. 10 a 42. jul/dez, 2016. p. 34-35; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁷ *Ibid.*, p. 133.

¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 133-134; Com fulcro nas disposições da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a fim de assegurar o progresso de grupos sociais e étnicos que necessitem de proteção para gozar amplamente dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADC nº 41 de relatoria do Min. Roberto Barroso, decidiu ser constitucional a Lei n. 12.990/2014, pela qual ficam reservadas aos negros 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta aos negros.

2 O COMBATE AO RACISMO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Segundo Jahyr-Philippe Bichara e Dominique Carreau, uma das principais características da sociedade internacional pós-guerra é a heterogeneidade de seus atores, os quais, caso sejam Estados, passaram a se dispor em organizações internacionais regionais, a exemplo da Organização dos Estados Americanos.¹⁹ Por sua vez, com a complexificação desse cenário, foram instaurados, a partir dessas, sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, notadamente os sistemas europeu, africano e interamericano²⁰.

Com efeito, apesar de inicialmente controversos, esses sistemas são, no momento, amplamente aceitos, observado o benefício de lidar com nações próximas e com interesses - no que se refere à proteção dos direitos humanos - frequentemente comuns²¹. Isto, pois, a possibilidade de se levar em conta valores regionais na aplicação dos direitos humanos permitiu sanar algumas das dificuldades enfrentadas pelo sistema onusiano, pretensamente universal, e de difícil cumprimento²².

Seguindo essa linha, cabe apontar que, também no combate ao racismo, não é interessante trabalhar unicamente com a universalização de normas. O que pode ser justificado, por exemplo, partindo da compreensão de que a categoria raça surge com a invenção das Américas, legitimando a dominação colonial e adquirindo traços únicos nesse processo²³. Contribui para esse pensamento, também, a noção de amefricanidade, elaborado por Lélia Gonzalez, que pensa as populações negras no continente americano de forma coletiva, compreendendo a semelhança entre suas lutas.²⁴

Sendo assim, pensar o combate ao racismo no continente americano a partir do direito interamericano se mostra, de forma autoevidente, uma estratégia inestimável para avançar no campo da erradicação dessa condição discriminatória.

2.1 Antirracismo no *Corpo Iuris* Interamericano

Nesse sentido, a busca pela mitigação do racismo e da discriminação racial na seara regional americana está intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento da proteção interamericana de direitos humanos²⁵. Isso porque é através dos instrumentos internacionais produzidos neste sistema, com especial destaque a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de

¹⁹ CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr Philippe. *Direito Internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 22-28.

²⁰ HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: uma atualização. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. n. 4. Ano 3, 2006. p. 160-169.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, 2005. p. 117-142.

²⁴ GONZALEZ, Lélia. *Primavera para as rosas negras*. São Paulo: UCPA Editora, 2018. p. 321-333.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 219.

Direito Humanos²⁶, que os avanços iniciais no sentido de consolidar um regime de liberdades individuais e de justiça social²⁷ emergem como corolários lógicos da solidariedade americana, reconhecendo-se direitos fundamentais a toda pessoa humana²⁸.

No esforço pela erradicação, prevenção e sancionamento do racismo, é imprescindível mencionar, na seara do sistema interamericano, ainda, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovadas em 2013, que buscam fazer avançar o acervo antidiscriminatório do direito internacional dos direitos humanos²⁹ em consonância aos textos supra elencados.

No que tange especificamente à Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância - objeto de estudo deste artigo científico - cumpre salientar que os acréscimos que trouxe ao enfrentamento das formas contemporâneas de racismo a partir das particularidades da região americana³⁰ são expressivos. Estes vão desde a ampliação do conceito de discriminação racial, até o oferecimento de ações que devem ser adotadas pelos Estados para rechaçar atitudes discriminatórias nos seus territórios.³¹

De se esclarecer, neste momento, que a escolha feita por explorar, em maiores detalhes, esta Convenção em específico dá-se porque ela sintetiza os apontamentos mais recentes sobre o tema no ambiente americano de proteção aos direitos humanos, sendo a resposta atual aos avanços calcados pelo direito antirracista no ambiente da OEA. Nessa senda, merece, portanto, inspeção cuidadosa e substancial sobre os institutos e conceitos que enuncia, uma vez que aperfeiçoa e desenvolve os direitos consagrados na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial no que tange ao conteúdo democrático dos princípios da igualdade jurídica e da não-discriminação.

Sobre a dilação semântica do termo “discriminação racial”, a referida Convenção trouxe a ideia de que tal expressão corresponde a qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, que possua como objetivo restringir

²⁶ A Convenção ressalta o reconhecimento de que os direitos essenciais da pessoa humana derivam não da nacionalidade, mas sim da sua condição humana, o que justifica a proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 222.

²⁷ Merece destaque, aqui, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte IDH que, a partir da entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, passaram a, conjuntamente, zelar pelos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, tendo aquela - cumpre mencionar - adquirido um papel dúplice nesse sentido.

²⁸ Art. 3, alínea L, Carta da OEA. CARTA da Organização dos Estados Americanos. 30 abr. 1948.

²⁹ Tem seu marco inicial na edição da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 253.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília*, v. 29, p. 58-70, nov. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211928299.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³¹ CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 5 jun. 2013.

o exercício de direitos³². Outrossim, explica o tratado internacional em comentário que a discriminação racial indireta corresponde àquela capaz de, por meio de uma ação de roupagem aparentemente neutra, excluir indivíduos de um certo grupo³³.

Ainda sobre isso, o conceito de discriminação múltipla ou agravada foi outra inovação trazida pelo texto do acordo em análise. Esta ideia trata sobre discriminações que combinam diferentes critérios, como raça e gênero, afetando sujeitos de formas diferentes e minando a concretização do direito à igualdade.

Nessa perspectiva, ao abordar os deveres dos Estados na coibição de todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, a Convenção instituiu - atualizando o rol de comandos orientados ao enfrentamento dessas máculas - a represália a qualquer conteúdo racista ou racialmente discriminatório disseminado pela internet a fim de contemplar, ao abarcar os veículos cibernéticos de comunicação, todas as manifestações de racismo possíveis e identificáveis na contemporaneidade.³⁴³⁵

Sobre as ações afirmativas, o diploma incorpora o que a jurisprudência internacional entende sobre o assunto, isto é, que tais medidas devem ser concebidas pelo prisma prospectivo, orientadas à transformação social, assim como pelo prisma retrospectivo, visando compensar um passado discriminatório.³⁶

À luz das tratativas sinalizadas, é crucial, também, lançar olhar atencioso sobre as constituições dos Estados latino-americanos - que em sua maioria ratificam os principais tratados que promovem a igualdade e eliminam a discriminação racial da ONU e da OEA - na tarefa pela proteção efetiva dos direitos humanos. Isso porque alinhar e integrar a ordem constitucional interna dessas nações com a internacional, ampliando os seus blocos de constitucionalidade, é uma etapa incontestável à prevenção, punição e erradicação da discriminação em sua plenitude.³⁷

De modo geral, as Cartas Magnas desses países encontram-se alinhadas com a proteção da diversidade étnico-racial enquanto valor fundamental, bem como com a supressão do racismo, adquirindo distinção, à vista disso, a Constituição da Colômbia. A Lei maior deste país, em seu art. 7º, reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana, desenvolvendo ações favoráveis aos grupos historicamente discriminados nesse sentido.

Indeclinável na apreciação do assunto concernente ao racismo e à discriminação racial, e à missão incansável de se suprimir tais estigmas, é, além de todo o exposto, a contemplação

³² *Ibid.*

³³ PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília*, v. 29, p. 58-70, nov. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211928299.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³⁴ CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 5 jun. 2013.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília*, v. 29, p. 58-70, nov. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211928299.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

da jurisprudência produzida pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos sobre o tema.

2.2 Manifestações da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos sobre o racismo e a discriminação racial

Merece destaque especial, pela importância e vanguarda que carrega, o caso Simone André Diniz Vs. Brasil. A análise desta controvérsia possui um relevo singular por ter sido a primeira vez em que um país membro da OEA foi responsabilizado, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por racismo³⁸.

Em síntese, Simone André Diniz foi discriminada ao demonstrar interesse em uma vaga de trabalho para empregada doméstica, anunciada em um veículo de comunicação de grande circulação à época do ocorrido, e ter sido recusada em decorrência de sua cor. Após se insurgir contra a situação, apresentando *notitia criminis*³⁹ por meio da Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP, o Ministério Público se manifestou pelo arquivamento do caso com o fim das investigações pela polícia, havendo o Poder Judiciário acatado o pleito.⁴⁰

Neste ínterim, salientou a CIDH que o fatídico episódio de racismo vivenciado pela vítima não configura um caso isolado na realidade brasileira. Muito pelo contrário, refere-se a um padrão de comportamento retroalimentado pelas autoridades públicas que, ao não processarem e julgarem tais violações adequadamente, acabam por fomentar um sistema que endossa a institucionalização de práticas racistas e discriminatórias.⁴¹

Assim sendo, o sofrido por Simone se tornou paradigma do racismo estrutural, tendo André de Carvalho Ramos conceituado essa circunstância, no que tange à jurisdição interamericana, como: “um conjunto de normas, práticas e comportamentos discriminatórios cotidianos adotados por organizações públicas ou privadas que impõe a membros de grupos raciais ou étnicos discriminados situação de desvantagem”.⁴²

Além disso, a CIDH e a Corte IDH, por meio da apreciação de outros panoramas, como Wallace de Almeida Vs. Brasil e Favela Nova Brasília Vs. Brasil, repousaram o entendimento - mesmo que indiretamente - de que o Estado brasileiro avilta sistematicamente os direitos das populações não-brancas por meio da violência desregada e discricionária da força policial que se encontra consubstanciada no racismo institucional⁴³.

³⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Campinas: Editora Cej, 2020. p. 541.

³⁹ Veículo pelo qual uma autoridade competente, por meio de uma provocação formal, toma conhecimento de uma infração penal.

⁴⁰ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Campinas: Editora Cej, 2020. p. 541.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 580.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Relatório de 20 de março de 2009. §§ 61-65. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

A morte de Wallace de Almeida, jovem e negro, durante operação policial no quintal de sua própria casa, bem como o episódio das execuções extrajudiciais cometidas contra 26 (vinte e seis) pessoas na Favela Nova Brasília, em outras palavras, exemplificam a “quantidade desproporcionalmente alta de indivíduos com traços próprios da raça negra entre as vítimas fatais das ações da polícia”⁴⁴, representando um claro indicativo da tendência racista que paira e guia os aparelhos de repressão estatal do Brasil.

Claro se é, pois, que apesar dos avanços aqui discutidos no que diz respeito ao enrobustecimento do direito antidiscriminatório interamericano numa perspectiva racial e da recepção dele pelas nações que compõem a OEA, a região latino-americana é assoberbada, ainda nos dias de hoje, por reminiscências do passado ditatorial que vigorou na localidade.

Acresce-se a isso, uma violência exacerbada e altos níveis de exclusão - como se extrai dos pronunciamentos dos órgãos voltados à promoção de direitos humanos deste sistema - que encontram vazão para prosperar em regimes formalmente democráticos⁴⁵, os quais não conseguem se desvencilhar da “precária tradição de respeito aos direitos humanos”⁴⁶ herdada dos tempos pretéritos.

Nesse rumo, e em consonância ao outrora abordado, há de se, agora, avaliar o panorama dos direitos humanos no Estado brasileiro de maneira minuciosa a fim de se entender, satisfatoriamente, a situação de tais enunciados no país, bem como o impacto real que o direito antirracista produzido na seara do sistema interamericano de direitos humanos vem fazendo e se propõe a fazer nesta nação.

3 O IMPACTO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO INTERAMERICANO NUMA PERSPECTIVA RACIAL NO BRASIL

No contexto do Brasil, nada obstante o Estado adotar o valor da primazia da dignidade da pessoa humana⁴⁷ e estar inserido neste sistema regional de proteção aos direitos humanos, promovendo a criação de políticas públicas que visam estreitar as lacunas que separam grupos

⁴⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Wallace de Almeida Vs. Brasil*. Sentença 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440port.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

⁴⁵ Aqui, faz-se alusão à definição bobbianista de democracias formais e substanciais. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 14ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1987. p. 157-158.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília*, v. 29, p. 58-70, nov. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211928299.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁴⁷ Flávia Piovesan adverte que “ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale dizer, a lógica do Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana”. PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. Washington: Organization Of American States. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

raciais distintos⁴⁸, segue-se revelando um panorama de aguda desigualdade social baseada na discriminação estrutural contra pessoas afrodescendentes⁴⁹.

Esse processo de marginalização, conforme sinalizou a CIDH no seu último relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, torna-se um empecilho significativo à participação efetiva de tais sujeitos em espaços democráticos, no acesso à justiça, bem como no acesso à saúde e à educação de qualidade.⁵⁰ O preconceito e a desigualdade resultam, então, “na manutenção de uma perversa cultura de dominação racial em um ciclo infundável de violações”⁵¹.

Em contrapartida, malgrado tais problemas, a Comissão também reconheceu os avanços galgados pelo Estado brasileiro no combate a essas dificuldades, dando visibilidade significativa aos trabalhos desenvolvidos pela Secretaria Nacional de Políticas e Promoção da Igualdade Racial (SNPIR) que, dentre muitos projetos de elaboração de marcos legais e de políticas públicas na defesa e proteção dos direitos das pessoas afrodescendentes, merecem proeminência o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial e o Estatuto da Igualdade Racial.⁵²

O papel do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR), vinculado à Secretaria, também ganhou destaque no referido documento. Isso porque, segundo este, tal órgão foi responsável por aguçar políticas direcionadas à igualdade racial, uma vez que permitiu a participação ativa da sociedade em sua construção.⁵³

Noutro giro, a ampliação do acesso à educação em todos os níveis e modalidades, representa também, de acordo com o mesmo relatório produzido pela Comissão, um largo melhoramento das políticas públicas da nação brasileira que possibilitam a expansão do direito básico à educação e a elevação de sua qualidade a todos.⁵⁴ Isso se demonstra na taxa de matrícula que, em 2017, no ensino fundamental, foi de 96.3% (noventa e seis ponto três por cento); no ensino médio de 81.3% (oitenta e um ponto três por cento); e no ensino superior de 51.34% (cinquenta e um ponto trinta e quatro por cento).⁵⁵

Segundo o relatório, a importância de se fazer avançar a política educacional no país se alicerça no caráter inclusivo e universal que a educação há de ter, bem como no seu papel eliminador de desigualdades estruturais, atentando-se para os grupos que ao longo da história se fizeram sentir distanciados do centro decisório das tutelas estatais.⁵⁶

Faz-se mister, agora, retomar o raciocínio iniciado no começo deste subtópico. Significa dizer, logo, que as vulnerabilidades enfrentadas pela parcela não-branca do país insistem em, como destaca o relatório da Comissão Interamericana, excluí-la do bojo de oportunidades sociais e da efetiva igualdade real e jurídica.

⁴⁸ LIMA, Fernanda da Silva. *Racismo e Antirracismo no Brasil: temas emergentes no cenário sociojurídico*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018. p. 13.

⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. 2021. p. 187.

⁵⁰ *Ibid*, p. 19.

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. 2021, p. 21.

⁵² *Ibid*, p. 33-34.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. 2021. p. 33-34.

⁵⁴ *Ibid*, p. 164.

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ *Ibid*.

Assim, notada a perpetuação dessa situação de desamparo, insuficientemente alterada, urge buscar formas de utilização do direito para auxiliar nessa batalha contra o racismo. Para tal, propõe-se aqui proceder com um apanhado das produções intelectuais latino-americanas e estadunidenses no intuito de repensar a interpretação e aplicação do direito interamericano antirracista no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa análise será, pois, organizada em dois momentos, primeiro abordando as produções da Teoria Crítica Racial⁵⁷ e de alguns dos estudos raciais latino-americanos, logo em seguida, e, em subtópico posterior, explorando como a Convenção em análise deverá ser aplicada e interpretada.

Com efeito, apesar de ter sido elaborada tendo como foco o racismo estadunidense, não é possível deixar de reconhecer a importância da TCR na análise da relação entre direito, poder e racismo, além de sua relação dialógica com os estudos raciais brasileiros⁵⁸.

No entanto, não se pretende abordar estudos estadunidenses e querer aplicá-los no Brasil, ignorando as diferenças fundamentais entre essas duas nações⁵⁹. Assim, propõe-se aqui o uso translocal dessas teorias, colocando em pauta as semelhanças e diferenças geográficas e de poder, sem abrir mão de pensar também os estudos raciais latino-americanos⁶⁰.

Para tal, cabe aqui apontar duas premissas importantíssimas nesse diálogo, úteis tanto no cenário brasileiro quanto no estadunidense, sejam as quais a de que o racismo é normalidade, compondo a forma usual da lógica contemporânea e a de que a raça é uma construção social e não biológica.⁶¹ Ambas as premissas, nesse sentido, inestimáveis para pensar o direito, pilar da manifestação estrutural do racismo⁶².

Além disso, é urgente apontar a existência de inúmeras especificidades próprias das relações raciais latino-americanas, ou da afrolatinoamericanidade⁶³, assim como a imensa contribuição das autoras e autores dessa região para o estudo das relações entre racismo e direito. A compreensão de como opera o racismo estrutural, por exemplo, é indispensável para pensar um direito antirracista, como também a compreensão de que o direito é elemento indutor da racialização na sociedade⁶⁴.

⁵⁷ A TCR, em breve explicação, é uma teoria jurídica e racial que surgiu como alternativa aos *Critical Legal Studies* - importante vertente dos estudos críticos do direito estadunidenses -, no país norte-americano. Em seu surgimento, a TCR se pautou na união de acadêmicos de cor para que abordassem o tratamento legal da racialidade, na necessidade de contestar o discurso legal dominante e na insatisfação com a forma como a oposição aos discursos liberais sobre a raça era realizada. CRENSHAW, Kimberlé. et al. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: The New Press, 1995. pp. XXI e XXII.

⁵⁸ ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 150-151; FERREIRA, Gianmarco; QUEIROZ, Marcos. A trajetória da Teoria Crítica da Raça. *Teoria Jurídica Contemporânea*. 3:1, janeiro-junho 2018. PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464, p. 201-229.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ DELGADO, Richard; Stefanic, Jean. *Critical Race Theory: an introduction*. 3. ed. New York : New York University Press, 2017. p. 8-11.

⁶² ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 57.

⁶³ GONZALEZ, Lélia. *Primavera para as rosas negras*. São Paulo: UCPA Editora, 2018. p. 307-319.

⁶⁴ ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. P. 141.

Sendo assim, tendo em vista que a referida Convenção reforça, em seu próprio preâmbulo, o compromisso com o combate à discriminação nas Américas⁶⁵, é prudente pensar que a produção intelectual interamericana deve ser utilizada como mecanismo prioritário para sua aplicação e interpretação. Afinal, como já exposto, o domínio colonial justificado na racialidade é uma lógica típica da invenção das Américas⁶⁶.

Outrossim, cumpre explicitar como a referida Convenção ganhou tamanho destaque no estudo do direito antirracista brasileiro, abordando-se os motivos pelos quais ela tem se apresentado como uma promessa para o fortalecimento dos institutos de combate ao racismo no país por meio, inclusive, do estudo do seu processo de incorporação.

3.1 A incorporação da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância ao ordenamento jurídico brasileiro

É de cediço conhecimento que, a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ser incorporados no Brasil por meio de uma ritualística específica que veio a “conferir status constitucional às normas neles contidas”⁶⁷. Este avanço - que buscou apaziguar divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto⁶⁸ - demonstra expressamente a abertura do Estado brasileiro às tratativas de direitos humanos internacionais, bem como a obrigatoriedade do país em se submeter aos direitos enunciados em tais tratados, considerando-se o caráter especial que apresentam quando comparados aos comuns⁶⁹.

Com os acréscimos feitos pela EC citada, os tratados internacionais de direitos humanos devem, então, ser incorporados por meio de três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, para que adquiram o valor hierárquico supramencionado.

Tais tratados passarão, findado o procedimento narrado, a compor o bloco de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, sem alterar, contudo, o texto da Constituição Federal. Nas palavras de Thiago Moreira, as “normas contidas nos tratados citados somente podem derrogar (implicitamente) as previstas no texto da Constituição caso sejam mais favoráveis à proteção dos direitos humanos, ou seja, na hipótese de ampliação dos direitos”⁷⁰

⁶⁵ CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 5 jun. 2013.

⁶⁶ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, 2005. p. 117-142.

⁶⁷ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015. Prefácio: Valério de Oliveira Mazzuoli. p. 162.

⁶⁸ *Ibid*, p. 161.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_convencao_sobre_eliminacao_todas_formas_discriminacao_racial.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015. Prefácio: Valério de Oliveira Mazzuoli. p. 168.

Em consonância ao acima trazido, e após a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância ter sido assinada pelo governo brasileiro, a Câmara dos Deputados votou pela aprovação, em quórum qualificado, do seu texto em dezembro de 2020, depois de a Comissão de Relações Exteriores da Câmara apresentar o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 861/2017.⁷¹

Em seguida, a Convenção foi despachada para o Senado, onde recebeu a designação de PDL 562/2020, tendo a sua matéria sido aprovada por unanimidade, com um total de 71 (setenta e um) votos a favor no primeiro turno e de 66 (sessenta e seis)⁷² no segundo.⁷³

O texto da referida Convenção no Brasil foi, feitas as devidas votações, promulgado e publicado na forma do Decreto Legislativo 1/21, no Diário Oficial da União, pelo presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, no dia 19/02/2021 e enviado ao Presidente da República. Jair Bolsonaro - atual Chefe do Executivo - ratificou, então, em maio deste mesmo ano, por meio de Decreto Presidencial, o conteúdo da Convenção em discussão a fim de certificar a adesão do Brasil ao compromisso internacional que ela traz.⁷⁴

Isso significa dizer que tal tratado recebe, com o fim do processo trazido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, superioridade hierárquica material e formal⁷⁵ em relação às demais normas infraconstitucionais, exigindo, dessa maneira, que estas sejam interpretadas conforme os seus valores.⁷⁶ De se evidenciar, à vista disso, que a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância é o primeiro tratado internacional de direitos humanos que trata sobre racismo e discriminação racial a ser incorporado seguindo a cerimônia formal imposta pelo art. 5º, § 3º, da Lei Maior.

⁷¹ CÂMARA DE NOTÍCIAS, Agência. *Congresso Nacional promulga Convenção Interamericana contra o Racismo*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/728944-congresso-nacional-promulga-convencao-interamericana-contra-o-racismo/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁷² Nota-se que a quantidade de votos que representa a unanimidade difere do primeiro turno para o segundo turno pois considera, para a contagem, apenas os membros da Casa presentes no momento de votação, que divergiram em número nas duas ocasiões.

⁷³ SENADO, Agência. *Pacheco promulga Convenção Interamericana Contra o Racismo*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/02/19/pacheco-promulga-convencao-interamericana-contra-o-racismo>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁷⁴ Há de se trazer à baila, sobre o tópico, o que Jahyr-Philippe Bichara diz a respeito da processualística de ratificação de tratados de direitos humanos - na forma de Decreto Legislativo - pelo Presidente da República. Para o autor, a promulgação do Decreto Presidencial não é necessária para que os tratados de tal natureza possam produzir efeitos jurídicos no ordenamento nacional, uma vez que, na ausência deste, cumpre ao Senado Federal realizar tal tarefa, nos termos do art. 66, § 7º, da Constituição Federal. Em outras palavras, a promulgação do Decreto Legislativo é a que conta, já que é através deste que a soberania do povo brasileiro em se sujeitar às tratativas de direito internacional, em essência, é exercida, bem como o princípio do *pacta sunt servanda* é substanciado. CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr Philippe. *Direito Internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SENADO, Agência. *Pacheco promulga Convenção Interamericana Contra o Racismo*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/02/19/pacheco-promulga-convencao-interamericana-contra-o-racismo>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 364.

⁷⁶ *Ibid*, p. 24.

3.2 A discriminação racial na educação e o dever do Estado em prevenir, eliminar, proibir e punir a elaboração e a implementação de material, métodos ou ferramentas pedagógicas que reproduzam estereótipos ou preconceitos, como pressuposto legal para a construção de uma pedagogia antirracista

Dado o exposto, é urgente instrumentalizar a Convenção e seu caráter hierarquicamente valorativo para transformar substancialmente a maneira como a legislação de combate ao racismo é encarada no Brasil. Para tal, propõe-se pensar o texto convencional a partir das teorias raciais supracitadas, desvincilhando-se de vez de perspectivas interpretativas descontextualizadas e a-históricas do direito.

Diante disso, é essencial pensar nas formas pelas quais a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância poderá ser aplicada a fim de alcançar o objetivo almejado. Sendo assim, como referência de análise, será elucidada a relação entre educação e racismo, que notadamente ganha destaque no art. 4, X:

Artigo 4. Os Estados comprometem-se a *prevenir, eliminar, proibir e punir*, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, *todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância*, inclusive:

x. *elaboração e implementação de material, métodos ou ferramentas pedagógicas que reproduzam estereótipos ou preconceitos*, com base em qualquer critério estabelecido no Artigo 1.1 desta Convenção (grifo nosso).⁷⁷

De início, faz-se necessário compreender que o funcionamento da estrutura racista que opera na contemporaneidade se sustenta em instituições sociais aparentemente neutras, perpetuando o racismo sem recorrer a menções explícitas de racialidade, como nos é apresentado pela Teoria Crítica Racial, mencionada em subtópico anterior⁷⁸. Tal cenário ganha especial destaque com a notória desigualdade racial brasileira já exposta, evidência de que o racismo é regra e não exceção no país, agindo de forma estrutural.⁷⁹

Tendo isso em vista, é proposta do presente trabalho a interpretação do artigo em questão tendo esse ponto como pressuposto. Ou seja, implica afirmar que a norma de coibir materiais pedagógicos racistas, quando pensada no contexto brasileiro, se traduz na urgência de mudar todo o material pedagógico e não somente eliminar aquele que reproduza explicitamente estereótipos ou preconceitos⁸⁰. Demanda, pois, a necessidade de se adotar uma pedagogia antirracista, em cumprimento com o disposto pela Convenção.

⁷⁷ CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 5 jun. 2013.

⁷⁸ DELGADO, Richard; Stefanic, Jean. *Critical Race Theory: an introduction*. 3. ed. New York : New York University Press, 2017. p. 8.

⁷⁹ ALMEIDA, Sílvia. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 50.

⁸⁰ DELGADO, Richard; Stefanic, Jean. *Critical Race Theory: an introduction*. 3. ed. New York : New York University Press, 2017. p. 8.

Sustenta esse argumento, ainda, a produção latino-americana concernente ao apagamento sistemático dado às populações racializadas, em especial às mulheres, nos livros de história tradicionais, como exposto pela feminista negra Sueli Carneiro:

O que poderia ser considerado como história ou reminiscências do período colonial permanece, entretanto, vivo no imaginário social e adquire novos contornos e funções em uma ordem social supostamente democrática, que mantém intactas as relações de gênero segundo a cor ou a raça instituídas no período da escravidão. As mulheres negras tiveram uma experiência histórica diferenciada que o discurso clássico sobre a opressão da mulher não tem reconhecido, assim como não têm dado conta da diferença qualitativa que o efeito da opressão sofrida teve e ainda tem na identidade feminina das mulheres negras. Quando falamos do mito da fragilidade feminina, que justificou historicamente a proteção paternalista dos homens sobre as mulheres, de que mulheres estamos falando? Nós, mulheres negras, fazemos parte de um contingente de mulheres, provavelmente majoritário, que nunca reconheceram em si mesmas esse mito, porque nunca fomos tratadas como frágeis.⁸¹

E também pela feminista negra Lélia Gonzalez:

O nosso herói nacional foi liquidado pela traição das forças colonialistas. O grande líder do primeiro estado livre de todas as américas, coisa que não se ensina nas escolas para as nossas crianças. E quando eu falo de nossas crianças, estou falando das crianças negras, brancas e amarelas que não sabem que o primeiro Estado livre de todo o continente americano surgiu no Brasil e foi criado pelos negros que resistiram à escravidão e se dirigiram para o sul da capitania de Pernambuco, atual estado de Alagoas, a fim de criar uma sociedade livre e igualitária. Uma sociedade alternativa, onde negros e brancos viviam com maior respeito, proprietários da terra e senhores do produto de seu trabalho. Palmares é um exemplo livre e físico de uma nacionalidade brasileira, uma nacionalidade que está por se constituir. Nacionalidade esta em que negros, brancos e índios lutam para que este país se transforme efetivamente numa democracia.⁸²

Nesse sentido, destaca-se que o apagamento da população negra na historiografia clássica, patriótica e branca brasileira⁸³, evidenciado pelas teóricas, contribui fortemente para a sua estigmatização e estereotipação⁸⁴. Situação que se agrava, uma vez que a ausência de representações positivas produz na subjetividade do negro uma imagem distorcida de si mesmo, inferiorizada e subalternizada, de difícil reversão⁸⁵.

⁸¹ CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: Holanda, Heloísa Buarque (org). *Pensamento feminista - conceitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Bazar do tempo, 2019. p. 325-326.

⁸² A MARCHA Negra. Intérprete: Lélia Gonzalez. [S.I.]: CULTNE, 2009. P&B.

⁸³ PIRES, Thula. *Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Orientadora: Gisele Cittadino. 2013. 2v. 323 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2012. p. 33.

⁸⁴ *Ibid*, p. 40.

⁸⁵ *Ibid*, p. 42.

Ademais, faz-se inestimável reforçar que o racismo, operante enquanto estrutura social e ideológica, demanda uma pedagogia crítica e radical para ser combatido⁸⁶. Por exemplo, a partir da interação entre as pedagogias anticolonialista, crítica e feminista⁸⁷, como proposto pela feminista negra e freiriana⁸⁸, bell hooks⁸⁹, ou ainda partindo de saberes fronteiriços que rompem com epistemologias coloniais⁹⁰, cúmplices do universalismo, racismo e sexismo, como proposto pelos teóricos e teóricas decoloniais⁹¹.

Para além disso, e buscando aproximar teoria e prática, é prudente apresentar experiências pedagógicas antirracistas concretas no Brasil e expor como essas têm sido uma valiosa ferramenta na luta contra o racismo. Para tal, foram selecionados 3 (três) casos, os quais foram objetos de teses e dissertações que exploram a pedagogia antirracista em diferentes regiões do Brasil, todas ressaltando a importância da construção identitária negra.

Em primeiro momento, expõe-se o caso da atuação do grupo Encantarte na escola Margarida Pereira e sua influência em todo o Bairro Maria Pinheiro, no sul da Bahia, onde, há mais de 10 anos, o grupo tem atuado com atividades culturais e pedagógicas para valorização da cultura afro-brasileira. Segundo o trabalho analisado, a iniciativa foi exitosa em inserir jovens na universidade, abarcar a discussão sobre os problemas sociais do bairro e efetivar o conhecimento e a apropriação da cultura africana⁹².

Em seguida, relata-se o trabalho da professora Daiana da Silva, cria da baixada fluminense, em seu esforço para construir, em espaço virtual e físico, uma educação infantil antirracista e decolonial, a partir de seu envolvimento com movimentos sociais e das contribuições de teóricas, outrora aqui trabalhadas, a exemplo de bell hooks e Lélia Gonzalez. Segundo a própria professora, em estudo autobiográfico, as práticas educativas antirracistas foram essenciais para construir uma pedagogia que se comprometa positivamente com questões étnico-raciais⁹³.

Finalmente, apresentam-se as ações extensionistas do Núcleo Multidisciplinar em Ensino Quilombola (Numeq) e sua atuação pedagógica antirracista numa instituição de ensino superior de rede privada e no quilombo Sítio Veiga, localizados no sertão central ce-

⁸⁶ ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019. p. 68.

⁸⁷ HOOKS, Bell. *Ensinando a transgredir: a Educação como prática de liberdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla- São Paulo. p. 20.

⁸⁸ Freiriano remete-se ao importante pedagogo brasileiro, Paulo Freire.

⁸⁹ O nome da autora está grafado em minúsculo por escolha política.

⁹⁰ BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 11. Brasília, maio - agosto de 2013, p. 89-117.

⁹¹ Decolonial refere-se a um campo de estudos que surgiu na América Latina, influenciado pela teoria pós-colonial e pós-estruturalista, que busca compreender a colonialidade e desestruturá-la. BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 11. Brasília, maio - agosto de 2013, p. 89-117.

⁹² CHACÁ, Adriana. *Agora Não São Mais "Os" Negros e Sim "Nóa" Negros: Narrativas dos Integrantes do Encantarte Sobre Sua Identidade Negra*. Orientador: Vladimir Henrique Araújo. 2017. 128 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Programa de Pós-graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade, Jequié, 2017. p. 102-107.

⁹³ SILVA, Daiane. *Professora Negras: Autoria e Protagonismo na Construção de Práticas Educativas Anti-Racistas e Decoloniais na Educação Infantil*. Orientadora: Giovana Xavier. 2019. 90f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação, Programa de Pós-graduação em Educação, Rio de Janeiro, 2020. p. 82-84.

rense. A partir da pesquisa apreciada, foi verificada a potência das práticas pedagógicas antirracistas para desnaturalizar o racismo e na valorização de saberes apagados na própria história e cultura da comunidade⁹⁴.

Por último, cabe destacar que, para que se concretize a interpretação antirracista da Convenção, proposta no presente trabalho, faz-se urgente garantir que as contribuições propostas sejam previamente apropriadas por aqueles que irão aplicá-las. Nessa toada, focaliza-se, aqui, a formação dos membros do Judiciário e do Ministério Público, observada a relevância estratégica desses órgãos na fiscalização de políticas públicas, ferramentas indispensáveis para a efetivação das normas antidiscriminatórias.

Nesse caminho, realçam-se positivamente as recomendações do CNMP nº 41⁹⁵, de 9 de agosto de 2016, que orienta a criação de órgãos especializados na promoção da igualdade étnico-racial, a inclusão do tema em editais de concursos e o incentivo à formação inicial e continuada sobre o assunto, e nº 40⁹⁶, de 9 de agosto de 2016, que define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos.

Assim, partindo da exposição exemplificativa das três experiências fáticas e da propositura apresentada, é possível dirimir a distância entre teoria e prática, compreendendo, então, a possibilidade concreta de se efetivar uma mudança radical na elaboração e utilização de ferramentas pedagógicas brasileiras, transformando-as em instrumentos valiosos na luta contra o racismo e a discriminação racial no país.

■ CONCLUSÃO

A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância não é fruto de uma ação legislativa internacional espontânea: trata-se do desdobramento de uma custosa incorporação da questão racial na seara dos direitos humanos - que teve como precursora a Constituição Haitiana de 1805 e marco formal de início a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 -, além de um importante processo de regionalização dos sistemas que os promovem.

⁹⁴ SILVA, Cristiane. *Do Quilombo Sítio Veiga à Universidade: Uma Experiência Extensionista Antirracista no Sertão Central Cearense*. Orientadora: Joselina da Silva. 2019. 196 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Educação, Programa de Pós-graduação em Fortaleza. Fortaleza, 2019. p. 62-65.

⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução CNMP nº 41, de 9 de agosto de 2016. *Define parâmetros para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro para a correta implementação da política de cotas étnico-raciais em vestibulares e concursos públicos*. Diário Eletrônico do CNMP, Brasília, DF, Caderno Processual, de 5/9/2016, p. 1-3.

⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução CNMP nº 40, de 9 de agosto de 2016. *Recomenda a criação de órgãos especializados na promoção da igualdade étnico-racial, a inclusão do tema em editais de concursos e o incentivo à formação inicial e continuada sobre o assunto*. Diário Eletrônico do CNMP, Brasília, DF, Caderno Processual, de 24/8/2016, p. 7-9.

Isto é, condiz com um histórico da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos em tratar o tema com maior importância e com a produção de diversos teóricos e teóricas raciais que reforçam a urgência desse destaque.

Inserida nesse contexto, a Convenção se aglutina a diversas outras normativas interamericanas e onusianas de combate ao racismo e à discriminação racial, adquirindo, porém, um importante diferencial em sua aplicação no Estado brasileiro. Seu texto passou por um processo diferenciado de aprovação no Congresso do país, e recebeu, ao fim deste, status constitucional, se tornando referência para a interpretação das demais normas sobre o tema.

Todavia, a situação de extremo desamparo das populações racializadas brasileiras põe em risco a efetividade dessa norma, já que evidencia a ineficiência do Brasil em aplicar legislações protetivas de cunho racial. Isso, por sua vez, enseja a necessidade de uma utilização estratégica da Convenção, pensada e interpretada a partir de teorias raciais críticas localizadas no continente americano.

Logo, tomando-se como referência o art. 4, X, do texto convencional e o inestimável papel da pedagogia antirracista, é prudente afirmar que a incorporação da referida Convenção trará um importante fortalecimento na proteção das populações não-brancas do Brasil, desde que seja interpretada a partir de pressupostos teóricos raciais legítimos, em especial no que se refere à produção de ferramentas pedagógicas antirracistas e incorporada pelos membros do Judiciário e do Ministério Público. Cenário este atestado pela diversidade de experiências educacionais desse aspecto realizadas, documentadas e de efetividade comprovada no país.

REFERÊNCIAS

A MARCHA Negra. *Intérprete*: Lélia Gonzalez. [S.I.]: CULTNE, 2009. P&B.

ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

BALLESTRIN, Luciana. *América Latina e o giro decolonial*. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 11. Brasília, maio - agosto de 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CÂMARA DE NOTÍCIAS, Agência. *Congresso Nacional promulga Convenção Interamericana contra o Racismo*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/728944-congresso-nacional-promulga-convencao-interamericana-contra-o-racismo/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CARNEIRO, Sueli. *Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero*. In: Hollanda, Heloísa Buarque (org). *Pensamento feminista - conceitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Bazar do tempo, 2019.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr Philippe. *Direito Internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARTA da Organização dos Estados Americanos. 30 abr. 1948.

CHACÁ, Adriana. *Agora Não São Mais “Os” Negros e Sim “Nóa” Negros: Narrativas dos Integranes do Encantarte Sobre Sua Identidade Negra*. Orientador: Vladimir Henrique Araújo. 2017. 128 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Programa de Pós-graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade, Jequié, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Wallace de Almeida Vs. Brasil*. Sentença 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annual-rep/2009port/Brasil12440port.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CONVENÇÃO Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. 5 jun. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Relatório de 20 de março de 2009. §§ 61-65. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

DELGADO, Richard; Stefanic, Jean. *Critical Race Theory: an introduction*. 3. ed. New York : New York University Press, 2017.

DUARTE, Evandro; QUEIROZ, Marcos. *A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade*. Direito, Estado e Sociedade. n.49. p. 10 a 42. jul/dez, 2016.

FERREIRA, Gianmarco; QUEIROZ, Marcos. *A trajetória da Teoria Crítica da Raça*. Teoria Jurídica Contemporânea. 3:1, janeiro-junho 2018. PPGD/UFRJ – ISSN 2526-0464.

GONZALEZ, Lélia. *Primavera para as rosas negras*. São Paulo: UCPA Editora, 2018.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. *Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: uma atualização*. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. n. 4. Ano 3, 2006.

HOOKS, Bell. *Ensinando a transgredir: a Educação como prática de liberdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla- São Paulo.

JESUS, Vinicius Mota de. *Do silêncio ao estatuto da igualdade racial: os caminhos da igualdade no direito brasileiro*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

LIMA, Fernanda da Silva. *Racismo e Antirracismo no Brasil: temas emergentes no cenário sociojurídico*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

LORDE, Audre. *Irmã Outsider*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015. Prefácio: Valério de Oliveira Mazzuoli.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Campinas: Editora Cei, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_convencao_sobre_eliminacao_todas_formas_discriminacao_racial.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 29, p. 58-70, nov. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211928299.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. Washington: Organization Of American States. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PIRES, Thula. *Criminalização do Racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Orientadora: Gisele Cittadino. 2013. 2v. 323 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2012.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SENADO, Agência. *Pacheco promulga Convenção Interamericana Contra o Racismo*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/02/19/pacheco-promulga-convencao-interamericana-contra-o-racismo>. Acesso em: 11 abr. 2021.

SILVA, Cristiane. *Do Quilombo Sítio Veiga à Universidade: Uma Experiência Extensionista Antirracista no Sertão Central Cearense*. Orientadora: Joselina da Silva. 2019. 196 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Educação, Programa de Pós-graduação em Fortaleza. Fortaleza, 2019.

SILVA, Daiane. *Professora Negras: Autoria e Protagonismo na Construção de Práticas Educativas Anti-Racistas e Decoloniais na Educação Infantil*. Orientadora: Giovana Xavier. 2019. 90 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação, Programa de Pós-graduação em Educação, Rio de Janeiro, 2020.



ALGUNS APONTAMENTOS ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS POR MÁQUINAS

SOME NOTES ABOUT REPLACING THE LEGAL PROFESSIONS PER MACHINES

DANIEL ALVES PESSOA*

RESUMO

Neste artigo, trabalhou-se a conclusão do item III.2 do sumário executivo da pesquisa qualitativa “tecnologia, profissões e ensino jurídico”, desenvolvida pelo Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP), cujo texto-síntese foi: “substituição por máquinas se concentra em cargos de hierarquia mais baixa”. Foi utilizada a análise do discurso para o tratamento do tema, conforme o referencial teórico de Eni Puccinelli Orlandi. Nesse desiderato, foram agregadas as relações com outros discursos, a partir dos paradigmas da tecnologia da informação da sociedade em rede de Manuel Castells e da sociologia das profissões jurídicas de Maria da Glória Bonelli, das perspectivas de Richard e Daniel Susskind acerca do futuro das profissões, e de Vittorio Frosini sobre cibernética, direito e sociedade, além de outras análises sobre as relações da tecnologia da informação com o campo jurídico. Foi possível encontrar outra atribuição de sentido para o discurso manifestado no texto, sem, contudo, desconstituir o que foi dito.

Palavras-chave: Substituição. Máquinas. Profissões. Análise. Discurso.

ABSTRACT

In this article, we worked on the conclusion of item III.2 of the executive summary of the qualitative research "technology, professions and legal education", developed by the Center for Education and Research in Innovation (CEPI) of Fundação Getúlio Vargas de São Paulo's Law School (FGV Direito SP), whose synthesis is: "substitution for machines is concentrated in positions of lower hierarchy". Discourse analysis was used to address the theme, according to the theoretical framework of Eni Puccinelli Orlandi. In this purpose, were added relations with other discourses, based on the Manuel Castells's thesis on information technology of the network society and the concept legal professions formulated by Maria da Glória Bonelli, as well as the perspectives of Richard and Daniel Susskind about the future professions, and Vittorio Frosini on cybernetics, law and society, as well as the other analyzes on the relationship between information technology and the legal field. It was possible to find another attribution of meaning to the speech expressed in the text, without, however, deconstruct what was said.

Keywords: Substitution. Machines. Professions. Analyze. Speech.

* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Observatório da Justiça e da Cidadania do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade Federal Rural do Semi-árido.
daniel.pessoa@ufersa.edu.br

Recebido em 2-6-2021 | Aprovado em 5-7-2021



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DESCRIÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DO DISPOSITIVO ANALÍTICO; 2 ANÁLISE DO DISCURSO EM RELAÇÃO AO ITEM III.2 DO SUMÁRIO EXECUTIVO DA PESQUISA QUALITATIVA “TECNOLOGIA, PROFISSÕES E ENSINO JURÍDICO”; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

No presente artigo, a proposta de análise se concentrou no oferecimento de observações pontuais e bem específicas acerca da conclusão lançada no item III.2 do sumário executivo da pesquisa qualitativa “tecnologia, profissões e ensino jurídico”, realizada no bojo da pesquisa mais ampla, denominada “O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@?”, conduzida por pesquisadores e pesquisadoras do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no campus de São Paulo (CEPI FGV Direito SP).

O texto conclusivo daquela pesquisa qualitativa, encartado no item III.2, foi: “substituição por máquinas se concentra em cargos de hierarquia mais baixa”¹. Significa dizer, de acordo com os materiais analisados naquela pesquisa, indicou-se que aquela situação de mudanças nos processos de produção e de redução nos postos de trabalho das profissões jurídicas estaria concentrada “em cargos de hierarquia mais baixa”.

Desse modo, segundo o sentido atribuído àquela conclusão III.2, a substituição das pessoas que trabalham nas profissões jurídicas ocorre por meio de uso de máquinas que executam as tarefas e trabalhos intelectuais, mediante uso de programas de automação e que também apresentam sistemas de inteligência artificial (IA).

A tarefa de examinar o texto do item III.2 da pesquisa mencionada não foi simples, por mais que possa parecer o contrário, num primeiro olhar. É que o tema apresenta uma enorme complexidade, pois está inserido ou situado, no mínimo, na sociologia das profissões jurídicas e nas interações com os processos econômicos da chamada quarta revolução industrial; com as disputas de poder acerca do Direito, no campo jurídico; e com as tecnologias da informação.

O objetivo da análise foi tentar compreender alguns elementos das condições de produção dos discursos envolvidos no sentido manifestado no texto daquela conclusão antes transcrita, a qual foi enunciada, portanto, pelas pesquisadoras e pesquisadores do projeto desenvolvido naquela respectiva Instituição de Ensino Superior. A par disso, foram mobilizados outros referenciais teóricos – outros discursos sobre a temática – para que fosse permitido sustentar outra atribuição de sentido ao texto analisado. Com esse procedimento, foi possível descortinar prováveis condições de produção do sentido expresso no texto da conclusão analisada (já descrita).

Nesse quadro, e considerando que o ponto de partida para as observações se trata de um texto (unidade de análise), produziu-se um recorte metodológico com foco na análise

¹SILVA, Alexandre Pacheco da *et al.* *O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@? Sumário executivo da pesquisa qualitativa “tecnologia, profissões e ensino jurídico”*. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 21-4.

do discurso, em que, para tanto, foi adotado o referencial teórico de Eni Puccinelli Orlandi², visto que os princípios e procedimentos que a referida autora desenvolveu acerca da análise do discurso se mostraram mais afinados com as perspectivas epistemológicas que se apresentaram ao longo das discussões e com o objetivo almejado.

A escolha da análise do discurso também se afigurou justificada pela lente da verticalização em que está alicerçada, centrando-se, pois, no objetivo traçado para a análise do discurso e no aprofundamento de sua temática, descartando-se a chamada exaustividade horizontal – em extensão ou completude³ –, algo que seria inviável.

Então, tendo em vista que os processos e situações envolvidos na enunciação daquela conclusão da pesquisa do CEPI FGV Direito SP ora analisada, bem como o objetivo traçado e já descrito anteriormente; considerando, ainda, que as explicações acerca do tema merecem uma abordagem por múltiplas perspectivas interligadas, conforme um modelo “pluridisciplinar” numa espécie de “mosaico”⁴; elegeu-se como fio condutor o paradigma da tecnologia da informação (TI), exposto e desenvolvido por Manuel Castells⁵, porque a TI se trata de acontecimento com enorme “penetrabilidade” nas demais esferas ou peças do mosaico, entrelaçando-se com alguns estudos de Maria da Glória Bonelli sobre a sociologia das profissões jurídicas⁶.

Além disso, foram pinçados alguns elementos discursivos das perspectivas de Richard e Daniel Susskind⁷ sobre o futuro das profissões e de Vittorio Frosini sobre as comunicações entre cibernética, direito e sociedade⁸, bem como outras análises sobre as relações da TI com o campo jurídico (colhidas nas referências selecionadas), por exemplo.

De acordo com a delimitação descrita nos parágrafos antecedentes quanto ao objetivo da análise, apenas foram usados certos aspectos e elementos dos discursos dos referenciais indicados anteriormente, os quais puderam conduzir à elaboração de um dispositivo analítico capaz de proporcionar outras inferências para produzir percepções reflexivas que ensajaram ao menos uma possibilidade descritiva diversa sobre a situação e as tendências do que pode advir acerca da substituição das pessoas que ocupam as profissões jurídicas por máquinas.

Significa dizer, que o recurso de acessar os discursos produzidos nos campos de conhecimentos socioeconômicos, políticos ou jurídicos acerca do tema se deu no aspecto lin-

²ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

³Ibid., p. 60-1.

⁴VARELA, Francisco J. *Conhecer: as ciências cognitivas: tendências e perspectivas*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 20.

⁵CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 123-8.

⁶BONELLI, Maria da Glória. *A competição profissional no mundo do direito*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 10, n. 1, p. 185-214, mai. 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/ts/article/view/86766>. Acesso em: 12 nov. 2020. _____. *Estudos sobre profissões no Brasil*. In: MICELI, Sergio (org.) et al. *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: ANPOCS, 1999. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/o-que-ler-1970-1995/volume-ii-sociologia>. Acesso em: 12 jun. 2020. BONELLI, Maria da Glória; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *A política das profissões jurídicas: autonomia em relação ao mercado, ao Estado e ao cliente*. Revista de Ciências Sociais, v. 34, n. 1, p. 99-114, 2003. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/9833>. Acesso em 12 nov. 2020.

⁷SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*. Lisboa: Gradiva, 2019.

⁸FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982.

guístico, com a função de apresentar outras possibilidades da discussão para produzir a análise – sem que, com isso, fosse realizada a abordagem do assunto por meio das epistemologias e metodologias que aquelas outras esferas de produção do saber oferecem.

Então, o procedimento de análise do discurso que foi desenvolvido consistiu em articular pelo fio condutor dos paradigmas da TI e da sociologia das profissões alguns saberes e argumentos das referências consultadas (isto é, outros discursos) sobre a temática materializada no texto daquela conclusão do item III.2 da pesquisa do CEPI FGV Direito SP, a fim de desfazer a ilusão de que o sentido atribuído – *a substituição se concentra* – seria o único possível, ao mesmo tempo em que os outros discursos mobilizados se prestaram para a construção de outro sentido possível.

Desse modo, o primeiro passo foi descrever o dispositivo analítico formado para examinar os discursos envolvidos na conclusão enunciada no item III.2 da pesquisa do CEPI FGV Direito SP. Em seguida, realizou-se a análise do discurso com base naquele dispositivo, mediante o tratamento dos temas no âmbito do interdiscurso, conforme paráfrases e derivas a partir de outros referenciais de discursos sobre os temas que ensejaram a referida conclusão sobre a substituição das profissões jurídicas por máquinas. Depois, apresentaram-se alguns apontamentos em sede de conclusões.

1 DESCRIÇÕES SOBRE A FORMAÇÃO DO DISPOSITIVO ANALÍTICO

A formação do dispositivo analítico exige a construção de um *corpus*, que é organizado a partir da questão (objetivo traçado) em face do material de análise – o texto enquanto unidade de sentido (produto) e o discurso na posição de objeto. Nesse processo, já se tem um relativo início da própria análise, ainda que superficial. Desse modo, conforme as descrições sobre o material bruto (texto) na qualidade de “pistas para compreendermos o modo como o discurso que pesquisamos se textualiza”⁹, mediadas de acordo com as noções e categorias da análise do discurso, foi possível acessar alguns discursos a que o texto se refere, para serem analisados.

Eni Puccinelli Orlandi¹⁰ chama esse processo de “de-superficialização”, no qual, em vista de “formações imaginárias” e das relações de “sentido e de força”, observa-se o que e como foi dito, bem como quem o disse e em quais circunstâncias. Esse desiderato inicial se presta para fazer a passagem do texto – “superfície linguística” – para o objeto discursivo (que é construído por quem analisa), a fim de dissipar a ilusão de que “aquilo que é dito só poderia ser dito daquela maneira”, de sorte que possa emergir em meio a essas operações “o modo de funcionamento do discurso” a respeito da produção de sentidos.

O processo de “de-superficialização” pode ser descrito por meio da imagem de uma espécie de engenharia reversa, por meio da qual, através do acesso ao texto enquanto vestígio de materialidade discursiva, procura-se realizar inferências sobre as correlações entre as interações dos significados em discursos diversos e os símbolos usados no texto em análise. Esse

⁹ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 60-6.

¹⁰Ibid., p. 63-4. Sobre a distinção entre texto e discurso, ver também a referida autora: *ibid.*, p. 66-71.

exercício possibilita a constituição de possíveis descrições de identificação dos prováveis condicionantes ou determinantes que influíram na produção do sentido atribuído ao discurso analisado e que se encontra materializado no texto.

Diante do escopo dessa primeira etapa, por assim dizer, é importante registrar que “não há descrição sem interpretação”, de maneira que “a construção do *corpus* e a análise estão intimamente ligadas: decidir o que faz parte do *corpus* já é decidir acerca de propriedades discursivas”¹¹. No caso, para o presente artigo, reputaram-se suficientes as descrições já lançadas na introdução sobre o *que* foi dito e *quem* o disse, de modo que nesse tópico a concentração foi em trabalhar a respeito das *circunstâncias* e de *como* foi produzido o sentido do discurso a que o texto se refere.

Além das circunstâncias epistemológicas citadas anteriormente, o texto foi produto de uma pesquisa qualitativa realizada conforme os critérios estabelecidos e explicitados na respectiva metodologia: entrevistas com 35 (trinta e cinco) “organizações jurídicas” que se encaixavam na categoria criada e denominada de “desbravadores tecnológicos”, compreendendo as empresas de tecnologia (“fornecedoras de serviços” de *lawtech* ou de *legaltech*) e escritórios de Advocacia, procuradorias ou departamentos jurídicos (“consumidores”); descrição sobre a coleta de dados e informações (“fase exploratória”) em relação às potenciais organizações com características de “desbravadoras tecnológicas”, bem assim acerca da seleção das organizações entrevistadas; e o uso do “software Atlas” para a análise dos dados¹².

Os aspectos circunstanciais do ponto de vista fenomênico foram situados sob o título de “conjuntura”, destacando-se os dados e informações no Brasil sobre: aspectos mercadológicos; a quantidade de empresas desenvolvedoras e fornecedoras de *lawtechs* (softwares voltados para a Advocacia) e/ou *legaltechs* (softwares destinados aos vários ramos profissionais do Direito); e quantidade de “organizações jurídicas” que fazem uso daquelas tecnologias. Ademais, também mencionaram publicações acadêmicas, dados e informações do contexto estadunidense acerca do impacto da TI nas alterações das relações de trabalho no campo jurídico, com ênfase na redução, por lá, dos empregos nessa área¹³.

Em relação ao *como* foi produzido o texto, as pesquisadoras e pesquisadores do CEPI FGV Direito SP perfizeram análises e reflexões sobre o material coletado – entrevistas de representantes das organizações selecionadas. Contaram com o auxílio do “software Atlas” para análise dos dados, consoante as “hipóteses formuladas ao longo da pesquisa” e “as categorias criadas a partir dos questionários”, com o objetivo de responder às questões formuladas, dentre as quais aquela que gerou a conclusão III.2: “substituição por máquinas se concentra em cargos de hierarquia mais baixa”¹⁴.

¹¹ORLANDI, Eni Puccilleni. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 58-61.

¹²SILVA, Alexandre Pacheco da et al. *O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@? Sumário executivo da pesquisa qualitativa “tecnologia, profissões e ensino jurídico”*. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 15-6.

¹³Ibid., p. 11-3.

¹⁴ORLANDI, Eni Puccilleni. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 16.

As descrições conduzem à exposição do objeto discursivo ou discursividade que o texto permite construir, na medida do afastamento do viés cognitivo “do domínio da enunciação” que confere uma espécie de convicção de que o sentido atribuído seria único ou unívoco¹⁵. Salientando-se que “não vemos nos textos os ‘conteúdos’ da história”¹⁶, pois

O objeto discursivo não é dado, ele supõe um trabalho do analista e para se chegar a ele é preciso, numa primeira etapa de análise, converter a superfície linguística (o *corpus* bruto), o dado empírico, de um discurso concreto, em um objeto teórico, isto é, um objeto linguisticamente de-superficializado, produzido por uma primeira abordagem analítica que trata criticamente a impressão de ‘realidade’ do pensamento, ilusão que sobrepõe palavras, ideias e coisas¹⁷.

Apoiando-se na noção antes transcrita, é através da construção do objeto discursivo que se possibilita o trabalho com as dimensões do dito em relação ao não dito, bem assim com as interações e relações com outros discursos, pronunciados pelos mesmos sujeitos em outras circunstâncias de tempo e lugar, ou por outros sujeitos. O objeto discursivo elaborado proporciona o deslocamento “da posição do leitor para o lugar construído pelo analista”. É por isso que na análise do discurso não se propõe encontrar um sentido que seria o “verdadeiro”, ou aquele único objetivamente falando, “mas [o] real do sentido em sua materialidade linguística e histórica”¹⁸.

Pondo em relevo os elementos textuais descritos, e lembrando que a análise do discurso é fruto da interseção articulada entre Psicanálise, Linguística e Marxismo¹⁹ – sem se confundir ou se identificar com quaisquer daqueles campos de conhecimento –, constituiu-se o objeto discursivo a partir daqueles referenciais teóricos indicados antes, na introdução. Por conseguinte, eles representaram a inserção dos outros discursos que propiciaram a enunciação do outro sentido proposto à conclusão III.2 (relação de sentidos), na análise realizada de acordo com este dispositivo analítico (tópico seguinte).

Pari passu, as descrições também viabilizaram observar que foi a tendência para a monossemia na formação discursiva que mais preponderantemente dirigiu o discurso para a elaboração do texto que o materializou. Porquanto, ao longo de todo o texto é possível verificar que o discurso reproduz a fala dos entrevistados por meio de paráfrases, que se repetem algumas vezes e são reforçadas por transcrições diretas do material coletado.

Por exemplo, nos dois primeiros parágrafos do texto, foi consignado que “os entrevistados reforçaram a existência da prática”, em que o termo “prática” se refere exatamente ao questionamento sobre a substituição de profissionais por máquinas, bem como que eles a teriam “circunscrito” às tarefas e atividades de profissionais “no início de carreira” ou que “dão suporte aos advogado(a)s”, de forma que essas últimas expressões significaram “cargos

¹⁵Ibid., p. 63.

¹⁶Ibid., p. 66.

¹⁷Ibid., p. 64.

¹⁸Ibid., p. 57-9.

¹⁹Ibid., p. 18.

de hierarquia mais baixa” – o mesmo se podendo dizer quanto às locuções “funções repetitivas e de baixa complexidade” e “atividades de *backoffice*”, utilizadas no último parágrafo²⁰.

Não obstante, considerando que nenhum discurso e sua respectiva textualidade são puramente constituídos por uma única e exclusiva formação discursiva, também foi notado que há momentos em que a polissemia²¹ predomina, por meio de menção a variáveis sem controle de seus significados. Ilustrativamente, no penúltimo e no último parágrafos do texto²², percebeu-se o uso do termo “depende” associado às variações de diferenças de “níveis”, “tamanho” e “dinâmicas internas de trabalho”. Assim como, o estágio atual dos avanços de TI em relação às funções do campo jurídico que pode ser relacionado à incerteza sobre “qual será a intensidade do processo de substituição de profissionais”.

A essa altura, perceba, cara leitora ou leitor, que já se estava enveredando na passagem do objeto discursivo para o processo discursivo, no qual houve a inserção enquanto interlocutor, no papel de analista do discurso. Note toda a dinâmica e movimento da interdiscursividade que se foi desenvolvendo. Desse modo, demarcou-se nesse ponto a continuidade da análise para que pudesse apresentar a proposta de identificação quanto ao processo discursivo que impregnou e condicionou o discurso que se encontra factualmente enunciado na conclusão III.2 sob análise: a substituição por máquinas se concentra em cargos de hierarquia mais baixa.

Assim, na transitividade que a formação do dispositivo analítico induz, é que se produziram as análises a seguir.

2 ANÁLISE DO DISCURSO EM RELAÇÃO AO ITEM III.2 DO SUMÁRIO EXECUTIVO DA PESQUISA QUALITATIVA “TECNOLOGIA, PROFISSÕES E ENSINO JURÍDICO”

No plano do processo discursivo, localizado no interdiscurso, foi possível relacionar o discurso sob análise com os outros discursos, proporcionando-se a imersão na materialidade discursiva envolvida para provocar algumas relações dos sentidos, mediante as operações de exames acerca das dimensões do dito e não dito, e do contraste de dizer de outro modo e de outro lugar.

Nessa perspectiva, a expressão “substituição por máquinas” evoca uma rede de memórias (históricas, socioeconômicas e tecnológicas) sobre os chamados processos de revoluções industriais. Porém, orientado pelo objetivo da análise do discurso realizada, foram selecionados alguns discursos que trataram das relações entre as tecnologias da informação, as funções e os empregos no campo das profissões jurídicas – mas que também foram associados a outros discursos mais gerais, no que se considerou pertinente para apresentar o contraponto de sentido.

²⁰SILVA, Alexandre Pacheco da et al. *O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@? Sumário executivo da pesquisa qualitativa “tecnologia, profissões e ensino jurídico”*. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 24.

²¹Conferir: ORLANDI, Eni Puccilleni. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 34-43 e 84-88; a fim de entender mais detalhadamente as noções sobre formação discursiva, paráfrase, polissemia e sinonímia.

²²SILVA, Alexandre Pacheco da et al. *O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@? Sumário executivo da pesquisa qualitativa “tecnologia, profissões e ensino jurídico”*. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 21-4.

A título de ilustração, Angelo G. P. de Carvalho discutiu sobre as resistências que profissionais jurídicos podem oferecer aos avanços da TI no campo de atuação, principalmente no que diz respeito à substituição das pessoas por máquinas no trabalho. Ressaltou justamente a memória acerca do movimento ludista, desenvolvido durante as revoluções industriais dos séculos XVII e XIX, na Europa, em que as pessoas trabalhadoras se opuseram às máquinas, destruindo-as muitas vezes, em atos de protestos e revoltas. Ou seja, os avanços tecnológicos que foram introduzidos nos modos de produção, sem qualquer regulação no âmbito das relações de trabalho, acarretaram perdas de emprego em massa, ao longo de período relativamente curto²³.

Sob outro aspecto, o paradigma da TI penetra em todas as atividades humanas, de modo que foi utilizado como ponto de partida para a teoria da sociedade em rede na era da informação, já que incide, exerce influência e tem potencial para provocar rápidas e profundas transformações sociais – muito embora não determine a sociedade, mas nem tampouco a sociedade a determina: trata-se de um complexo interativo. No entanto, as novas economias, sociedades e culturas são marcadas pela TI²⁴.

Quanto às relações de trabalho e postos de emprego, “a tecnologia da informação em si não causa desemprego, mesmo que, obviamente, reduza o tempo de trabalho por unidade de produção”, porém é inevitável que a TI modifica os tipos de emprego “em quantidade, qualidade e na natureza do trabalho executado.” Em geral, observa-se que “o resultado específico da interação entre a tecnologia da informação e o emprego depende amplamente de fatores macroeconômicos, estratégias econômicas e contextos sociopolíticos”²⁵.

Por sua vez, Richard e Daniel Susskind desenvolveram toda uma análise preditiva acerca do futuro das profissões, na qual um dos modelos profissionais avaliados foi o do campo jurídico. Iniciando com a ideia central de que as máquinas e/ou sistemas vão se tornar “cada vez mais capazes”, propiciando que assumam “mais tarefas que, dantes, eram domínio exclusivo dos profissionais humanos”, os autores mobilizaram diversos conhecimentos, várias categorias e muitos dados e informações sobre a TI, IA, economia, sociologia e teorias do conhecimento, bem como realizaram entrevistas com lideranças mundiais dos campos profissionais que elegeram como modelos para os exames, ao mesmo tempo em que focaram no ponto de vista dos destinatários (usuários e consumidores) dos serviços profissionais²⁶.

Em diversos momentos, os autores mencionados reportaram que, tal como estruturadas de forma anacrônica na qualidade de produtos das revoluções industriais dos séculos passados, as profissões vão desaparecer, em razão, dentre vários fatores²⁷, da substituição

²³CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Juristas e ludistas no século XXI: a realidade e a ficção científica do discurso sobre o futuro da advocacia na era da informação*. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho et al. *Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia, 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 185-99.

²⁴CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 64 e 123-4.

²⁵Ibid., p. 324.

²⁶SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*. Lisboa: Gradiva, 2019, p. 13.

²⁷Por exemplo, as características e problemas referentes ao elitismo, monopólio, altos custos, falhas, ineficiência, disputas interprofissionais, paraprofissionalismo e mera reatividade das profissões, bem como, por parte dos consumidores dos serviços profissionais, maior acesso ao saber especializado, ferramentas on-line de solução de problemas, pressões econômicas e de mercado.

por máquinas mais capazes e que poderão realizar a maior parte ou todos os trabalhos intelectuais das profissões, de forma gratuita ou com baixo custo quando comparado aos valores cobrados pelos humanos²⁸.

Já Vittorio Frosini, ao versar sobre as relações entre cibernética, direito e sociedade, elaborou observações e análises por meio da categoria metafórica que denominou de “direito artificial” (em contraposição ao “direito natural”), decorrente do advento da era da cibernética. Mediante as descrições de alguns estudos e experiências acerca “dos grandes laboratórios de direito artificial” estadunidenses e soviéticos, perpassou pela discussão sobre as racionalidades envolvidas no impacto da cibernética no direito, traçando as distinções e traduções entre a lógica jurídica e a lógica simbólica e formal, destacando o “culto à eficiência técnica (condicionada pela produção industrial de tipo standard)” e a situação de submeter “o comportamento social a um sistema de valores imposto pela racionalização do sistema econômico”²⁹.

Ainda naquela obra do autor italiano, importa salientar que ele identificou no trabalho do pesquisador estadunidense Lee Loevinger que o desenho de uma “rede de informação de dados jurídicos, baseada nos sistemas já em uso no campo dos dados econômicos”. Depois, o referido autor tratou do que chamou de “estado-fábrica”, apontando para uma percepção de que o estado passou a se configurar como “um organismo cada vez mais submetido à racionalidade econômica dos processos produtivos e que, ainda, deve ser considerado como um mecanismo disciplinado pela lógica da produção industrial”. No âmbito da administração da justiça, a concepção e operacionalidade também se dão “em termos de produtividade econômica”³⁰.

Logo, acredita-se que o emprego da TI no campo profissional jurídico está atrelado às variáveis e condicionantes da produção industrial e do setor econômico. Inclusive, tais condições materiais alicerçam e produzem a “ideologia cibernética”, na qualidade de “superestrutura ideal”, isto é, de um “sistema de ideias” que se insere no “processo mesmo de produção” e modela aspectos culturais, bem como da própria estrutura do estado para o definir “conforme um modelo cibernético de elaboração de dados correspondentes à informação, comunicação e decisão dos comportamentos políticos”³¹.

Nesse contexto, ressalta-se que é válido afirmar que é muito provável que a ideologia cibernética, em todas suas relações e associações com o modo de produção da economia industrial, atravessa o discurso analisado. Afora outros aspectos das escolhas dos sujeitos entrevistados para a pesquisa que gerou o discurso sob exame (adiante descritos), principalmente, observando-se que no modelo econômico hegemônico a informação é transformada em mercadoria e se tornou “fator decisivo de toda a economia”, eis que se trata de nova forma de produção³².

²⁸SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*. Lisboa: Gradiva, 2019, p. 26, 35-37, 39, 44, 51-53, 58-63, 73-77, 98, 134-135, 147, 153-8, 169, 238-255, 275-276, 317, 347-352, e 367-368.

²⁹FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 22-4 e 27 (tradução nossa).

³⁰Ibid., p. 31, 65 e 68-9 (respectivamente – tradução nossa).

³¹FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 65 e 91-119 (tradução nossa).

³²Ibid., p. 173-7 (tradução nossa).

Diante desse cenário, os valores do neoliberalismo que colonizam o sistema judicial brasileiro³³, em que não há marcos regulatórios bem definidos sobre a TI no campo das profissões jurídicas, além das pressões por estado mínimo, redução de custos, maximização de lucros ou ganhos, celeridade e eficiência (“fazer mais com menos”), podem indicar uma forte tendência de forças para impactar como vetores de diminuição dos postos de trabalhos, por meio da substituição por máquinas das funções e tarefas realizadas por pessoas nas profissões jurídicas.

Com base nos referenciais teóricos citados, é possível entrever que a probabilidade mais alta é no sentido de que as exigências econômicas e de mercado, associadas com os avanços exponenciais na área de TI, marcadamente no campo da IA, produzam pressões avassaladoras na direção das substituições das pessoas profissionais jurídicas por máquinas, especialmente quando o desenvolvimento dos sistemas inteligentes oferecem as soluções para todo ou quase todo o ciclo de produção do sistema de justiça.

Deveras, no próprio discurso analisado consta a informação de que já estão ocorrendo substituições de pessoas por máquinas no âmbito das “organizações jurídicas” cujos representantes foram entrevistados. Além disso, em estudo sobre os “Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica”, Henrique Raimundo do C. Sperandio, dentre outras estratégias de pesquisa, abordou um grande escritório de Advocacia, com abrangência nacional, e uma empresa de TI com inserção no campo jurídico, ocasião em que ele constatou mudanças no modo de produção dos serviços, decorrentes principalmente da informatização e do uso de softwares de gestão e automação, as quais redundaram na diminuição do “número de advogados de 1.070, em 2014, para ao redor de 500, em 2018”, enquanto que em outro escritório houve uma redução de “1.200 para 450 advogados”³⁴³⁵.

No que se refere à sociologia das profissões jurídicas, uma primeira nota é a condição estrutural de “interdependência” entre as distintas ocupações funcionais de profissionais do campo jurídico. Em que pese a interdependência evocar uma sensação cooperativa nas relações, paradoxalmente essa condição se afigura num vetor para constituir as tensões, conflitos e competições entre as profissões jurídicas, pois, na prática, significa ter que dividir os poderes

³³Nesse sentido, ver, dentre outros e outras: ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. CASTRO, Felipe Araújo. *Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro: liberalismo-conservador, autoritarismo e reprodução aristocráticas*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. RAMPIN, Talita Tatiana Dias. *Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018. ROCHA, Sérgio. *Neoliberalismo e poder judiciário*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.); LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.); et al. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 497-518. SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes de guerra: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

³⁴SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. *Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica*. 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

³⁵Muito embora não haja uma descrição sobre as atividades e funções desempenhadas, de modo que não há como classificar as pessoas demitidas como de “alta” ou “baixa” hierarquia, é importante observar que eram advogados e advogadas.

(competências, atribuições, recursos) e status sobre as perspectivas acerca do Direito, da Justiça e seu funcionamento. Efetivamente, “é esta interdependência das posições profissionais que estrutura a disputa por enfoques, perspectivas, privilégios, monopólios sobre objetos, campos de atuação e poder de decisão”³⁶.

Desse modo, é na interação das profissões jurídicas, tanto no sistema judicial como nas atividades em outros setores da sociedade, que é possível observar as competições interprofissionais³⁷, as quais se manifestam condicionadas “pelo lugar que o profissional ocupa neste contexto”³⁸. Nessa dinâmica de interações competitivas, os conflitos eclodem com maior ou menor tensão, a depender do nível de ameaças quanto aos espaços de poder, os status e o acesso aos recursos financeiros que circulam nas atividades do sistema judicial. Outro fator que aumenta a tensão dos conflitos é a proximidade das posições³⁹, pois faz com que aumente “a disputa entre eles”. Portanto, os conflitos são decorrentes da existência dos diferentes lugares – posições de ocupações – no sistema das profissões⁴⁰.

Foi no ambiente de competições e conflitos, envolvendo “as características do contencioso de massa”, que emergiu o processo de informatização do Judiciário e a formação de bancos de decisões judiciais, com acesso facilitado e rápido (digitação de palavras-chave e um *click no mouse*). A formação de um banco nacional de decisões judiciais inteiramente digital ou digitalizado possui um marco de registro no início dos anos 90 do Século XX, vez que a proposta foi anunciada pelo então Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), durante seu discurso no “I Encontro de Presidentes de Tribunais”, realizado em setembro de 1990⁴¹.

Em seguida, nas reuniões do Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça, o tema foi recorrente naquela década dos anos 90 do século XX⁴². Um (ou vários) imenso(s) banco(s) de dados de decisões judiciais – *big data* – foi(foram) formado(s), em que a “jurisprudência defensiva” se replicou sempiternamente, com os significados e sentidos acerca do livre con-

³⁶BONELLI, Maria da Glória. *A competição profissional no mundo do direito*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 10, n. 1, p. 185-214, mai. 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/ts/article/view/86766>. Acesso em: 12 nov. 2020.

³⁷Há também as competições intraprofissionais, entre os ocupantes do mesmo setor ou segmento, como no caso dos(as) juizes(as) de primeira e segunda instâncias, dos(as) promotores(as) e procuradores(as) de justiça, e outras hierarquias. Porém, não foram trazidas para este artigo porque não se trata de uma revisão da literatura ou da obra da autora, além do que fugiria ao escopo do artigo.

³⁸BONELLI, Maria da Glória. *A competição profissional no mundo do direito*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 10, n. 1, p. 185-214, mai. 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/ts/article/view/86766>. Acesso em: 12 nov. 2020.

³⁹Não significa que, até de forma concomitante, mas em outro nível de relações ou interações, as profissões jurídicas possam se unir para, em cooperação, lutar por interesses comuns, de (auto)preservação do sistema judicial, a despeito dos conflitos e competições inter e intraprofissionais. Isso é observado, por exemplo, quando o Poder Legislativo atua em desfavor do sistema como um todo, ou de “parte” dele, mas que possa representar uma ameaça aos demais segmentos de alguma forma. Também não inviabiliza que relações de promiscuidade possam se estabelecer, em razão dessa proximidade.

⁴⁰Ibid., p. 196.

⁴¹RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Informática no Superior Tribunal de Justiça e na Justiça Federal*. Palestra no I Encontro de Presidentes de Tribunais, 28/09/1990. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/305/160_informatica_superior_tribunal.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

vencimento motivado e do dever de fundamentação das decisões em circunvolução para garantia da proteção do poder de decidir e/ou da jurisprudência defensiva. Programas foram criados para produção automatizada das decisões judiciais (“juiz eletrônico”).

Atualmente, o desenvolvimento daquele processo de informatização chegou ao ponto que interessa: uso de inteligências artificiais (IA) pelas profissões jurídicas no sistema judicial. De fato, qualquer variável inserida no modo de produção das decisões judiciais está envolta na complexidade que lhe é peculiar. Desse modo, a utilização de IA vai encontrar com os diversos aspectos multidimensionais e multifatoriais que estão presentes na tomada de decisão judicial, invariavelmente.

Por conseguinte, as descrições consistentes sobre a identificação, via de regra, dum acentuado grau de conflituosidade e de competições entre as áreas e funções profissionais do Direito, muitas das quais que giram em torno da decisão judicial, podem significar uma hipótese de reprodução daqueles conflitos e competições interprofissionais do campo jurídico, no sistema judicial, numa espécie de “corrida” tecnológica, na qual existam ou venham existir disputas de IAs na realização do Direito no âmbito do sistema judicial.

Destacou-se o uso de IA para as atividades-fim das profissões do direito porque, na época da realização das pesquisas em que chegaram à conclusão III.2, já havia notícias de que a “corrida tecnológica” estava nesse estágio, seja porque existiam pesquisas acadêmicas sendo desenvolvidas, seja porque já tinha IAs em fase de execução em alguns escritórios de Advocacia (públicos e privados) e Tribunais⁴³.

⁴³Para mais detalhes acerca do cenário, conferir as seguintes fontes dessa pesquisa: BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima F. P. G. *Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256/194>. Acesso em: 5 mai. 2020. CARDOSO, Sérgio Eduardo. *A inteligência artificial no judiciário: uso de tecnologias no processo de julgamento*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 955, set 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38199022/ARBITRIUM_EX_MACHINA_PANORAMA_RISCOS_E_A_NECCESSIDADE.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020. FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner; ENGELMANN, Wilson. *Panorama da utilização da inteligência artificial nos tribunais de justiça brasileiros*. Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito (RBIAD), v. 1, n. 1, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://rbiad.com.br/index.php/rbiad>. Acesso em: 2 jun. 2020. LIMA, Robson Mota dos Santos. *As novas tecnologias no judiciário brasileiro: uma análise da implementação da inteligência artificial em substituição ao juiz natural*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Graduação em Direito do Centro Universitário da Faculdade de Ciências Gerenciais, Manhuaçu, 2019. MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. *Inteligência artificial e direito: uma breve introdução histórica*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 355-90. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16046357.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020. NUNES, Dierle; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. *Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia*. Consultor Jurídico, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniao-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia>. Acesso em: 3 abr. 2020. PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade Editora, 2019. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Brasília, 30 mai. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 2 jun. 2020. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministra Carmen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. Brasília, 30 ago. 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>. Acesso em: 2 jun. 2020. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia*. Brasília, 26 set 2018b. Disponível em:

Ora, no contexto de conflituosidade e competitividade que a sociologia das profissões jurídicas informa, a “corrida tecnológica” em disputa entre as várias profissões jurídicas pode representar mais um fator ou vetor para corroborar a propensão de buscar máquinas e sistemas cada vez mais eficientes, capazes e que possam realizar mais tarefas acerca dos serviços prestados, de modo que poderá acelerar a substituição de pessoas por máquinas no setor.

Isto é, o uso de IA já é possível para a elaboração de decisões judiciais, como também está disponível para o processo de redação de textos jurídicos (*drafting*) e da própria profissão da Advocacia (*lawyering*), uma vez que a tecnologia afeta todos os campos profissionais do Direito⁴⁴. Nessa conjuntura, inevitavelmente a utilização de IA se insere em todo o contexto descrito a partir da sociologia das profissões jurídicas. Todos os conflitos e competições vão condicionar e dimensionar as IA que sejam criadas e customizadas para atender aos interesses de cada segmento profissional do campo jurídico.

Tudo que foi exposto pode gerar, dentre outras, significâncias em torno de uma gama de receios e medos nas pessoas, notadamente quanto à incerteza e à possibilidade de perda do emprego (meio de subsistência). Essa dimensão psicossocial é um elemento importante para o discurso. No entanto, na pesquisa que serviu de base para o texto que materializou o discurso em apreciação, observou-se que a classe de pessoas “substituídas por máquinas” não foi questionada, de maneira que somente os representantes de “cargos de hierarquia mais alta” foram entrevistados e ouvidos. Também não foram abordados os pontos de vistas dos usuários ou consumidores dos serviços de profissionais jurídicos.

Nessa linha, é interessante notar que Richard e Daniel Susskind⁴⁵ refletiram a respeito da resistência e objeções de profissionais em relação aos avanços da TI e IA com possibilidades de realização das tarefas humanas, em substituição. Basicamente, avaliaram que as oposições são envoltas em preconceitos, preocupações e ansiedade, que representam o medo da perda de status, riqueza e poder para as pessoas que ocupam o lugar das profissões. Desse modo, é plausível que a materialização do discurso por meio da expressão “se concentra” e da categoria “cargos de hierarquia mais baixa”, a partir do conteúdo das entrevistas que dão suporte à conclusão em apreciação, signifique, nada mais, nada menos, que reflexo e projeção do medo dos sujeitos que foram ouvidos na pesquisa, de que também venham ser substituídos por máquinas.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>. Acesso em: 2 jun. 2020. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteligência artificial: trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos*. 23 out. 2018c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>. Acesso em: 2 jun. 2020. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Boletim de precedentes*. Brasília, set 2019. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Boletim-de-Precedentes/31_Boletim_Precedentes_STJ.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020. VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores? As novas possibilidades no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

⁴⁴MARTÍN, Nuria Belloso. *Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: UNOESC, 2018, p. 119-37. _____. *Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre?* Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 22, n. 43, dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20780>. Acesso em: 26 jun. 2020.

⁴⁵SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*. Lisboa: Gradiva, 2019, p. 71-3.

Por outra vertente, a criação e utilização da categoria “desbravador tecnológico” para selecionar quem seriam as pessoas entrevistadas e ouvidas também aciona e remete a uma memória. A palavra “desbravador” tem a ver com o imaginário dos “colonizadores” – invasores pioneiros –, que causaram morticínios terríveis sob o pretexto de levar/trazer a “civilização” (“progresso”). No caso do discurso em investigação, pode ter a conotação de “pioneiros” no uso das tecnologias mais avançadas, com a possibilidade de “domínio” do campo profissional, que se reverteria em lucratividade.

Atentou-se, ainda, que foi mencionado o uso do “software Atlas” para a análise produzida e que embasou a produção do discurso expressado no texto analisado. Segundo a descrição do sítio oficial da ferramenta na internet, trata-se de software que desempenha uma análise qualitativa de dados⁴⁶, principalmente por meio do referencial da análise de conteúdo de Lawrence Bardin⁴⁷.

A escolha da análise de conteúdo, que se trata de “instrumento tradicional de análise de textos das Ciências Sociais” pode ter representado algum tipo de limitação acerca da atribuição de sentidos aos textos e falas interpretados durante a pesquisa, uma vez que “não é pelo conteúdo que chegamos à compreensão de como um objeto simbólico produz sentido”, pois o instrumental da análise de conteúdo não atravessa o texto para lidar com a materialidade do discurso. É que o “conteúdo ‘contido’ num texto serviria apenas como ilustração de algum ponto de vista já afirmado alhures”⁴⁸.

Ou seja, o uso da análise de conteúdo pelas pesquisadoras e pesquisadores permitiu apenas reproduzir o ponto de vista afirmado pelos sujeitos e nos demais textos consultados, inviabilizando a permeabilidade do interdiscurso com outras possibilidades de significados e de atribuição de sentidos para a conclusão ofertada e que se analisa. Afinal, “as palavras simples do nosso cotidiano já chegam até nós carregadas de sentidos que não sabemos como se constituíram e que no entanto significam em nós e para nós”⁴⁹.

Para se perceber com mais nitidez todas as questões suscitadas, foi interessante produzir e introduzir uma paráfrase do texto síntese da conclusão III.2:

Substituição por máquinas se concentra em cargos de hierarquia mais baixa



Substituição por máquinas já começou em cargos de hierarquia mais baixa

Nesse outro modo de dizer (paráfrase do texto conclusivo analisado), com base no interdiscurso oferecido, outras palavras foram mobilizadas para produção de outros efeitos de sentidos. O “já começou” significa que é um processo em curso e, ao mesmo tempo, não

⁴⁶Vide no seguinte endereço eletrônico: <https://atlasti.com/pt-pt/>

⁴⁷SILVA JÚNIOR, Luiz Alberto; LEÃO, Marcelo Brito Carneiro. *O software Atlas.ti como recurso para a análise de conteúdo: analisando a robótica no ensino de ciências em teses brasileiras*. Revista Ciência & Educação, Bauru, v. 24, n. 3, jul./set 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-73132018000300715&script=sci_arttext. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴⁸ORLANDI, Eni Puccilleni. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 90-1.

⁴⁹Ibid., p. 18.

está aprisionado aos “cargos de hierarquia mais baixa”, pois esse é apenas o ponto de largada ou início do processo, nada impedindo que chegue aos “cargos de hierarquia mais alta”, como sinalizam Richard e Daniel Susskind, a partir do desenvolvimento de máquinas mais capazes e sistemas mais inteligentes, associado a outros fatores socioeconômicos⁵⁰.

O contraponto de enunciação do discurso apresentado possibilita a visualização ou leitura das “diferentes filiações de sentidos”, pois as memórias e circunstâncias – condições de produção do discurso – foram articuladas na unidade linguística e histórica que o discurso enreda. Afinal, os símbolos não são “apenas mensagens a serem decodificadas. São efeitos de sentidos que são produzidos em condições determinadas”⁵¹.

Na análise desenvolvida, acredita-se que se atravessou a linguagem para encontrar o contexto socio-histórico, ou seja, as condições de produção do sentido do discurso examinado. Transitando pelos deslizes da língua e pela historicidade, pensa-se que foi atingido o interdiscurso, ao expor as relações de sentidos por meio da paráfrase elaborada anteriormente. Assim, parafraseando Eni Puccinelli Orlandi⁵², os sentidos são os mesmo mas também se transformam, num aparente paradoxo que se desfaz e se refaz.

■ CONCLUSÕES

O tema se mostrou altamente instigante e desafiador, em face de sua hipercomplexidade. Inevitavelmente, todos os recortes que se fazem para tornar viável algum tipo de tratamento do tema e, então, produzir um discurso com sentido que seja textualizado, causam perdas de informações e dados. Daí porque a análise do discurso representou um caminho interessante para agregar outros elementos e, principalmente, fornecer outro sentido possível.

É que com a análise do discurso “não se separa forma e conteúdo”, ao tempo em que “procura-se compreender a língua não só como uma estrutura mas sobretudo como acontecimento”⁵³. Logo, há possibilidade de aprofundamentos verticalizados para a compreensão das condições que plasmaram o discurso transformado em fato no texto.

O material analisado na pesquisa qualitativa, que serviu de base para a conclusão debatida neste artigo, pelo ponto de vista do outro sentido aqui atribuído, deixa entrever a tentativa de criação de uma crença – talvez ilusória – de que o ser humano seria indispensável e necessário para as funções, tarefas e serviços de alta complexidade no modo de produção das atividades-fim das profissões jurídicas – redigir documentos jurídicos para as soluções dos problemas.

Ao que tudo indica, a crença supracitada teria por finalidade a mobilização de forças políticas e estatais para frear o processo de substituição das pessoas por máquinas nas profissões jurídicas, que recebe o influxo de pressões advindas dos setores econômicos. De acordo

⁵⁰SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *O futuro das profissões: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos*. Lisboa: Gradiva, 2019.

⁵¹ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 28.

⁵²ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 78.

⁵³Ibid., p. 17.

com o as formulações sobre o paradigma da TI⁵⁴, pode ser uma estratégia possível para minimizar os impactos dos avanços tecnológicos no campo profissional do Direito. Só não há como saber se dará certo, pois depende de um jogo de correlação de forças, no qual as pessoas profissionais jurídicas não detêm o controle.

Diante das incertezas nessa relação entre TI, IA e profissões jurídicas, graças ao manejo da análise do discurso, acredita-se que se pode oferecer outras percepções e reflexões, a partir de alguns referenciais distintos e outras categorias ou chaves de leitura, sobre o tema da substituição das pessoas por máquinas no modo de produção das atividades jurídicas. Um “olhar de fora”, isto é, de quem não participou da pesquisa qualitativa que redundou no discurso que foi textualizado no item III.2 do sumário executivo descrito.

Evidentemente, ainda que os elementos teóricos trazidos e as análises realizadas sejam encaradas por um tom de crítica, a conclusão do texto no item III.2 daquela pesquisa continua válida, nos seus termos e parâmetros, conforme as condições em que foi formulada. O que muda é apenas o sentido. Ao invés de “concentração” da substituição pelas máquinas em relação aos “cargos de hierarquia mais baixa”, trata-se de um início e a tendência é que o processo possa chegar até aos “cargos de hierarquia mais alta”, uma vez que os avanços da TI poderão tornar possível que inteligências artificiais façam as peças jurídicas mais complexas também.

Enfim, não fosse o rigor acadêmico que exige uma linguagem formal, o presente artigo poderia se intitular “com quantas pessoas profissionais do direito se faz uma peça jurídica?” Diante dos avanços exponenciais das tecnologias da informação, a resposta é o pendor de que se faça mais com cada vez menos pessoas, ante a substituição delas por máquinas no modo de produção das peças e soluções jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BONELLI, Maria da Glória. *A competição profissional no mundo do direito*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 10, n. 1, p. 185-214, mai. 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/ts/article/view/86766>. Acesso em: 12 nov. 2016.

_____. *Estudos sobre profissões no Brasil*. In: *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: ANPOCS, 1999. Disponível em: <http://anpocs.org/index.php/o-que-ler-1970-1995/volume-ii-sociologia>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BONELLI, Maria da Glória; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *A política das profissões jurídicas: autonomia em relação ao mercado, ao Estado e ao cliente*. Revista de Ciências Sociais, v. 34, n. 1, p. 99-114, 2003. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/9833>. Acesso em 12 nov. 2016.

⁵⁴CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020, p. 123-4.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima F. P. G. *Revolução 4.0 no poder judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, jul./out. 2019. Disponível em: <http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256/194>. Acesso em: 5 mai. 2020.

CARDOSO, Sérgio Eduardo. *A inteligência artificial no judiciário: uso de tecnologias no processo de julgamento*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CASTRO, Felipe Araújo. *Genealogia histórica do campo jurídico brasileiro: liberalismo-conservador, autoritarismo e reprodução aristocráticas*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Juristas e ludistas no século XXI: a realidade e a ficção científica do discurso sobre o futuro da advocacia na era da informação*. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho et al. *Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia, 2017*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 185-99.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos*. Revista dos Tribunais On-line, São Paulo, v. 955, set 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/38199022/ARBITRIUM_EX_MACHINA_PANORAMA_RISCOS_E_A_NECESSIDADE.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

FRÖHLICH, Afonso Vinício Kirschner; ENGELMANN, Wilson. *Panorama da utilização da inteligência artificial nos tribunais de justiça brasileiros*. Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito - RBIAD, v. 1, n. 1, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://rbiad.com.br/index.php/rbiad>. Acesso em: 2 jun. 2020.

FROSINI, Vittorio. *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos, 1982.

LIMA, Robson Mota dos Santos. *As novas tecnologias no judiciário brasileiro: uma análise da implementação da inteligência artificial em substituição ao juiz natural*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Ciências Gerenciais, Manhuaçu, 2019.

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. *Inteligência artificial e direito: uma breve introdução histórica*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 355-90. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16046357.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MARTÍN, Nuria Belloso. *Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional*. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: UNOESC, 2018, p. 119-37.

_____. *Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minimizar el riesgo y la incertidumbre?* Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 22, n. 43, dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/20780>. Acesso em: 26 jun. 2020.

NUNES, Dierle; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. *Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia*. Consultor Jurídico, 9 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opiniaop-erigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia>. Acesso em: 3 abr. 2020.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. *Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Informática no Superior Tribunal de Justiça e na Justiça Federal*. Palestra no I Encontro de Presidentes de Tribunais, 28/09/1990. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/305/160_informatica_superior_tribunal.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

ROCHA, Sérgio. *Neoliberalismo e poder judiciário*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.); LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.); et al. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes de guerra: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

SILVA, Alexandre Pacheco da et al. *O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@? Sumário executivo da pesquisa qualitativa "tecnologia, profissões e ensino jurídico"*. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

SILVA JÚNIOR, Luiz Alberto; LEÃO, Marcelo Brito Carneiro. *O software Atlas.ti como recurso para a análise de conteúdo: analisando a robótica no ensino de ciências em teses brasileiras*. Revista Ciência & Educação, Bauru, v. 24, n. 3, jul./set 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-73132018000300715&script=sci_arttext. Acesso em: 10 ago. 2020.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. *Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica*. 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. Brasília, 30 mai. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 2 jun. 2020.

_____. *Ministra Carmen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. Brasília, 30 ago. 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>. Acesso em: 2 jun. 2020.

_____. *Projeto VICTOR do STF é apresentado em congresso internacional sobre tecnologia*. Brasília, 26 set 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=390818>. Acesso em: 2 jun. 2020.

_____. *Inteligência artificial*: trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos. 23 out. 2018c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>. Acesso em: 2 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Boletim de precedentes*. Brasília, set 2019. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Boletim-de-Precedentes/31_Boletim_Precedentes_STJ.pdf. Acesso em: 2 jun. 2020.

SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *O futuro das profissões*: como a tecnologia transformará o trabalho dos especialistas humanos. Lisboa: Gradiva, 2019.

VARELA, Francisco J. *Conhecer: as ciências cognitivas*: tendências e perspectivas. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores? As novas possibilidades no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.



HUMANISMO CRISTÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NUMA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA: A PESSOA HUMANA NO CENTRO DO DIREITO

CHRISTIAN HUMANISM AND EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS FROM AN EPISTEMOLOGICAL PERSPECTIVE: THE HUMAN PERSON AT THE CENTER OF LAW

VICENTE DE PAULO AUGUSTO DE O. JÚNIOR* | MARIA LÍRIDA CALOU DE A. E MENDONÇA ** | RENATO M. DE ABRANTES***

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a proposta humanista de superação de conflitos entre direitos fundamentais, com base no conceito de pessoa humana. A pesquisa, de caráter qualitativo e que tem por fato motivador o Simpósio Internacional "Diritti Fondamentali e conflitti fra diritti", promovido em Roma, pela Fondazione Ratzinger, entre 15 e 16 de novembro de 2018, e foi realizada por meio de análise documental, na doutrina acerca da pessoa humana, do princípio da dignidade humana e do humanismo cristão. Conclui-se que, não obstante a variedade de direitos, a ciência jurídica, cujo núcleo e finalidade é a pessoa humana, deve dispor de mecanismos aptos a coibir as ameaça aos direitos fundamentais, mormente os ligados ao princípio da dignidade humana, e a conciliar as vertentes e posicionamentos intelectuais e ideológicos que, embora discrepantes entre si, buscam, cada qual ao seu modo, o mesmo objetivo: a tutela e concretização dos direitos individuais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Pessoa humana e dignidade; Humanismo cristão.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the humanist proposal to overcome conflicts between fundamental rights, based on the concept of the human person. The research, of a qualitative nature and which motivates the International Symposium "Diritti Fondamentali e conflitti fra diritti", promoted in Rome, by Fondazione Ratzinger, between 15 and 16 November 2018, and was carried out through document analysis, in the doctrine about the human person, the principle of human dignity and Christian humanism. It is concluded that, despite the variety of rights, legal science, whose core and purpose is the human person, must have mechanisms able to curb threats to fundamental rights, especially those linked to the principle of human dignity, and to reconcile the intellectual and ideological strands and positions that, although discrepant among themselves, seek, each in its own way, the same objective: the protection and implementation of individual rights.

Keywords: Fundamental rights; Human person and dignity; Christian humanism.

* Doutor em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza.
Professor do Centro Universitário UniFanor
vicenteaugusto2@gmail.com

** Pós-Doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.
liridacalou@unifor.br

*** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.
Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário UniFanor. Advogado.
moreirabrantessadv@gmail.com

Recebido em 30-1-2021 | Aprovado em 23-6-2021



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA FILOSÓFICO-TEOLÓGICA; 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, OS FUNDAMENTOS CRISTÃOS E O MOVIMENTO PÓS-POSITIVISTA; 3 OS FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO HUMANISMO CRISTÃO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

A reflexão sobre os direitos humanos fundamentais traz consigo implicações práticas, em que pesem as permanentes ameaças que se lhe fazem. As atrocidades promovidas no decorrer dos séculos têm como raiz a concepção que se adota de ser humano e, também, de direito.

No século XX, palco cronológico de dois conflitos bélicos de proporções mundiais, a agressão a tais direitos trouxe consequências desastrosas, particularmente pelo ultraje à pessoa humana e à dignidade que lhe é inerente. As lições da Primeira Guerra Mundial de pouco serviram, pois, por um lado, a humanidade não compreendeu que vencer nunca significa humilhar o adversário e, por outro, não entendeu que a paz somente se consolida quando as nações se podem confrontar num clima de igualdade.

O resultado não poderia ter sido outro senão o deflagrar de um novo e mais cruento conflito, vinte anos depois, em que mais explícita ficou a violação aos direitos humanos fundamentais. A Segunda Guerra Mundial mostrou ao homem aquilo que ele é capaz de realizar contra outro homem. Necessário se fez, naquele contexto, o estabelecimento de um instrumento normativo que servisse de balizamento ao agir humano individual e coletivo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, pretendeu, pois, equalizar as relações entre as nações e entre os homens entre si, “segundo as normas da verdade, da justiça, da solidariedade operante e da liberdade”¹. Premissa para tanto foi a afirmação da dignidade de toda a pessoa humana e o reconhecimento de direitos mútuos, juntamente com o cumprimento dos deveres respectivos. O desprezo a esta exigência acarretaria ofensa à consciência da humanidade como um todo.

O que parecia estar pacificado, contudo, foi sendo, nos últimos anos, colocado à prova. Com as novas interpretações que se foram imprimindo aos direitos fundamentais, particularmente com o surgimento de uma plêiade de “novos direitos”, por vezes contrapostos entre si, viu-se o ressurgir das ameaças aos direitos da pessoa humana, conforme insculpidos na

¹ JOÃO XXIII. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. Sobre a paz de todos os povos na base da verdade, justiça, caridade e liberdade. 1963. N. 80.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, e, em última instância, conforme o papa emérito Bento XVI, em mensagem aos participantes do Simpósio Internacional *Diritti Fondamentali e conflitti fra diritti*², um “rischio della distruzione dell’idea di diritto”³⁴.

A Igreja Católica, personificada juridicamente através da Santa Sé, pessoa jurídica de direito público internacional, e das diversas entidades eclesásticas presentes no mundo (como as arquidioceses, dioceses e as paróquias), insere-se no rol das nações que assumem o compromisso com a defesa dos direitos humanos, por entender que o princípio da dignidade humana – bem como os direitos inalienáveis que surgem dele, nos termos do Preâmbulo da Declaração Universal – tem uma profunda sintonia com a visão bíblica segundo a qual o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, tornando-se imperativo, para os seus membros, o cumprimento do preceito da caridade fraterna, que é a base cristã do homem e do mundo.

Aos membros do Corpo Diplomático acreditado junto à Santa Sé, o Papa Francisco afirmou recentemente que “falar de direitos humanos significa, antes de mais nada, repropor a centralidade da dignidade da pessoa”⁵, sendo o pressuposto de tais direitos a natureza comum ao gênero humano, razão pela qual se faz necessário o desenvolvimento humano integral, que deve “promover todos os homens e o homem todo, até se chegar à humanidade inteira”⁶. Ao contrário, a agressão aos direitos da pessoa humana gera injustiça, desigualdade social e corrupção.

Desta forma, inspirados pelas discussões inerentes à disciplina Epistemologia Jurídica, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, e provocados pela ideia central do prefalado Simpósio, pretendemos, neste artigo, considerando os conflitos de direitos humanos fundamentais, analisar a proposta prática de superação destes conflitos, com base no conceito de pessoa humana.

Assim, num primeiro momento, explanaremos sobre o tal conceito sob as perspectivas filosófica e teológica. Em seguida, dissertaremos sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, identificando-lhe os fundamentos cristãos, delineando a proposta pós-positivista do direito e fazendo um balizamento histórico do processo de positivação do referido princípio. Aqui, traremos à baila o pensamento do teólogo Joseph Ratzinger (Papa emérito Bento XVI) a respeito da “ditadura do relativismo” da qual deve ser preservada a pessoa humana. Finalmente, num terceiro momento, analisaremos o humanismo cristão, enquanto proposta concreta de superação da barbárie e de fundação de uma nova sociedade, a “civilização do amor”, na qual vigoram a caridade e a justiça comum e na qual os conflitos de direitos fundamentais se minimizam.

² Promovido pela *Fondazione Ratzinger* e ocorrido em Roma, entre 15 e 16 de novembro de 2018.

³ Tradução livre: risco da destruição da ideia do Direito.

⁴ BENTO XVI. *Mensagem do papa emérito Bento XVI aos participantes do Simpósio Internacional “Direitos Fundamentais e conflitos entre direitos”*. Roma: 2018, p. 1. Disponível em: <http://www.fondazioneratzinger.va/content/dam/fondazioneratzinger/contributi/lettera%20BENEDETTO%20XVI%20Simposio%202018.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁵ FRANCISCO. *Discurso do Papa Francisco ao Corpo Diplomático acreditado junto à Santa Sé*. Roma: 2018, p. 1. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2018/january/documents/papa-francesco_20180108_corpo-diplomatico.html#_ftn2. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁶ FRANCISCO. *Discurso do Papa Francisco ao Corpo Diplomático acreditado junto à Santa Sé*. Roma: 2018, p. 1. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2018/january/documents/papa-francesco_20180108_corpo-diplomatico.html#_ftn2. Acesso em: 09 jun. 2021.

Verifica-se, na presente discussão, um lastro essencialmente epistemológico-jurídico, haja vista estar em análise da essência dos direitos fundamentais, quais sejam a pessoa humana e sua dignidade. Procuramos ultrapassar o “lugar comum” em que se situa o debate, no nosso sentir já corriqueiro no mundo acadêmico, a respeito das colisões de direitos fundamentais e sobre as formas de resolução de conflitos.

A pretensão do referido trabalho foi ter ido além, aos fundamentos de tal discussão. A abordagem que se utiliza no presente artigo, de viés bibliográfico, deixa de lado o aspecto polêmico e adota uma postura de verificação e comprovação histórica do que se afirma.

1 A PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA FILOSÓFICO-TEOLÓGICA

O termo *pessoa*⁷ *humana*⁸ assume diversos significados ao longo da História da Filosofia e da Teologia, sendo imprescindível a análise dos conceitos que legaram os filósofos e teólogos gregos, escolásticos (medievais) e modernos.

No mundo helênico, sobressai-se o pensamento filosófico de Sócrates, Platão e Aristóteles. Superada a visão dos jônicos⁹, mais dedicados ao estudo do mundo e de sua origem, os filósofos nominados detiveram-se no estudo do homem em si, embora não tivessem formulado propriamente uma metafísica¹⁰ da pessoa humana. Portanto, limita-se a afirmar a “superioridade do homem como diversa de uma espécie animal sobre outra e dotam o indivíduo de uma dignidade e uma superioridade próprias”¹¹. Já se percebe, aqui, que a posterior reflexão cristã a respeito da pessoa humana começa a ser gestada.

Sócrates, cujo pensamento nos chegou através de seu discípulo Platão, é dos três filósofos que menos se volta para a análise da pessoa como tal. Sua preocupação está focada na validade do conhecimento humano, que é um caminho para atingir a virtude, a *areté*¹². O seu método, baseado na maiêutica e na ironia, tem por meta não o homem em si, mas a reflexão a respeito da ignorância no interlocutor e a descoberta dos próprios valores.

⁷ O termo *persona* remonta ao latim, tradução da palavra πρόσωπον (*prósopon*), ou seja, o indivíduo que, no teatro grego e nos serviços religiosos primitivos, utilizava-se de uma máscara para representar personagens ou deuses. Nas máscaras, havia uma abertura no entorno da boca que servia para o ator ou para o sacerdote impostar e representar pelo som (daí o termo *persona*, de *per* + *sona*) uma personagem. Quem primeiro utilizou o termo *prósopon* foi Homero (850a.C.), na *Odisseia*. Conf. ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*. Hitoire des Mots. Paris: Édition Klincksieck, 1994. Recomenda-se, a respeito, a leitura de FAITANIN, Paulo. Acepção teológica de “pessoa” em Tomás de Aquino. Texto originalmente publicado na *Revista Synesis*, Ano II, n. 1, jan-jun. 2005, p. 59-70. Disponível em: <http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/a-acepcao-teologica-de-pessoa-em-tomas-de-aquino.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁸ VILELA, Orlando. *A pessoa humana no mistério do mundo*. Petrópolis: Vozes, 1968, p. 13.

⁹ Os filósofos jônicos foram os que deram expressão filosófica ao problema da existência de uma causa suprema de todas as coisas, buscando o princípio primeiro que tornava possível a existência e a mudança, a saber Tales (624a.C.-562a.C.), Anaximandro (610a.C.-546a.C.) e Anaxímenes (588a.C.-524a.C.), todos naturais de Mileto, cidade situada na Região da Jônia (Magna Grécia). Para estes filósofos, a causa última e princípio supremo de todas as coisas têm, apesar da aparente diversidade, os seguintes elementos em comum: água, terra, ar e fogo. Conf. MONDIN, B. *Curso de Filosofia: os filósofos do Ocidente*. Vol. I. São Paulo: Paulus, 1981.

¹⁰ Do grego, μετά (*metà*), depois de, além de tudo, e Φυσις (*physis*), natureza ou física. Trata-se do estudo do ser enquanto ser. A metafísica é também denominada de ontologia (estudo do ente, que é o ser existente).

¹¹ FINANCE, Joseph de. *Connaissance et l'être*. Paris: Desclée de Brouwer, 1966, p. 476.

¹² JAEGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1957.

Platão centra o seu pensamento na causa do homem, que não existe em si, mas somente enquanto participação na Ideia, que é a verdadeira realidade (o que existe de real não é o ser concreto, existente, mas a sua essência, o seu conceito)¹³. O corpo humano é uma prisão, um “sepulcro ao qual a alma está ligada como a ostra em sua concha”¹⁴. Mortal e transitório, o corpo é uma espécie de doença para a alma. Ao contrário, a alma é divina, imortal, inteligível, uniforme e indissolúvel. Independente do corpo, é ela que dá vida ao homem. Imprescindível que a alma se liberte do corpo, o que somente se dá com a morte. Este posicionamento negativo de Platão a respeito da dimensão corporal do homem vai refletir-se no pensamento de Agostinho de Hipona (354-430), que “cristianizou” a doutrina platônica.

Tem-se, aqui, com Platão, uma dicotomia corpo *versus* alma, aquele ligado à matéria e, por isso, prejudicial a esta, por sua vez divina e imortal. Imperiosa a libertação da alma, para que, assim, o homem chegue ao conhecimento da verdade (que consiste na contemplação da realidade, a Ideia, a essência do ser), o que somente se dará de forma plena com a morte. Nesta dicotomia, surge o conceito de liberdade da alma com relação ao corpo e, por conseguinte, a ideia de liberdade do homem, ou de livre-arbítrio (tema central em Agostinho).

Para Laterza¹⁵, “a Teoria das Ideias, núcleo principal da doutrina de Platão, será o fundamento teórico deste antagonismo corpo-alma”. Se a alma participa de uma essência inteligível, semelhante à essência da própria vida, o corpo participa de uma essência necessariamente dissolúvel e mortal. Essa dicotomia é o que caracteriza a antropologia platônica: o corpo humano é um acidente¹⁶, ou a concepção de homem identifica-se com sua alma. Em síntese, a pessoa humana em Platão reveste-se de caracteres negativos ou pessimistas, haja vista a dualidade a que está submetida.

Aristóteles tem pensamento diverso de Platão, uma vez que dispensa a reflexão ontológica que busca fundamentar o ser em uma realidade ontológica distinta (o mundo das Ideias) e sustenta que as características transcendentais (universais) têm o seu fundamento nas substâncias individuais. Tais substâncias compõem-se de matéria e forma, “que não são coisas, mas princípios que não podem ser separados”¹⁷.

No homem, o corpo é a matéria e a alma a forma; não é o corpo que existe, ou a alma, mas o corpo e a alma, ou, mais exatamente, o corpo animado. Por causa desta unidade essencial e existencial, o homem não deve ser compreendido pelo seu fim, que é eminentemente intelectual (o homem é ser racional) e moral (em virtude de sua racionalidade, o homem é capaz de gerir e responsabilizar-se pelos seus atos).

¹³ Platão, no livro VII de “A República”, apresenta, na alegoria da caverna, a ideia de que o conhecimento que o homem tem dos seres materiais é pura ilusão. É necessário – como um dos prisioneiros da caverna que se liberta de seu primitivo estado de escravidão e passa a contemplar a realidade (que não eram as sombras projetadas no interior da caverna) – libertar-se desta falsa concepção e conhecer a verdade sobre os seres. Ou seja, o que o homem conhece são apenas sombras da realidade. Conf. PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

¹⁴ PLATÃO. *Fédon*. Trad. Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Atlântida, 1954, p. 49.

¹⁵ LATERZA, Léa Ferreira. O conceito de pessoa: o estado da questão entre os gregos. *Revista de Filosofia Kriterion*. Vol. 52, n. 123, p.240-249, jun-2011. Belo Horizonte. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2011000100015>. Acesso em: 09 jun. 2021.

¹⁶ Aristóteles qualifica acidente como o oposto da substância, enquanto o que há de essencial e imutável no ser; o acidente são as características mutáveis do ser, que se apresentam no ente (o ser existente).

¹⁷ ARISTÓTELES. *De anima*. Tricot. Paris: Vrin, 1959, p. 69.

O que caracteriza o homem é a sua essência, ou seja, a sua humanidade. Não se conhece “José”, ou “Maria”, mas a humanidade que eles portam, enquanto indivíduos. Eis, pois, os primeiros delineamentos do que mais tarde, por ocasião do pensamento cristão, será denominado dignidade humana, que não repousa sobre este ou aquele homem, mas sobre todos, em qualquer circunstância ou lugar. É o que fará Agostinho de Hipona, ao traduzir para a linguagem cristã o pensamento de Platão (repetindo a dualidade platônica da pessoa humana), e Tomás de Aquino (1225-1274), que fez o mesmo com Aristóteles (repetindo a unicidade da pessoa humana).

A antropologia agostiniana parte da ideia de que Deus existe e é o criador de todas as coisas, dentre as quais o homem, dotado de capacidade racional. Justamente por isso, tem a necessidade de conhecer a Deus, sob o aspecto cognoscitivo. Composto, “o homem é a unidade substancial de corpo e alma, a ponto de dizer que a essência do homem é a alma que se utiliza de um corpo”¹⁸.

A alma, parte superior do ser humano, governa o corpo. Dela, toda a corporeidade deve ser afastada, por não ser corpórea, imortal e imperecível¹⁹. É a alma que dá vida ao homem e possibilita-lhe a vida divina, sendo o elo entre as ideias divinas e o corpo. É por causa de sua natureza espiritual que a alma se comunica com as ideias superiores, sendo que, “quanto maior a aproximação dela com as ideias ou com o conhecimento, menor é a distância da verdade, ou seja, de Deus”²⁰.

Contribuição de Agostinho para a construção de um conceito de pessoa e de sua dignidade foi a afirmação de que Deus, a Suma Verdade a ser buscada com o auxílio da graça, está dentro do próprio homem. Voltando-se para si, o homem descobre algo que lhe é totalmente distinto: “Tarde Te amei, ó beleza tão antiga e tão nova. Eis que habitáveis dento de mim, e eu lá fora a procurar-Vos”²¹.

Tomás de Aquino retoma a reflexão a respeito da alma e da sua relação com o corpo, denominando aquela como “o primeiro princípio da vida nas coisas que vivem, pois denominadas viventes as coisas animadas e inanimadas aquelas destituídas de vida”^{22 23}, sendo alma aquilo que Aristóteles denominou de *psyché*. Deduz-se, pois, que todas as coisas que vivem têm alma: umas, alma vegetativa (como as plantas), outras, alma sensitiva (como nos animais), outras, finalmente, alma racional, como no caso do homem, ser intermediário entre o espiritual e o corporal, ou entre a matéria e a forma, capaz de raciocinar, pois dotado de razão (inteligência e vontade).

¹⁸ GRZIBOWSKI, Silvestre. Agostinho: o homem à imagem de Deus. In: SGANZERLA, Anor; VALVERDE, Antônio José Romera; FALABRETTI, Ericson (orgs.). *Natureza humana em movimento: ensaios de antropologia filosófica*. São Paulo: Paulus, 2012, p. 36.

¹⁹ AGOSTINHO, Santo. *Solilóquios*. Col. Patrística 11. São Paulo: Paulus, 1998.

²⁰ GRZIBOWSKI, Silvestre. Agostinho: o homem à imagem de Deus. In: SGANZERLA, Anor; VALVERDE, Antônio José Romera; FALABRETTI, Ericson (orgs.). *Natureza humana em movimento: ensaios de antropologia filosófica*. São Paulo: Paulus, 2012, p. 37.

²¹ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003, p. 243.

²² TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Correia. Coleção Ecclesiae. Campinas: Permanência, 2016, Ia, q. 75, a. 1.

²³ Esta é a forma internacionalmente consagrada para citar a complexa obra de Tomás de Aquino, conforme a sequência parte, questão, artigo.

Para Tomas de Aquino, a alma humana é “uma substância²⁴ intelectual que, por estar fundamentalmente unida a um corpo, forma com ele um composto físico”²⁵.

Diferentemente de Platão/Agostinho, Tomás de Aquino não considera o corpo a prisão da alma. Pelo contrário, é bom para a alma estar unida ao corpo, pois este, com seus sentidos, é que possibilita o homem conhecer. E aqui reside a contribuição de Tomás de Aquino para a formatação do conceito de pessoa e de dignidade humana: só o homem é racional, distinto de todos os demais seres, sendo a razão aquilo que o torna imagem e semelhança de Deus, ou seja, na sua condição de criatura, o homem, pela razão, assemelha-se a Deus. Se Deus é digno, o homem, semelhante a Ele, também o é e, na sua dignidade, deve ser respeitado.

Na Idade Moderna, destaca-se o pensamento antropológico de Kant, para quem homem é sinônimo de liberdade e, por isso, um ser portador de dignidade. O que caracteriza a pessoa é a sua capacidade de agir livremente, sendo a sua autonomia a característica mais marcante. Neste sentido, Kant fundamenta sua antropologia não somente sob o prisma filosófico, mas também pragmático, uma vez que a moral kantiana conceituará o homem como aquele que tem o fim em si mesmo e suas ações voltadas para a liberdade²⁶.

Ademais, somente o homem é capaz de tomar consciência dessa liberdade e, com isso, do mundo que o cerca. A liberdade do homem, para Kant, é o fundamento da sua dignidade. “O ser humano é por excelência moral a partir do momento em que escolhe livremente o que ele quer fazer de si mesmo no mundo”²⁷.

Na Idade Contemporânea, Hannah Arendt (1906-1975), judia alemã que viveu as agruras do nazismo, busca compreender o significado da existência humana no mundo. Afirma que somente na esfera pública que a dignidade humana – reflexão permanente em sua obra – poderá ser desenvolvida. É na vida pública que o homem se desvela a si mesmo, pois “o coração e mesmo a audácia já estão presentes no ato de alguém que abandona seu esconderijo privado para mostrar quem é, desvelando-se e exibindo-se a si próprio”²⁸.

Deste panorama histórico, abstraem-se algumas características comuns da pessoa humana. Na Antiguidade, o homem é compreendido como um ser dual, composto de um elemento material, corpóreo, e um princípio espiritual, que lhe dá vida, a alma, e o distingue dos

²⁴ Tomás de Aquino concorda com Boécio (480-524), para quem pessoa pode ser definida como “substância individual de natureza racional”, dando um novo foco à teoria personalista. Boécio vai além dos gregos, que analisavam a pessoa enquanto inserida num contexto político e social (*a polis*). Aqui, pessoa é definida no plano da racionalidade, o que a coloca num plano superior aos demais animais. A dimensão racional e individual da pessoa é o fundamento para o que hoje denominamos “dignidade humana”. Conf. TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Correia. Coleção Ecclesiae. Campinas: Permanência, 2016, IIIa, q. 2, a. 2. Neste sentido, para um maior aprofundamento, ver. RODRIGUES, Ricardo Antônio. Severino Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana. *Seara Filosófica*. n. 5, verão, 2012, pp. 3-20. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/1915/1747>. Acesso em: 06 jun. 2021.

²⁵ ALMEIDA, Rogério Miranda de. Tomás de Aquino: o homem como um composto de corpo e alma. In: SGANZLERLA, Anor; VALVERDE, Antônio José Romera; FALABRETTI, Ericson (orgs.). *Natureza humana em movimento: ensaios de antropologia filosófica*. São Paulo: Paulus, 2012, p. 43.

²⁶ KANT. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Trad. Clécia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

²⁷ CHAVES, Noêmia de Souza. O conceito de pessoa na antropologia kantiana: uma abordagem prática e pragmática. *Polymatheia – Revista de Filosofia*. Vol. V, n. 7, 2009, Fortaleza, p. 152. Disponível em: http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia_v5n7_conceito_pessoa_antropologia_kantiana.pdf. Acesso em: 09 jun. 2021.

²⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, 233.

demais seres, por ser racional, ou seja, inteligente e livre. No Período Medieval, as definições de Boécio, Agostinho e Tomás de Aquino reapresentam, sob as roupagens do cristianismo, a concepção grega de pessoa humana, de homem, agora totalmente voltado para a divindade, de onde se origina e para onde retornará, pois, criado à Sua imagem e semelhança. No Iluminismo, o homem é apresentado à reflexão por Kant como sendo sinônimo de liberdade e autoconsciência, liberdade esta que, com Hannah Arendt, na Contemporaneidade, é instrumento para a vida em sociedade.

Não visualizamos contradição entre os conceitos apresentados. Mesmo as posições antagônicas, como as de Platão e de Aristóteles, mostram-se complementares, pois, se de um lado o homem é eminentemente espiritual, por outro, tem em sua dimensão corporal um meio de interação com o mundo e com os outros homens.

As contribuições medievais, outrossim, foram importantes para os primeiros delineamentos do que adiante, historicamente, se denominará dignidade humana. Seja porque criado à imagem de Deus, seja porque um ser racional, o homem se distingue de qualquer outro ser. Cumpre-nos, agora, analisar os fundamentos do princípio da dignidade humana.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, OS FUNDAMENTOS CRISTÃOS E O MOVIMENTO PÓS-POSITIVISTA

Os ensinamentos cristãos contribuíram para o desenvolvimento da cultura ocidental, haja vista o que lhe fundamenta, qual seja a ideia de respeito à pessoa humana, sob as perspectivas da paz, do amor, da igualdade e da solidariedade, fé, tolerância, solidariedade, obediência à lei humana e divina e, principalmente, respeito ao próximo. Não poucos princípios do cristianismo foram adotados pelos diversos Estados, a exemplo da dignidade da pessoa humana e do senso de justiça que deve permear os relacionamentos interpessoais e estatais.

O cristianismo tem sua origem com Cristo que, ressuscitado, enviou os seus discípulos ao mundo inteiro pregando a Sua mensagem. Sua doutrina está consignada nos quatro Evangelhos (Mateus, Marcos, Lucas e João) e foi desenvolvida nos demais livros do Novo Testamento. A Igreja Católica identifica-se com aquele grupo de discípulos, tendo sido Pedro Apóstolo o primeiro papa, ao qual se seguiram todos os demais, até o atual, Francisco.

No decorrer dos séculos, o cristianismo²⁹ relacionou-se com povos de todos os tempos e lugares, assimilando e modificando costumes. Consequência disso foi a incorporação de princípios cristãos por não poucos ordenamentos jurídicos.

Assim, por exemplo, o princípio da legalidade, conforme o ensinamento de Cristo “dai, pois, o que é de César a César, e o que é de Deus, a Deus” (Mateus 22, 21)³⁰. Segundo Bittar³¹, tal princípio remete, por um lado, ao juízo a respeito das coisas humanas, quanto à obediência às leis humanas, e, por outro, ao juízo a respeito das coisas divinas, haja vista que a obediência

²⁹ Até o século XVI, o cristianismo confunde-se com a Igreja Católica Apostólica Romana. A partir da Reforma Protestante, outras denominações daí oriundas incorporaram-se ao cristianismo, assumindo os mesmos princípios humanísticos da Igreja Católica, não obstante as divergências teológico-doutrinárias.

³⁰ BÍBLIA. Português. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

³¹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

à lei é imperativa. Ou, ainda, o princípio da proporcionalidade, segundo o ensinamento de São Paulo à Igreja de Colossos: “Senhores, dai aos vossos servos o justo e equitativo, sabendo que vós tendes um Senhor no céu” (Colossenses, 4, 1)³².

A dignidade humana, outro princípio que deita raízes no cristianismo, é presente em não poucas passagens da vida de Cristo, como, por exemplo, no caso em que os mestres da lei e os fariseus, antes de apedrejarem uma mulher pega em flagrante adultério (pena do delito), trouxeram-na a Jesus, para pô-lo à prova³³.

A consideração do corpo humano como templo do Espírito Santo, onde mora Deus (1 Coríntios, 6, 19)³⁴, é outra característica marcante do cristianismo. Por esta razão, não pode ser entregue à imoralidade ou à profanação, segundo o ensinamento do Apóstolo Paulo. A dignidade do corpo é fortemente afirmada, rechaçando-se qualquer forma de menosprezo ou ameaça. Veja-se, por exemplo, a defesa que faz o atual Código de Direito Canônico³⁵ quanto à dignidade corpórea, ou quanto à dignidade da pessoa humana³⁶, ou, ainda, a indicação de alguns atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, conforme o Catecismo da Igreja Católica (CIC)³⁷.

O CIC³⁸ afirma que “o corpo do homem participa da dignidade da ‘imagem de Deus’: ele é corpo humano precisamente porque é animado pela alma espiritual, e é a pessoa humana inteira que é destinada a tornar-se, no Corpo de Cristo, o Templo do Espírito”.

Fundamento da dignidade da pessoa humana, para o cristianismo, é a criação (o homem é criado à imagem e semelhança de Deus, sendo ele racional, ou seja, inteligente e livre). Neste sentido, afirma a doutrina da Igreja, é dever de todos garantir que os direitos da pessoa humana sejam respeitados. Em primeiro lugar, “os poderes públicos são obrigados a respeitar os direitos fundamentais e inalienáveis da pessoa humana”³⁹; mas, todos os homens são devedores de respeito à dignidade dos demais, seja com relação à alma do outro, evitando o

³² BÍBLIA. Português. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

³³ Episódio que pode ser lido no Evangelho de João, capítulo 8. Uma mulher foi pega em adultério, crime para o qual, pela lei judaica, era prevista a morte por apedrejamento. Antes de executar a pena, os fariseus e os mestres da lei puseram Jesus à prova, questionando-lhe o que fazer com aquela mulher, haja vista que a lei de Moisés previa aquela pena. A resposta de Jesus foi “quem não tiver pecado que atire a primeira pedra”. Ninguém teve a coragem de atirar, mas retiraram-se todos, um a um, a começar pelos mais velhos. Jesus volta-se para a mulher e pergunta “ninguém te condenou”? E conclui “nem eu, vá em paz, mas não peques mais”.

³⁴ BÍBLIA. Português. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

³⁵ Instrumento normativo que regulamenta os direitos e os deveres dos membros e instituições da Igreja Católica. O atual Código data de 1983, promulgado que foi pelo papa João Paulo II.

³⁶ De acordo com o cânon 1041, são irregulares para receber as ordens sagradas (diaconato, presbiterado e episcopado) quem praticou homicídio voluntário, ou provocou aborto, tendo-se seguido o efeito, ou o que tiver mutilado a si próprio ou a outrem grave e dolosamente, ou tenha tentado suicídio. Ainda, o cânon 1398 prevê pena de excomunhão *latae sententiae* (automática, sem a necessidade de um processo averiguatório, haja vista a gravidade deste delito) a quem, consciente e livremente, provoca aborto ou para ele concorre ativamente, seguindo-se o efeito.

³⁷ São atentados à integridade corporal, dentre outros: o sequestro, a tomada de reféns, o terrorismo, a tortura, as amputações, mutilações e esterilizações. Conf. *CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA - CIC*. Edição Típica Vaticana. São Paulo: Loyola, 2000, n. 2297, p. 598).

³⁸ *CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA - CIC*. Edição Típica Vaticana. São Paulo: Loyola, 2000, n. 364, p. 105).

³⁹ *CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA - CIC*. Edição Típica Vaticana. São Paulo: Loyola, 2000, n. 1907, p. 507).

escândalo⁴⁰, seja com relação à saúde física e à vida, seja quanto à pesquisa científica (no sentido de que os recursos da ciência e da técnica devem ser colocados a serviço do homem e de seu desenvolvimento integral, sem incorrer em ofensas ao ser humano e à lei moral), seja com relação à integridade corporal e ao respeito aos mortos⁴¹.

Ratzinger (2010) dá duas indicações bíblicas a respeito da dignidade do ser humano: ele foi criado à imagem e semelhança de Deus, razão pela qual é *capax Dei* (capaz de Deus), e todos os homens são um único homem, pois provêm de um único pai, Adão, e de uma única mãe, Eva: “esta unicidade del género humano, que implica la igualdad e los mismos derechos fundamentales para todos”⁴². No entanto, afirma Ratzinger, é em Cristo, o novo Adão, que os dois aspectos, quais sejam a dignidade divina do ser humano e a unicidade de sua origem e destino, encontram-se com perfeição.

Estes fundamentos bíblicos são o bastião da dignidade humana e dos direitos humanos e o embasamento do humanismo que lastreia o pensamento da Igreja Católica, sendo dever seu defendê-los e anunciá-los em todas as culturas, em todos os sistemas sociais e constitucionais.

Ratzinger⁴³, aponta, porém, uma contradição dos tempos atuais: a modernidade orgulha-se de ter descoberto a ideia de direitos humanos, positivando-os e declarando-os teoricamente, mas, ao mesmo tempo, nega-os profunda e radicalmente. Tal contradição encontra fundamento, afirma Ratzinger, nas teorias epistemológicas jurídicas modernas, precisamente as de cunho iluministas, segundo as quais a razão deve emancipar-se de todo vínculo com a tradição e com a autoridade.

La razón únicamente remite a sí misma. Acabará así por concebirse como una instancia cerrada, independiente. La verdad dejará de ser un dato objetivo, que se muestra a todos y cada uno, también a través de otros. Se trocará poco a poco en una exterioridad que cada cual capta desde su punto de vista, sin saber nunca en qué medida la visión que el sujeto há tenido coincide con el objeto en sí o con lo que perciben los demás⁴⁴ (RATZINGER, 2010, p. 40).

Refere-se Ratzinger à “ditadura do relativismo”, à afirmação de direitos desvinculados de qualquer referência objetiva a uma verdade comum, a causar a destruição dos próprios fundamentos do direito. Neste sentido, como consequência prática tem-se uma “autêntica

⁴⁰ O CIC define escândalo como “atitude ou comportamento que leva outrem a praticar o mal” *CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA* - CIC. Edição Típica Vaticana. São Paulo: Loyola, 2000, n. 2284, p. 595).

⁴¹ O tratamento dispensado aos mortos reflete a grandeza do corpo humano que, já sem vida, demanda respeito e consideração, exatamente porque humano. O CIC (n. 2300-2301, p. 599) assim se reporta: “os corpos dos defuntos devem ser tratados com respeito e caridade, na fé e na esperança da ressurreição. O enterro dos mortos é uma obra de misericórdia corporal que honra os filhos de Deus, templos do Espírito Santo. A autópsia de cadáveres pode ser moralmente admitida por motivos de investigação legal ou de pesquisa científica. A doação gratuita de órgãos após a morte é legítima e pode ser meritória. A Igreja permite a cremação, se esta não manifestar uma posição contrária à fé na ressurreição dos corpos”.

⁴² RATZINGER, Joseph. *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2010, p. 39.

⁴³ RATZINGER, Joseph. *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2010, p. 40.

⁴⁴ RATZINGER, Joseph. *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2010, p. 40.

guerra de los poderosos contra los discapacitados, a quienes molestan hasta simplemente a quienes son pobres e ‘inútiles’, en todos los momentos de su existencia”⁴⁵. Inevitável, aqui, não fazer referência à temática do aborto, ocasiões em que se nega o direito fundamental à vida a quem não tem possibilidade de se fazer ouvir.

Parece fazer sentido o que denuncia o teólogo, haja vista a elaboração de legislações anti-humanas, justamente quando a ideia de direitos humanos parecia ter obtido reconhecimento universal e incondicional. Como razões para esta contradição, Ratzinger aponta a tese da separação entre as convicções éticas pessoais e o âmbito político-legislativo, em que o único valor a se respeitar é a total liberdade de escolha de cada indivíduo, em conformidade com as próprias opiniões privadas. Ademais, a visão subjetivista de liberdade, entendida como direito absoluto e ilimitado do indivíduo de autodeterminar-se com base nas próprias convicções, em contraposição à visão de liberdade segundo a qual a consciência é a capacidade de abrir-se à verdade objetiva, universal e igual para todos, traz consigo o grave risco de “destruição da própria ideia de direito”⁴⁶, haja vista a indiscriminada “multiplicação de direitos”⁴⁷, numa calara.

O subjetivismo e o relativismo, que fazem com que o homem justifique sua conduta segundo sua própria consciência, ainda que esta consciência seja errônea (como nos casos do nazismo, em que as piores agressões foram imprimidas aos outros sem nenhum sentimento de culpa), não têm o condão de embasar os direitos fundamentais. A consciência tem o dever de ajustar-se à verdade, sendo a verdade aquela que ilumina a reta consciência e faz torna o homem livre e capaz para escolher o bem.

Verifica-se, pois, que as origens do cristianismo (Cristo, o seu fundador, e os seus primeiros seguidores), bem como a sua doutrina atual, influenciou e continua a influenciar positivamente não somente a concepção que se tem de direitos inerentes à pessoa humana, enquanto direitos fundamentais, mas, também, à sua dignidade.

O destaque – e até a defesa intransigente – que faz à dignidade humana é permanente nos documentos fundamentais da Igreja (Sagrada Escritura, Código de Direito Canônico e Catecismo da Igreja Católica) e dos pontífices, de modo que as relações jurídicas ocidentais, em que se dá a maior incidência e aceitação da proposta cristã, são pautadas por este pensamento.

O nazismo hitlerista colocou em grave suspeição as bases teóricas do juspositivismo. Após a Segunda Guerra Mundial, necessário se fez o (re)estabelecimento de um pensamento de viés jusnaturalista, particularmente para que o mal e o arbítrio não se fundamentassem ao argumento de que a lei estava sendo cumprida.

Os juristas europeus, particularmente os alemães defensores do positivismo ideológico, passaram por uma grave e profunda crise de identidade, o que fez nascer o pós-positivismo, “que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético, já que o seu propósito

⁴⁵ RATZINGER, Joseph. *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2010, p. 42.

⁴⁶ RATZINGER, Joseph. *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2010, p. 42.

⁴⁷ BENTO XVI. *Mensagem do Papa emérito Bento XVI aos participantes do Simpósio Internacional “Direitos Fundamentais e conflitos entre direitos”*. Roma: 2018. Disponível em: <http://www.fondazioneratzinger.va/content/dam/fondazioneratzinger/contributi/lettera%20BENEDETTO%20XVI%20Simposio%202018.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana”⁴⁸.

Características do pós-positivismo são a aceitação dos princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes e o condicionamento da legitimação da norma jurídica ao tratamento igualitário de todos os homens com igual consideração, respeito e dignidade. Exponente hodierno do pós-positivismo é Alexy⁴⁹, que defende que o direito deve ser uma pretensão de correção, quanto à sua aproximação do ideal de justiça. Ou seja, nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais.

Aqui, verifica-se uma ruptura com o pensamento de Kelsen⁵⁰, que identifica o direito com a lei e limita a atuação do jurista a, unicamente, verificar se os critérios lógico-rationais de confecção da norma foram observados, para fins de sua caracterização como válida (uma norma será válida se for vigente). O pós-positivismo passa, pois, a obrigar o operador do direito a considerar os direitos fundamentais como requisitos vinculantes à validade. Assim, será válida uma norma se atender aos princípios da dignidade humana, igualdade, liberdade de expressão, legalidade, dentre outros presentes nas Constituições democráticas.

Críticas podem ser direcionadas ao pós-positivismo, que aparentemente resolve o problema da validade da norma, mas não tanto. Nossa objeção ao pós-positivismo se volta para as premissas filosóficas, uma vez que aspectos metafísicos são negligenciados. A ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios, apontados por Barroso⁵¹ como marcas características do pós-positivismo, ao promover a conciliação entre ética e Direito, não se mostraram eficazes para a solução dos contemporâneos problemas jurídicos que, no nosso sentir, são eminentemente filosóficos.

Assim, por exemplo, não há que se falar em “dignidade humana” sem referência ao “princípio” da dignidade humana. E que são princípios, senão elementos abstratos, metafísicos? Da mesma forma, não há que se falar em direitos fundamentais, sem estabelecer conexão com o caráter universal destes direitos, ou, melhor, com o seu caráter metafísico.

Concordamos, desta forma, com Xerez, para quem a concepção limitada do positivismo formalista, a reduzir as normas constitucionais a meras normas de competência, resultou num “fetichismo legal, ou seja, na ideia equivocada de que o direito, enquanto ordenação normativa de condutas, resume-se à lei”⁵².

Da mesma forma, restringir a produção dos efeitos das normas de direitos fundamentais às normas infraconstitucionais importaria em esvaziar a eficácia daquelas normas, na hipótese de omissão legislativa. “Sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, é pos-

⁴⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 2014, p. 10.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁵⁰ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵² XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador: Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 123. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

sível concluir que as normas de direito fundamental são, ontologicamente, normas de conduta”, ou seja, o estabelecimento normativo de um modelo de conduta adotado em face de uma determinada hipótese fática⁵³.

Bastante válida a proposta pós-positivista, particularmente por trazer grandes avanços não somente às Teorias do Direito e do Estado (agora, temos um Estado Constitucional e Democrático de Direito), mas, também, à consciência e à prática que, hoje, envolvem estas realidades jurídica e estatal: embora haja vivências distanciadas do ideário “direitos fundamentais” é inconteste a concordância que há quanto à sua imperiosa necessidade de se assegurá-los e garanti-los.

É, porém, exatamente aí onde reside a questão: os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana não serão assegurados e garantidos adequadamente sem a compreensão profunda daquilo que constitui a pessoa humana e do que fundamenta a sua dignidade.

O pensamento filosófico (a afirmar a composição dual – corpo e alma – do homem, a sua racionalidade e sua liberdade) e o pensamento teológico (a similitude da pessoa humana com Deus e o compartilhamento de uma mesma origem e natureza) são instrumentos necessários à compressão profunda do ser, metafisicamente falando. Aqui, filosofia e teologia se unem, em apoio ao direito, num tríplice corte epistemológico.

A ciência jurídica não será capaz de sozinha, fundamentar a dignidade da pessoa humana apenas na lei ou, na melhor das hipóteses, na norma ou nos princípios, supostamente admitidos pelo pensamento pós-positivista, constitucional ou infraconstitucional. O direito carece do apoio das outras ciências, mormente as citadas acima, para que seja eficaz na defesa do princípio da dignidade humana: necessário imprimir ao homem o seu real significado.

3 OS FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO HUMANISMO CRISTÃO

O pensamento cristão, declaradamente jusnaturalista, não prescinde do direito positivo. Pelo contrário, inúmeros casos hão de positivação do direito divino e do direito natural, quais sejam, por exemplo, os Dez Mandamentos da Lei de Deus e as normas da Igreja Católica (reunidas principalmente no Código de Direito Canônico), sem falar nos ditames da lei moral que, aqui, não devem ser confundidos com leis religiosas ou eclesiásticas.

A visão jusnaturalista (teológica e racional) vislumbra a realidade do ser do direito não apenas no direito positivado, mas, mais além, no direito natural e no direito divino⁵⁴. Entendemos que o direito positivo será tanto mais direito, na medida em que estiver em sintonia

⁵³ XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador: Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012, p. 124. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁵⁴ Tomás de Aquino: “Além da lei natural e da humana, é necessário, para a direção da vida humana, haver uma lei divina [...] Pela lei natural, o homem participa da lei eterna, proporcionalmente à capacidade de sua natureza. Mas importa que, de modo mais alto, seja levado ao fim último e sobrenatural. E por isso se lhe acrescenta a lei dada por Deus”. Conf. TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Correia. Campinas: Permanência, 2016 (col. Ecclesiae), la IIae, q. 91, a. 4.

com o direito natural e o direito divino (critérios de aferição do justo). É o direito natural, pois, no nosso sentir, o melhor fundamento para toda uma reflexão referente à dignidade humana.

Mas, o direito natural mostra-se não concreto, palpável, e, sim, abstrato (nem por isso irreal ou inexistente), demandando um processo de positivação. Assim, considerando que a ideia de justiça, de liberdade e de igualdade, bem como de dignidade da pessoa humana, sempre esteve presente em todas as sociedades humanas, identificamos os momentos históricos em que se deu a positivação dos direitos humanos.

Já o Código de Hamurabi (1.800 a.C.) consagrou em seu prólogo que seu fim seria “evitar a opressão dos fracos” e “propiciar o bem-estar do povo”⁵⁵. Assim também o fizeram os códigos morais das civilizações antigas e todas as grandes religiões antigas e modernas. Como anteriormente afirmado, o cristianismo, dentre elas, prega que “não há judeu, nem grego, não escravo, nem homem livre, não há homem nem mulher: todos vós sois um só em Cristo” (Carta de São Paulo aos Gálatas, 3, 26)⁵⁶. A Carta Magna de João Sem Terra, de 1215, é considerada o marco para a positivação dos direitos fundamentais, ao consignar em seu texto cláusulas de liberdade, hoje identificadas em alguns direitos fundamentais.

Contudo, é com o desenvolvimento de Estado de Direito (em que o governante se obriga ao cumprimento das leis que ele próprio edita) que se consolida a noção de direitos fundamentais, tornando-se possível e efetiva a sua positivação. Afirma Marmelstein⁵⁷ que sempre existiu uma consciência de que existem valores ligados à dignidade do homem, mas tais valores não puderam ser positivados enquanto não surgisse a noção de limitação jurídica do poder político.

Assim, do Estado Absolutista ao Estado de Direito, dá-se uma evolução quanto ao reconhecimento institucional e legal dos direitos fundamentais. No Brasil, embora haja assincronia entre o texto constitucional e a realidade, há avanços em matéria de garantia dos direitos fundamentais. Após mais de três décadas de supressão das liberdades individuais, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 “sepultou o cadáver autoritário da ditadura militar e representou, para muitos brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada”⁵⁸. Seu preâmbulo deixa clara a sua finalidade: instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e mais igual.

Na atual Constituição brasileira, os direitos fundamentais, além de serem considerados cláusulas pétreas, foram inseridos em lugar de destaque, entre os artigos 5º e 17. Ademais, mecanismos jurídico-processuais foram previstos, com o fito de coibir abusos de poder, a exemplo do habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ADIN, arguição de descumprimento a preceito fundamental etc.

Naturalmente, o comprometimento legal não se verifica integralmente nas práticas sociais e jurídicas. A miséria e a desigualdade social somente aumentam, os operadores do direito parecem pouco assumir o seu papel de transformadores da sociedade. Consequência

⁵⁵ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 2014, p. 28.

⁵⁶ BÍBLIA. Português. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

⁵⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 2014, p. 62.

⁵⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 2014, p. 62.

disso é o sentimento de “frustração constitucional”, no dizer de Barroso⁵⁹, “contribuindo para enfraquecer a luta em favor dos valores constitucionais, fazendo que, paradoxalmente, a Constituição perca a sua importância jurídica”⁶⁰.

Diante deste contexto de avanços e retrocessos, e mesmo de incapacidade da ciência do direito em minorar os conflitos de direitos, necessário cogitar alternativas que contribuam para o fortalecimento do processo de humanização das relações jurídicas. É preciso voltar aos primórdios.

A Igreja Católica, desde sua origem e por inspiração de Seu fundador, volta-se para o homem e seu mistério, de modo que “não há realidade alguma verdadeiramente humana que não encontre eco no seu coração”⁶¹. As ameaças que sofrem a humanidade e cada pessoa interessam à Igreja, que desenvolveu, a partir de suas bases filosóficas e teológicas, o pensamento humanístico para tratar das mais variadas questões.

Assim, primeiro documento pontifício voltado às preocupações econômico-sociais e que trazia a denúncia das misérias causadas pelo capital liberal⁶², a partir da constatação da situação de exploração dos homens, foi a Carta Encíclica *Rerum Novarum*⁶³, de Leão XIII, publicada em 1891.

Em 1931, o Papa Pio XI, com a Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*⁶⁴ (em referência ao 40º aniversário de publicação da *Rerum Novarum*), voltou suas preocupações, novamente, para as questões econômicas e sociais, “como a centralização do poder econômico e político nas mãos dos ricos, o aumento do nível de pobreza e o desemprego causado pela quebra da bolsa de Nova York, em 1929”⁶⁵.

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 84.

⁶⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 2014, p. 65.

⁶¹ CONCÍLIO VATICANO II. *Constituição Pastoral Gaudium et Spes (GS) sobre a Igreja no mundo atual*. Vaticano, 1965, n. 1. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁶² A temática adquiriu posições diferentes no decorrer das décadas e, contemporaneamente, uma série de trabalhos aponta para uma mudança estrutural sobre o jusnaturalismo, principalmente no seu viés econômico. Um exemplo dessa posição é a da Filosofia humanista aplicada ao Direito Econômico, na qual se apresenta uma proposta de caminho jurídico que, por meio da Lei Universal da Fraternidade, dentro do ambiente capitalista, revele-se apta a conduzir a humanidade, com liberdade e igualdade, na marcha para a democracia e a paz. Conf. SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O Capitalismo humanista: filosofia humanista de Direito Econômico*. Bento Gonçalves: KRB, 2011.

⁶³ LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. 15 de maio de 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁶⁴ LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. 15 de maio de 1931. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁶⁵ OLIVEIRA, Marcos Marques. As origens da educação no Brasil: Da hegemonia católica às primeiras tentativas de organização do ensino. In: *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, out./dez. 2004, p. 945-958. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v12n45/v12n45a03.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

A concepção totalitarista do Estado fascista italiano foi refutada em 1931, na Encíclica *Non Abbiamo Bisogno*⁶⁶, do Papa Pio XI; o nazismo e o autoritarismo estabelecidos na Alemanha, rechaçados, em 1937, na Encíclica *Mit Brennender Sorge*⁶⁷, do mesmo pontífice. Ambos os documentos publicados, respectivamente, não em latim, como era o costume, mas em italiano e alemão, exatamente para facilitar a leitura por estes povos. Ainda em 1937, o comunismo foi condenado publicamente na Encíclica *Divini Redemptoris*⁶⁸.

As mensagens de Pio XII, cujo pontificado coincidiu com o período da Segunda Guerra Mundial (1939-1958), insistiam na afirmação da dignidade da pessoa humana, sujeito de direitos invioláveis, com a necessária rejeição dos Estados autoritários que violentam e oprimem a pessoa humana, e na sugestão de um fórum mundial capaz de suscitar a paz⁶⁹.

O Concílio Vaticano II, realizado entre 1962 e 1965, e que reuniu os bispos de todo o mundo, em Roma, deu continuidade ao pensamento humanista da Igreja, em que se destaca o crescente interesse pelos problemas de ordem social, econômica e política.

Vale dizer, fez a Igreja Católica uma leitura de que ela é uma das instituições que compõem o meio social, com vistas à promoção de um mundo diferente. Firma-se o pensamento social cristão, de cunho eminentemente jurídico, que “tenderá abordar as questões do mundo contemporâneo a partir de uma avaliação dos seus problemas e de suas alternativas”⁷⁰.

Assinala Paiva⁷¹ que as bases doutrinárias e as orientações práticas daí advindas fizeram com que a Igreja Católica conquistasse respeito e prestígio sociais, uma vez que ela assimilara elementos de interesses universais, tais como as questões referentes aos direitos humanos e dignidade humana, à paz, à justiça social, ao desenvolvimento dos povos e a democracia de base.

Missão primordial da Igreja Católica é a pregação da Palavra de Deus e a celebração dos sacramentos, sem eximir-se, contudo, da transformação das realidades temporais e sem deixar de intervir na problemática social de cada época, sempre lembrada de que é “o sal da terra [...] e a luz do mundo” (Mateus 5, 13; 14)⁷².

Sua tarefa foi interpretada pelo papa Pio XII, na mensagem denominada “Proclamação por um mundo melhor”, aos fiéis de Roma, realizada aos 10 de fevereiro de 1952: “*é tutto um*

⁶⁶ LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. 29 de junho de 1931. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/it/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310629_non-abbiamo-bisogno.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁶⁷ LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. 14 de março de 1937. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html. Acesso em 09 jun. 2021.

⁶⁸ LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. 19 de março de 1937. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19370319_divini-redemptoris.html. Acesso em 09 jun. 2021.

⁶⁹ ZAGUENI, Guido. *A Idade Contemporânea: Curso de História da Igreja*. Vol. IV. São Paulo: Paulus, 1999, p. 338-339.

⁷⁰ OLIVEIRA, Marcos Marques. As origens da educação no Brasil: Da hegemonia católica às primeiras tentativas de organização do ensino. In: *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, out./dez. 2004, p. 945-958. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v12n45/v12n45a03.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁷¹ PAIVA, Vanilda. *Perspectivas e dilemas da educação popular*. Introdução e Organização. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

⁷² BÍBLIA. Português. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

mondo, che occorre rifare dalle fondamenta, che bisogna trasformare da selvático in umano, da umano in divino, vale a dire secondo il cuore di Dio^{73 74}. Espalhada por todo o orbe, a Igreja destaca-se, em sua atuação social, por conciliar fé e vida, realidades espirituais e temporais, particularmente nos campos da saúde, da promoção e proteção da dignidade humana. Historicamente, isso se comprova pela ação em favor dos mais desvalidos.

Na América Espanhola, por exemplo, não poucos foram os padres e bispos que levantaram sua voz contra a escravização indígena e africana. Bartolomeu de Las Casas⁷⁵, chegou a exigir em seu Memorial (de 1563), diante do Conselho das Índias, “que se extinguisse o trabalho escravo indígena e fosse feita a restituição de toda a riqueza dos índios”⁷⁶. E foi além de sua época, ao peticionar, em janeiro de 1566, ao papa Pio V, postulando que a capacidade dos índios nos campos político e religioso fosse reconhecida, e para que os bispos fossem obrigados a defender a causa indígena⁷⁷.

Diversos pontífices declararam-se formalmente contra a escravização de índios. De se destacar a Bula⁷⁸ *Veritas Ipsa*, do papa Paulo III, publicada em 1537, na qual se afirmava que os índios “não estão privados, nem devem sê-lo, de sua liberdade, nem do domínio de seus bens, e que não devem ser reduzidos a servidão”⁷⁹.

Em 1639, no dia 24 de abril, o papa Urbano VIII publicou o Breve *Commissum Nobis*, sobre a liberdade dos índios da América, em que ordenava, sob pena de excomunhão reservada ao pontífice⁸⁰, “que ninguém prendesse, vendesse, trocasse, doasse ou tratasse os índios

⁷³ Tradução livre: é todo um mundo que é necessário refazer desde os fundamentos, um mundo que é necessário transformar de selvagem em humano, de humano em divino, quer dizer, segundo o coração de Deus.

⁷⁴ PIO XII. *Radiomessaggio di Sua Santità Pio XII*, XIII. Acta Apostolicae Sedis (A.A.S.). v. 14, n. 3, p. 158-162, 1952, p. 159. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1952/documents/hf_p-xii_spe_19520210_fedeli-romani.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁷⁵ Nascido em Sevilha, em 1474, e falecido em Madrid, em 1566, participou de expedições no Novo Mundo e partilhava do ideal exploratório dos colonizadores espanhóis, chegando a saquear vilas e escravizar índios. Ordenado sacerdote, tendo ouvido, em 1511, o Sermão do Advento, do Frei Antônio de Montesinos, que defendia a dignidade dos indígenas, passou a defender e criticar duramente o sistema das *encomiendas* (modelo de trabalho explorado imposto aos índios), por considerá-lo injusto. Aos 70 anos, foi eleito Bispo de Chiapas, em 1544. Regressou à Espanha, de onde continuou sua campanha de defesa dos índios, tendo-se envolvido em diversas polêmicas.

⁷⁶ SUESS, Paulo (org.). *A conquista espiritual da América Espanhola*. 200 documentos – Século XVI. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 555.

⁷⁷ Assim escreveu Bartolomeu de Las Casas ao papa: “[...] suplico humildemente a Vossa Beatitude que faça um decreto em que declare excomungado e anatematizado qualquer um que disser que é justa a guerra que se faz aos infiéis somente por causa de idolatria, ou para que o evangelho seja melhor pregado, especialmente àqueles gentios que em nenhum tempo nos fizerem nem fazem injúria. Ou a quem disser que os gentios não são verdadeiros senhores do que possuem, ou a quem afirmar que os gentios são incapazes do Evangelho e da Salvação eterna, por mais rudes e de tarda inteligência que sejam, o que os índios certamente não são, cuja causa, com perigo para mim e enormes trabalhos, até à morte defendi, pela honra de Deus e de sua Igreja” (in SUESS, 1992, p. 281).

⁷⁸ Documento papal em que se tratam assuntos de maior importância, sob a ótica jurídica, como a nomeação de bispos, criação de dioceses ou promulgação de normas. O termo “bula” se deve ao lacre metálico, em forma de bola (bula, em latim), para proteger o selo (ou sigilo) de cera, que contém o brasão do papa, sinal de autenticidade do documento.

⁷⁹ Texto Disponível em: <http://cleofas.com.br/bula-veritas-ipsa/>. Acesso em 06 dez. 2017.

⁸⁰ Ou seja, que somente o papa poderia levantar (perdoar).

da terra”⁸¹. Dispunha, ainda, que a ninguém seria lícito ensinar ou apregoar o aprisionamento deles.

Na América Portuguesa, a presença dos jesuítas embora tenha trazido consigo a concretização do projeto colonizador português, deu-se a defesa dos indígenas. A chegada dos jesuítas ao Brasil se deu aos 29 de março de 1549, com o Governador Geral Tomé de Souza e por vontade de D. João III que, após tratativas com o próprio Inácio de Loyola, fundador da Companhia de Jesus, escolheu e enviou o Pe. Manoel da Nóbrega, juntamente “com os PP. Leonardo Nunes, Antonio Pires, João de Aspícueta Navarro e os Irmãos Vicente Rodrigues e Diogo Jácome, que mais tarde receberam a ordenação no Brasil”⁸².

Estabelecidos na Bahia, a capital da colônia, partiam em missão para São Vicente, Pernambuco, Espírito Santo, Porto Seguro, Ilhéus, São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, “fazendo-se cada uma dessas cidades ou vilas, por sua vez, centro de irradiação missionária, ou para simples catequese, ou para apaziguamento dos índios, ou para acompanhar expedições militares”.

Destacou-se, neste momento, o Pe. Antônio Vieira⁸³, jesuíta e orador sacro que empenhou a sua oratória a favor dos indígenas. Conseguiu do Rei Felipe II, em 1609, a abolição da escravatura indígena, ficando estes sob a tutela dos missionários, “tanto nos aldeamentos abertos do Norte, como nos aldeamentos fechados do Sul”⁸⁴.

Mais recentemente, é reconhecida a luta da Igreja Católica em favor das vítimas de torturas ocorridas durante o Regime Militar brasileiro, seja a partir de leigos(as), padres, religiosos(as) e bispos, alguns dos quais presos, torturados e mortos⁸⁵, seja a partir dos diversos movimentos de organização social e popular, como, como a JOC (Juventude Operária Católica), a ACO (Ação Católica Operária), que aproximou-se dos trabalhadores urbanos, a JEC (Juventude Estudantil Católica), a JUC (Juventude Universitária Católica), para os estudantes de ensino básico e superior, além das CEB’s (Comunidades Eclesiais de Base) e, mais recentemente, a CJP (Comissão Justiça e Paz), o CIMI (Conselho Indigenista Missionário) e a CPT (Comissão Pastoral da Terra). De grande expressão são os nomes de Dom Hélder Câmara e Dom Paulo Evaristo Cardeal Arns, defensores dos direitos humanos no mais recente período ditatorial brasileiro.

Mas, a defesa da dignidade da pessoa humana, por parte da Igreja, não se limitou ao período de exceção. Hoje ainda, muitos são os que arriscam e ofertam suas vidas para protestar contra as tais ameaças.

⁸¹ Texto Disponível em: <http://cleofas.com.br/a-igreja-era-a-favor-da-escravidao/>. Acesso em 03 dez. 2017.

⁸² BIHLMEYER, Karl; TUECHLE, Hermann. *História da Igreja*. Idade Moderna. São Paulo: Paulinas, 1965, v. III, p. 180.

⁸³ BIHLMEYER e TUECHLE (1965, p. 237) assim definem o Pe. Antônio Vieira: “a maior cabeça peninsular do século XVII, pregou, advogou e defendeu a libertação dos índios no Brasil, e desde 1653 em diante esta humanitária causa constitui todo o seu empenho, enchendo e esgotando o resto de uma vida de ensinamentos, fecundada em serviços à Pátria, à Deus e à humanidade”.

⁸⁴ BIHLMEYER, Karl; TUECHLE, Hermann. *História da Igreja*. Idade Moderna. São Paulo: Paulinas, 1965, v. III, p. 237.

⁸⁵ A respeito, recomendamos a leitura do DOSSIÊ DOS MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS A PARTIR DE 1964 (ver referências), bem como o Relatório BRASIL: NUNCA MAIS, da Arquidiocese de São Paulo, organizado por Dom Paulo Evaristo Cardeal Arns (vide referências).

Como exemplo, citem-se o advogado carioca Franz de Castro Holzwarth (1942-1981), membro da Pastoral Carcerária morto na Cadeia Pública de Jacareí, quando foi chamado para mediar uma solução para o motim e se ofereceu para ficar como refém no lugar de um policial militar. O processo de beatificação⁸⁶ de Franz, que já foi declarado “servo de Deus” (ou seja, se deu o reconhecimento eclesial de suas virtudes heroicas) está em curso na diocese de São José dos Campos⁸⁷. Ou, ainda, a Ir. Dorothy Mae Stang, assassinada em Anapu/PA, por defender os pequenos agricultores ameaçados pelos grandes fazendeiros e à qual se atribui a frase “não vou fugir e nem abandonar a luta desses agricultores que estão desprotegidos no meio da floresta. Eles têm o sagrado direito a uma vida melhor numa terra onde possam viver e produzir com dignidade sem devastar”⁸⁸.

Com sua ação social e com o sangue derramado de muitos, a Igreja vem contribuindo para que se efetivem os direitos fundamentais da pessoa humana e se tornem mais justas as relações jurídicas e sociais. Uma sociedade nova, ultrapassada a era da barbárie, é a proposta da doutrina e práxis da Igreja Católica.

Respondendo à pergunta “que pensa a Igreja sobre o homem”⁸⁹, o Concílio Vaticano II ensina que a missão da Igreja se trata de salvar a pessoa do homem e restaurar a sociedade humana. Neste sentido, “o reconhecimento de Deus de modo algum se opõe à dignidade do homem, uma vez que esta dignidade se funda e se realiza no próprio Deus”⁹⁰. Trata-se da construção de uma nova civilização, a “civilização do amor”, conforme o pensamento do papa Paulo VI.

Paulo VI⁹¹ foi o primeiro a usar a expressão, referindo-se à necessidade de que a justiça fosse integrada pela caridade: “se, efectivamente, para além das regras jurídicas, falta um sentido profundo do serviço de outrem, mesmo a legalidade perante a lei poderá servir de álibi para flagrantes discriminações, para se manterem explorações e para um desprezo efectivo, sendo prioritário o compromisso por uma civilização do amor”.

Nesta civilização do amor, “a pessoa humana é e deve ser o princípio, sujeito e fim de todas as instituições sociais”⁹², razão pela qual o respeito à dignidade humana deve ser o centro das relações jurídicas.

⁸⁶ Processo judicial canônico, que tem por fim comprovar a heroicidade das virtudes cristãs de uma pessoa já falecida, bem como sua santidade de vida, o qual culmina com a pronúncia pontifícia, conforme seja um processo de beatificação (primeira etapa), ou um processo de canonização (segunda etapa).

⁸⁷ Recomenda-se, a este respeito, a leitura das informações constantes em <http://www.franzdecastro.com.br/index.php>.

⁸⁸ Pronúncia do Dep. Chico Alencar (PSOL/RJ), na Câmara dos Deputados, aos 12/02/2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/632794.doc>. Acesso em 09 jun. 2021.

⁸⁹ CONCÍLIO VATICANO II. Constituição Pastoral Gaudium et Spes (GS) sobre a Igreja no mundo atual. Vaticano, 1965, n. 11. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁹⁰ CONCÍLIO VATICANO II. Constituição Pastoral Gaudium et Spes (GS) sobre a Igreja no mundo atual. Vaticano, 1965, n. 21. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁹¹ PAULO VI. Carta Apostólica Octogesima Adveniens. Por ocasião do 80º aniversário da Encíclica Rerum Novarum. 14 de maio de 1971, n. 23. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html. Acesso em 09 jun. 2021.

⁹² CONCÍLIO VATICANO II. Constituição Pastoral Gaudium et Spes (GS) sobre a Igreja no mundo atual. Vaticano, 1965, n. 25. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

■ CONCLUSÃO

A afirmação dos direitos fundamentais, particularmente da dignidade da pessoa humana, é, em épocas de arbítrio, uma necessidade imperiosa a todos quantos se dedicam à promoção da paz e da justiça.

O homem vale pelo simples fato de ser homem, não obstante sua conduta, opções ou convicções. Fundamento desta ideia é a elevação da natureza humana, promovida pela reflexão (e práxis) filosófica, teológica e jurídica. Seja porque racional (distinto dos demais seres), seja porque livre, seja porque criado à imagem e semelhança de Deus, o homem assume *status* graças ao reconhecimento, garantia e defesa que se faz, mediante o ordenamento jurídico, de sua dignidade.

A ciência jurídica, cujo núcleo e finalidade é a pessoa humana, deve dispor de mecanismos tanto para coibir qualquer ameaça aos direitos fundamentais, mormente os ligados ao princípio da dignidade humana, quanto para conciliar as vertentes e posicionamentos intelectuais e ideológicos que, embora discrepantes entre si, buscam, cada qual ao seu modo, o mesmo objetivo: a tutela e concretização dos direitos individuais.

O cristianismo e, em particular, o catolicismo – através da Igreja Católica – tem posição definida quanto à defesa, por vezes intransigente, da dignidade da pessoa humana, por considerar que não haverá sociedade pacificada sem que esse pressuposto seja posto a salvaguarda de qualquer agressão. Isto não significa a eliminação plena das colisões de direitos, mas, sim, a resolução dos conflitos à base não de posicionamentos subjetivistas ou relativistas (que mais desnorteiam o homem do que o orienta), mas, sim, sob o pálio da verdade, referencial que conduz o homem, inteligente e livre, à prática do bem.

A tão almejada convivência menos desigual somente será possível a partir da configuração de uma nova humanidade, excluído qualquer resquício de barbárie, alicerçada sob os fundamentos do direito e da justiça, nela exercendo papel fundamental a ciência jurídica, em cujo bojo a pessoa humana e sua dignidade são alçadas a altos patamares.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003.
- AGOSTINHO, Santo. *Solilóquios*. 11 ed. São Paulo: Paulus, 1998 (col. Patrística).
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ALMEIDA, Rogério Miranda de. Tomás de Aquino: o homem como um composto de corpo e alma. In: SGANZERLA, Anor; VALVERDE, Antônio José Romera; FALABRETTI, Ericson (orgs.). *Natureza humana em movimento: ensaios de antropologia filosófica*. São Paulo: Paulus, 2012.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ARISTÓTELES. *De anima*. Tricot. Paris: Vrin, 1959.
- ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. Petrópolis: Vozes, 1985.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BENTO XVI. *Mensagem do papa emérito Bento XVI aos participantes do Simpósio Internacional "Direitos Fundamentais e conflitos entre direitos"*. Roma: 2018. Disponível em <<http://www.fondazionerattinger.va/content/dam/fondazionerattinger/contributi/lettera%20BENEDETTO%20XVI%20Simposio%202018.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2021.

BÍBLIA. Português. *Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos*. Trad. de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. São Paulo: Paulus, 2002.

BIHLMAYER, Karl; TUECHLE, Hermann. *História da Igreja*. Idade Moderna. São Paulo: Paulinas, 1965, v. III.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Edição Típica Vaticana. São Paulo: Loyola, 2000.

CHAVES, Noêmia de Souza. O conceito de pessoa na antropologia kantiana: uma abordagem prática e pragmática. *Polymatheia – Revista de Filosofia*. Vol. V, n. 7, 2009, Fortaleza, p. 137-154. Disponível em: <http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia_v5n7_conceito_pessoa_antropologia_kantiana.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. São Paulo: Loyola, 1983.

CONCÍLIO VATICANO II. *Constituição Pastoral Gaudium et Spes (GS) sobre a Igreja no mundo atual*. Vaticano, 1965. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 09 jun. 2021.

DOSSIÊ DOS MORTOS E DESAPARECIDOS POLÍTICOS A PARTIR DE 1964. Comissão responsável Maria do Amparo Almeida Araújo... et al., prefácio de Dom Paulo Evaristo Arns, apresentação de Miguel Arraes de Alencar. — Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine*. Hitoire des Mots. Paris: Édition Klincksieck, 1994.

FAITANIN, Paulo. *Acepção teológica de "pessoa" em Tomás de Aquino*. Texto originalmente publicado na Revista Synesis, Ano II, n. 1, jan-jun. 2005, p. 59-70. Disponível em <<http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/a-acepcao-teologica-de-pessoa-em-tomas-de-aquino.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

FINANCE, Joseph de. *Connaissance et l'être*. Paris: Desclée de Brower, 1966.

FRANCISCO. *Discurso do Papa Francisco ao Corpo Diplomático acreditado junto à Santa Sé*. Roma: 2018. Disponível em <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2018/january/documents/papa-francesco_20180108_corpo-diplomatico.html#_ftn2>. Acesso em: 09 jun. 2021.

GRZIBOWSKI, Silvestre. Agostinho: o homem à imagem de Deus. In: SGANZERLA, Anor; VALVERDE, Antônio José Romera; FALABRETTI, Ericson (orgs.). *Natureza humana em movimento: ensaios de antropologia filosófica*. São Paulo: Paulus, 2012.

JAEGGER, Werner. *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1957.

JOÃO XXIII. *Carta Encíclica Pacem in Terris*. Sobre a paz de todos os povos na base da verdade, justiça, caridade e liberdade. Roma: 1963. Disponível em http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

KANT, Immanuel. *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. Trad. Clécia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LATERZA, Léa Ferreira. O conceito de pessoa: o estado da questão entre os gregos. *Revista de Filosofia Kriterion*, Belo Horizonte, v. 52, n. 123, p. 240-249, jun. 2011.

LEÃO XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum*. Sobre a condição dos operários. 15 de maio de 1891. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, p. 2014.

MONDIN, B. *Curso de Filosofia: os filósofos do Ocidente*. São Paulo: Paulus, 1981, v. I.

OLIVEIRA, Marcos Marques. *As origens da educação no Brasil: Da hegemonia católica às primeiras tentativas de organização do ensino*. In: Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, out./dez. 2004, p. 945-958. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v12n45/v12n45a03.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (217 [III] A) (DUDH). Paris. Disponível em <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 09 jun. 2021.

PAIVA, Vanilda. *Perspectivas e dilemas da educação popular*. Introdução e Organização. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

PAULO VI. *Carta Apostólica Octogesima Adveniens*. Por ocasião do 80º aniversário da Encíclica *Rerum Novarum*. 14 de maio de 1971. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

PIO XI. *Carta Encíclica Quadragesimo Anno*. Sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a lei evangélica no XL aniversário da Encíclica de Leão XIII “*Rerum Novarum*”. 15 de maio de 1931. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

PIO XII. *Radiomessaggio di Sua Santità Pio XII, XIII. Acta Apostolicae Sedis (A.A.S.)*. v. 14, n. 3, p. 158-162, 1952. Disponível em https://w2.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1952/documents/hf_p-xii_spe_19520210_fedeli-romani.html. Acesso em: 09 jun. 2021.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

PLATÃO. *Fédon*. Trad. Pe. Dias Palmeira. Lisboa: Atlântida, 1954.

RATZINGER, Joseph. *El elogio de la conciencia*. La Verdad interroga al corazón. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2010.

RODRIGUES, Ricardo Antônio. Severino Boécio e a invenção filosófica da dignidade humana. *Seara Filosófica*. n. 5, verão, 2012, pp. 3-20. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/1915/1747>>.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. *O Capitalismo humanista: filosofia humanista de Direito Econômico*. Bento Gonçalves: KRB, 2011.

SUESS, Paulo (org.). *A conquista espiritual da América Espanhola*. 200 documentos – Século XVI. Petrópolis: Vozes, 1992.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Correia. Campinas: Permanência, 2016 (col. Ecclesiae).

URBANO VIII. *Breve Commissum Nobis*, de 22 de abril de 1639, sobre a liberdade dos índios da América. In: LEITE, Serafim. *História da Companhia de Jesus*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2006, vol. VI.

VILELA, Orlando. *A pessoa humana no mistério do mundo*. Petrópolis: Vozes, 1968.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da Concretização dos Direitos Fundamentais: Teoria, Método, Fato e Arte*. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador: Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

ZAGUENI, Guido. *A Idade Contemporânea: Curso de História da Igreja*. São Paulo: Paulus, 1999, v. IV.



A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO NO CASO DAS FAKE NEWS NO STF PARA PROTEÇÃO DAS UNIVERSIDA- DES NO CONTEXTO DO ÓDIO AO ENSINO PÚBLICO

HATE AGAINST STF AND PUBLIC UNIVERSITY: THE APPLICATION OF ADPF 572
(FAKE NEWS CASE) FOR THE ACADEMIC COMMUNITY PROTECTION"

EMANUEL MELO FERREIRA*

RESUMO

O presente artigo busca responder à seguinte indagação: é possível sustentar a aplicação do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no caso de fake news em casos envolvendo calúnia, injúria ou difamação contra grupos que compõem as Universidades? Tenta-se demonstrar como a ocorrência de crimes contra a honra contra grupos acadêmicos apresenta semelhança relevante em prol da aplicação do mencionado precedente, pois nele se buscava proteger juízes de ataques semelhantes. O contexto de tais crimes é salientado a partir do autoritarismo populista com marcas anti-intelectuais, atraindo considerações em torno da democracia militante a partir da utilização de um precedente como mecanismo de defesa institucional também no contexto educacional. Conclui-se sustentando que as razões de decidir do precedente apontam semelhanças entre os casos são mais relevantes que as diferenças, sendo correta a aplicação do precedente para as diversas situações envolvendo danos morais coletivos a alunos e professores de tais instituições.

Palavras-chave: precedente; *fake news*; autoritarismo; anti-intelectualismo; universidades.

ABSTRACT

This article aims to answer the following question: is it possible to sustain the application of the Brazil's Supreme Court fake news precedent in cases involving calumny, injury or defamation against University groups? Seeks to demonstrate how crimes against academic groups' honor shows a relevant resemblance concerning the precedent application, because it had been formed to protect judges from similar attacks. The context of those crimes is highlighted through the populist-authoritarianism and anti-intellectual markers, bringing considerations concerning militant democracy and a precedent application as an institutional defense mechanism in the educational context. The text concludes that the rationes decidendi of the precedent shows that the similarities in the cases are more relevant than the differences, being correct its application on the variety of situations involving collective moral damages against students and professors of those institutions.

Keywords: precedent; fake news; authoritarianism; anti-intellectualism; universities.

* Doutorando em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela UFC.
Professor Assistente I da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Procurador da República.
emanueldemelo@msn.com

Recebido em 4-8-2020 | Aprovado em 25-6-2021



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A DEMOCRACIA MILITANTE EXERCIDA PELO STF NA ADPF 572; 2 O ÓDIO À UNIVERSIDADE PÚBLICA COMO ESTRATÉGIA AUTORITÁRIA DE PODER; 3 A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO NA ADPF 572 EM PROL DAS UNIVERSIDADES; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

O presente artigo busca responder à seguinte indagação: é possível sustentar a aplicação do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 572 aos casos de *fakenews* envolvendo calúnia, injúria ou difamação contra grupos que compõem as Universidades? Em tal ação, pedia-se a declaração de inconstitucionalidade da Portaria GP nº 69/2019, a qual, com base no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), instaurou inquérito para investigar a disseminação de *fake news* com potencial veiculação de crimes contra a honra e ameaças aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não estava em jogo, assim, qualquer ofensa a estudantes ou professores universitários.

Por outro lado, o ensino público e, especialmente, as Universidades públicas brasileiras, têm passado desde 2019 por processo semelhante ao enfrentado pelo STF, pois são alvos constantes de forte campanha difamatória levada a cabo, por exemplo, pelo então Ministro da Educação Abraham Weintraub, o qual, reiteradamente, proferia declarações inverídicas contra tais instituições, tidas como locais de “balbúrdia”, com forte potencial discriminatório contra todos os membros da comunidade acadêmica.

Sendo assim, caso se demonstre a ocorrência de crimes contra a honra contra grupos acadêmicos, ter-se-á uma semelhança relevante em prol da aplicação do mencionado precedente do STF? Eis uma inquirição derivada diretamente da questão central acima posta. Além disso, é importante perquirir se as Universidades também são instituições essenciais para o Estado Democrático de Direito, especialmente quando se refere ao ensino público, capaz de gerar inclusão social. Caso seja assim, num Estado que se propõe a proteger direitos sociais a partir da Constituição de 1988, o enfraquecimento do ensino público equivale à instrumento de erosão democrática.

A pesquisa é relevante porque os precedentes, cada vez mais, apresentam importância prática no âmbito do Poder Judiciário, especialmente a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015. Uma das funções dos precedentes é proporcionar economia argumentativa por parte do juiz, o qual fundamentará sua decisão de modo mais seguro sabendo que, dificilmente, ela será reformada nas demais instâncias, eis que lastreada num precedente do STF. Essa análise realista da utilização dos precedentes por parte de, pelo menos, alguns juízes, justifica o esforço argumentativo desenvolvido nesta pesquisa pois, caso se comprovem as semelhanças entre os casos, a proteção judicial às Universidades restaria mais facilitada.

A pesquisa é, ainda, atual, pois alguns dos ataques às Universidades públicas já se encontram judicializados, como, por exemplo, tem-se em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na qual se busca a condenação da União em face dos danos morais

coletivos praticados pelo referido Ministro da Educação quando, em tom generalizante, relacionou as Universidades a espaços de “balbúrdia”¹, como dito.

Os referenciais utilizados na presente pesquisa partem da compreensão de que os precedentes merecem ser interpretados e não aplicados mecanicamente, como sustenta Ronald Dworkin². É precisamente a partir da interpretação que será possível sustentar a aplicação das razões de decidir da ADPF 572 aos casos de ataques às Universidades a partir, por exemplo, da teoria de Neil Maccormick³ em torno das diversas *rationes decidendi* do precedente.

O texto inicia apresentando os principais argumentos desenvolvidos pelos Ministros do STF no âmbito da mencionada ADPF, salientando como ela desenvolve um importante exercício em torno da democracia militante. Em seguida, caracteriza-se o contexto autoritário no qual os diversos ataques às Universidades públicas são proferidos, para, finalmente, sustentar como há semelhanças relevantes entre os casos, havendo, assim, fortes razões para juízes também protegerem as Universidades contra campanhas difamatórias no exato contexto de proteção ao regime democrático.

1 A DEMOCRACIA MILITANTE EXERCIDA PELO STF NA ADPF 572

Em tal ADPF, pedia-se a declaração de inconstitucionalidade da Portaria GP nº 69/2019, a qual, com base no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), instaurou inquérito para investigar a disseminação de *fake news* com potencial veiculação de crimes contra a honra e ameaças aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Para o Ministro Edson Fachin, relator do caso, a investigação presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes do próprio STF no âmbito do inquérito nº 4.781 merece continuar em face da gravidade que são os crimes contra a honra e ameaças proferidos contra os Ministros, os quais confundem-se com ataques à própria instituição, sendo capazes de fragilizar a democracia. Nessa linha, o STF, por 10 x 1⁴, validou o Inquérito nº 4.871 e demonstrou a necessidade de se protegerem as instituições numa democracia, muito embora o fato do caso reiterasse-se, referiam-se aos juízes da Corte.

O Ministro reconhece que a mencionada norma do regimento interno admite a cumulação da função judicante com a função investigativa, devendo-se justificar cuidadosamente as hipóteses em que a aplicação dela pode ocorrer, tendo em vista os impactos que tal procedimento ostenta ao princípio acusatório e à separação de poderes⁵.

¹ BRASIL. Justiça Federal. *Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Mossoró. Ação Civil Pública nº 0800928-89.2019.4.05.8401. 2019A.*

² DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 53-54.

³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195.

⁴ O voto vencido foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio, para quem a respectiva norma regimental não fora recepcionada pela Constituição, tendo em vista a ofensa ao princípio acusatório. Além disso, a instauração do inquérito não foi obra do colegiado nem o respectivo relator fora escolhido mediante regular distribuição. (BRASIL, 2020)

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/adpf-572-voto-do-relator-final.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020. p. 10.

Além disso, como está em jogo delitos proferidos a partir de publicações na rede mundial de computadores, a análise judicial demanda atenção à liberdade de expressão, direito fundamental essencial ao debate público, mas que, por outro lado, exige-se demanda também responsabilidade por parte daqueles que se manifestam publicamente. Assim, o Ministro Relator, expressamente, utiliza a democracia militante como referencial imprescindível para o deslinde da questão em termos de proteção do Estado de Direito democrático e dos Poderes instituídos. No ponto, realizara-se leitura da democracia militante para além da prática em torno do banimento de partidos políticos tidos como atentatórios ao regime democrático para albergar o enfrentamento de quaisquer “atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos”⁶. Perceba-se a linguagem mais abstrata utilizada pelo Ministro, repetida por outros, como será demonstrado, associando os abusos em torno da liberdade de expressão como ofensa à democracia em si, não somente ao Poder Judiciário.

A partir dessa leitura da democracia militante, o Ministro sustenta claramente que não estão protegidas pela liberdade de expressão manifestações que levem ao desrespeito às decisões judiciais, sendo inadmissíveis no “Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos”. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional”⁷.

A democracia militante, democracia defensiva ou a democracia combativa correspondem a um conjunto de medidas preventivas que um regime democrático esteja disposto a recorrer para evitar que forças autoritárias subvertam a democracia através de meios democráticos, tendo sido desenvolvido pela primeira vez por Karl Loewentein nos anos 1930⁸.

A ideia foi adotada em precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão e pode ser referida, mesmo sem essa nomenclatura específica, a diversos dispositivos constitucionais que atuam preventivamente para evitar que os inimigos declarados da democracia ganhem o poder, diferenciando-se, assim, da atuação repressiva típica do controle judicial de constitucionalidade⁹. Um exemplo de dispositivo constitucional desse tipo é aquele que determina a vedação de partidos políticos com tendências autoritárias, que não sejam organizados democraticamente e em respeito aos direitos fundamentais, como se tem, por exemplo, a partir do art. 17 da Constituição Federal¹⁰.

O tema se impõe a partir da necessidade de se teorizar acerca de como a democracia pode se proteger sem, nesse percurso, ajudar na sua própria autodestruição, com a transformação de liberais nos próprios tiranos que se deseja derrotar, nesse contexto de paradoxo

⁶ Idem. p. 28-29

⁷ Ibidem.

⁸ MÜLLER, Jan-Werner. Militant democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1253-1269. p. 1254.

⁹ MÜLLER, Jan-Werner. Militant democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1253-1269. p. 1255.

¹⁰ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos. Outros exemplos: possibilidade de associação somente para fins lícitos; caráter imprescritível de crime contra a ordem democrática e racismo; função do Ministério Público como protetor do regime democrático.

democrático¹¹. Este parece ser o dilema central: a proporcionalidade dos meios de defesa da democracia. Sustenta-se que buscar a responsabilização de pessoas as quais, após exercerem o direito fundamental à liberdade de expressão, abusam de tal direito, não equivale à corrupção da democracia em autoritarismo, mas sim na própria proteção daquela.

A justificativa em torno da democracia militante como apta a debelar o extremismo é uma das hipóteses possíveis, atraindo a dificuldade em se identificar precisamente em que consiste o extremismo. Há receio de que as ideias tidas por extremistas serem aquelas defendidas mais à esquerda, quando, por outro lado esteja-se, simplesmente, defendendo um outro tipo de democracia, mesmo que radicalmente diferente.¹²

No âmbito do direito constitucional, crítica semelhante em torno das dificuldades práticas da democracia militante, a qual pode apresentar alguma eficácia em face da atuação preventiva contra os clássicos partidos políticos com tendências extremistas, como o nazista, sendo mais difícil conceber sua aplicação diante de ameaças ambíguas e não ideológicas como aquelas em torno do constitucionalismo abusivo¹³, são também elencadas por David Landau¹⁴. A primeira e uma das mais importantes questões, então, é descrever precisamente em que consistem essas práticas novas autoritárias, questionando a afirmação de Landau acerca do caráter não ideológico delas: na verdade, parece ser essencial compreender em que consiste essa atual ideologia autoritária para corretamente enfrentá-la, tendo-se em vista um parâmetro constitucional democrático. Como será abordado adiante, uma das marcas centrais do autoritarismo atual é o anti-intelectualismo, expressado, precisamente, no contexto de ataques às universidades.

Buscando evitar os abusos em torno da aplicação da democracia militante, estes seriam os critérios a serem seguidos pelo Judiciário, destacando-se o caráter da sistematicidade e do não isolamento dos atos em si: a) análise em torno das visões extremistas em jogo, as quais busquem, permanentemente, excluir ou retirar o poder de parcela do povo democraticamente integrado; b) ataque sistemático à dignidade de grupos que fazem parte do povo na democracia; c) compreensão de que os proponentes das visões extremistas claramente assemelham-se aos antigos genocidas; d) eles buscam falar em nome de todo o povo, sistematicamente negando as fraturas e divisões na sociedade ou o controle dos demais poderes¹⁵. No contexto da campanha difamatória contra o ensino público universitário, a característica elencada no item “b” mostra-se como a mais saliente, pois falas como a do Ministro da Educação buscam negar a diversidade acadêmica, criticando manifestações que vão de encontro à visão de mundo dele, a qual não é plural.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem. p. 1267.

¹³ O constitucionalismo abusivo corresponde à utilização de mecanismo constitucionais, especialmente as emendas constitucionais ou a própria substituição de uma Constituição por outra, para erodir o próprio regime democrático por dentro, com a alteração de mandatos presidenciais ou mudanças na composição das Cortes Constitucionais. Um regime afetado por tais mudanças não é propriamente uma ditadura, pois ainda existem as eleições e não se recorre a um golpe no modelo clássico, com características militares e violentas. Ele se distancia, no entanto, paulatinamente, de uma melhor democracia para se aproximar de modelos autoritários, como se tem na Venezuela ou na Hungria. (LANDAU, 2013, p. 189)

¹⁴ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. Davis Law Review. University of California. Vol. 47. 2013. p. 189-260. p. 193.

¹⁵ MÜLLER, Jan-Werner. Militant democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1253-1269. p. 1267.

Retornando ao precedente, tem-se que, com a omissão dos órgãos de controle, como Polícia Federal e Ministério Público Federal, na apuração dos mencionados delitos contra a honra e ameaças, tem-se como justificada a instauração de inquérito pelo STF como mecanismo excepcional para defesa da própria Corte e, em última análise, do próprio regime democrático¹⁶.

Também o Ministro Dias Toffoli¹⁷ ressaltou que “a liberdade de expressão não respalda a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação”.¹⁸

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/adpf-572-voto-do-relator-final.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020. p. 33-34

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-dias-toffoli.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

¹⁸ Assim, os seguintes trechos do voto do Ministro Dias Toffoli são relevantes para se comprovar como a Corte não admite a proteção das fakenews em contexto de liberdade de expressão: “Não é de hoje que esta Suprema Corte e seus ministros sofrem ataques, ameaças e têm sua honorabilidade e segurança vilipendiadas por pessoas, grupos e milícias, inclusive digitais, que buscam atingir o Supremo Tribunal Federal e, com isso, colocar em risco o Estado Democrático de Direito.

Vivemos os tempos das redes sociais e, colateralmente, das *fake news*, objeto de grande preocupação no Brasil e no mundo, em especial em razão dos riscos que colocam à democracia.

Trata-se de um cenário sujeito à difusão massiva e maliciosa de informações inverídicas e danosas para a sociedade como um todo, seja pela ação humana, seja pela ação de robôs.

(...)

É nesse contexto que se inserem as fake news ou notícias fraudulentas, expressão que considero mais adequada, por melhor exprimir a ideia de utilização de um artifício ou ardil para se galgar vantagem específica e indevida. Trata-se de notícias integral ou parcialmente inverídicas aptas a ludibriar o receptor, influenciando seu comportamento e sua visão de mundo.

(...)

Quando falamos em notícias fraudulentas ou desinformação no contexto do inquérito instaurado no STF, não estamos falando de críticas ou meras discordâncias de decisões desta Corte realizadas no legítimo exercício da liberdade de expressão. Estamos falando de notícias fraudulentas usadas com o propósito de auferir vantagem indevida, seja ela de natureza política ou econômica ou cultural.

Não podemos perder de vista que a liberdade de expressão e a liberdade de informação fidedigna são complementares, e não opostas. Combater a desinformação é garantir o direito à informação, ao conhecimento, ao pensamento livre, dos quais depende o exercício pleno da liberdade de expressão. No entanto, a liberdade de expressão não respalda a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito.

(...)

O que temos hoje, infelizmente, é o afastamento da verdade da fé e da verdade da razão (da ciência), para triunfar a tirania do relativismo, que impõe a ideologia da desinformação, a ideologia da força bruta, a ideologia do caos. E por que o caos? Porque o relativismo leva à quebra de hierarquia, o desrespeito às instituições, o desrespeito às verdades concretizadas no racionalismo.

(...)

O objetivo dessas campanhas de desinformação é a criação do caos, com a agitação contínua da opinião pública, o estímulo à divisão e ao conflito institucional e social.

(...)

Jason Stanley, na obra “Como funciona o fascismo”, de 2018, alerta para a reincidência no mundo atual de discursos e práticas políticas que estimulam a divisão social a partir da dicotomia “nós” e “eles”, como forma de se enfraquecer e se questionar a existência das instituições democráticas. Por isso, cabe a todos nós exercer máxima vigilância e defesa dos valores constitucionais e democráticos.

De modo semelhante, o Ministro Gilmar Mendes¹⁹ ²⁰ e Celso de Mello²¹ ²² também destacaram a necessidade de a Corte se defender, diante das omissões do MPF e da Polícia

Não por acaso, temos presenciado: táticas de enfrentamento, ameaças e ataques às instituições; flertes com ruptura da ordem democrática; discursos de incitação ao ódio e à violência; antagonismo exasperado; pedidos de fechamento de instituições democráticas, como o STF e o Congresso Nacional; chamamentos à retomada de atos autoritários fracassados de nossa história.

Ou seja, trata-se de lenta e gradual desestabilização das instituições promovida por métodos corrosivos da democracia.

É tudo que o autoritarismo e seu caminho para o totalitarismo querem...E o autoritarismo ou totalitarismo deve pertencer ao passado!

Normalizar, condescender e aceitar as fake news como um fenômeno inevitável é permitir que a política do ódio, da violência e da intolerância e que atitudes extremistas possam ser aceitas sem a necessária responsabilização; é aceitar que nada pode ser mudado, que nada pode ser feito.

(...)

É importante destacar que ainda que eventualmente direcionados de forma individual, ataques feitos à honra de juízes não são ataques pessoais, são ataques ao próprio Judiciário, são ataques à própria democracia.

(...)

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

²⁰ A tolerância a tais comportamentos apenas estimula novas manifestações de ódio e de intolerância, as quais passam ao largo da expressão legítima da liberdade de expressão.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-celso-mello.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

²² Cabe ter presente, no entanto, a respeito do objeto de mencionada investigação penal, que as ofensas e os comportamentos agressivos, de caráter delituoso, registrados nos autos do Inq 4.781/DF e que foram referidos pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, concernentes a ataques sistemáticos à dignidade institucional do Supremo Tribunal Federal e à honorabilidade de seus Juízes, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil e a todas as instâncias de poder situadas no âmbito do aparelho de Estado, na medida em que mencionadas condutas criminosas investem contra a própria institucionalidade plasmada no texto da Constituição da República, especialmente nos pontos em que se reivindica a supressão de instituições fundamentais à ordem democrática, como o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Presente esse contexto, não se pode pretender que tal comportamento, torpe e indigno, concernente à disseminação criminosa de mensagens, notícias e declarações de conteúdo ofensivo, ameaçador e/ou subversivo – além de traduzir inconfessáveis objetivos que frontalmente conflitam com os princípios democráticos – estaria amparado pelo direito à livre manifestação do pensamento assegurado pela Carta Política de 1988, pois a incitação ao ódio público, a quebra da institucionalidade e a propagação de ofensas e ameaças ao regular funcionamento das instituições democráticas não estão protegidas pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Na realidade, a liberdade constitucional de expressão do pensamento não legitima o discurso de ódio, não protege ofensas ao patrimônio moral de quem quer que seja e não tutela manifestações que objetivam transgredir as salvaguardas estabelecidas pela Lei Fundamental em sua própria defesa, pois tais atos de natureza criminosa – e de caráter evidentemente subversivo – não são dignos nem merecedores do amparo constitucional, sob pena de consagrar-se verdadeiro paradoxo, na medida em que a Carta Política, ao assegurar as franquias democráticas à generalidade dos cidadãos, culmina por viabilizar aos infratores da ordem jurídica a destruição do próprio sistema constitucional. (BRASIL, 2020, p. 31-32)

(...)

Cabe reconhecer, em suma, desse modo, que o postulado da dignidade pessoal e a defesa da institucionalidade constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância, de ódio público ou de manifestações acintosas e degradantes contra as instituições da República, notadamente quando cidadãos, traídos em sua justa confiança por mentes autocráticas e intolerantes, aderem a mensagens

Federal na investigação de diversos fatos criminosos noticiados pelo STF a tais instituições. Também o Ministro Ricardo Lewandowski²³ assentou a importância do enfrentamento das *fakenews* no contexto das declarações que não correspondem à realidade factual, produzindo, assim, mentiras²⁴.

Após essa análise, é possível sustentar que o STF adotou postura generalizante em seus fundamentos decisórios, preocupando-se com a democracia como um todo em face da disseminação de ataques sistemáticos e falsos às instituições. Como será demonstrado adiante, em momento algum, por exemplo, a Corte adotou alguma espécie de formulação linguística canônica restringindo a aplicação do precedente aos estritos ataques ao Poder Judiciário. Sendo assim, nos exatos limites em torno da democracia militante expressamente consignada pela Corte, é possível sustentar a tese ora defendida.

2 O ÓDIO À UNIVERSIDADE PÚBLICA COMO ESTRATÉGIA AUTORITÁRIA DE PODER

O Poder Executivo Federal tem adotado diversas medidas as quais auxiliam para que se comece a caracterizar corretamente as marcas autoritárias da política brasileira atual, em termos educacionais: a) bloqueio de orçamento imposto às instituições de ensino em todo o país em 30% dos recursos imposto pelo Ministério da Educação a instituições federais de ensino superior, a partir dos Decretos presidenciais 9.725/2019 e 9.794/2019, ferindo o princípio da separação de Poderes e a autonomia universitária na sua tríplice vertente: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial²⁵; b) ofensa aos alunos e professores por partes de Ministro da Educação²⁶; c) ao interesse de o Governo Federal em intervir nas referidas instituições a partir da nomeação de reitores sem o devido processo de escolha, em

inconstitucionais, reivindicando, em irracional gesto suicida (porque lesivo aos seus próprios direitos), o fechamento de órgãos vitais à subsistência da democracia e à vigência plena das liberdades fundamentais, como o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. (BRASIL, 2020, p. 38)
(...)

O fato irrecusável, neste tema, Senhor Presidente, é um só: o abuso no exercício da liberdade de expressão, tal como vem sendo perpetrado por esses “haters”, ora sob investigação, não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido, neutralizado e punido, na forma da lei e sempre respeitados os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição da República a qualquer cidadão, mesmo quando ostente a condição de investigado, de réu ou de condenado. (BRASIL, 2020, p. 40)

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Ricardo Lewandowsky. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-inquerito-fake-news.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

²⁴ Não fosse isso, impende considerar que, atualmente, as redes sociais e os novos meios de comunicação - cujo meio de propagação, por excelência é a internet - não veiculam apenas manifestações, reflexões ou críticas condizentes com a realidade factual, mas dão curso, de forma crescente, a mentiras, ameaças, ofensas e outras alevisias, sobretudo a ataques criminosos aos membros e servidores desta Suprema Corte e a autoridades de outros poderes. (BRASIL, 2020, p. 26)

²⁵ ADI 6127, pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6127. Relator Ministro Celso de Mello. 2019B. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5688755>. Acessado em: 02/08/2020.

²⁶ Conforme processado pelo Ministério Público Federal na ação civil pública citada.

manifesta ofensa à autonomia universitária²⁷; d) encerramento da política de quotas raciais nos programas de pós-graduação²⁸.

Esses atos fazem parte de um contexto mais amplo em torno dos atuais modelos autoritários que se desenvolvem em diversas partes do mundo, como no Brasil, a partir dos quais o enfraquecimento do conhecimento produzido nas universidades é uma das marcas centrais, pois o apelo exacerbado à emoção em detrimento da razão é uma das marcas de regimes que podem ser considerados populistas. É difícil caracterizar precisamente em que consiste o referido populismo, mas os lugares comuns normalmente elencados na definição compreendem uma “inerente hostilidade aos mecanismos e, em última análise, aos valores comumente associados com o constitucionalismo: limitações à vontade da maioria, freios e contra pesos, proteção às minorias e aos direitos fundamentais como tais²⁹.”

Sendo, centralmente, um movimento antipluralista³⁰ ao ter como reivindicação central o argumento de que o líder populista é o único que pode representar os autênticos interesses das pessoas, negando por completo o próprio status de concidadão àqueles que lhe são críticos, tidos como inimigos³¹. Assim, o populismo é visto como movimento mais próximo da democracia direta, havendo uma ligação mais direta entre a liderança e parcela do povo, em detrimento das instituições, as quais podem ter se tornado muito elitistas, mas somente na exata medida em que elas não se mostrem aptas a produzir resultados correspondentes à moral do líder, tida como a única correta³². O papel do ressentimento e do medo é também destacado como característica.

No contexto autoritário no qual se nega o pluralismo, como o faz, precisamente, quem utiliza discurso falso para atacar as universidades, tem-se que estas “devem ser enfraquecidas e cooptadas para difundir a ideologia prevalente na visão da política fascista. Nega-

²⁷ Medida Provisória nº 979/2020.

²⁸ Portaria 545 do Ministério da Educação, ato editado pelo então Ministro da Educação Abraham Weintraub pouco antes de sua exoneração.

²⁹ MÜLLER, Jan-Werner. Populism and constitutionalism. In: OSTIGUY, Pierre et al (ed.). The Oxford Handbook of Populism. Oxford: Oxford University Press, 2017. P. 744.

³⁰ Mostrando como se trata de um movimento global, Ferrajoli descreve como o autoritarismo populista que busca levar a cabo um processo de desconstrução constitucional tem tomado corpo na Itália, com semelhanças com o caso brasileiro. Para o autor, a Constituição italiana de 1948 tem sido atacada por inimigos que a acusam de uma velhice que leva à não governabilidade, tendo os direitos fundamentais sido sistematicamente atacados pelos detentores de poder, agora exercidos de modo selvagem, sem controle ou respeito às regras. A dimensão substancial da democracia, aquela decorrente da positivação dos direitos fundamentais, é tida como menos importante ou superável pela dimensão formal, relacionada às eleições para cargos políticos. Os inimigos do constitucionalismo no aspecto material sustentam suas ações como democráticas a partir dessa vontade da maioria que os elegeram e o conseqüente respeito pelo aspecto formal da democracia. (FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens. A crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. posição 168-184) O populismo intolerante é assim caracterizado pelo autor: “A ideia elementar que está na base desta pretensão é que o consenso popular é a única fonte de legitimação do poder político e serviria, portanto, para legitimar todos os abusos e para deslegitimar críticas e controles. O inteiro edifício da democracia constitucional fica em razão disso minado à sua raiz: pela intolerância em relação ao pluralismo político e institucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação de poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, aos sindicatos e à liberdade de imprensa; pela rejeição, em síntese, do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder”. (FERRAJOLI, Ob. cit. posição 155)

³¹ MÜLLER, Jan-Werner. *Populism and constitutionalism*. In: OSTIGUY, Pierre et al (ed.). The Oxford Handbook of Populism. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 745; 749.

³² MÜLLER, Jan-Werner. *Populism and constitutionalism*. In: OSTIGUY, Pierre et al (ed.). The Oxford Handbook of Populism. Oxford: Oxford University Press, 2017. P. 744; 754.

se, por exemplo, que as universidades sejam espaços da liberdade de expressão porque ecoariam apenas uma voz política, a da esquerda”³³.

Jason Stanley aponta que uma das características da política fascista, é, precisamente, o anti-intelectualismo³⁴ o qual manifesta-se sob diversos meios a partir de ataques diretos ao ensino com: a) cortes orçamentários não justificados³⁵; b) expurgo de professores tidos como inimigos³⁶; c) proibição de discussão de questões de gênero ou relacionadas às minorias em geral³⁷. Além desses fatos, é possível vislumbrar a prática de crimes contra a honra envolvendo professores e alunos, vítimas de preconceito e disseminação de notícias falsas sobre a vida acadêmica, com a intenção de enfraquecê-la. Contra este último fato também deve-se ter a devida atenção, pois o combate a tal prática em termos de dano moral coletivo merece ser analisado com uma das possibilidades para reprimir exemplarmente discursos desse tipo, cabendo à parcela democrática do Ministério Público, por exemplo, a tarefa de buscar essa reparação através da ação civil pública.

A relação entre fascismo e populismo, no contexto mais amplo do autoritarismo, precisa ser bem delineado, pois, os autores utilizam as mais diversas denominações para caracterizar os movimentos de recessão democrática no mundo³⁸. Nesse sentido, Federico Finchelstein sustenta que fascismo e populismo devem ser compreendidos historicamente no sentido de este ser uma espécie de continuação daquele, tendo o populismo moderno nascido do fascismo, consistindo este numa forma autoritária de democracia³⁹. Com o genocídio e a violência exacerbada da política fascista do século XX, tal ideologia política perdeu legitimidade como forma de governo, de modo que “não estamos assistindo ao regresso do fascismo

³³ MEYER, Emilio; BUSTAMANTE, Thomas; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Autonomia universitária, democracia e federalismo*. Revista Culturas Jurídicas. Vol. 6, Núm. 13, jan./abr., 2019. p. 286. Continuam os autores: “Não se trata de uma coincidência que os espantalhos que embasam o certo às universidades seja os chamados ‘marxismo cultural’ ou ‘doutrinação marxista’. Universidades, espaços naturais do pluralismo (inclusive semanticamente), tornam-se centros ‘perigosos’ porque dão voz a perspectivas marginalizadas, algo que a política fascista abomina.” Ob. cit. p. 287.

³⁴ STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”*. Tradução de Bruno Alexander. São Paulo: L&PM, 2018. p. 34.

³⁵ ADI 6127, pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, como dito.

³⁶ Caso ocorreu no caso da Turquia. STANLEY, Jason. Ob. cit. p. 47.

³⁷ Caso da “escola sem partido”, prática julgada unanimemente inconstitucional pelo STF na Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 457. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 27/04/2020.

³⁸ A caracterização de um regime como autoritário apresenta certas complexidades à medida em que se constata que a crise atual em diversas democracias não decorre majoritariamente da ocorrência de clássicos golpes de estados militares, mas da formação de espécies de modelos híbridos, situados entre a democracia e ditadura, mantendo-se eleições periódicas mas utilizando os próprios mecanismos democráticos formais para subverter a democracia substancial, atacando fortemente, por exemplo, grupos minoritários. Tem-se, assim, um processo de erosão constitucional, em oposição às bruscas mudanças ocorridas em situações de colapso. (GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z.; *How to save a constitutional democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018.) Diversos estudos já têm sido efetivados em torno do constitucionalismo abusivo (LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. Davis Law Review. University of California. Vol. 47. 2013), do constitucionalismo autoritário (TUSHNET, Mark. *Authoritarian constitutionalism*. Cornell Law Review. Vol. 100. 2015), bem como da relação entre a mencionada crise da democracia e a emergência de um constitucionalismo populista (MÜLLER, Jan-Werner. *Populism and constitutionalism*. In: OSTIGUY, Pierre et al (ed.). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017) ou da própria superação da democracia em face do neoliberalismo com a formação de “estados pós-democráticos” (CASARA, Rubens R. R. *O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. Kindle Edition).

³⁹ FINCHELSTEIN, Federico. *Do fascismo ao populismo na história*. Tradução Jaime Araújo. São Paulo: Almedina, 2019. Kindle edition. posição 78; 159.

como este existiu antes”⁴⁰. Sendo assim, embora interligados, fascismo e populismo “representam trajetórias políticas e históricas alternativas”⁴¹, sendo “o populismo uma forma de democracia autoritária, enquanto o fascismo é uma ditadura ultraviolenta”⁴² pois o populismo busca legitimar-se pelas eleições, adaptando o fascismo à democracia a partir de um ataque aos ideais iluministas efetivado especialmente a partir do fim da segunda guerra mundial⁴³.

Ataques coordenados às Universidades, como marca anti-intelectual, servem para desvalorizar a educação, buscando-se legitimar um discurso autoritário em torno de uma única concepção de vida no espaço público:

A política fascista procura minar o discurso público atacando e desvalorizando a educação, a especialização e a linguagem. É impossível haver um debate inteligente sem uma educação que dê acesso a diferentes perspectivas, sem respeito pela especialização quando se esgota o próprio conhecimento e sem uma linguagem rica o suficiente para descrever com precisão a realidade. Quando a educação, a especialização e as distinções linguísticas são solapadas, restam somente poder e identidade tribal.

Isso não significa que não haja um papel para as universidades na política fascista. Na ideologia fascista, há apenas um ponto de vista legítimo: o da nação dominante. As escolas apresentam aos alunos a cultura dominante e seu passado mítico. A educação, portanto, representa uma grave ameaça ao fascismo ou se torna um pilar de apoio para a nação mítica⁴⁴.

O populismo, ainda, não se preocupa com a verdade empiricamente demonstrada, sendo essa característica uma das mais importantes, pois também é a partir de disseminação

⁴⁰ FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 52.

⁴¹ FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 78.

⁴² FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 281.

⁴³ “Nesse sentido: Uma nova modernidade populista surgiu com a derrota do fascismo. Depois da guerra, o populismo reformulou os legados do “anti-iluminismo” para a era da Guerra Fria e pela primeira vez na história tornou-se completo; ou seja, alcançou o poder. Em 1945 o populismo já passara a representar uma continuação do fascismo, mas também uma rejeição de alguns dos seus aspectos ditatoriais mais distintivos. O fascismo propôs uma ordem totalitária violenta que conduziu a formas extremas de violência política e genocídio. Em contrapartida, e em consequência da derrota do fascismo, o populismo procurou reformar e adaptar o legado fascista a uma ordem democrática. Depois da guerra, o populismo foi uma consequência do impacto civilizacional do fascismo. A ascensão e queda dos fascismos afetaram não só admiradores como o general Juan Perón na Argentina, mas também outros líderes autoritários como Getúlio Vargas no Brasil, ou muitos membros da direita populista americana que não tinham vivido nem concordado inicialmente com o fascismo. Para alcançar o poder, o populismo do pós-guerra renunciou aos seus fundamentos pró-ditatoriais do período entreguerras mas não abandonou completamente o fascismo. Ocupou o lugar do fascismo transformando-se numa nova “terceira via” entre o liberalismo e o comunismo. No entanto, ao contrário dos apoiadores do fascismo, seus proponentes queriam que o populismo fosse uma escolha democrática. Essa intenção populista de criar uma nova tradição política que pudesse governar a nação mas fosse diferente do fascismo, e a realização consequente dessa intenção, explicam a complexa natureza histórica do populismo populismo do pós-guerra como um conjunto variado de experiências autoritárias na democracia. É verdade que o populismo moderno integrou elementos de outras tradições, mas as origens e efeitos fascistas do populismo depois da derrota de Hitler e Mussolini definiram o seu conflito constitutivo pós-fascista entre a democracia e a ditadura”. (FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 92-105)

⁴⁴ STANLEY, Jason. Ob. cit. p. 36.

de notícias falsas e de difamação contra as universidades que o anti-intelectualismo vai se manifestar⁴⁵:

Os populistas não se preocupam muito com as sutilezas da observação empírica, mas dirigem antes a sua atenção para a reformulação, ou mesmo a reinvenção, da realidade de acordo com seus vários imperativos ideológicos. Viver dentro da bolha populista permite aos líderes, regimes e seus seguidores apresentar tudo o que não gostam como mentiras da mídia e conspirações internas e externas contra o povo, o líder e a nação. Nesse aspecto, o populismo relaciona-se diretamente com a recusa clássica do fascismo em determinar a verdade empiricamente”.⁴⁶

⁴⁵ A partir das citadas declarações do então Ministro da Educação, Abraham Weintraub, por exemplo, tem-se o empoderamento de diversos agentes sociais que comungam ideias semelhantes em relação às universidades, utilizando a liberdade de expressão para difamar e discriminar alunos e professores de tais instituições. Veja-se, por exemplo, o caso do ex-candidato a Deputado Estadual pelo PSL do Rio Grande do Norte Daniel Sampaio, o qual em 07/05/2020, apenas alguns dias após Weintraub ter emitido a fala sobre a “balbúrdia”, proferiu a seguinte declaração em relação às universidades federais no programa Cenário Político, veiculado pelo canal TCM Mossoró: “Esse corte de 30% foram causados pelos própria universidades federais porque elas não fizeram prestações de contas. O que é prestação de contas? Eu, por exemplo, faço parte da Associação de Psiquiatria e da Associação Norte Rio-Grandense e ano passado tentamos realizar um evento lá em Natal, a jornada de psiquiatria e eu fui pedir um evento à Universidade que eu estudei, a UFRN, fui pedir um evento aonde meus amigos são professores da UFRN e não tinha recurso. Mas no mesmo dia em Natal se realizou um evento para se discutir as vantagens da liberação da maconha para a minha grande surpresa e tristeza existia recurso para esse evento onde conversaram sobre a liberação da maconha. Então, o que está sendo feito com esse dinheiro? O governo, eu quero essa explicação. Porque o meu evento é um evento científico onde vinha a nata, as maiores autoridades da psiquiatria do Brasil para Natal e não teve recurso. Então, o que as Universidades estão fazendo com esse dinheiro?”

A questão da manifestação cultural, nós temos de definir o que é cultura. Não são peças de Shakespeare que nós vemos nas universidades. A gente vê o “bundaço”, o “vomitação”, uma coisa tão esquisita aquilo não é cultura e eu fiquei muito preocupado porque hoje eu estou

Eu estou como médico psiquiatra estou acompanhando os alunos que estão saindo das universidades federais, eu atendo pessoas do Ceará, da Paraíba, aqui do Rio Grande do Norte e eu estou acompanhando hoje jovens que entraram na universidade pensando no seu futuro sem nenhuma dependência química, sem nenhuma tatuagem, e estão saindo cheios de tatuagens com dependências químicas, principalmente em álcool e maconha, doenças mentais graves. Jovens que às vezes eu preciso internar. Isso é um alerta aos pais: se minha filha fosse aprovada numa universidade federal, eu não deixaria ela cursar, porque eu me preocupo com isso, eu vejo o sofrimento, os pais entrando em depressão, os jovens pensando em suicídio, no ambiente universitário o índice de suicídio aumentou muito e a gente precisa observar isso com muito cuidado. Essas manifestações culturais, essa permissividade que hoje acontece nas universidades federais tem de ter algum freio e eu acho que não é só a partir dessa limitação de recursos. Tem que haver uma proibição mais rígida como a polícia, que tem de ter acesso às universidades. A gente viu um arrastão aqui nas universidades de Mossoró aonde os alunos preferiram ter o celular roubado do que permitir que a polícia entrasse. Então isso está errado, a gente precisa criar um ambiente saudável para as nossas futuras gerações.”⁴⁵ (SIC). (BRASIL, 2020) Tal fala alberga três condutas geradoras de dano moral aos alunos e professores em face de generalizações nas quais, dolosa e falsamente: a) atribui-se a não prestação de contas aos professores gestores das Universidades Federais; b) supõe-se que alunos das universidades federais são pessoas viciados em drogas; c) valora-se, negativa e preconceituosamente, o aluno que usa tatuagens. Os fatos estão relacionados ao contexto da guerra cultural contra o ensino público, mostrando uma visão autoritária de cultura pelo réu, ante o pensamento de que somente há uma visão de mundo possível numa esfera pública marcada pelo pluralismo.

⁴⁶ FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 132-146.

Assim, pode-se dizer que a irracionalidade tem papel decisivo na configuração de modelos autoritários, pois compõe a essência do processo político, sendo as teorias anti-intelectualistas um caminho para os golpes de estado⁴⁷. Nesse sentido, Francisco Campos criticava a empreitada liberal de buscar conformar a democracia à imagem do mundo forense, como se a deliberação pública fosse resultado de um choque de argumentos entre as partes de um processo judicial perante o magistrado. Tal imagem do processo político é equivocada porque desconsidera a irracionalidade da massa, a qual emerge na esperança de fazer uma aclamação por um líder carismático, um César, que vá governar ditatorialmente⁴⁸. O autor é claro: “o regime político das massas é a ditadura”, pois quanto maior a massa, mais a integração política se torna possível somente através de uma vontade pessoal⁴⁹.

Assim, enquanto liberalismo e socialismo, em algum momento, terão de enfrentar seus equívocos, o populismo simplesmente nega os seus e, quando confrontado com eles, transforma seu interlocutor em tirano⁵⁰ ou inimigo do povo. As relações entre fascismo e populismo apontam que neste a violência contra opositores mostra-se mais como uma ferramenta retórica, sendo estes tratados como inimigos do povo. Quando o estágio da demonização dos opositores ainda não evoluiu para qualquer ato efetivo de perseguição, tem-se um modelo populista. Quando, no entanto, “o populismo passa dessa inimizade retórica para práticas de identificação e perseguição dos inimigos, podemos estar falando da sua transformação em fascismo ou em outra forma de repressão ditatorial”⁵¹.

Esse avanço em torno da identificação de inimigos, com políticas concretas de perseguição, começa a ser desenvolvido no âmbito da educação brasileira, seja no que tange ao mencionado “corte de gastos” nas universidades, seja na ameaça de se “caçar um pessoal que fica fazendo balbúrdia”⁵², seja na ameaça de punição a professores que exercem o direito constitucional de reunião.⁵³ Apesar de fatos graves, eles ainda se inserem no âmbito da retórica exaltada a qual, de modo algum, merece ser contemporizada, mas combatida pelas instituições, como o MPF⁵⁴, para que se busque evitar, precisamente, a transformação descrita por Finchelstein do populismo para o fascismo.

Uma proposta de caracterização do autoritarismo que ressalta seu aspecto falsificador, ou seja, como algo dotado de uma estrutura mais profunda que busca se mostrar como

⁴⁷ CAMPOS, Francisco. *O estado nacional*. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 19; 26.

⁴⁸ CAMPOS, Francisco. Ob. Cit. p. 24-26.

⁴⁹ CAMPOS, Francisco. Ob. Cit. p. 23.

⁵⁰ FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 146.

⁵¹ FINCHELSTEIN, Federico. Ob. cit. posição 269.

⁵² A fala foi efetivada por Abraham Weintraub no contexto de representação recebida em face de atos praticados na UFSC. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/10/25/em-video-ministro-da-educacao-diz-que-vai-caçar-um-pessoal-da-ufsc-que-fica-fazendo-balburdia.ghtml>. Acessado em: 15/07/2020.

⁵³ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/35487>. Acessado em: 15/07/2020.

⁵⁴ No caso dos protestos mencionado na nota anterior, o MPF emitiu recomendação para que o Ministério da Educação cancelasse a nota em que desautorizava a divulgação de protestos. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-da-prazo-de-dez-dias-para-que-mec-cancele-nota-em-que-desautoriza-divulgacao-de-protestos>. Acessado em: 15/07/2020. No entanto, o MPF precisa lidar também com membros que não ostentam respeito pelo regime democrático, pois, em resposta à mencionada recomendação, fora expedida outra sustentando o acerto da nota do MEC: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpf-recomenda-ao-mec-que-disponibilize-canais-para-receber-denuncias-sobre-atos-de-natureza-politico-partidaria-realizados-em-predios-de-instituicoes-publicas-de-ensino>. Acessado em: 15/07/2020.

democrático a partir de uma estratégia subliminar é proposta por Gábor Attila Tóth. Para ele, o autoritarismo hodierno demonstra-se a partir de marcos que correspondem: a) num primeiro nível, à análise estrutural das práticas constitucionais, do papel das eleições, do controle entre os Poderes e da aplicação dos direitos fundamentais; b) num segundo nível, à utilização de justificações falsas para a tomada de certas medidas que, aparentemente, podem ser descritas por seus apoiadores como democráticas⁵⁵. A compreensão em torno da fraude argumentativa é de suma importância para caracterização desses atuais modelos na medida em que, como dito, não se tem um golpe militar clássico ou ausência de eleições como critérios mais claros para identificar um regime autoritário, o qual, neste caso, aproximar-se-ia de uma ditadura.

Não é novidade alguma a aparência de normalidade democrática que regimes autoritários buscam ostentar, como se tem em torno da “legalidade autoritária” após o golpe militar brasileiro, na expressão de Anthony Pereira⁵⁶, a partir da qual se tem “manipulação jurídica”, com a utilização do Direito para as finalidades autoritárias. Neste caso, no entanto, a análise é mais restrita à análise de processos judiciais como instrumento para perseguição de dissidentes num contexto de ditadura militar, com a manutenção de uma espécie de integração e cooperação entre o governo e juízes para que estes emprestem a respeitabilidade da decisão judicial como forma de legitimar a política desenvolvida.

Por outro lado, o que é salientado por Tóth é a utilização de argumentações viciadas na tomada da decisão, vício este mais difícil de ser caracterizado e exposto por ser utilizado como se fosse algo razoável, dentro de comprometimentos democráticos, oferecendo a liberdade de expressão um exemplo preciso neste ponto. Assim, para além da concepção na qual admite-se a liberdade de expressão para insultar outras pessoas e da concepção na qual não se admite isso em prol da dignidade e igualdade de outros grupos minoritários, uma autoridade terceira concepção pode ser criada para, ampliando o conceito de minorias, considerar, falaciosamente, a nação, o Estado ou o grupo ético ou religioso dominante como o grupo a ser protegido em detrimento dos grupos sociais vulneráveis os quais a segunda concepção busca proteger. Nesse cenário, tem-se um forte aparato em prol do regime autoritário, pois a liberdade de expressão é utilizada para proteger o discurso de ódio da maioria poderosa, ou seja, do grupo dominante, na exata medida em que admite o ataque aos grupos minoritários e socialmente vulneráveis, subordinando a liberdade de expressão às ideias antidemocráticas⁵⁷. Na realidade brasileira, a utilização de retórica acerca da liberdade de expressão como direito que protegeria a calúnia, injúria, difamação, ameaças e ataques às instituições é um bom exemplo acerca de como o autoritarismo pode se manifestar utilizando-se indevidamente a gramática dos direitos fundamentais, merecendo-se levar a sério a máxima proteção judicial, em termos de uma teoria dos precedentes a partir da democracia militante.

⁵⁵ TÓTH, Gábor Attila. *Constitutional Markers of Authoritarianism*. Hague Journal on the Rule of Law, v. 11, n. 1, 2019. P. 55-56.

⁵⁶ PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução de Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. P. 36.

⁵⁷ TÓTH, Gábor Attila. Ob. cit. p. 58-59.

3 A UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO NA ADPF 572 EM PROL DAS UNIVERSIDADES

O passado pode ser útil para tomada de decisão no presente, sendo esta a base de todas as considerações em torno de um precedente, pois se analisa, precisamente, o que foi decidido anteriormente num caso com semelhanças relevantes. É isso que significa decidir com base em um precedente⁵⁸. Por outro lado, aquele que fixa um precedente, como uma Corte, deve ter a exata noção de que estão exercendo uma função que vai ter impactos no futuro, mostrando que, no final das contas, aplicar um precedente pode acabar tendo uma visão tanto retrospectiva como prospectiva, atraindo a imaginação do juiz em torno das possíveis consequências e novas aplicações da decisão⁵⁹. Nesse exercício prospectivo, a Corte pode adotar formulações linguísticas que restrinjam a aplicação do precedente, mas, como salientando anteriormente e adiante ressaltado, não foi isso que aconteceu no precedente em análise perante o STF.

Para analisar a aplicabilidade do precedente firmado na mencionada ADPF, deve-se, inicialmente, traçar alguns esclarecimentos sobre qual teoria dos precedentes informará tal análise, pois, dependendo da compreensão que se tenha em torno de questões como a *ratio decidendi*, ter-se-á uma resposta diferente à indagação posta na introdução. Além disso, deve-se indagar o que é relevante para fins de comparação entre casos, estabelecendo uma análise gradualista em torno da semelhança e diferença entre eles.

A tese ora proposta parte da consideração de que os precedentes podem ser interpretados e serão objeto de desacordo, devendo-se afastar o aguilhão semântico como obstáculo que impede a descrição precisa acerca da prática jurídica como empreendimento interpretativo, pois nega a existência de desacordos sobre os fundamentos do direito⁶⁰. Logo, não se comunga dos ideais em torno de uma estrita garantia de segurança jurídica a partir da aplicação dos precedentes, como supõe Luiz Marinoni⁶¹.

Em relação à *ratio decidendi*, diga-se, desde já, que a presente pesquisa parte da compreensão elencada por Neil MacCormick no sentido de que é possível encontrar, na verdade, uma pluralidade de *rationes decidendi*⁶². É importante estabelecer uma teoria dos precedentes que busque justificações jurídicas bem articuladas, pois o precedente tem uma força

⁵⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008. p.1.

⁵⁹ DUXBURY, Neil. Ob. cit. p. 4.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Law's empire. Massachusetts*: Harvard University Press, 1986. P. 52.

⁶¹ O autor, desde antes do Código Civil de 2015, já sustentava a necessidade de se levar a sério os precedentes no Brasil, criticando a resistência ou mesmo a indiferença ele relação a eles, fruto da “falsa suposição de que a lei seria suficiente para garantir a segurança jurídica”, sendo que, com as diversas interpretações possíveis acerca das leis, a igualdade somente poderia ser alcançada com o respeito aos precedentes (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.p. 8-9). Para o autor, “a força obrigatória dos precedentes é necessária para garantir a coerência da ordem jurídica, a igualdade, a estabilidade e a previsibilidade, além de favorecer a efetividade do sistema de decisões”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit. p. 9) Juraci Mourão responde às teses de Marinoni a partir da constatação, por exemplo, de que os precedentes também podem ser indeterminados, contendo textura aberta. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 119-128).

⁶² “Um juiz pode achar necessário formular uma solução em mais de um ponto em questão. Além disso, numa Corte de Apelações, com vários juízes, pode haver várias *rationes*, e se os juízes produzem votos concorrentes ou dissidentes, diferentes juízes podem tomar diferentes linhas mesmo que em favor da mesma decisão concreta entre as partes do caso. Em alguns casos, muitos juízes podem convergir numa opinião majoritária comum. Em

normativa considerável na exata medida em que ele comporá justificativas para as novas decisões, apresentando, assim, o referido aspecto normativo que vai influenciar a interpretação⁶³.

Verbalmente, o autor aponta como é fácil distinguir a *ratio decidendi* do *obiter dictum*⁶⁴, sendo tarefa muito mais difícil, efetivamente, estabelecer qual a *ratio* ou *rationes* de um caso⁶⁵. Para tentar solucionar tal problema, McCormick vai propor uma teoria relativamente formalista da justificação na decisão jurídica, para a qual a solução de um caso, realmente, deve ser baseada numa “regra firme e determinada”⁶⁶, a qual corresponderá à *ratio*. Por outro lado, isso não quer dizer que os precedentes devam ser, em maior grau, estritamente vinculantes. Pelo contrário, o autor sustenta que o melhor sistema é aquele que permite flexibilidade em termos de revisão dos precedentes através do tempo, pois “os precedentes são mais bem compreendidos se tratados como persuasivos, em maior ou menor grau, em vez de absolutamente vinculantes”, reconhecendo-se, no entanto, que as *rationes* ostentarão forte carga vinculativa⁶⁷.

Essa teoria da justificação jurídica envolve uma importante tarefa a ser desempenhada especialmente pelo juiz no sentido de conferir universalizabilidade⁶⁸ à decisão, ou seja, analisando se a fundamentação por ele desenvolvida num caso poderia ser aplicada a situações assemelhadas, não constituindo, assim, algo meramente particularista. Bustamante também sustenta ideia semelhante, pois o precedente somente será padrão decisório se for possível elaborar uma regra com pretensão de universalidade, ou seja, possibilidade de aplicação a todos os casos semelhantes, como uma garantia de imparcialidade na atuação judicial não sendo exercida de acordo com o réu, por exemplo⁶⁹. O ideal em torno da universalizabilidade é de suma importância para a tese ora desenvolvida neste texto, pois negar a proteção das

outros, pode ser possível construir uma única solução composta, enquanto produto lógico das muitas *rationes* dos juízes. Em outros, ainda, não haverá uma *ratio* comum de um caso julgado por um tribunal colegiado. Haverá um conjunto de soluções possíveis para a questão, cada uma com justificativas que a apóiam como a melhor para este caso e outros semelhantes. Pode-se dizer que, se todas oferecidas são mutualmente consistentes, todas deveriam ser seguidas aos menos no sentido de não serem contraditadas no futuro. Isso provavelmente não permitirá, porém, muita coerência ao longo do tempo e, nesse sentido, todas devem ser consideradas persuasivas, e cortes futuras serão livres para desenvolver qualquer uma à luz de novas considerações”. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 203-204).

⁶³ MACCORMICK, Neil. Ob. cit. p. 192.

⁶⁴ “Sabe-se que é a *ratio decidendi* de uma decisão que tem (se é que algo tem) o efeito especificamente vinculante ou, sob outra doutrina, o elemento persuasivo forte de um precedente. A *ratio decidendi* é a regra ou princípio de decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes. Supõe-se, obviamente, que foi essa mesma regra ou princípio que, de alguma maneira, guiou ou fundamentou a decisão da qual a *ratio decidendi* foi extraída. Enquanto *ratio decidendi*, essa regra ou princípio pode ser contrastada com as *obiter dicta* da decisão judicial. Estas são outras opiniões sobre o direito, os valores e os princípios relacionados à decisão em questão, opiniões que vão além dos pontos necessários para a decisão do caso particular. O contraste geralmente feito entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é mais bem compreendido se se supõe que a *ratio*, assim como a *dicta*, são um tipo de afirmação feita pelo juiz no curso da elaboração das justificativas para sua decisão”. (MACCORMICK, Neil. Ob. cit. p. 193)

⁶⁵ MACCORMICK, Neil. Ob. cit. p. 194.

⁶⁶ MACCORMICK, Neil. Ob. cit. p. 195.

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. Ob. cit. p. 195.

⁶⁸ MACCORMICK, Neil. Ob. cit. p. 197.

⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 112-113.

Universidades contra notícias fraudulentas equivaleria a transformar o precedente firmado na APDF 572 em fonte marcadamente particularista, servindo, unicamente, para a proteção do Poder Judiciário.

Não pode haver dúvidas acerca da essencialidade das Universidades para a democracia brasileira sendo tal tema objeto de atenção pela doutrina, tendo em vista, precisamente, o cenário autoritário já narrado anteriormente, o qual desafia a reafirmação da autonomia universitária⁷⁰. Num Estado Social como o brasileiro, o ensino público é ainda mais essencial como ferramenta de inclusão social, devendo as respectivas instituições serem protegidas para que se evite que uma massa de pessoas pobres não tenha o direito de estudar. Logo, a essencialidade das Universidades para uma democracia que garanta direitos sociais é bastante forte, merecendo ser conferido a elas a mesma proteção garantida ao STF a partir do caso das *fake news*.

Nessa linha, de acordo com a 5ª Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos Graduandos das Instituições Federais de Ensino Superior de 2018, tem-se que 53% dos graduandos das referidas instituições estão na faixa de renda mensal familiar per capita de “até um salário mínimo” e 70,2% na faixa de renda mensal per capita de “até um salário mínimo e meio”⁷¹. É certo que, como destacado na própria pesquisa, não se trata da camada mais pobre da população, já que “os setores mais pobres e miseráveis nem mesmo chegam a concluir o Ensino Médio”⁷² mas os percentuais acima apontam com segurança para o papel de inclusão da universidade em relação a estratos sociais que, certamente, teriam dificuldades em cursar uma universidade particular.

Mas é preciso retomar a ideia em torno das possíveis restrições ao uso do precedente firmadas preventivamente pela Corte quando da formação daquele. O precedente pode apresentar o que Frederick Schauer denomina de “caracterização articulada”, o que corresponde à linguagem canônica utilizada para firmar as *rationes decidendi*, facilitando a busca por similaridades relevantes com casos futuros⁷³. Assim, a decisão pode adotar uma linguagem na qual já se restrinja a utilização do precedente, como se fosse uma regra a qual, obviamente, poderia ser superada, mas se exigindo maior ônus argumentativo⁷⁴. Por exemplo, caso o STF tivesse adotado linguagem vinculando os perigos em torno da utilização das *fake news*, unicamente, em face da atuação dos juízes, diante de alguma particularidade em tal função, seria mais difícil sustentar a aplicação do precedente para casos envolvendo notícias fraudulentas contra as universidades, como se pretende demonstrar neste momento. No entanto, como elencado anteriormente, o STF, em momento algum, adotou tal caracterização canônica restritiva, assentando, por outro lado, o perigo de tal prática para a democracia como um todo.

A caracterização articulada é muito importante para evitar más utilizações dos precedentes, quando, por exemplo, tem-se que o banimento de discurso de ódio nazista possa ser utilizado para banir discursos socialistas, mesmo diante das profundas diferenças entre os

⁷⁰ MEYER, Emilio; BUSTAMANTE, Thomas; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Ob. cit. p. 279.

⁷¹ BRASIL. ANDIFES. 5ª Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos Graduandos das Instituições Federais de Ensino Superior de 2018. Disponível em: <http://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-Nacional-de-Perfil-Socioecon%C3%B4mico-e-Cultural-dos-Graduandos-as-das-IFES-2018.pdf>. Acessado em: 03/08/2020. P. 31.

⁷² Ibidem.

⁷³ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review. Vol. 39, Nº 3. Feb. 1987. p. 571-605. p. 579.

⁷⁴ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Ob. cit. p. 580-581.

casos. Para superar esse temor, basta a corte produzir o precedente com o mencionado cuidado linguístico, articulando precisamente a caracterização dos fatos relevantes⁷⁵. Essa é uma tarefa importante, também, a ser desempenhada pela parte que pretende a formação do precedente nesse cenário de risco autoritário e polarizado, pois, ao invés de, simplesmente, adotar posição pusilânime temendo possíveis e incertas aplicações do precedente, pode engajar-se ativamente para que a corte caracterize bem o caso, diminuindo o risco em torno aplicações indevidas. Diz-se que o risco é diminuído porque, realisticamente, nada impede que um juiz tome uma decisão completamente equivocada, como que “corrompendo” um precedente. No entanto, se assim o fizer, seu ônus argumentativo será muito maior, sendo tal decisão alvo de provável reforma.

Deve-se, destacar, repita-se, que, a partir da análise cuidadosa dos votos lançados na ADPF 572, como efetivado acima, não se constata qualquer restrição expressa, por parte dos Ministros, acerca da aplicação futura do precedente no contexto restrito de ataques em relação ao Poder Judiciário ou, mais especificamente, ao STF. Sem dúvidas, a Corte poderia ter adotado tal expediente, mas não o fez. Logo, interpretando as diversas razões de decidir nele contidas a partir da democracia militante expressamente nele consignada, é possível concluir com segurança que elas podem ser utilizadas contra quaisquer disseminações de notícias falsas contra instituições democráticas, sendo uma questão de grau analisar a força da aplicação dessas razões.

Cabe ao Poder Judiciário, como se sabe, aplicar os precedentes de maneira coerente, além de íntegra. Interpretando o precedente a partir das tarefas em torno da democracia militante, como expressamente consignada pelos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes, além de implicitamente constante nos demais votos, tem-se que, repita-se, a razão central da decisão vocaciona-se à proteção da democracia. Ora, seria altamente incoerente admitir a necessidade de salvaguardar o STF contra tais práticas e negar tratamento semelhante a outra instituição igualmente importante para o regime democrático como são as universidades.

Há, ainda, ganho hermenêutico na proposta ora defendida a partir do enriquecimento do sistema jurídico, adicionando-se sentido ao Direito⁷⁶. Os precedentes, tendo a característica de ser uma decisão isolada que servirá como padrão para casos futuros, pode apresentar um ganho hermenêutico mais acentuado justamente no bojo do controle concentrado de constitucionalidade, pois questões complexas e específicas, muitas vezes, são levadas à Corte para a tomada de decisão sem qualquer precedente próximo. Em outras palavras: trata-se de caso único, mas possivelmente o primeiro de muitos outros semelhantes, realçando a importância de uma das funções mais significativas do precedente, que é, justamente, propiciar o mencionado enriquecimento.

⁷⁵ SCHAUER, Frederick. Precedent. Ob. cit. p. 581.

⁷⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Ob. cit. p. 339-340. O exemplo apresentado pelo autor refere-se ao julgamento da ADI 3510, no contexto dos limites das pesquisas com células tronco embrionárias: como a Lei 11.105/05 não apresentara disposição fixando precisamente o momento em que se considera iniciada a vida, e como o texto constitucional limita-se a elencar a “inviolabilidade do direito à vida”, foi necessário, para além da lei, a formação de precedente judicial que esclarece mais ainda os pontos controvertidos, apontando que as referidas normas constitucionais e legais protegeriam as células tronco apenas no casos de embriões viáveis, não alcançando aqueles congelados. Essa adição de sentido é, precisamente, o ganho hermenêutico. Sustento que também há ganho hermenêutico quando um precedente é interpretado e aplicado à situação assemelhada, muito embora, realmente, não haja o mesmo grau de inovação quando considerada a primeira decisão.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo à indagação posta na introdução, é possível concluir que sim, o precedente firmado na ADPF 572 deve ser aplicado na proteção das Universidades no contexto de disseminação de *fake news* contra elas, especialmente quando se pratica crimes contra a honra de professores e alunos através das respectivas notícias falsas, como exemplificado no texto.

As diferenças entre os casos, relacionadas às particularidades institucionais do Poder Judiciário e das Universidades no contexto o ensino público não são relevantes quando se interpreta as razões de decidir do caso a partir da democracia militante, como expressamente consignada nos Votos dos Ministros Edson Fachin e Gilmar Mendes e implicitamente nos demais votos vencedores. Essa foi uma das razões mais fortes para formação do precedente: a proteção do regime democrático atacado por notícias falsas e, nesse sentido, como as Universidades ostentam caráter essencial para a democracia brasileira, tratamento diferenciado seria profundamente incoerente.

A semelhança entre os casos é ainda mais evidente quando se constata que o contexto de tais ataques é o mesmo, relacionado ao desenvolvimento do autoritarismo populista no Brasil, o qual, como visto, apresenta como uma de suas pautas contra as instituições a proscrição ao intelectualismo. Visto dessa forma, o presente texto pode ser lido também como uma manifestação de novas pautas em torno da democracia militante, a qual busca, por exemplo, potencializar os instrumentos institucionais, no caso, um precedente, em prol da manutenção do regime democrático.

Como tal argumentação não se quer sustentar que os precedentes sejam a principal fonte da juridicidade, consideração que poderia ser levantada tendo em vista a centralidade de tal fonte para esta pesquisa. Juízes devem interpretar os demais enunciados normativos necessários para a tomada de decisão e analisar a compatibilidade dos precedentes em relação a tais interpretações. Tendo em vista um objetivo prático na atuação processual e na tomada de decisão judicial, no entanto, não se pode negar que a demonstração da aplicação de um precedente em prol de determinada demanda aumenta a chance de sucesso. Quando se busca uma aplicação íntegra do precedente, tem-se mais um argumento em torno da sua correção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. ANDIFES. *5ª Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos Graduandos das Instituições Federais de Ensino Superior de 2018*. Disponível em: [http://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-Nacional-de-Perfil Socioecon%C3%B4mico-e-Cultural-dos-as-Graduandos-as-das-IFES-2018.pdf](http://www.andifes.org.br/wp-content/uploads/2019/05/V-Pesquisa-Nacional-de-Perfil-Socioecon%C3%B4mico-e-Cultural-dos-as-Graduandos-as-das-IFES-2018.pdf). Acessado em: 03/08/2020.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Mossoró. *Ação Civil Pública nº 0800928-89.2019.4.05.8401*. 2019A.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 6127*. Relator Ministro Celso de Mello. 2019B. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5688755>. Acessado em: 02/08/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/06/adpf-572-voto-do-relator-final.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-dias-toffoli.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes1.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inquerito-fake-news-celso-mello.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572*. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento em 18/06/2020. Voto Ministro Ricardo Lewandowsky. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lewandowski-inquerito-fake-news.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 548*. Relatora Ministra Carmen Lúcia. 15/05/2020B.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 457*. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 27/04/2020C.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Mossoró. *Procedimento Preparatório nº 1.28.100.000079/2020-66*. 2020D.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS, Francisco. *O estado nacional*. Coleção Biblioteca Básica Brasileira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CASARA, Rubens R. R. *O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. Kindle Edition.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens*. A crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.



FINCHELSTEIN, Federico. *Do fascismo ao populismo na história*. Tradução Jaime Araújo. São Paulo: Almedina, 2019. Kindle edition.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z.; *How to save a constitutional democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. Davis Law Review. University of California. Vol. 47. 2013. p. 189-260.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEYER, Emilio; BUSTAMANTE, Thomas; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Autonomia universitária, democracia e federalismo. *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 6, Núm. 13, jan./abr., 2019.

MÜLLER, Jan-Werner. Militant democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1253-1269.

MÜLLER, Jan-Werner. Populism and constitutionalism. In: OSTIGUY, Pierre et al (ed.). *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. São Paulo: Zahar, 2020.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução de Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*. Vol. 39, Nº 3. Feb. 1987. p. 571-605.

STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”*. Tradução de Bruno Alexander. São Paulo: L&PM, 2018.

TÓTH, Gábor Attila. *Constitutional Markers of Authoritarianism*. Hague Journal on the Rule of Law, v. 11, n. 1, 2019.

TUSHNET, Mark. *Authoritarian constitutionalism*. Cornell Law Review. Vol. 100. P. 391-462. 2015.



O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL E NO BRASIL: UMA INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO FRANCÊS DE 1789?

ADMINISTRATIVE LITIGATION IN PORTUGAL AND BRAZIL: AN INFLUENCE OF FRENCH LIBERALISM OF 1789?

MARIANA AZEVEDO COMELLO OLIVEIRA*

RESUMO

O artigo investiga as influências históricas na construção do contencioso administrativo em Portugal: se suas influências se devem à Revolução Francesa de 1789 ou ao modelo absolutista que a antecedeu. Há, no texto, referência ao modelo brasileiro, inspirado no sistema inglês, que se afasta do modelo português, na sua formulação jurídica e, também, por não comungar das mesmas influências históricas. Ao retomar o Direito português, apresenta, num primeiro momento, a tese majoritariamente aceita pelos juristas: a de que esse contencioso tem origem nas ideologias advindas das chamadas revoluções liberais. Após, é apresentada uma antítese, com suporte no filósofo, sociólogo e político Alexis de Tocqueville, o qual encontra as raízes desse contencioso no regime absolutista, como um mecanismo estrategicamente desenvolvido pelo poder absoluto para conservar sob seu jugo as demandas de interesse do Estado.

Palavras-chave: Contencioso administrativo; Revolução Francesa; Liberalismo.

ABSTRACT

The article investigates the historical influences on the construction of administrative litigation in Portugal if their influences are due to the French Revolution of 1789 or the absolutist model that preceded it. Does the text, a reference to the Brazilian model, inspired by the English system, which departs from the Portuguese model both with regard to its legal formulation, but also does not share the latter with the same historical influences. When resuming the Portuguese law, presents, at first, the majority thesis accepted by jurists: that this litigation has its origin in ideologies stemming from so-called liberal revolutions. After, an antithesis, with the support philosopher, sociologist and politician Alexis de Tocqueville, who finds the roots of this litigation in absolutist regime as a mechanism strategically developed by absolute power to keep under your judge the demands of state interest is shown.

Keywords: Administrative litigation; French Revolution; Liberalism.

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).
marianacataguases@gmail.com

Recebido em 2-12-2020 | Aprovado em 11-1-2021



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A TESE – O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO TENDO A SUA ORIGEM NAS REVOLUÇÕES LIBERAIS. A) O LIBERALISMO; B) AS ESCOLAS DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; C) O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL; D) O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL; 2 A ANTÍTESE – O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TENDO SUA ORIGEM NO REGIME ABSOLUTISTA FRANCÊS (O ANTIGO REGIME); CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

Vê-se que a história é uma galeria de quadros em que há poucos originais e muitas cópias. (...) Os homens de 1789 haviam derrubado o edifício, mas suas fundações permaneceram na alma dos que o destruíram; e sobre essas fundações foi possível reergue-lo novamente de uma só vez e construí-lo mais sólido do que nunca antes¹.

A pergunta colocada no início do texto não pode ser respondida, sem que antes o leitor passe por uma breve reflexão sobre um tema tão *tumultuoso*² e complexo. Essa reflexão inicia-se com a apresentação de uma tese, defendida majoritariamente pela doutrina do Direito Administrativo e, após, passa por sua antítese, defendida minoritariamente por Tocqueville. Ou seja, a pergunta revela um problema: o fundamento histórico e a finalidade prática do contencioso administrativo - numa perspectiva histórica, também - justificam as normas até hoje prescritas e aplicadas no Direito português e no brasileiro?

O texto epigrafado, já aponta o problema – o contencioso administrativo tem sua origem no edifício erguido após a Revolução francesa ou remonta às fundações que não foram destruídas pela revolução?

A resposta à indagação será apresentada pela autora em suas considerações finais - após a abordagem das principais escolas do pensamento jurídico que tratam do problema, desenvolvidas quando a doutrina administrativista procurou soluções e propostas de normas práticas construídas em torno do contencioso administrativo -, acompanhada da sua justificativa e dos modelos idealizados.³

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução; Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009. P. 74 e 80.

² MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *História da Administração Pública, Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino*. Coimbra: Editora Coimbra. 2005. P 81.

³ A referência a modelos idealizados pelas escolas administrativistas do século XIX se justifica porque, enquanto modelos teóricos, buscavam explicar o sistema normativo, que é prático, simplificando a realidade e, portanto, não necessariamente foram introduzidas – as suas propostas e soluções – nos sistemas do Direito que vigoraram ou que ainda vigoram.

No curso do artigo, a autora, visando a responder à questão problema apontada, colocada em diálogo o filósofo e político francês, Alexis de Tocqueville, com autores administrativas, assumindo a dialética como metodologia.

1 A TESE – O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E A SUA ORIGEM NAS REVOLUÇÕES LIBERAIS.⁴

Sobre as origens do contencioso administrativo, José Frederico Laranjo⁵, no final do século XIX, esclareceu que:

A França, outras nações da raça latina, e nós uma d'ellas, têm quasi sempre tido desde as revoluções liberaes, com as exceções já indicadas da Itália desde 1864 e da Hespanha desde 1868, tribunaes administrativos especiaes; mas esses quasi nunca na segunda instância têm tido jurisdição (...) Foi esse o estado da legislação em França até 1872; é esse ainda o estado da legislação entre nós. (...) A organização do tribunal do contencioso administrativo, mesmo sem jurisdição, é pois mais liberal do que atribuir ao governo a decisão das questões administrativas e somente resta confrontar as vantagens da escola intermedia com as da escola radical. Foi o que fez a França, quando em 1872 deu ao contencioso administrativo da segunda e ultima instancia jurisdição própria.⁶

As revoluções liberais, em referência no texto do jurista, são consideradas o ponto de irradiação de influências, que atingiram os sistemas jurídicos português e brasileiro. Vale sublinhar que esse centro de irradiação aconteceu na Europa, mas seus efeitos foram sentidos em outras partes do globo. Nesse ponto, sustenta-se nas ideias de Hobsbawm, segundo as quais se a perspectiva é europeia, é porque, nesse período, o mundo, ou pelo menos uma

⁴ O subtítulo faz referência à Revolução Francesa de 1789 e a revolução industrial inglesa. A revolução inglesa não vem datada porque são várias as propostas históricas sobre a sua época. *Historiadores mais antigos tenderam datar a revolução industrial de 1760. Mas uma investigação mais cuidadosa levou a maioria dos estudiosos a localizar como decisiva a década de 1780 e não a de 1760, pois foi então que, até onde se pode distinguir, todos os índices estatísticos relevantes deram uma guinada repentina, brusca e quase vertical para a partida.* Entretanto, o historiador ainda explica sobre o termo “revolução industrial”: *o fato existia na Inglaterra antes do termo. Os socialistas ingleses e franceses – eles próprios um grupo sem antecessores – só o inventaram por volta da década de 1820, provavelmente por analogia com a revolução política na França.* In Hobsbawm, Eric. J. *A Era das Revoluções – 1789 – 1848.* São Paulo: Paz e Terra. 2012. P. 58/59. Segundo Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *Inaugura-se, então, o ciclo imediato que, sob a inspiração dos ideais político-jurídicos da Revolução Liberal que eclodiu em 1820, se designa, precisamente, por período da Administração Liberal.* In Marcos, Rui Manuel de Figueiredo. *História da Administração Pública, Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino.* Coimbra: Editora Coimbra. 2005. P. 70.

⁵ *Deve-se a este autor a defesa pioneira, entre nós, do modelo do “Contencioso da Administração” confiado a Tribunais Administrativos dotados de competência decisória e de garantias de imparcialidade e inamovibilidade.* (Cfr. Maria da Glória Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua Origem e Evolução*, cit, P. 534). In Costa, Mário Júlio de Almeida. Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 512.

⁶ LARANJO, José Frederico. *Princípios e Instituições de Direito Administrativo.* Coimbra: Imprensa da Universidade. 1888. P. 35 e 38/39.

grande parte dele, transformou-se a partir de uma base europeia, ou melhor, franco britânica.⁷

Desse modo, pode-se compreender o porquê de no século XIX, o texto transcrito relacionar, no referente aos países latinos, a existência de Tribunais Administrativos ou de Tribunais Especiais - para julgar *as contestações de direitos entre particulares e a administração, em matéria administrativa* - às chamadas revoluções liberais. Segundo Tocqueville, em referência à Revolução Francesa especificamente, diz que tal revolução teve como único efeito abolir as instituições políticas que, durante vários séculos, haviam reinado soberanas sobre a maioria da população e que são chamadas de instituições feudais, para substituí-las por uma ordem social e política mais uniforme e simples que tinha como base a igualdade de condições.⁸ Dentre essas chamadas novas instituições políticas, com certa regularidade, está compreendido o Contencioso Administrativo. É a partir dessa consideração histórica que será apresentada a tese.

a. O liberalismo:

Sobre os ideais do liberalismo do século XVIII e do republicanismo, oriundos da revolução política da França, Ricardo-Velez, com suporte nos escritos de Necker (esse último, um dos integrantes do movimento conhecido como “os doutrinários”, constituído por pensadores franceses que transportaram as ideias liberais da Inglaterra para a França), entende que uma Constituição republicana e liberal indubitavelmente atribui ao povo, assim definido, todos os direitos políticos que pode exercer ordeiramente. O texto a seguir expressa as preocupações dos pensadores da França no período Napoleônico (após o 18 de Brumário), em relação ao que – para eles – seria uma verdadeira República (no sentido de pensamento liberal).

E se for verdade que este não existe dessa forma, se for verdade que na França a extensão do país ou o caráter dos habitantes se opusessem a isso, a boa fé exigiria que se chegasse a um acordo sobre o particular, exigiria que deixássemos de dar o nome de República a uma forma de governo na qual o povo não seria nada, nada mais do que uma ficção.⁹

Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, esses ideais, contextualizados em França, e que refletem as preocupações com os diversos caminhos políticos, muitas vezes viesados, percorridos pela sociedade francesa durante sua fase revolucionária, que se estendeu de 1789 a 1848, são suprimidos, no pensamento europeu pelos movimentos da Contra-Revolução, do Romantismo e do Idealismo alemão. Mas, em um segundo momento, são novamente assumidos. E é precisamente essa influência – a do liberalismo iluminista - que atua sobre os juristas

⁷ HOBBSAWM, Eric. J. *A Era das Revoluções – 1789 – 1848*. São Paulo: Paz e Terra. 2012. P. 13

⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*; Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009. P. 23/24.

⁹ RODRIGUES, Ricardo – Velez. *O Liberalismo Francês: a tradição doutrinária e sua influência no Brasil*. P 33. Disponível em: http://www.cdpb.org.br/liberalismo_frances_velez.pdf. Acesso em: 2.4.2014.

do final do século XIX (José Frederico Laranjo, ao refletir sobre as escolas do que hoje denominamos contencioso administrativo, possivelmente, recebe essas influências).¹⁰ Esses ideais políticos são transferidos para o Direito de formas diversas, assumindo metodologias também diversas. Num primeiro momento, tais ideais são cristalizados na forma de direitos naturais, inalienáveis, como ilustra o enxerto a seguir:

Como não se desconhece, na base de toda a construção ideológica e filosofia do século XIX está o princípio de que o homem nasce dotado de certos direitos naturais e inalienáveis, e que a exclusiva missão do Estado – de raiz pactícia e sem fins próprios – é a promoção e salvaguarda desses direitos individuais e originários.¹¹

Duas ideias andam muita próximas nesse modelo do Estado Liberal: o individualismo e o liberalismo econômico. O individualismo, em um plano político, resulta do princípio da soberania popular e nacional.¹² No plano do Direito, resulta do dever do Estado de resguardar os direitos individuais e originários, que podem ser traduzidos pelas diferentes formas de liberdades. *É a ideia da liberdade de todos e como meio indispensável para assegurá-la – a ideia de igualdade.*¹³ No plano do liberalismo econômico, vê-se que, num primeiro momento, as construções da chamada escola dos fisiocratas, explicam e normatizam os limites da intervenção do Estado na ordem econômica e o necessário enfraquecimento das barreiras alfandegárias, com viés protecionista, que impediam a circulação de mercadorias e serviços para além das fronteiras políticas. Percebe-se, todavia, ainda no curso da história moderna, que os fisiocratas focaram seus estudos (tanto no plano positivo, quanto no normativo) nas atividades do primeiro setor (hoje assim chamado), ficando ligados, ainda, aos interesses fundiários e, por assim dizer, do Estado absolutista. São as ideias cunhadas pela Escola Clássica da Economia que realmente traduzem as ideias do liberalismo econômico, com as teorias de Adam Smith (1723 a 1790), David Ricardo (1772 a 1823) e Stuart Mill (1806 a 1873).¹⁴

No plano interno do Direito, aqui referente à sua própria metodologia, verifica-se algumas propostas que influenciaram o pensamento jurídico europeu no século XIX e que serão aqui expostas brevemente. Não há aqui uma preocupação de verticalizar o estudo da filosofia do Direito, mas de demonstrar as ideias que permeavam o ambiente jurídico no século XIX e que, em certa medida, influenciaram os juristas europeus, inclusive.

I. O positivismo jurídico:

Para essa escola jusfilosófica, *o direito identifica-se com a lei; esta materializa ou positiva o direito ideal de inspiração racionalista; a ordem jurídica constitui um todo acabado; a*

¹⁰ Essas escolas serão apresentadas em tópico a seguir.

¹¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 512.

¹² Para maior aprofundamento sobre o texto, ver, inclusive, Costa, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Act. Coimbra: Almedina. 2011. Páginas 432 e seguintes.

¹³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 432.

¹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 435.

*sua plenitude atinge o momento definido num conjunto de Códigos modernos, sistemáticos, completos – a razão escrita encontrada pelo poder legislativo onnipotente.*¹⁵

Nas palavras de Castanheira Neves, no positivismo jurídico, o texto é compreendido não apenas em termos expressivos, mas constitutivos. A significação é associada (presa) ao texto e só no texto deve ser procurada. *É deste modo que o positivismo legalista postula que a lei é seu texto, e implicará isso não só que o direito positivo se tenha por autossuficiente e fechado em si (a excluir o recurso a critérios normativos além dele próprio para a sua determinação e realização)*¹⁶. Nota-se nessas passagens e em momentos dos textos que a seguem, que, para o positivismo legalista, não há espaço para a hermenêutica, já que tal técnica levaria a uma mediação do texto legal, sendo essa considerada imprecisa, senão misteriosa. É nesse sentido que corresponde *rigorosamente à escola da exegese (exegesis ou explicatio e, portanto, a mera explicitação)*.¹⁷

II. A Escola Histórica do Direito.

Possui, simbolizando a sua origem, *a célebre polémica que, no ano de 1814, contrapôs A. F. J. Thibaut (...) a F. C. Von Savigny*. O primeiro defendendo a excelência de uma codificação do Direito para a Alemanha e o segundo a considerando inoportuna.¹⁸

O que está para além dessa discussão é a compreensão que Savigny tem sobre o Direito, como aspecto histórico da cultura humana, assim como os são a língua, a religião e as restantes expressões culturais. Logo, o *“jurídico resulta de uma criação espontânea da consciência coletiva, de uma manifestação do espírito do povo. (...) E bem assim a sua transformação contínua em função das circunstâncias também peculiares de cada povo. (...)”* Dessa construção, *“decorre a supremacia do costume, dimanação imediata da comunidade, sobre a lei. (...)”*¹⁹ Entende que *o costume não cria, antes exterioriza o direito positivo*. Também decorre que *em face da constante evolução reconhecida ao Direito, se posiciona contra o movimento de codificação*.²⁰ É uma linha objetivista, se contrapondo ao subjetivismo do positivismo legalista. O objetivismo do historicismo explica-se porque esse quer enxergar o Direito historicamente contextualizado (que deve acompanhar as mudanças ocorridas na comunidade), independentemente da busca pela vontade do Legislador. A preocupação com a separação dos poderes (funções do Estado) não é tão forte como a que é encontrada nas linhas subjetivistas, que se preocupam em encontrar a vontade do legislador, expressa nos textos legais.

¹⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 437.

¹⁶ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas Fundamentais. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2013. P. 96/97.

¹⁷ NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas Fundamentais. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2013. P. 96/97.

¹⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 439.

¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 440/441.

²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. 5. Ed. Rev. e Act. Coimbra: Almedina. 2011. P 440/441.

III. Pandectística. Jurisprudência dos conceitos.

A Pandectística²¹ possui como objetivo reunir todo o universo jurídico *de forma sistemática e abstrata*²². Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, verifica-se nessa escola:

O retorno a um novo positivismo, aceitando-se, afinal, um critério que não está longe do adoptado pelo jusracionalismo. Com simples perspectiva científica, procura-se edificar um sistema dogmático completo e fechado, onde se encontraria resposta para todos os problemas jurídicos. Só que se esquecia a dinâmica iniludível das realidades político-econômicas, sociais e culturais.²³

Essa escola está ligada à criação de uma extensa dogmática jurídica do direito privado. O Pandectismo, em sua caracterização metodológica, está ligado à jurisprudência dos conceitos. Por esse método de compreensão e aplicação do Direito, as soluções individuais são dedutíveis dos princípios, aos quais as mesmas estão subsumíveis (são deduzidas logicamente: o problema individual é subsumido a uma norma geral e abstrata, a um conceito, e a conclusão é uma regra para o caso individual). O seu método jurídico é a operação da lógica formal. Propõe um *encadeamento de espécies e subespécies de conceitos, desde a base até o vértice do sistema, a ciência do Direito opera ignorando a relevância das valorações extra-jurídicas. (...) Ficava de fora, em suma, toda a explicação prática das soluções legais.*²⁴

Larenz reduz essas construções do século XIX à seguinte ideia:

(...) que em regra se julga ainda não só com o dever, mas com o poder de revelar a razão mais ou menos oculta na lei, de libertar cada norma da lei do seu isolamento empírico, de a depurar, digamos, reconduzindo-a a um princípio superior ou a um conceito geral, e promover, deste modo, a espiritualização do “positivo”- propósitos em que a servem, ao lado da interpretação lógica e da interpretação sistemática, tanto a elaboração dos conceitos.²⁵

Essa explanação sobre as escolas que pretenderam compreender o Direito e aplicá-lo no século XIX é importante nesse trabalho para o entendimento sobre como os valores do liberalismo desse século, calcados no princípio da separação dos poderes do Estado, são utilizados pela tese majoritária para explicar a existência e a estrutura de funcionamento do contencioso da Administração. Ou melhor, as escolas apresentadas nesse trabalho, construídas

²¹ Relativo ao Digesto, fonte das construções dogmáticas do Direito Germânico para essa escola, no século XIX. Disponível em <http://www.rbdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf#page=31>. Acesso em 18.04.2014.

²² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Act. Coimbra: Almedina. 2011. P 442.

²³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Act. Coimbra: Almedina. 2011. P 442.

²⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011. P 443/444.

²⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. P. 40.

ao longo do século XIX, revelam uma preocupação com a construção de uma dogmática administrativista que não colida com um princípio do liberalismo que lhe é muito caro - a separação dos poderes (funções) do Estado - e que influenciou um sistema de controle da legalidade da atividade administrativa dentro do próprio Poder Executivo. Assim, o sistema jurídico deveria refletir esse princípio da filosofia político-liberal e contratualista. Em Portugal, como será demonstrado a seguir, o mecanismo jurídico encontrado foi a construção de um contencioso administrativo que não levasse as causas de interesse direto do Estado (da administração pública) para serem julgadas por um outro poder (função do estado): o judiciário. A partir dessa postura, é construída em Portugal a tradição da autonomia da jurisdição administrativa, inspirada no modelo francês de Administração executiva.²⁶

A título de exemplo, na escola Pandectística, os conceitos eram formulados em cadeia de forma a evitar a contradição dentro do sistema – do concreto para o mais abstrato; do mais abstrato para o mais concreto. Assim, um princípio (um conceito) mais abstrato – a separação dos poderes – poderia justificar a edificação de um conceito menos abstrato – a autonomia administrativa reforçada pelo contencioso administrativo do modelo francês, ou seja, a não interferência do judiciário nas questões de Estado.

b. As escolas do contencioso administrativo

Em Portugal, essas influências do liberalismo, tanto na política quanto no Direito, significaram, nas palavras de Paulo Otero, que e apesar do Estado liberal defender a neutralidade e a não intervenção na esfera da sociedade civil, esse ideário veio consolidar o afastamento da atividade administrativa do direito comum, criando, conseqüentemente, um direito próprio para a Administração: o Direito Administrativo.²⁷ E justificam a correlação que o Professor Doutor José Frederico Laranjo faz entre o contencioso da Administração e as revoluções liberais. Lembrando que, como já citado em nota, esse autor foi o responsável, em Portugal, pela defesa da existência de Tribunais Administrativos com garantias análogas às dos Tribunais Judiciais.

Ressalta-se, ainda, que os posicionamentos sobre a existência e a estrutura do funcionamento do Contencioso da Administração são pronunciados em meio a um contexto acadêmico, em que três modelos são propostos (os quais influenciaram em certa medida os sistemas jurídicos) - representados a seguir pelas chamadas escolas do contencioso administrativo. Note-se que, à época (final do século XIX) em que se deu o debate e que o texto foi escrito, Portugal era governado por uma Monarquia.²⁸

O contencioso administrativo teve, em sua origem, três escolas que propunham estruturas e funções diferentes para os órgãos incumbidos de julgar as contestações de direitos

²⁶ Sobre esse aspecto, ver: MACHADO, Jónatas E. M. *Breves Considerações em torno do âmbito da Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

²⁷ OTERO, Paulo. *Revolução Liberal e Codificação Administrativa: In Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas. 1995. P. 618.

²⁸ Na época da primeira edição da obra de José Frederico Laranjo, a monarquia constitucional de Portugal tinha como seu Rei Dom Luis I - Luís Filipe Maria Fernando Pedro de Alcântara António Miguel Rafael Gabriel Gonzaga Xavier Francisco de Assis João Augusto Júlio Valfando de Saxe-Coburgo-Gotha e Bragança -, segundo filho de Dona Maria II e do Rei Fernando II.

entre particulares e a Administração em matéria administrativa - se essas contestações devem ser levadas à Administração, ou perante os tribunais comuns ou especiais.²⁹

A escola reacionária ou absolutista quer que as questões que se levantem entre a Administração e os particulares em matéria administrativa sejam levadas perante o governo e por ele decididas.³⁰

A escola radical entende que o contencioso administrativo só deve compreender as reclamações sobre o mérito, a justiça, a oportunidade de uma providência tomada pelo governo ou pela Administração discricionariamente e nos limites de seus poderes, e que toda a reclamação que se funda nos termos expressos de uma lei, decreto, regulamento, aresto deve ser levada perante os Tribunais Judiciais.³¹

A escola intermédia nem quer que os agentes administrativos sejam juizes em questões que eles ou seus delegados são partes, nem que tais contestações sejam levadas perante o poder judicial comum, mas sim perante os Tribunais Especiais.³²

Como se percebe, as escolas propõem soluções diversas para a seguinte questão: como resolver os litígios em que são partes a Administração e os particulares, preservando a independência dos poderes (funções do Estado) e preservando, também, a imparcialidade do julgador? As propostas propõem soluções diferentes para essa problemática, umas tendendo mais para a imparcialidade, outras para a independência dos Poderes.

c. O contencioso administrativo em Portugal

Parecer da Comissão de Administração Pública sobre o projeto do Código Administrativo de 1877³³ se posiciona em relação ao debate doutrinário representado pelas escolas descritas anteriormente da seguinte forma:

Se como braço do poder executivo, e participando por isso da natureza daquele poder, encerra a administração elementos que a afastam do Poder Judicial, não devemos desconhecer que sobre esta consideração puramente teórica prepondera a conveniência pública que, exigindo energia e rapidez na acção administrativa, repudia o processo vagaroso que se observa nos Tribunais Judiciários.

²⁹ LARANJO, José Frederico. Princípios e Instituições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1888. P. 30.

³⁰ LARANJO, José Frederico. Princípios e Instituições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1888. P. 30.

³¹ LARANJO, José Frederico. Princípios e Instituições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1888. P. 31.

³² LARANJO, José Frederico. Princípios e Instituições de Direito Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1888. P. 31.

³³ Informação retirada do texto de autoria João B. Serra, intitulado As reformas da Administração local de 1872 a 1910, P. 11. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223032474A8iCH0wm8Fi02HS6.pdf>. Acesso em 5.4.2014.

Recuando um pouco mais no tempo, mas ainda no século XIX, em Portugal, verifica-se que quando são investigados textos sobre o nascimento, a origem do contencioso administrativo, a conexão mais recorrente é com a Revolução Francesa de 1789. Veja, como exemplo, fragmento do texto de autoria de Paulo Otero³⁴, em que é citado Mouzinho da Silveira, comentando o relatório do Decreto n. 23, de 16 de maio de 1832³⁵, dirigindo-se a Dom Pedro: *Senhor! A mais bela descoberta moral do século passado foi, sem dúvida, a diferença de administrar e julgar.*³⁶ (...) Mais à frente no texto: *O citado relatório desenvolvia e aplicava esta mesma ideia dizendo que a autoridade administrativa é independente da judiciária.* Sobre esse período, Paulo Otero reflete: *A Revolução Liberal de 1820 vem consagrar o entendimento francês do princípio da separação (...)*³⁷

Entretanto, segundo o Conselheiro Fernando Azevedo Moreira, então Vice-Presidente Do Supremo Tribunal Administrativo, o nascimento do contencioso administrativo em Portugal, nos traços gerais que hoje apresenta, surgiu na sequência da revolução liberal do início do século XIX.³⁸

Poderá assim dizer-se que a história moderna do contencioso administrativo se inaugurou em Portugal no ano de 1845 com a criação do Conselho de Estado, órgão de cúpula desta jurisdição, inspirado no modelo francês, e que incluía ainda no âmbito da sua competência funções administrativas e funções políticas.

Comentando os revezes existentes na história portuguesa acerca da adoção e limites do contencioso administrativo, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, relata que *“A luta entre os defensores da solução francesa e os defensores da solução tradicional inicia-se e distintos modelos de justiça formal da Administração sucedem-se no sistema constitucional liberal português, oscilando entre o judicialismo tradicional e o modelo de raiz francesa.”*³⁹ Observe-se, nesse fragmento de texto, que sempre o fundamento encontrado na doutrina especializada para a adoção ou não do contencioso administrativo é o modelo liberal. Esse fundamento será mais à frente questionado.

³⁴ Paulo Otero mais à frente em seu texto faz referência à tese de Tocqueville que será apresentada aqui no tópico relativo à antítese.

³⁵ *“Por sua vez Coelho da Rocha, no ensaio sobre a história do Governo e da legislação em Portugal para servir de introdução ao Direito Pátrio – 1846 – viu os decretos de 1832 como uma reforma necessária, mas, devido à precipitação e forma, que se lhes deu, fez com que em lugar de remédio, elas viessem antes aumentar os males públicos”. É que, em vez de ter ido buscar a inspiração dentro da própria casa, se recorreu “à França e à Inglaterra, as duas nações mais ricas da Europa”. E Alexandre Herculano, não obstante a sua grande administração por Mouzinho da Silveira, considerava que o sistema de Administração Francês, que se introduziu em Portugal, foi um erro e, por isso, não admirava que ele funcionasse mal.”* In Catroga, Fernando. Natureza e História na fundamentação do municipalismo da Revolução Liberal ao Estado Novo (uma síntese). P. 10. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4980.pdf>>. Acesso em 5.4.2014.

³⁶ OTERO, Paulo. Revolução Liberal e Codificação Administrativa: *In* Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Lisboa: LEX Edições Jurídicas. 1995. p. 619.

³⁷ OTERO, Paulo. Revolução Liberal e Codificação Administrativa: *In* Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes. Lisboa: LEX Edições Jurídicas. 1995. p. 619.

³⁸ Anais do III CONGRESSO INTERNACIONAL DO CENTRO LATINO-AMERICANO DA ADMINISTRAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/Lportuguesa/relint/relatorios/CLAD/relatorios_clad1998.html>. Acesso em: 5/7/2014.

³⁹ GARCIA, Maria da Glória. *Da Justiça Administrativa em Portugal*. Sua Origem e Evolução. Lisboa: Universidade Católica Editora. 1994. P. 394.

Em trabalhos mais atuais sobre o contencioso administrativo em Portugal, Marcello Caetano verifica que: *outra característica do nosso sistema administrativo é a existência dos tribunais administrativos, que não são tribunais especiais do Poder Judicial, mas órgãos da própria Administração*. Mais à frente, o autor justifica a adoção do modelo: *se os actos administrativos fossem susceptíveis de discussão nos tribunais judiciais, teríamos o poder judicial a intervir na Administração, a condicionar os seus passos, a impor a sua interpretação da lei, reduzindo-a a uma subordinação incompatível com o poder*.⁴⁰ Tratando, agora, da garantia administrativa⁴¹, o autor explica que tal deve-se ao princípio da separação das duas funções, administrativa e judiciária.⁴²

Fica, então, a questão: qual a origem desse sistema? Será a Revolução Francesa? Lembra-se que o objetivo do trabalho aqui proposto não é discorrer sobre o contencioso administrativo em Portugal ou no Brasil, mas identificar na literatura especializada as raízes políticas ou ideológicas desse mecanismo jurídico.

d. O contencioso Administrativo no Brasil

No Brasil, durante os dois Impérios, houve o contencioso administrativo, no modelo francês. Nesse caso, tal função era decidida em última instância pelo Poder Moderador. Nesse sentido ver Constituição do Império de 1824 e Regimento n. 124, de 5 de fevereiro de 1842.⁴³

A partir da Constituição de 1889, segue-se o sistema Inglês e não o Francês sobre o contencioso administrativo – o chamado sistema da unidade de jurisdição, também conhecido como sistema de monopólio da jurisdição. É um sistema próximo daquele classificado como radical, por José Frederico Laranjo em linhas acima. Nesse sistema, apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade. Mesmo as raríssimas exceções previstas na Constituição brasileira de 1988⁴⁴, conferindo essa função ao congresso nacional, não servem para desfigurar o monopólio da jurisdição pelo Judiciário. O fundamento do sistema da unidade de jurisdição no Brasil possui sede constitucional, no inciso XXXV, do art. 5, da Constituição em referência.⁴⁵

Segundo Ana Rita Antunes, a primeira consagração do modelo administrativo característico de um Estado Social de Direito ocorreu em 1891, com a adoção do sistema de jurisdição única, segundo o qual todos os litígios, independentemente da parte envolvida (demonstração do passo dado no sentido da igualdade de fato), seriam resolvidos perante o poder Judi-

⁴⁰ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. 2010. P. 38.

⁴¹ (...) *consiste no privilégio, excepcionalmente concedido pela lei a determinadas hierarquias ou categorias de agentes administrativos, de as acções criminais nascidas de factos praticados no exercício das suas funções e com elas relacionados não poderem prosseguir contra eles sem prévia autorização do Governo*. In CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. 2010. P. 38.

⁴² CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. 2010. P. 36, 37 e 39.

⁴³ Para um maior aprofundamento da História do Direito Administrativo no Brasil, ver: De Paula, Edylcéia Nogueira, em artigo intitulado O Contencioso Administrativo. Disponível na Biblioteca do Senado Federal Brasileiro, em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181131/000365783.pdf?sequence=3>. Acesso: 1/7/2014.

⁴⁴ O sistema de jurisdição desportiva e o habeas data servem de exemplos às essas exceções.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2012. P. 1003/1004

ciário. Assim, as causas que envolvessem diretamente atos da Administração seriam da responsabilidade das instâncias do Poder Judiciário. Não há, portanto, espaço para falar-se em contencioso administrativo no Brasil, nos mesmos moldes em que ele se desenvolve em França, não sendo, contudo, de considerar que há uma impossibilidade de conjugação entre “contencioso administrativo e jurisdição una”.⁴⁶

2 A ANTÍTESE – O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E A SUA ORIGEM NO REGIME ABSOLUTISTA FRANCÊS (O ANTIGO REGIME)

Alexis de Tocqueville (1805 a 1859)⁴⁷, comentando o regime absolutista francês, diz que não havia país europeu em que os tribunais comuns dependessem menos do governo do que na França, mas, também, não havia quase nenhum em que os tribunais de exceção estivessem mais em uso. Como o rei não exercia quase nenhum poder sobre os juízos, já que não podia demiti-los ou transferi-los, sonegava-lhes o conhecimento dos assuntos que envolviam diretamente seu poder, criando, para seu uso particular, ao lado dos magistrados comuns, uma espécie de tribunal mais independente, que apresentasse a seus súditos alguma aparência de justiça sem fazê-lo temer por suas decisões.⁴⁸

Uma das teses que Tocqueville desenvolve em uma de suas obras – O Antigo Regime – é de que a origem do contencioso administrativo é a estratégia do rei francês absolutista descrita no parágrafo anterior. Tese essa cujos principais argumentos serão expostos na sequência.

Alguns exemplos de éditos franceses da época absolutista ilustram a transferência das lides envolvendo a Administração e particulares (súditos) para os chamados intendentés e conselhos, órgãos vinculados diretamente ao monarca e afastando-as do conhecimento das cortes e dos juízes. Segue trecho de um édito, transcrito por Tocqueville, em sua obra referida, que ilustra bem esse estratagema:

(...) Ordena ademais Sua Majestade que todas as contestações que puderem surgir quanto à execução do presente decreto, circunstâncias e dependências, sejam apresentadas ao intendente para serem julgadas por ele, salvo recurso ao Conselho. Proibimos nossas Cortes e Tribunais de tomarem conhecimento delas.⁴⁹

⁴⁶ Disponível em: <http://psicanalise-do-contencioso.blogspot.pt/2010/10/sistema-do-contencioso-administrativo.html>

⁴⁷ Dois autores abordaram no século XIX, do ângulo do pensamento social, a problemática da pobreza: Karl Marx (1818-1883) e Alexis de Tocqueville (1805-1859). Ao passo que o primeiro elaborou o arquétipo interpretativo socialista (banindo a livre iniciativa e apregoando o fim do capitalismo), o segundo construiu o arquétipo liberal (alicerçado na livre iniciativa e pressupondo consequentemente o capitalismo). Alexis de Tocqueville recebeu forte influência de Benjamin Constant de Rebecque e de Guizot. Vivenciou parte da Revolução Francesa, deixando registrada sua experiência em Lembranças de 1848. In Ricardo Velez Rodrigues. O PENSAMENTO DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1805-1859) EM FACE DA POBREZA: UMA ABORDAGEM LIBERAL. Disponível em <<http://pensadordelamanha.blogspot.pt/2011/05/o-pensamento-de-alexis-de-tocqueville.html>>. Acesso em 19.4.2014.

⁴⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes. 2009. P. 61.

⁴⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes. 2009. P. 64.

Relata, ainda, que na época a maioria das questões litigiosas sobre impostos, controle e transporte de mercadorias, dos veículos de uso público, relativas à navegação fluvial, dentre outras, se resolvia perante essa estrutura paralela formada pelo intendente do Rei e pelos Conselhos (uma estrutura Administrativa). As justificativas para a existência dessa estrutura paralela são pragmáticas. Enquanto o juiz comum está subordinado a regras fixas, o conselho pode derogar tais regras com um objetivo útil (essas informações são apresentadas por Tocqueville e oriundas de documentos da época). Ainda, encontra-se na obra o Antigo Regime e a Revolução algumas citações ou reproduções de documentos da época em que a autoridade real retira da justiça comum o conhecimento de lides de natureza comum, mas que envolviam partes consideradas estratégicas segundo o regime absolutista. Sobre esse movimento, Tocqueville, adverte: *a intervenção da justiça na administração prejudica apenas os negócios ao passo que a intervenção da administração na justiça deprava os homens e tende a torná-los simultaneamente revolucionários e servis.*⁵⁰ Lembra-se que Tocqueville está preocupado em investigar traços institucionais do Antigo Regime que foram preservados pela Revolução.

Tocqueville relata que em pelo menos uma das dez constituições perpétuas editadas no antigo regime francês, encontra-se uma norma que expressamente diz que nenhum agente da administração pode ser processado perante os tribunais comuns sem que a ação judicial tenha sido expressamente autorizada pela Administração real. A partir disso critica os autores administrativistas que costumam classificar como uma das grandes conquistas de 1789 o privilégio que tal prescrição concede aos ideários liberais. Mas, adverte o autor (que foi político – deputado de 1839 a 1951 - também, em um dos períodos revolucionários): *mas nisso se enganam igualmente, pois a monarquia (absolutista) não tinha menos cuidado do que hoje em poupar os funcionários do dissabor de terem de confiar-se à justiça como simples cidadãos.*⁵¹ E mais à frente distingue: *antes da Revolução, o governo só podia acobertar seus agentes recorrendo a medidas ilegais e arbitrárias, ao passo que depois ele pôde legalmente deixá-los violar as leis.*⁵²

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procura-se concluir esse trabalho lembrando a metodologia proposta por Hobsbawm, segundo a qual: *seu leitor ideal seria aquele construtor teórico, aquele cidadão culto e inteligente, que não tem uma simples curiosidade sobre o passado, mas que deseja compreender como e porque o mundo veio a ser o que é hoje, e para onde se dirige.*⁵³ Busca-se demonstrar a importância do estudo e do método histórico (uma reconstrução em retrospectiva do passado) para compreender as instituições de maneira ampla e as do Direito em específico. Explica-se: ao estudar o contencioso administrativo português por meio dos clássicos da época,

⁵⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes. 2009. P. 64.

⁵¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes. 2009. P. 64.

⁵² TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes. 2009. P. 64.

⁵³ HOBBSAWM, Eric. J. *A Era das Revoluções – 1789 – 1848*. São Paulo: Paz e Terra. 2012. P. 15.

impregnados de uma metodologia dogmática que buscava construir teorias sobre a normatividade do Direito a partir de um encadeamento de conceitos (ou de uma rede de conceitos em uma linguagem mais atual), pode-se chegar a uma conclusão que o modelo de contencioso administrativo em Portugal deriva de um conceito mais abstrato e liberal, que é o da separação dos poderes (funções do Estado). No entanto, quando as origens históricas, os documentos de época são buscados, ainda que por intermédio da literatura histórica ou sociológica, desvenda-se que tal sistema jurídico é muito mais teleológico, muito mais pragmático do que, do contrário, poder-se-ia imaginar.

Ficou, na antítese, demonstrado que o contencioso administrativo francês foi uma estratégia do absolutismo monárquico que vigorou naquele país, e como tal (uma estratégia) decorre de uma lógica finalística, típica da política, exterior, portanto (ao menos para a maioria do pensamento jurídico), ao próprio sistema do Direito. Por exemplo, quando José Frederico Laranjo classifica e analisa os modelos do contencioso administrativo, ele, o autor, está muito mais preocupado em saber em que medida tais modelos encaixam em um conceito mais elevado e mais abstrato, o de separação de poderes. É essa análise derivativa e conceitual que marca a lógica do Direito na época em que a sistematização de José Frederico Laranjo foi realizada (século XIX). Ao passo que a análise da história e da sociologia feita por Tocqueville desvenda a lógica finalística, de “meio-fins” do contencioso administrativo francês, que inspirou o modelo português. Quando o monarca absolutista francês arquiteta um mecanismo que conduz as causas de relevo para o Estado para o intendente e para o Conselho – órgãos dependentes de seu poder – ele, o monarca, está construindo um sistema que lhe é útil, útil aos fins que pretende, que é o de governar sem a interferência de estruturas independentes. Ele, o monarca, não está preocupado em derivar tal mecanismo de um sistema conceitual, mas sim com a utilidade, que é sempre pragmática, desse mecanismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Júlio de. *Colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos*. 5. Ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina. 2011.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina. 2010

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

_____. *O Contencioso Administrativo no Brasil* (Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, n.8, 1979).

CATROGA, Fernando. *Natureza e História na fundamentação do municipalismo da Revolução Liberal ao Estado Novo* (uma síntese). Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4980.pdf>. Acesso em 5.4.2014.

DE PAULA, Edylcéia Nogueira. *O Contencioso Administrativo*. Disponível na Biblioteca do Senado Federal Brasileiro, em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181131/000365783.pdf?sequence=3>. Acesso: 1/7/2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 1993.

GARCIA, Maria da Glória. *Da Justiça Administrativa em Portugal*. Sua Origem e Evolução. Lisboa: Universidade Católica Editora . 1994.

HOBBSAWM, Eric. J. *A Era das Revoluções – 1789 – 1848*. São Paulo: Paz e Terra. 2012.

LARANJO, José Frederico. *Princípios e Instituições de Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1888.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

MACHADO, Jónatas E. M. *Breves Considerações em torno do âmbito da Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *História da Administração Pública*, Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e os Métodos de Ensino. Coimbra: Editora Coimbra. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1993.

MOREIRA, Fernando Azevedo. *Anais do III CONGRESSO INTERNACIONAL DO CENTRO LATINO-AMERICANO DA ADMINISTRAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO*. Disponível em: http://www.stadministrativo.pt/Lportuguesa/relint/relatorios/CLAD/relatorios_clad1998.html. Acesso em: 05 jul. 2014.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas Fundamentais. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2013.

OTERO, Paulo. *Revolução Liberal e Codificação Administrativa: In Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas. 1995.

RODRÍGUES, Ricardo – Velez. *O Liberalismo Francês: a tradição doutrinária e sua influência no Brasil*. P 33. Disponível em: http://www.cdpb.org.br/liberalismo_frances_velez.pdf. Acesso em: 2.4.2014.

_____. *O PENSAMENTO DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1805-1859) EM FACE DA POBREZA: UMA ABORDAGEM LIBERAL*. Disponível em <http://pensadordelamancha.blogspot.pt/2011/05/o-pensamento-de-alexis-de-tocqueville.html>. Acesso em 19.4.2014.

SERRA, João B. *As reformas da Administração local de 1872 a 1910*. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223032474A8iCH0wm8Fi02HS6.pdf> . Acesso em 5.4.2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*; Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.