

ISSN 2526-0464

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 3 NÚMERO 1 | JANEIRO | JUNHO 2018



MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

EQUIPE EDITORIAL

EDITORES CHEFES

Lilian Balmant Emerique

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Rachel Herdy

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSISTENTES

Karina Denari Gomes de Mattos

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Mário César da Silva Andrade

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Plínio Régis Baima de Almeida

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ranieri Lima Resende

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Samir Zaidan

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Cecília Caballero Lois

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Shecaira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITORES CONVIDADOS

Andreas Philipopoulos

University of Westminster, Reino Unido

Enrique Leff

Universidad Nacional de Mexico, México

Guilherme Cruz de Mendonça

Instituto Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Vanessa Berner

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

ASSISTENTE EDITORIAL

Rafael Monnerat

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

EDITOR DE DESIGN

Claudia Duarte

Avellar e Duarte

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti

Università de la Bicoca, Itália

Amalia Amaya

Universidad Nacional Autónoma de México, México

António Manuel Hespanha

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Armin von Bogdandy

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha

Giovanni Damele

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Jan-Michael Simon

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Javier de Lucas

Universitat de Valencia, Espanha

Jean-Marc Thouvenin

Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França

Jordi Ferrer Beltrán

Universitat de Girona, Espanha

José Ribas Vieira

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Julio Gaitán

Universidad del Rosario, Colômbia

Michael Quante

Universität Münster, Alemanha

Michele Taruffo

Università degli Studi di Pavia, Itália

Noel Struchiner

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Raffaele Di Giorgi

Università di Salento, Itália

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Centro Universitário de Brasília, Brasil

Robert Alexy

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha

Roberto Gargarella

Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

Stanley Paulson

Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte

Stephan Kirste

Universität Salzburg, Alemanha

Susan Haack

University of Miami, Estados Unidos da América do Norte

Ulrich Sieber

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha

Wilfrid Waluchow

Department of Philosophy, McMaster University, Canadá

CONTATO

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

Contato Principal

Lilian Balmant Emerique ou Ranieri Lima Resende

E-mail: tjc.ppgd.ufrj@gmail.com

Contato para Suporte Técnico

Rafael Monnerat

E-mail: rmonnerat@gmail.com

SUMÁRIO

SEÇÃO GERAL

1. PARIDADE PARTICIPATIVA NO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO: A NEGAÇÃO DE RECONHECIMENTO AOS POVOS INDÍGENAS NO CASO BELO MONTE
Paula Gabiatti Silveira 6
2. JUSTIÇA AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA COMBATER AS DESIGUALDADES E DISCRIMINAÇÕES AMBIENTAIS
Virginia Totti Guimarães 36

SEÇÃO ESPECIAL VERTENTES CONTEMPORÂNEAS DA TEORIA CRÍTICA

3. SUJEITOS DO PERFORMATIVO JURÍDICO II: UMA RELEITURA DO “POVO” NOS MARCOS DE GÊNERO E RAÇA
Camilla de Magalhães Gomes 64
4. RACIONALIDADE JURÍDICA CRÍTICO-LIBERTADORA E DIREITOS HUMANOS ANTE HORIZONTES AUTORITÁRIOS CONTEMPORÂNEOS
Eliseu Raphael Venturi 98
5. BIOLOGIA, DIREITO, PERSPECTIVA QUEER E INTERSEXUALIDADE
Fabiano de Souza Gontijo 120
6. DESOBEDIENCIA: ¿DERECHO O ESTRATEGIA? A PROPÓSITO DE LA REIVINDICACIÓN DE LA “POLÍTICA DE DESOBEDIENCIA CIVIL” EN CATALUNYA (CONVIDADO)
Javier de Lucas 140

7. TEORIA CRÍTICA E DIREITO INTERNACIONAL: UMA VISÃO PACHUKANIANA DE CHINA MIÉVILLE <i>Luiz Felipe Brandao Osorio</i>	158
8. APORTES Y DESAFÍOS PARA EL PENSAMIENTO CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>Manuel Gándara Carballido</i>	175
9. A TRAJETÓRIA DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA: HISTÓRIA, CONCEITOS E REFLEXÕES PARA PENSAR O BRASIL <i>Gianmarco Loures Ferreira e Marcos Vinícius Lustosa Queiroz</i>	201

SEÇÃO EXTRA

Resenha 10. JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH. CAMBRIDGE: HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2012 <i>Fábio Perin Shecaira</i>	230
Entrevista 11. ENTREVISTA COM ANÍBAL PÉREZ-LIÑÁN, UNIVERSITY OF NOTRE DAME <i>Karina Denari Gomes de Mattos</i>	238

PARIDADE PARTICIPATIVA NO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO: A NEGAÇÃO DE RECONHECIMENTO AOS POVOS INDÍGENAS NO CASO BELO MONTE

Paula Galbiatti Silveira

Doutoranda em Direito
pela Universidade Federal
de Santa Catarina e em
Bremen Universitaet,
Alemanha, em cotutela.
Bolsista DAAD.
paulagalbiatti@hotmail.com

Recebido: fevereiro 19,
2018

Aceito: outubro 04, 2018

Participatory parity in the ecological state of law: the refusal of recognition to indigenous people in the case of Belo Monte

RESUMO

O objetivo do presente artigo é estudar a justiça ambiental como objetivo do Estado de Direito Ecológico, justiça essa incluindo o conceito de paridade participativa como elemento do reconhecimento, a partir do estudo do caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Especificamente, objetiva-se compreender a teoria do Estado de Direito Ecológico e a justiça ambiental como seu objetivo, com o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, cujo documento é a Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental. Em seguida, busca-se discutir o conceito de justiça ambiental, a partir da teoria do reconhecimento de Honneth e de sua crítica feita por Fraser com o conceito de paridade participativa. Para tanto, utiliza-se da técnica de revisão bibliográfica, utilizando-se dos próprios termos trazidos pelos autores em citação direta. Por fim, estuda-se o caso de Belo Monte, em um relatório sucinto de como foi seu processo de construção, discussão e licenciamento ambiental, com foco no desrespeito aos povos indígenas, em um verdadeiro contexto de não-reconhecimento e de, portanto, grave injustiça ambiental por negativa de paridade participativa.

Palavras-chave: Estado de Direito Ecológico; justiça ambiental; teoria do reconhecimento; paridade participativa; UHE Belo Monte.

Abstract

The aim of this article is to study the environmental justice as an objective of the Ecological State of Law, including the concept of participatory parity as an element of recognition, based on the case study of the Belo Monte hydropower plant. Specifically, the objective is to understand the theory of the Ecological State of Law and environmental justice as its objective, with the deductive method and the bibliographical and documentary research technique, whose document is the World Declaration for the State of Environmental Law. Then, it discussed the concept of environmental justice, based on the theory of recognition of Honneth and his criticism made by Fraser with the concept of participatory parity. For this, it is used the technique of bibliographical revision, using the direct citation. Finally, the case of Belo Monte is studied in a succinct report of its construction process, discussion and environmental licensing, with a focus on disrespect of indigenous peoples, in a true context of non-recognition and, therefore, serious environmental injustice due to negative parity.

Keywords: Environmental State of Law; environmental justice; recognition theory; participatory parity; Belo Monte hydropower plant..

INTRODUÇÃO

O agravamento da crise ambiental, com os efeitos das mudanças climáticas e a Era do Antropoceno, justifica o aprofundamento do estudo acerca dos objetivos do Estado de Direito na contemporaneidade, especialmente na proteção ambiental e das bases naturais da vida, preservando a integridade ecológica da Terra.

Por conseguinte, discute-se a teoria do Estado de Direito Ecológico, como aquele que objetiva o equilíbrio ecológico, buscando não somente a garantia dos direitos humanos, mas também dos direitos próprios da natureza. Isso porque os riscos ambientais atingem a todos, mas não da mesma forma, impondo mecanismos estatais de correção das injustiças.

Neste contexto, elaborou-se a Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental (cujos fundamentos e princípios coadunam-se com a teoria do Estado de Direito Ecológico), colocando como objetivo primordial a concretização da justiça ambiental, entendida não somente como redistribuição equitativa dos bens e riscos ambientais, mas também como reconhecimento.

Contudo, alguns indivíduos, grupos ou comunidades permanecem à margem da discussão, por lhes ser negado reconhecimento de suas

lutas por justiça ambiental. Entre esses grupos, os povos indígenas são especialmente vulneráveis, seja pelo histórico de dizimação e dominação, seja por terem suas terras e suas culturas novamente sob risco de desaparecimento a partir da expansão agrícola e energética na Amazônia.

Este é o problema que justifica a investigação pelo presente artigo, com o objetivo de discutir a justiça ambiental como objetivo do Estado de Direito Ecológico, justiça essa incluindo o conceito de paridade participativa como elemento do reconhecimento, a partir do estudo do caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Especificamente, objetiva-se compreender a teoria do Estado de Direito Ecológico e a justiça ambiental como seu objetivo, com o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, cujo documento é a Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental. Em seguida, busca-se discutir o conceito de justiça ambiental, a partir da teoria do reconhecimento de Honneth e de sua crítica feita por Fraser com o conceito de paridade participativa, utilizado no presente artigo, por representar uma teoria da moralidade e que coloca a correção das injustiças e o reconhecimento a nível institucional e não meramente intersubjetivo. Para tanto, utiliza-se da técnica de revisão bibliográfica, utilizando-se dos próprios termos trazidos pelos autores em citação direta.

Por fim, estuda-se o caso de Belo Monte, em um relatório sucinto de como foi seu processo de construção, discussão e licenciamento ambiental, com foco no desrespeito aos povos indígenas, em um verdadeiro contexto de não-reconhecimento e de, portanto, grave injustiça ambiental por negativa de paridade participativa.

1. A JUSTIÇA AMBIENTAL COMO OBJETIVO DO ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO

A discussão sobre o Estado Ambiental não é recente, com início na Alemanha, na década de 1980, formulado conforme o Estado de Direito e o Estado Social, com a introdução dos objetivos estatais do artigo 20a da Lei Fundamental alemã¹. O conceito foi, contudo,

¹No original: “Art 20a Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

consolidado e ampliado interdisciplinarmente por Kloefer, em sua obra “Umweltstaat” [Estado Ambiental], de 1989, publicado a partir de discussões sobre interação entre humano, meio ambiente e técnica².

Kloefer³ afirma que o termo Estado Ambiental deve servir como um conjunto de descrições para perguntas diferentes, que se dedicam àquele que faz da integridade do meio ambiente um critério e objetivo de suas decisões. Reflete-se, nas discussões acerca do Estado Ambiental, sobre as consequências políticas, econômicas e jurídicas de uma identificação do Estado com os objetivos da proteção do meio ambiente, havendo assim uma modificação na estrutura democrática, estatal, jurídica e econômica, que deve impulsionar mudanças também nos instrumentos estatais de proteção do meio ambiente.

Kloefer⁴ afirma que a proteção ao meio ambiente ganha cada vez maior relevância, não somente no âmbito estatal alemão, mas em todos os segmentos da sociedade, o que se deve a uma conscientização ambiental crescente, devido à ação informativa do Estado alemão, refletindo-se no engajamento dos cidadãos e em sua motivação para proteção do meio ambiente. Isso leva a que a sociedade espere uma crescente ação do Estado nessa esfera, para que atue de modo a implementar medidas que assegurem de forma duradoura as bases naturais da vida.

Independentemente de quais novos caminhos serão adotados para a proteção ambiental, Kloefer⁵ afirma que “toda ampliação da proteção do meio ambiente tem, em última análise, implicações para o sistema político e econômico do nosso Estado”. Assim, questiona: “Estaríamos, portanto, a caminho de um ‘Estado ambiental’, a caminho de uma forma de Estado que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões?”.

A relação entre Estado de Direito e Estado Ambiental foi estudada por Calliess⁶, que traz a preocupação acerca da relação de tensão entre a tarefa de proteção ambiental e as normas e princípios do Estado de Direito e da proteção das liberdades nele consagradas.

² CALLIESS, 2001, p. 30.

³ KLOEPFER, 1989, p. V-VI.

⁴ KLOEPFER, 2010, p. 41.

⁵ KLOEPFER, 2010, p. 42.

⁶ CALLIESS, 2001, p. 29.

O Estado, por meio de seu projeto constitucional, definidor dos compromissos que o vinculam a si e à própria sociedade e, por meio deles, a forma como cada bem ou valor jurídico será protegido, exerce um importante papel de concretizador e mediador.

Assim, a proteção ambiental estatal não deve ser nem demasiada nem deficiente. Como no Estado de Direito, as liberdades fundamentais asseguradas devem ser vistas como tarefas estatais de proteção ambiental multidimensional, vez que, em vista desta situação paradoxal, deve-se, em defesa de sua responsabilidade estatal para a proteção ambiental, entre medidas de limitação de liberdade e de possibilidades de liberdade, causar o equilíbrio jurídico estatal.

O Estado, por meio de seu projeto constitucional, definidor dos compromissos que o vinculam a si e à própria sociedade e, por meio deles, a forma como cada bem ou valor jurídico será protegido, exerce um importante papel de concretizador e mediador. É um aperfeiçoamento do Estado de Direito, entendido como aquele que objetiva proteger os direitos humanos, de liberdade e de igualdade, compreendendo, logo, os direitos liberais e os sociais já positivos, mas vai além, ao incorporar o meio ambiente como um de seus elementos. Além disso, atualmente, o Estado de Direito pode ser entendido em seu aspecto material como um Estado constitucional e a proteção do meio ambiente é atualmente condição de sua legitimidade⁷.

Também advindo da doutrina alemã é o conceito de Bosselmann⁸, nomeando o Estado de “Estado de Direito Ecológico” ou “Estado Eco-constitucional”. Para ele a tarefa principal do Estado é atingir o equilíbrio ecológico. Deve, assim, a sociedade industrial ser convertida em uma sociedade sustentável, não no sentido de uma prioridade da natureza sobre os homens, mas em um equilíbrio entre todos os interesses de vida.⁹

Para Bosselmann¹⁰, a tarefa do Estado é ambicionar o equilíbrio ecológico, na produção de um equilíbrio entre todos os interesses de vida, tendo como base o princípio da sustentabilidade.

Assim, o Estado de Direito em um contexto ecológico significa expandir-se para incluir responsabilidades ecológicas,

⁷ CALLIESS, 2001, p. 70-71.

⁸ Conceito apresentado inicialmente na obra BOSELTMANN, 1992.

⁹ CALLIESS, 2001, p. 32.

¹⁰ BOSELTMANN, 2013, p. 4.

especialmente no Antropoceno¹¹, que traz novas dimensões globais de responsabilidade, iniciando, como norma fundamental do Estado de Direito Ecológico, pelo respeito aos limites da Terra, ou seja, pela integridade ecológica, já presente em inúmeros documentos, dentre eles no princípio 7 da Declaração do Rio de 1992 e na Carta da Terra de 2000, a qual está nele inteiramente baseada¹².

Em razão da crescente importância sobre a discussão do Estado de Direito em um contexto ecológico é que, em abril de 2016, no Rio de Janeiro, ocorreu o 1º Congresso Mundial de Direito Ambiental da IUCN – União Internacional para Conservação da Natureza (*International Union for Conservation of Nature*)¹³, que resultou em uma declaração, nomeada Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental¹⁴ (*World Declaration on the Environmental Rule of Law*)¹⁵.

Apesar de não representar um documento formal, a Declaração é a primeira de um organismo internacional a reconhecer o assunto envolvendo Estado de Direito e proteção ambiental, possuindo uma forte conotação interpretativa e da assunção de compromissos por meio de discussões internacionais.

A Declaração está dividida em cinco partes: os considerandos, justificando a importância e a necessidade da Declaração; os fundamentos do Estado de Direito Ambiental; os princípios gerais e emergentes para promoção e alcance de uma justiça ambiental por meio do Estado de Direito Ambiental; os meios de implementação do Estado de Direito Ambiental; e o apelo à comunidade global.

¹¹ Chamada de Antropoceno, no ano 2000, termo cunhado inicialmente pelo biólogo Eugene F. Stoermer e popularizado pelo químico vencedor do Prêmio Nobel Paul Crutzen, é descrita por alguns cientistas como a nova era geológica da Terra, causada pelos impactos das atividades humanas. Cf. BOFF, Leonardo. Antropoceno. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaoforum/o-antropoceno-uma-nova-era-geologica/>. Acesso em: 20 jan. 2016. Embora os geólogos não o reconheçam formalmente, o Grupo de Trabalho do Antropoceno (*Anthropocene Working Group*) está avaliando suas evidências. WELCOME TO THE ANTHROPOCENE. Disponível em: <http://www.anthropocene.info/>. Acesso em: 18 set. 2016.

¹² BOSSELMANN, 2013, p. 4-9.

¹³ A IUCN é uma união de membros composta por governos e organizações da sociedade civil, criada em 1948, com o objetivo de prover organizações públicas, privadas e não governamentais com conhecimento e ferramentas que permitam o desenvolvimento humano juntamente com a conservação da natureza. As conferências organizadas pela IUCN culminaram na elaboração pela Organização das Nações Unidas de importantes acordos internacionais, tais como a Convenção da Diversidade Biológica. IUCN. About IUCN. Disponível em: <https://www.iucn.org/secretariat/about>. Acesso em: 18 set. 2016.

¹⁴ IUCN. World Declaration on the Environmental Rule of Law. Disponível em: <http://iucnael2016.no/wp-content/uploads/2016/06/WORLD-DECLARATION-ON-THE-ENVIRONMENTAL-RULE-OF-LAW-Near-Final-Draft-.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017, p. 1.

¹⁵ O termo Environmental Rule of Law foi aqui traduzido livremente por “Estado de Direito Ambiental” por ser um termo já consagrado na doutrina ambientalista brasileira.

Na primeira parte, a Declaração estabelece o objetivo de construção de um Estado de Direito Ambiental como fundamento legal para a justiça ambiental, por meio da expansão de princípios substantivos e de procedimentos para proteção ambiental nos níveis nacional, regional e internacional. Percebe-se como preocupação principal da Declaração a construção da justiça ambiental ao incentivar também o estabelecimento de um Instituto Global de Justiça para o Meio Ambiente.

Enfatiza a Declaração¹⁶ que a humanidade existe dentro da natureza e que todas as formas de vida e sua integridade dependem da biosfera e da interdependência dos sistemas ecológicos, motivo pelo qual há a preocupação profunda com os estresses causados pelas ações humanas sobre a Terra, que causam degradação ambiental sem precedentes.

A Declaração¹⁷ reconhece ainda a relação intrínseca entre os direitos humanos e a conservação e a proteção do ambiente e a importância fundamental da integridade ecológica para alcançar bem-estar humano e lutar contra a pobreza. Reconhece também a contribuição dos princípios de direito ambiental para o desenvolvimento de instrumentos legais e de políticas para conservação da natureza em todos os níveis, baseados no respeito pelos direitos das presentes e futuras gerações.

A Declaração¹⁸, logo, incentiva a evolução desses princípios, encorajando o reconhecimento de novos princípios e de instrumentos jurídicos inovadores, reconhecendo as lacunas na proteção ambiental, a ineficácia da legislação e o papel essencial dos tribunais na construção de um Estado de Direito Ambiental.

Importante, para os fins do presente artigo, salientar também que a Declaração¹⁹ respeita a importância do conhecimento e da cultura indígenas e de sua contribuição para a sustentabilidade.

Portanto, afirma a Declaração²⁰ que o Estado de Direito Ambiental precisa de instituições fortes para responder às pressões e ameaças

¹⁶ IUCN, 2016, p. 1.

¹⁷ IUCN, 2016, p. 1.

¹⁸ IUCN, 2016, p. 1.

¹⁹ IUCN, 2016, p. 1.

²⁰ IUCN, 2016, p. 2.

humanas na integridade ecológica do planeta, devendo atuar como um fundamento legal para alcance da justiça ambiental, da integridade ecológica global e de um futuro sustentável.

Acerca dos fundamentos do Estado de Direito Ambiental, a Declaração²¹ afirma que o Estado é entendido como a aplicação do Estado de Direito nos níveis nacional, regional e internacional no contexto ambiental, cujo fortalecimento é chave para alcançar o maior nível possível de conservação e proteção ambiental.

Para tanto, a Declaração²² traz alguns elementos-chave, nos quais se incluem normas efetivas de acesso à informação, à participação de todos no processo de decisão e ao acesso à justiça²³, bem como a auditoria ambiental e mecanismos efetivos de responsabilidade e anticorrupção.

A terceira parte da Declaração traz expressamente os seguintes princípios para se atingir uma justiça ambiental: responsabilidade de proteção da natureza; direito a ter natureza; *in dubio pro natura*; sustentabilidade ecológica e resiliência; equidade intrageracional; equidade de gênero; participação das minorias e de grupos vulneráveis; indígenas e pessoas tribais; não regressão; e progressão.

Para este estudo, importante ressaltar os princípios 8 e 9, que afirmam, respectivamente, sobre a participação e inclusão de minorias e grupos vulneráveis, aos quais deve ser dado acesso à informação, participação aberta e inclusiva no processo de decisão e acesso à justiça; e também o direito dos povos indígenas e tribais a suas terras tradicionalmente ocupadas, cujo uso deve ocorrer com consentimento livre e previamente informado.

A quarta parte da Declaração, que traz os mecanismos para implementação do Estado de Direito Ambiental, incluem medidas anticorrupção; educação jurídica ambiental; capacitação, especialmente mulheres, meninas e lideranças de comunidades tradicionais e povos indígenas, focando na troca de conhecimento; conexão entre crimes ambientais e a lavagem de dinheiro, dentre outros.

²¹ IUCN, 2016, p. 2.

²² IUCN, 2016, p. 2.

²³ A Convenção de Aarhus de 1998 ou Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente, foi a primeira a tratar do tema. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:l28056>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

O direito socioambiental tem a percepção de que as políticas públicas ambientais devem incluir as comunidades locais e os povos indígenas na proteção e na gestão ambiental.

Ressalta-se, portanto, a importância da participação de todos na proteção do meio ambiente e, especialmente importante para o contexto brasileiro, dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, preservando seus direitos de ocupação tradicional das terras.

Esses fundamentos se coadunam com o movimento socioambientalista no Brasil, que nasceu na metade dos anos 1980, juntamente com a redemocratização do país, pela articulação entre movimentos sociais e ambientalistas. O socioambientalismo está “baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais”²⁴.

O direito socioambiental tem a percepção de que as políticas públicas ambientais devem incluir as comunidades locais e os povos indígenas na proteção e na gestão ambiental. A importância da participação na proteção ambiental é decorrência do princípio democrático e está intrinsecamente relacionada com a problemática da justiça ambiental, movimento que critica o modelo desenvolvimentista brasileiro²⁵.

Conforme observado, o conceito de Estado de Direito Ecológico, cunhado inicialmente por Bosselmann, coaduna-se com o de Kloepfer e o de Calliess e com a Declaração Mundial para o Estado de Direito Ambiental, ao propor como objetivo fundamental a integridade ecológica. Para tanto, a Declaração tem como foco a efetividade da justiça ambiental, por meio da proteção do meio ambiente, da garantia do equilíbrio ecossistêmico e da participação de todos nos processos de decisão.

A justiça ambiental e o Estado de Direito Ecológico estão, logo, interligados e correspondem, a partir da pesquisa bibliográfica e documental apresentada, um dos principais desafios do direito ambiental na atualidade.

²⁴ SANTILLI, 2005, p. 15.

²⁵ ACSELRAD, 2009, p. 39-42.

A injustiça ambiental é um fenômeno de imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, políticos e informacionais.

2. RECONHECIMENTO E PARIDADE PARTICIPATIVA COMO ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL

Desde Beck²⁶, sabe-se que a sociedade é reflexiva, pois produz riscos que levam a sua autodestruição e que todos estão sujeitos a esses riscos, inclusive aqueles que os criam, em um efeito bumerangue.

Contudo, apesar de todos estarem abstratamente sujeitos aos riscos, de fato os efeitos dos danos ambientais atingem indivíduos, grupos ou países de forma desigual, em razão de que são as comunidades vulneráveis que vivem em áreas de risco; encostas de morros; próximas a áreas industriais; não têm acesso a saneamento básico; trabalham em condições insalubres e perigosas; e possuem menor articulação e força para reivindicar seu direito por justiça ambiental.

A injustiça ambiental é um fenômeno de imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, políticos e informacionais. Assim, a noção de justiça ambiental implica o direito a um meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos²⁷.

O Movimento de Justiça Ambiental teve sua origem nos Estados Unidos da América, nos anos 1980, ao denunciar que os depósitos de lixo tóxico e de indústrias poluentes concentravam-se nas áreas habitadas pela população negra. Entretanto, nos anos 1960, já havia movimentos contra condições inadequadas de saneamento, contaminação química de locais de moradia e trabalho e disposição indevida de lixo tóxico e perigoso – equidade geográfica – configuração espacial e locacional de comunidades próximas à contaminação ambiental²⁸.

Nessa mesma época, análises sobre a distribuição dos riscos ambientais concluíram que os impactos dos acidentes ambientais estão distribuídos de forma desigual por raça e por renda, ou seja, áreas de concentração de minorias raciais têm uma probabilidade desproporcionalmente maior de sofrer com riscos e acidentes ambientais²⁹.

²⁶ BECK, 2011.

²⁷ ACSELRAD, 2009, p. 9-17.

²⁸ ACSELRAD, 2009, p. 17.

²⁹ ACSELRAD, 2009, p. 18.

O Movimento de Justiça Ambiental “elevou a ‘justiça ambiental’ à condição de questão central na luta pelos direitos civis”, ao mesmo tempo em que ele “induziu a incorporação da desigualdade ambiental na agenda do movimento ambientalista tradicional”³⁰.

No Brasil, foi criada a Rede Brasileira de Justiça Ambiental após o Seminário Internacional Justiça Ambiental e Cidadania, em 2001, que definiu injustiça ambiental como “o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis”.

A Rede Brasileira ressalta que ainda há pouca pesquisa e indicadores acerca da desigualdade ambiental no Brasil³¹. Contudo, nota-se que a questão da justiça ambiental relaciona-se com a vulnerabilidade econômica e social de alguns grupos que, por não possuírem recursos ou porque suas demandas não recebem o reconhecimento necessário, estão sujeitos de forma mais acentuada aos riscos e efeitos da degradação ambiental.

A justiça ambiental relaciona-se com o socioambientalismo brasileiro a partir das injustiças denunciadas pela Rede, pela inefetividade dos direitos e deveres socioambientais presentes na Constituição Federal de 1988. Uma das causas trazidas por Rammê e Zalazar³² é a “invisibilidade de muitos dos sujeitos coletivos titulares de direitos socioambientais (comunidades indígenas, quilombolas, populações tradicionais)”.

A reivindicação dos povos indígenas por justiça ambiental evidencia a necessidade de superação da questão da justiça distributiva como o principal desafio para a busca da democracia e da igualdade na distribuição dos riscos e ônus da degradação ambiental, que acaba ignorando muitos elementos importantes para compreensão de injustiças, para construir uma compreensão a partir da luta moral impulsionada por processos de recusa por reconhecimento,

³⁰ ACSELRAD, 2009, p. 19.

³¹ ACSELRAD, 2009, p. 41.

³² RAMMÊ; ZALAZAR, 2006, p. 114-115.

As situações caracterizadas como geradoras de injustiças ambientais podem ser identificadas, geralmente, pela presença de dois fatores: um processo de degradação ambiental e um processo de exclusão social, consequente daquele.

tese defendida por Baggio³³, a partir da ampliação da concepção da justiça ambiental pela teoria do reconhecimento de Honneth.

Para Baggio³⁴, “a problemática de se tratar a questão da justiça social a partir dessa perspectiva distributiva é que os juízos sociais acabam vinculados à análise sobre o que as pessoas têm, o quanto elas têm, e como essas posses podem ser comparadas com aquilo que outras pessoas têm”, sendo necessário trabalhar a partir de conceitos como opressão e dominação. Assim, Baggio³⁵ explica que a teoria do reconhecimento de Honneth afirma que a “ausência de uma distribuição justa é indicativa de uma experiência de desrespeito que caracteriza um processo de negação dos padrões de reconhecimento”.

Nesse contexto, há um elemento comum entre as manifestações reivindicatórias ao longo da história ocidental, caracterizada pela ofensa moral da condição de existência de pessoas ou grupos e também a violação das expectativas de alcançar uma situação de reconhecimento social que se considera legítima em termos morais e que, ao ser negada, transforma-se em motor da organização popular³⁶.

Assim, as situações caracterizadas como geradoras de injustiças ambientais podem ser identificadas, geralmente, pela presença de dois fatores: um processo de degradação ambiental e um processo de exclusão social, consequente daquele³⁷.

Por isso é que se pode considerar o movimento e as reivindicações³⁸ dos povos indígenas e das comunidades tradicionais como busca não somente por uma redistribuição equitativa dos bens ambientais e dos riscos, mas seu reconhecimento como grupo importante na sociedade e que deve ter participação ativa nas decisões públicas, visando inclusão social e garantia de melhores condições de vida.

Acerca do conceito de reconhecimento para entendimento da justiça ambiental, cumpre compreender melhor a teoria de Honneth e complementá-la com o conceito de paridade participativa de

³³ BAGGIO, 2014.

³⁴ BAGGIO, 2014, p. 193.

³⁵ BAGGIO, 2014, p. 214.

³⁶ BAGGIO, 2014, p. 216.

³⁷ BAGGIO, 2014, p. 244.

³⁸ Acerca da complementação da teoria do reconhecimento de Honneth, afirmando que a ausência de reconhecimento ou o injusto moral deve suscitar revolta, vide ISER, 2013, p. 82-119.

Fraser, a partir de uma consideração moral do problema e do reconhecimento institucional ao invés do intersubjetivo.

Para Honneth³⁹, a filosofia política atual discute duas ideias de justiça: a justiça como redistribuição⁴⁰, para a qual a igualdade social seria alcançada por meio da “redistribuição das necessidades materiais para a existência dos seres humanos enquanto sujeitos livres” e a justiça como reconhecimento, que busca eliminar a degradação e o desrespeito, trazendo como condição para uma sociedade justa não mais a igualdade na distribuição de bens (igualdade econômica), mas “dignidade” e “respeito”, ou seja, “o reconhecimento da dignidade pessoal de todos os indivíduos”.

As teorias do reconhecimento teriam surgido a partir de inúmeros movimentos sociais a partir da década de 1980, como o multiculturalismo e o feminismo, apresentando, portanto, diversos sentidos⁴¹, que tornaram aparente o “significado político da experiência do desrespeito social e/ou cultural”, fazendo com que “o reconhecimento da dignidade dos indivíduos e grupos” seja “parte vital” do conceito de justiça⁴².

O reconhecimento, para Honneth⁴³, significa, a partir de Hegel, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima. Para tanto, os indivíduos lutam por reconhecimento nas esferas sociais, que levam a três padrões de reconhecimento: na família (amor), buscando amor e gerando autoconfiança; na sociedade civil (ordem legal), buscando respeito e gerando autorrespeito; e no estado (solidariedade), buscando estima e gerando autoestima. Caso as autorrealizações não se concretizem, surgem as injúrias morais: violação do corpo, no âmbito do amor; exclusão social e jurídica, no âmbito da ordem legal; e depreciação, na ordem da solidariedade.

Para Honneth⁴⁴, os “diferentes padrões de reconhecimento representam pré-requisitos intersubjetivos” para “descrever as estruturas gerais de uma vida bem-sucedida”, quer dizer, insiste que o reconhecimento ocorra na dimensão intersubjetiva, em

³⁹ Honneth (2007, p. 79).

⁴⁰ Sobre o tema, vide RAWLS, 2002 e 2003.

⁴¹ HONNETH, 2007, p. 81.

⁴² HONNETH, 2007, p. 80.

⁴³ HONNETH, 2007, p. 85-88.

⁴⁴ HONNETH, 2007, p. 88-89.

como os indivíduos relacionam-se uns com os outros, no plano da ética e não da moral⁴⁵.

Além disso, Honneth⁴⁶ reduz as questões de distribuição para somente questões de reconhecimento, entendendo as primeiras a partir das segundas⁴⁷. Em oposição, Fraser⁴⁸ entende que existem lutas por redistribuição, lutas por reconhecimento e lutas por ambos, não estando, logo, em âmbitos segregados, mas complementando o conceito de justiça⁴⁹.

Assim, Fraser⁵⁰ propõe, para combinar os dois conceitos de justiça, que se entenda o reconhecimento também no campo da moral, em uma compreensão expandida de justiça. Neste contexto, diferentemente do entendimento inicial de Honneth, afirma que o reconhecimento refere-se à identidade do grupo, e não dos indivíduos particulares.

Isso não significa adotar um modelo de identidade, no qual o reconhecimento coletivo do grupo exerce uma pressão moral nos membros para que se conformem a ele, reforçando a dominação, mas sim em entender o reconhecimento como questão de “status social”, ou seja, “o que exige reconhecimento não é a identidade específica do grupo, mas o status dos membros do grupo como parceiros plenos na interação social”⁵¹.

⁴⁵ Diferentemente da ética clássica e de alguns contemporâneos, como Peter Singer, para os quais ética e moral são sinônimos, Axel Honneth, assim como Nancy Fraser, separam os conceitos, estando a ética no plano da vida boa e a moral no plano da justiça.

⁴⁶ HONNETH, 2007.

⁴⁷ Segundo Honneth (2007, p. 92): “[...] Essa circunstância, em meu ponto de vista, demonstra que as regras de distribuição não podem ser simplesmente derivadas das relações de produção, mas devem sim ser vistas como a expressão institucional de um dispositivo sociocultural que determina qual grau de estima atividades específicas ocupam em um determinado momento. Os conflitos sobre distribuição, contanto que eles não estejam meramente preocupados apenas com a aplicação das regras institucionalizadas, são sempre lutas simbólicas pela legitimidade do dispositivo sociocultural que determina o valor das atividades, atributos e contribuições. Desta forma, as próprias lutas pela distribuição, ao contrário das hipóteses de Nancy Fraser, estão travadas em uma luta por reconhecimento”.

⁴⁸ FRASER, 2007, p. 114.

⁴⁹ Conforme Fraser (2007, p. 123-125): “A questão da redução deve ser considerada a partir de duas perspectivas diferentes. De um lado, a questão é se teorias existentes de justiça distributiva podem adequadamente incluir os problemas de reconhecimento. [...] E o que dizer, então, sobre o outro lado da questão? As teorias existentes de reconhecimento podem adequadamente incluir os problemas de distribuição? [...] Em geral, então, nem os teóricos da distribuição nem os do reconhecimento tiveram êxito até agora em incluir adequadamente os interesses do outro. Assim, em vez de endossar uma dessas concepções para a exclusão da outra, proponho desenvolver uma concepção ampliada de justiça. minha concepção trata a distribuição e o reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. sem reduzir uma perspectiva à outra, ela inclui ambas as dimensões dentro de uma estrutura mais ampla e abrangente”.

⁵⁰ FRASER, 2007, p. 115-116.

⁵¹ FRASER, 2007, p. 117.

Esse conceito é muito importante na teoria de Fraser e também para os fins deste trabalho, uma vez que o não-reconhecimento entendido como do status social dos membros do grupo não significa a depreciação da identidade (nível psicológico interindividual, em uma visão ética), mas sim “*subordinação social*”, entendida como o “impedimento de *participar como um par* na vida social”⁵².

É nesse sentido que se adota aqui a teoria do reconhecimento de Fraser, pois sua teoria foi estruturada em um conceito moral de reconhecimento, o qual ocorre a nível institucional – daí sua importância como característica de uma justiça ambiental concretizada por um Estado de Direito Ecológico – e não intersubjetivo. Logo, um membro efetivo da sociedade é aquele que é reconhecido enquanto tal por ser “capaz de participar no mesmo nível que os outros membros”⁵³.

Continua Fraser⁵⁴ afirmando que “ver o reconhecimento como uma questão de status é examinar os padrões institucionalizados de valor cultural por seus resultados na posição relativa dos agentes sociais”, enquanto “pares, capazes no mesmo nível um com o outro na vida social”, gerando “reconhecimento recíproco e igualdade de status”.

Esses “padrões institucionalizados de valor cultural” entendem alguns indivíduos como incluídos na sociedade e outros como “inferiores, excluídos, completamente diferentes ou simplesmente invisíveis” e subalternos⁵⁵. Surge, assim, o não-reconhecimento, na medida em que “as instituições estruturam a interação de acordo com as normas culturais que impedem a paridade participativa”, resultando em “negar a alguns membros da sociedade o status de parceiros plenos na interação, de capazes de participar no mesmo nível que os demais”⁵⁶.

Essa vinculação do reconhecimento à moralidade, por meio da paridade participativa como igualdade de status, leva a que se deva

⁵² FRASER, 2007, p. 117.

⁵³ FRASER, 2007, p. 117.

⁵⁴ FRASER, 2007, p. 118.

⁵⁵ O termo “Subalternos” é aqui entendido no sentido de SPIVAK (2010), para a qual subalterno é aquele que não têm voz, não pode falar. O impedimento da fala pode se dar por razões institucionais, como as que se expõem neste artigo. Salienta-se ainda que só é possível a comunicação em sociedade, com o outro, por meio de uma linguagem que gere entendimento. Não há linguagem quando se fala sozinho, ou quando o grupo social não o reconhece enquanto tal e que permita o ato de fala.

⁵⁶FRASER, 2007, p. 118.

substituir os padrões que impedem a participação e por aqueles que a favoreçam⁵⁷.

Isso porque colocar o reconhecimento vinculado à moralidade e não à ética, é recorrer a uma concepção de justiça aceita “por aqueles com concepções divergentes sobre vida boa”, como os povos ocidentais e os povos indígenas, que diferem em seu modo de vida e de entender o mundo, mas aceitando “os termos justos da interação sob as condições do pluralismo de valor”⁵⁸.

Além disso, o reconhecimento como questão de justiça “coloca o injusto nas relações sociais”⁵⁹, cujos valores são desrespeitados em razão de padrões institucionalizados de valor cultural que impedem a participação, impedimento esse resultante “de obstáculos externamente manifestos e publicamente verificáveis para a posição de algumas pessoas como membros efetivos da sociedade”⁶⁰.

Para a concretização da paridade participativa, em uma concepção ampliada de justiça, que integre redistribuição e reconhecimento, Fraser⁶¹ fala em três condições: a) econômica, evidenciada na distribuição dos recursos materiais, como condição objetiva, impossibilitando “formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade da participação”, sem a qual haveria exclusão e impedimento de voz como direito à fala; b) cultura, evidenciada nos “padrões institucionalizados de valor cultural” que “expressem respeito igual para com todos os participantes e assegurem oportunidade igual para alcançar estima social”, como condição intersubjetiva, impossibilitando que “normas institucionalizadas que sistematicamente depreciem algumas categorias de pessoas e as qualidades associadas a elas”, as quais negam o status de parceiros oprimindo-os ou não reconhecendo suas peculiaridades e; c) política, na democratização, na qual os obstáculos políticos “incluiriam procedimentos de tomada de decisão que sistematicamente marginalizam algumas pessoas mesmo na ausência de má distribuição e do não-reconhecimento”, levando a marginalização política e à exclusão.

⁵⁷FRASER, 2007, p. 118-119.

⁵⁸FRASER, 2007, p. 121.

⁵⁹FRASER, 2007, p. 121.

⁶⁰FRASER, 2007, p. 122.

⁶¹FRASER, 2007, p. 126.

Identificar a justiça ambiental não somente como redistribuição, mas também como reconhecimento incorpora a complexidade no conceito e entende como legítimas diversas manifestações de grupos que, caso assim não o fosse, permaneceriam silenciadas ou deslegitimadas socialmente.

Nesse sentido, identificar a justiça ambiental não somente como redistribuição, mas também como reconhecimento incorpora a complexidade no conceito e entende como legítimas diversas manifestações de grupos que, caso assim não o fosse, permaneceriam silenciadas ou deslegitimadas socialmente.

Além disso, o entendimento do reconhecimento no âmbito da moralidade e do critério da paridade participativa se coaduna com a busca por justiça ambiental institucionalmente no Estado de Direito Ecológico, impondo a participação livre e igualitária entre todos os membros da sociedade, incluindo efetivamente os povos indígenas, aos quais se tem negado a plena participação reiteradamente ao longo da história brasileira.

Esse reconhecimento, contudo, não pode ser ideológico, no sentido de “assumir a função de assegurar a dominação social”⁶², ao revestir o reconhecimento com traços retóricos, como “instrumento de política simbólica cuja função subjacente é enredar indivíduos ou grupos sociais à ordem social dominante por meio da sugestão de uma autoimagem positiva deles mesmos”⁶³.

Para evitar esse reconhecimento ideológico, Honneth⁶⁴ propõe que deva haver um componente material ligado ao reconhecimento, ou seja, meios materiais institucionalmente oferecidos, em um agir institucional⁶⁵, em que a promessa valorativa seja preenchida materialmente.

Compreendido o conceito de reconhecimento aqui adotado e o não-reconhecimento como negativa da igualdade de status entre os membros do grupo e que impede a participação como iguais membros de uma sociedade, passa-se a demonstrar como aos povos indígenas tem sido negado reconhecimento como pares participativos por padrões institucionalizados no Estado brasileiro, a partir do estudo do caso da Usina Hidrelétrica – UHE Belo Monte.

⁶² HONNETH, 2014, p. 2.

⁶³ HONNETH, 2014, p. 1.

⁶⁴ HONNETH, 2014, p. 15.

⁶⁵ É possível verificar o complemento da teoria pelo próprio Honneth, valorizando a dimensão institucional ao invés somente da intersubjetiva.

3. A NEGATIVA DE RECONHECIMENTO AOS POVOS INDÍGENAS NO CASO BELO MONTE

A UHE de Belo Monte, localizada no Rio Xingu, no Estado do Pará, é um caso complexo que pode ser estudado sob diversos aspectos: exemplo clássico do desenvolvimentismo na América Latina e no Brasil desde a colonização; o imenso impacto socioambiental das hidrelétricas; a Amazônia como colônia brasileira; a corrupção institucionalizada no país; a negativa de direitos e de reconhecimento aos povos indígenas; a racionalidade instrumental que o humano tem com a natureza.

De modo geral, todos esses aspectos perpassam este artigo, implícita ou explicitamente. Isso porque o Brasil e a América Latina sempre ocuparam o papel de colônia no contexto mundial desde o século XV e permanecem nele, intensificado após os regimes de esquerda subirem ao poder. O Brasil tem voltado sua economia e sua posição geopolítica para grande exportador de commodities, com baixo valor agregado e com imensos impactos socioambientais, voltando a implementar projetos da ditadura militar, como é o caso de Belo Monte.

Neste contexto, é necessário questionar para quem são esses produtos, tendo em vista que o lucro e as benesses do chamado “desenvolvimento” ou “desenvolvimentismo” restringe-se a grandes corporações e empresas transnacionais do Norte Global⁶⁶ e às elites políticas e econômicas dentro do Brasil.

Caubet⁶⁷ chama desse desenvolvimento de “desenvolvimentismo economicista” e de “crescimentismo”, por considerar apenas os “aspectos puramente produtivistas de uma ideologia que só sabe sacrificar o social e o ambiental para tentar justificar a histeria do consumo”, aqui chamado de “crescimentismo hidropolítico”.

A atualidade na América Latina demonstra um retorno do desenvolvimentismo econômico em vários países, o “novo desenvolvimentismo” ou “neodesenvolvimentismo”, no qual o Estado passa a ter um papel central e um maior ativismo econômico, ao escolher e apoiar “os setores econômicos que se tornam prioritários na destinação de investimentos e subsídios”⁶⁸.

⁶⁶ A distinção entre Norte Global e Sul Global é feita conforme Santos (2010).

⁶⁷ CAUBET, 2014a, p. 6/10.

⁶⁸ VIEIRA, 2015, p. 105.

Observa-se que o discurso do desenvolvimento que se busca estabelecer no país e em especial na região amazônica gera imensos e complexos conflitos socioambientais, com imenso impacto sobre natureza e ecossistema e sobre populações que lá habitam, como ribeirinhos, seringueiros e, especialmente, povos indígenas.

Dentro da América Latina e do Brasil, a situação na Amazônia é ainda pior, por representar a fronteira energética e agrícola do país, em razão de sua riqueza em recursos naturais e em biodiversidade e por ainda perpassar pelas mentes dos governantes o mito do vazio demográfico, que permanece desde a ditadura militar.

Para Brzezinski⁶⁹, “o cenário destas complexas relações é a Amazônia, território que é a colônia do Brasil”. Na Amazônia, houve uma modernização periférica, chamada por Loureiro⁷⁰ de “modernização às avessas”, na qual “[...] todo o esforço econômico não se volta para o bem-estar da sociedade, mas para o mercado externo, em que os governos e elites olham mais para fora do que para dentro, com o foco exclusivo no capital e não nas populações da região”, entendendo “a natureza como simples recurso para acumulação de capital” e sendo indiferente às populações locais.

Observa-se que o discurso do desenvolvimento que se busca estabelecer no país e em especial na região amazônica gera imensos e complexos conflitos socioambientais, com imenso impacto sobre natureza e ecossistema e sobre populações que lá habitam, como ribeirinhos, seringueiros e, especialmente, povos indígenas.

O caso emblemático deste discurso desenvolvimentista e colonial na Amazônia é a usina hidrelétrica de Belo Monte. Uma das consorciadas para a construção da usina, a Norte Energia, afirma, em seu sítio eletrônico, que Belo Monte levará desenvolvimento à região, propiciando melhoria das condições de vida de cerca de 5.000 famílias que residem em palafitas. Afirmam ainda que a usina foi planejada para gerar no pico 11.233,1 MW e, como energia firme média, 4.571 MW, ou seja, devido às condições hidrológicas do Rio Xingu, possui uma vazão pequena.

Afirma ainda que a energia é gerada com “baixo impacto socioambiental e com a menor área alagada possível”, o que demonstra o total descompromisso com a verdade e o respeito à população brasileira e em especial às populações direta ou indiretamente atingidas pela barragem.

⁶⁹ BRZEZINSKI, 2014a, p. 59.

⁷⁰ LOUREIRO, 2009, p. 263.

Belo Monte é considerada a terceira maior hidrelétrica do mundo e é um antigo projeto da ditadura militar, inicialmente chamada Kara-rô, da década de 1970, no contexto do II Plano Nacional de Desenvolvimento, elaborado pelo governo do general Ernesto Geisel, em um contexto de autoritarismo e de megaprojetos, que foi barrado à época devido a mobilizações da sociedade civil, de defesa dos direitos humanos e do movimento indígena⁷¹.

O projeto foi reformulado em 2004 e faz parte do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento,⁷² e tem como objetivo levar energia para empresas eletrointensivas, vinculada a concessões de mineração, em especial a empresa mineradora canadense Belo Sun⁷³.

Segundo Caubet⁷⁴, “Belo Monte foi idealizada para propiciar ingresso de dinheiro público nas maiores empreiteiras do Brasil⁷⁵”, visto que “nenhuma delas ousou assumir o projeto (e seus riscos), mas todas elas serão beneficiadas pela obra”.

Isso porque, em vista de Belo Monte não ser um bom negócio, por sua localização no coração da Amazônia e das cheias do Rio Xingu, o governo federal injetou dinheiro público nos consórcios, fazendo com que o risco do negócio fosse todo transferido para o Poder Público – e para a sociedade brasileira – enquanto as empresas privadas – e os governantes do país, conforme investigações da Lava Jato – permanecem com os lucros.

O resultado é que Belo Monte “tem justificativa eleitoreira; para levar energia para as maiores consumidoras de energia do país e não para o bem-estar da população”, enviando “dinheiro para as maiores construtoras do país, que por sua vez, financiam campanhas eleitorais”⁷⁶.

⁷¹ VIEIRA, 2015, p. 25/41.

⁷² BRZEZINSKI, 2014a, p. 19.

⁷³ CAUBET, 2014a, p. 14-16.

⁷⁴ CAUBET, 2014a, p. 23.

⁷⁵ A UHE Belo Monte foi citada diversas vezes durante as investigações decorrentes da “Operação Lava Jato”, na qual os investigados são donos das principais empreiteiras do país e consorciadas da usina, como a Camargo Corrêa, a Odebrecht e a Andrade Gutierrez. A mídia afirma que teria havido pagamento de propina entre R\$ 20 milhões nas obras da usina (BRANDT, ALONSO, 2016, p. 1) e R\$ 150 milhões. <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1758468-propina-de-belo-monte-foi-de-r-150-milhoes-diz-andrade-gutierrez.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁷⁶ BRZEZINSKI, 2014a, p. 28.

O problema da corrupção, relacionado à proteção ambiental, é, conforme Bugge⁷⁷, um dos doze problemas fundamentais do direito ambiental, afirmando que não é possível entender a destruição massiva da natureza em diversos países sem reconhecer a corrupção como uma de suas causas mais importantes, corrupção essa que se mostra de diversas formas, sendo a natureza uma vítima silenciosa e especialmente vulnerável.

Como exemplos principais de corrupção ambiental, Bugge⁷⁸ coloca grandes projetos de infraestrutura como as grandes barragens, assim como nos setores administrativos, na falta de inspeção e na implementação da legislação ambiental. Entre os problemas fundamentais estão a fraqueza, a obscuridade ou a não existência de mecanismos para tomada de decisão; a existência de instituições democráticas fracas; a falta de responsabilidade e transparência do setor público; a grande discricionariedade no setor, vulnerando a natureza na tomada de decisões.

Além dos inúmeros impactos ambientais, como riscos para a preservação da biodiversidade local; riscos à saúde e à segurança hídrica; perda de biodiversidade; seca de lençóis freáticos⁷⁹, há inúmeros impactos socioambientais, principalmente quanto aos povos indígenas, cujas terras se encontram na região e muitas delas não foram consideradas como diretamente afetadas (Terra Indígena⁸⁰ Juruna do Paquiçamba e Arara da Volta Grande), bem como grupos Juruna, Arara, Xipaya, Kuruaya e Kayapó, que tradicionalmente vivem às margens do Rio Xingu⁸¹.

A Constituição Federal brasileira de 1988 afirma que aos povos indígenas devem ser reconhecidas sua organização social, seus

⁷⁷ BUGGE, 2013, p. 20.

⁷⁸ BUGGE, 2013, p. 20-21.

⁷⁹ SANTOS; HERNANDEZ, 2009.

⁸⁰ No Brasil, existem 38 Terras Indígenas – TI delimitadas, 72 declaradas, 17 homologadas e 435 regularizadas, totalizando 114. Em estudo, existem 114 TIs e 6 estão com portaria de interdição (FUNAI, 2017, p. 1). Atualmente, a demarcação das terras é de competência do Executivo, contudo, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215/2000 busca transferir do Executivo para o Legislativo. A PEC é encarada pelos povos indígenas e por parte da comunidade em geral como uma ameaça aos direitos indígenas. Confrontos são frequentes, como o que aconteceu no dia 25 de abril de 2017, em Brasília, e entram em conflito com a Polícia Militar. É possível ver nas fotos policiais com armas de fogo e indígenas com arco e flecha. Sobre a revolta, para utilizar o conceito de Iser (2013), vide: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/indios-fazem-manifestacao-em-brasilia-e-fecham-esplanada-houve-confronto-com-pm.ghtml>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

⁸¹ SANTOS; HERNANDEZ, 2009, p. 11.

costumes, suas línguas, suas crenças e suas tradições, bem como os direitos originários sobre suas terras, inalienáveis, indisponíveis e com direitos imprescritíveis, com um título específico para sua proteção, nos artigos 231 e 232. Conforme a Constituição, o aproveitamento de recursos hídricos, inclusive para potencial energético, deve ser feito após autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas.

Além da normativa constitucional, conforme a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, os povos indígenas possuem o direito de consulta prévia, para medidas administrativas e legislativas que possam afetá-los, conforme art. 6º, 1, a.

Ademais, o licenciamento ambiental de empreendimentos que envolvem Terras Indígenas e sua área de influência exige o chamado ECI – Estudo de Componente Indígena, previsto nas Portarias Interministeriais nº 418 e nº 419 de 2011.

Neste contexto, para a UHE Belo Monte, os povos indígenas deveriam ter sido consultados previamente e de forma livre e informada, como participantes da comunidade brasileira, cujos direitos são institucionalizados pelo Estado, com a finalidade de atribuir-lhes paridade participativa. Contudo, essa consulta prévia, livre e informada, não foi realizada, apesar de a FUNAI – Fundação Nacional do Índio ter atestado sua ocorrência.

A realização de audiências públicas é condicionante para a discussão do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA, no âmbito do licenciamento da usina hidrelétrica, conforme estabelece o artigo 225, da Constituição Federal brasileira. “As Audiências Públicas representam o único momento de escrutínio social previsto em lei de projetos de construção com grande impacto socioambiental”⁸².

Em Belo Monte, pode-se afirmar que a participação dos povos indígenas nas audiências foi negada, em vista do acesso obstruído às informações sobre a usina; de que as audiências foram utilizadas para fazer propaganda da usina; a impossibilidade de negociação; a queima de etapas do licenciamento ambiental (etapas que seriam licença prévia, licença de instalação e licença de operação); ausência

⁸² LEROY, et. al., 2009, p. 206.

de monitoramento do processo; desrespeito aos prazos e à disponibilidade prévia de estudos para análise pelos interessados; negativa de ouvir os presentes nas audiências; impedimento de entrada de interessados; dentre outros⁸³.

Em razão da não realização das consultas em Belo Monte e, portanto, da não observância da Convenção 169, da OIT, o Brasil, em 2011, foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH –, por pedido de organizações da sociedade civil de medida cautelar em nome das comunidades indígenas Arara da Volta Grande e Juruna do Km 17, e comunidades ribeirinhas do Arroz Cru e Ramal das Penas⁸⁴.

A Comissão deferiu a medida liminar, requerendo a paralisação das obras, fazendo com que o Brasil, “pela primeira vez desde a redemocratização, promovesse a desqualificação pública de um organismo de direitos humanos no plano interno”, promovendo uma campanha de desmoralização e boicote⁸⁵.

Neste contexto, a CIDH voltou atrás em sua decisão. A atitude do governo brasileira expõe, para Vieira⁸⁶, “a covardia de um governo que, sabendo das ilegalidades e arbitrariedades cometidas no processo de licenciamento e construção de Belo Monte, evita ser novamente repreendido publicamente pela CIDH”.

Ainda no sentido de garantir a qualquer custo a continuidade das obras e reprimir os protestos realizados pela população e pelos povos indígenas, o governo federal autorizou, em março de 2013, o envio da Força Nacional de Segurança Pública para Belo Monte⁸⁷.

Desta forma, Belo Monte acentua a discussão acerca do pluralismo jurídico, tendo em vista que os povos indígenas estão sujeitos a leis ocidentais, mas não são entendidos como sujeitos de direito por elas, diante do descaso e do desrespeito a seus direitos perpetrados continuamente pelo Estado brasileiro⁸⁸.

⁸³ SANTOS; HERNANDEZ, 2009.

⁸⁴ VIEIRA, 2015, p. 175.

⁸⁵ VIEIRA, 2015, p. 173.

⁸⁶ VIEIRA, 2015, p. 191.

⁸⁷ BRZEZINSKI, 2014b, p. 80.

⁸⁸ CAUBET, 2014b, p. 43.

O Brasil utiliza como discurso para construir a usina de Belo Monte a necessidade de desenvolvimento do país e o risco de apagão energético. Contudo, o conceito de desenvolvimento expressado é aquele crescimentista, baseado unicamente na exploração da natureza e no desrespeito aos direitos humanos.

Para Caubet⁸⁹, a situação indígena no Brasil deve ser classificada como genocídio, tendo em vista que “o sistema político brasileiro, por meio de seus partícipes oficializados, desqualifica as modalidades de participação requeridas pelos ‘povos indígenas’, por mais que dito sistema oficialize formalmente diversas possibilidades de ‘participação’”.

Neste contexto, Vieira⁹⁰ classifica Belo Monte como “um laboratório do ‘não-direito’, do primado da força física e política – a serviço dos interesses econômicos – sobre as normas jurídicas”. Afirma ainda que se verifica no governo brasileiro um estado de exceção (conforme Agamben)⁹¹.

O Brasil utiliza como discurso para construir a usina de Belo Monte a necessidade de desenvolvimento do país e o risco de apagão energético. Contudo, o conceito de desenvolvimento expressado é aquele crescimentista, baseado unicamente na exploração da natureza e no desrespeito aos direitos humanos. Ainda, conforme exposto, os motivos que envolvem a construção de um megaempreendimento como as hidrelétricas são eleitoreiros e meramente econômicos.

Conforme informações do Ministério Público Federal do Pará, existem (atualizado em 2016) 25 (vinte e cinco) processos referentes à UHE Belo Monte. Recentemente⁹², o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) suspendeu a licença de operação da usina, concedida em 2015 pelo IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, em razão de a Norte Energia, responsável pela operação da usina, não ter realizado obras de saneamento básico na cidade de Altamira, uma das condicionantes do empreendimento.

A partir do relato sucinto acerca do processo de implementação da usina de Belo Monte, é possível afirmar a negativa de reconhecimento aos povos indígenas, gerando uma grave situação de injustiça ambiental, em razão de que valores institucionalizados pelo Estado brasileiro desrespeitou direitos previstos na própria Constituição Federal, bem como em convenções internacionais que o Brasil faz parte.

⁸⁹ CAUBET, 2014b, p. 52.

⁹⁰ VIEIRA, 2015, p. 143.

⁹¹ VIEIRA, 2015, p. 218.

⁹² Sobre Belo Monte na contemporaneidade, vide o documentário Belo Monte: depois da inundação. Disponível em: <<http://www.belomonteaftertheflood.com/>>.

A negativa de reconhecimento pela não paridade participativa dos povos indígenas⁹³ no caso Belo Monte é paradigmática. Conforme visto, Fraser fala em condições econômicas, culturais e políticas, sendo que as três estão presentes na UHE Belo Monte para consideração do caso como de injustiça ambiental e de lutas legítimas por reconhecimento.

Por fim, necessário ainda salientar que já existem experiências de paridade participativa de povos indígenas, como as recentes constituições do Equador de 2008⁹⁴ e da Bolívia de 2009⁹⁵.

As constituições latino-americanas da Bolívia e do Equador possuem uma história e uma marca diferentes, distanciando-se das constituições construídas a partir da forte marca do capitalismo, ao promoverem constitucionalmente o reconhecimento de valores transversais inspirados na cultura dos povos ancestrais andinos. Estas constituições estão em um processo de construção, que vem ocorrendo por meio de princípios muito próprios e que procuram efetivar uma ruptura profunda com a epistemologia então reinante, ao estabelecerem como marco a retomada do ideal de bem viver e a consideração da natureza como sujeito de direito^{96 97}.

O constitucionalismo latino-americano⁹⁸, como ficou conhecido, lida com premissas diversas daquelas ocidentais tradicionais, podendo contribuir para uma cultura jurídica que considere valores plurais e que seja capaz de fortalecer a busca por uma ideia de integridade, que consiste na proteção da vida em todos os seus aspectos e para

⁹³ É possível verificar algumas de suas reivindicações por justiça ambiental, vinculando-a à participação e ao reconhecimento na Carta Política do VI Encontro Nacional da Rede Brasileira de Justiça Ambiental. Disponível em: <https://redejusticaambiental.files.wordpress.com/2014/09/carta-polc3adtica_rbj1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁹⁴ A Constituição do Equador pode ser consultada em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>.

⁹⁵ A Constituição da Bolívia pode ser acessada em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>.

⁹⁶ RODRIGUES, 2015, p. 11.

⁹⁷ Importante citar o recente reconhecimento pelo Tribunal Superior de Uttarakhand, estado do norte da Índia, ao rio Ganges, ao rio Yamuna e aos afluentes os títulos de seres vivos, logo após a Nova Zelândia ter reconhecido formalmente como entidade jurídica o rio Whanganui, o terceiro mais longo deste país.

⁹⁸ Para uma visão crítica, vide MANZANO, Jordi Jaria i. El “modo de vida” en las constituciones de Ecuador y Bolivia: perspectiva indígena, naturaleza y bienestar (un balance crítico). In: SOLÉ, Antoni Pigrau. (Org.). Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental: un estudio de las constituciones de Ecuador y Bolivia. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

A justiça ambiental justifica-se em razão de que os riscos ambientais atingem desigualmente indivíduos e grupos, bem como que a distribuição dos bens ambientais não é equitativa.

todos os seres⁹⁹, podendo-se afirmar que constituem, ao menos em nível institucional, o reconhecimento dos povos indígenas como pares participativas e a legitimidade de suas lutas por justiça ambiental.

CONCLUSÕES

O Estado de Direito Ecológico, como aquele que busca o equilíbrio ecológico, impõe a concretização de seus objetivos por meio de instrumentos inovadores. Neste sentido, é possível afirmar que a Declaração Mundial para o Estado de Direito Mundial coaduna-se com a teoria do Estado de Direito Ecológico, a partir de seus fundamentos e princípios expostos.

Entre os mecanismos de implementação e entre os princípios trazidos pela Declaração da IUCN, encontra-se a responsabilização estatal e o combate à corrupção, bem como a participação de grupos vulneráveis e de povos indígenas no processo de decisão sobre o meio ambiente, com o objetivo primordial de alcançar a justiça ambiental.

A justiça ambiental justifica-se em razão de que os riscos ambientais atingem desigualmente indivíduos e grupos, bem como que a distribuição dos bens ambientais não é equitativa. Contudo, entender a justiça ambiental apenas como uma redistribuição é ver uma face do problema, devendo-se incluir a discussão da justiça também como questão de reconhecimento.

A teoria do reconhecimento para a justiça ambiental deve ser aquela do status social, que impõe a “paridade participativa”, conforme Fraser, permitindo a participação de todos como membros efetivos da sociedade, a partir de mecanismos materiais impostos institucionalmente.

Por conseguinte, é possível afirmar que o Estado brasileiro nega reconhecimento aos povos indígenas em sua busca por justiça ambiental, impedindo, assim, a concretização de um Estado de Direito Ecológico, como se observou no caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

O discurso desenvolvimentista, com uma ideologia puramente crescentista, desconsiderando os impactos sociais e ambientais e a

⁹⁹ RODRIGUES, 2015, p. 11.

qualidade de vida da população e do meio ambiente, perpassa pela história latino-americana e, particularmente, a amazônica, por sua riqueza em sociobiodiversidade.

O que tem ocorrido em Belo Monte, infelizmente, não representa um caso isolado, mas a primeira de várias megaobras projetadas para a região amazônica, com a previsão de mais injustiça ambiental, que afeta primordialmente os povos indígenas, silenciando-os e não os reconhecendo como pares participativos na sociedade brasileira, pois não são ouvidos nesse processo, conforme manda a Constituição Federal brasileira e a Convenção nº 169, da OIT.

Conforme o Estado de Direito Ecológico e a justiça ambiental como redistribuição e como reconhecimento impõem, deve haver mecanismos de participação efetiva – e não ideológica – dos povos indígenas nas decisões do Estado acerca da proteção do meio ambiente. Isso porque a justiça ambiental impõe seu reconhecimento institucional como pares participativos.

Necessário, portanto, discutir o modelo de audiência pública previsto no licenciamento ambiental que, na prática, é um “mero procedimento” a ser vencido para a aprovação da obra, e da forma como o Estado brasileiro reconhece esses povos, desconsiderando-os como sujeitos com voz na tomada de decisões.

Além disso, a relação entre degradação do meio ambiente e de silenciamento de grupos com reivindicações legítimas por reconhecimento com a corrupção é necessária, conforme exposto na Declaração, com a implementação pelo Estado de mecanismos anticorrupção.

Assim como a Declaração termina com um apelo à comunidade global, este artigo também finaliza com um apelo para que haja o reconhecimento institucional não-ideológico dos povos indígenas como pares participativos da sociedade brasileira e que haja mecanismos efetivos de participação na gestão do meio ambiente, concretizando a justiça ambiental e protegendo a integridade ecológica da natureza.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- BAGGIO, Roberta Caminero. *Justiça ambiental entre redistribuição e reconhecimento: a necessária democratização da proteção da natureza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.
- BOSELDMANN, Klaus. *The Rule of Law grounded in the Earth: ecological integrity as a grundnorm*. In: Planetary Boundaries Initiative Symposium 19&20 September 2013. Charles Darwin House, London, 2013.
- BRANDT, Ricardo; AFFONSO, Julia. *Delator envolve irmão de Palocci em propina*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512279/noticia.html?sequence=1>>. Acesso em: 25 abr. 2017.
- BRZEZINSKI, Maria Lúcia Navarro Lins. Para entender Belo Monte: a história de uma usina hidrelétrica contada pelo jornal O Estado de S. Paulo. In: CAUBET, Christian Guy. *Além de Belo Monte e das outras barragens: o crescimentismo contra as populações indígenas*. In: Cadernos IHU, ano 12, n. 47, 2014a.
- _____. A Convenção 169 da OIT e uma análise da sua violação pelo Estado brasileiro a partir do caso da UHE Belo Monte. *Além de Belo Monte e das outras barragens: o crescimentismo contra as populações indígenas*. In: Cadernos IHU, ano 12, n. 47, 2014b.
- BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law: an introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina. *Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassung*. Tübingen, DE: Mohr Siebeck, 2001.
- CAUBET, Christian Guy. Apresentação: as raízes de um contexto caótico. In: CAUBET, Christian Guy. *Além de Belo Monte e das outras barragens: o crescimentismo contra as populações indígenas*. In: Cadernos IHU, ano 12, n. 47, 2014a.
- _____. Sobre algumas formas da violência, particularmente a jurídica, contra as populações indígenas. In: CAUBET, Christian Guy. *Além de Belo Monte e das outras barragens: o crescimentismo contra as populações indígenas*. In: Cadernos IHU, ano 12, n. 47, 2014b.

FOLHA. *Propina de Belo Monte foi de R\$ 150 milhões, diz Andrade Gutierrez*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1758468-propina-de-belo-monte-foi-de-r-150-milhoes-diz-andrade-gutierrez.shtml>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

FUNAI. *Terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectivas na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. (Org.). *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

_____. *Reconhecimento como ideologia: sobre a correlação entre moral e poder*. Trad. Ricardo Crissiuma. Revista Fevereiro, jul. 2014.

IUCN. *About IUCN*. Disponível em: <<https://www.iucn.org/secretariat/about>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. *World Declaration on the Environmental Rule of Law*. Disponível em: <<http://iucnael2016.no/wp-content/uploads/2016/06/WORLD-DECLARATION-ON-THE-ENVIRONMENTAL-RULE-OF-LAW-Near-Final-Draft-.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

KLOEPFER, Michael (Org.). *Umweltstaat*. Berlin, Heidelberg [etc.], DE: Springer, 1989.

_____. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

LEROY, Jean-Pierre; et. al. Por avaliações sócio-ambientais rigorosas e responsáveis dos empreendimentos que impactam o território e as populações In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; HERNANDEZ, Francisco del Moral Hernandez (org.). *Painel de especialistas: análise crítica do estudo de impacto ambiental do*

Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém, 2009. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. *A Amazônia no século XXI: novas formas de desenvolvimento*. São Paulo: Empório do Livro, 2009.

MPF-PA. *Processos caso Belo Monte*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/tabela_de_acompanhamento_belo_monte_atualizada_mar_2016.pdf/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

NORTE ENERGIA. *UHE Belo Monte*. Disponível em: <<http://norteenergiasa.com.br/site/portugues/usina-belo-monte/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

RAMMÊ, Rogério Santos; ZALAZAR, Caroline. *A justiça ambiental e sua relação com o direito socioambiental*. In: *Justiça e Sociedade: Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA*, v. 1, n. 1. 2016.

RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner. *Constitucionalismo latino-americano e direito ao meio ambiente: diálogos em busca de uma proteção jurídica de integridade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Agroambiental, Universidade Federal de Mato Grosso. Cuiabá: UFMT, 2015, 157f.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. Peirópolis: Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/SANTILLI_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf>. Acesso em 09 abr. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima, Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad e Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; HERNANDEZ, Francisco del Moral Hernandez (org.). *Painel de especialistas: análise crítica do estudo de impacto ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte*. Belém, 2009. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2014.

VIEIRA, Flavia do Amaral. *Direitos humanos e desenvolvimento na Amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado. (PPGD). Florianópolis: UFSC, 2015.

JUSTIÇA AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA COMBATER AS DESIGUALDADES E DISCRIMINAÇÕES AMBIENTAIS

Virgínia Totti
Guimarães

Professora de Direito
Ambiental e Direito
Urbanístico da PUC-Rio.
Doutora em Direito
pela PUC-Rio.
vtottig@gmail.com

Recebido: maio 2, 2018

Aceito: novembro 8, 2018

Environmental justice in Brazilian law: constitutional grounds to fight the environmental inequalities and discriminations

RESUMO

Partindo-se das constatações de situações de injustiça e racismo ambiental, o presente artigo tem como objetivo analisar os fundamentos constitucionais para o combate das desigualdades e discriminações ambientais. Esse modelo não democrático de distribuição de poluição e de recursos naturais afronta diretamente à Constituição Federal brasileira de 1988 que se pauta, sobretudo, no direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, além de outros direitos fundamentais como a saúde e dos trabalhadores, bem como nos objetivos gerais de solidariedade, erradicação da pobreza e da marginalização social e redução das desigualdades sociais e regionais. O princípio da solidariedade deve conduzir à igualdade substancial e justiça social, não somente entre a geração atual e as futuras (equidade geracional) mas dentro da mesma geração (justiça ambiental). Por fim, das próprias características do meio ambiente, enquanto bem autônomo, de natureza difusa, de titularidade da sociedade, decorre que cabe ao Estado atuar obrigatoriamente, de não dispor de algo que

não lhe pertence e nunca adotar políticas públicas que provoquem o acirramento de desigualdades e discriminações sociais e, especificamente, o racismo.

Palavras-chave: Justiça ambiental; Racismo ambiental; Solidariedade; Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado; comum.

Abstract

From findings of situations of injustice and environmental racism, this paper aims to analyze the constitutional grounds to fight the environmental inequalities and discriminations. This undemocratic model of distribution of pollution and natural resources affront directly the Brazilian Constitution of 1988, which is based, mainly, on the fundamental right to the balanced environment, besides other fundamental rights, like health worker rights, as well as the general goals of solidarity, eradication of poverty, social marginalization and reduction of the social and regional inequalities. The principle of the solidarity should conduct to the substantial equality and social justice, not only between the current and the future generations (generational equity), but in the same generation (environmental justice). Lastly, from own characteristics of the environment, as an autonomous good, of a pervasive nature, of society ownership, we can conclude that is a responsibility of the Government, mandatorily, does not dispose of something that does not belong to it and never adopt public policies that cause the increase of social inequalities and discriminations and, specifically, the racism.

Keywords: Environmental justice; Environmental racism; Solidarity; Fundamental right to the balanced environment; commons.

INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está assegurado na Constituição Federal, com *status* de direito difuso fundamental e baseado na solidariedade – a respeito disso, não há grandes questionamentos. No entanto, o modo como este direito vem sendo garantido é bastante questionável, o que se afirma diante do quadro de problemas ambientais e sociais, cada vez mais graves.

Sabe-se que, isoladamente, o Direito é incapaz de alterar o complexo quadro social, que é afetado por muitos outros fatores, como os econômicos. E, mais ainda, muitas são análises que denotam um alinhamento do setor público com o privado para garantir a execução de projetos, em detrimento da garantia de direitos difusos e coletivos, o que, inclusive, inclui a barganha com a alteração e edição de normas. O Estado mobiliza-se para

Os conceitos previstos na legislação ambiental são traduzidos e interpretados de modo diferenciado, a depender dos sujeitos envolvidos.

possibilitar a execução de determinados projetos – em regra, os considerados ‘estratégicos’ ou fundamentais do ponto de vista econômico – em algumas de suas funções típicas: elaboração e aplicação das normas.

Por outro lado, não se pode abrir mão do Direito e da reivindicação de garantia dos direitos já assegurados. Há um importante campo de disputa, inclusive entre os juristas brasileiros, em que se pode politizar a discussão em relação aos direitos que são garantidos (e para quem o são) e os que são ignorados, especialmente pelo Poder Público. Nota-se que, nesse momento histórico, a disputa coloca-se até mesmo em relação a retirada de direitos já assegurados em diversas áreas, como direitos ambientais, trabalhistas e outros direitos difusos e sociais.

Nesse cenário, é relevante trazer para discussão a distribuição desigual da degradação ambiental e do acesso aos recursos naturais, que, a partir dos conceitos de injustiça ambiental e racismo ambiental, busca evidenciar que, não somente o modelo de desenvolvimento atualmente adotado é inviável, mas também que, enquanto ele é desenvolvido, pobres e negros sofrem mais com efeitos da poluição ambiental e possuem menos acesso aos recursos naturais.¹

E isso interessa ao Direito brasileiro? Muito e, principalmente, por três motivos centrais. O primeiro refere-se ao fato de que esse modelo não democrático de distribuição de poluição e de recursos naturais afronta diretamente a Constituição Federal, pautada, sobretudo, no princípio da solidariedade, que combate desigualdades e discriminações, inclusive nas demandas ambientais. Em seguida, porque essas situações de injustiça e racismo ambiental são permitidas pela aplicação diferenciada da legislação ambiental. Ou seja, os conceitos previstos na legislação ambiental são traduzidos e interpretados de modo diferenciado, a depender dos sujeitos envolvidos.

¹ Muitos são os dados comprobatórios destas afirmações, como dados da pesquisa IBGE de 2016 que atestam que cerca de 31 milhões de brasileiros viviam em residências sem acesso a abastecimento de água pela rede de distribuição. Do total da população, no mesmo ano, 37,9% não tinham acesso simultâneo aos três serviços de saneamento básico – abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial e coleta direta ou indireta de lixo. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18824-sintese-dos-indicadores-sociais-um-em-cada-quatro-jovens-do-pais-nao-estava-ocupado-nem-estudava-em-2016>>. Acesso em: 04 out. 2018.

No próprio conceito de bem ambiental e no conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado encontram-se sólidas justificativas para a adoção de políticas públicas que evitem (ou eliminem, caso possível) situações de injustiça e racismo ambiental [...].

Por fim, importante avançar em meios e instrumentos de garantam o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, caminhando para afastar de sua utilização como um conceito abstrato, vazio e legitimador de opções que degradam o meio ambiente e consomem indiscriminadamente a natureza e, ainda, cujos efeitos desta opção, recaem especialmente em pobres e negros.

Nesse sentido, utilizando-se uma metodologia lógico-indutiva, a partir de uma revisão bibliográfica, o artigo parte do pressuposto de que as situações de injustiça e racismo ambiental marcam o desenvolvimento atual, para, em seguida, buscar a análise dos fundamentos presentes na Constituição Federal que permitam combater as desigualdades e discriminações nestas questões ambientais, notadamente nos fundamentos da República, dentre os quais se inclui o princípio da solidariedade. Além disso, no próprio conceito de bem ambiental e no conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado encontram-se sólidas justificativas para a adoção de políticas públicas que evitem (ou eliminem, caso possível) situações de injustiça e racismo ambiental, conforme será desenvolvido a seguir.

1. INJUSTIÇA E RACISMO AMBIENTAL NO BRASIL: FATOS A SEREM ENFRENTADOS

Desde a década de 1970, tem-se notícias de estudos e denúncias de que os efeitos da degradação ambiental – autorizados ou não – atingem as pessoas de modo distinto, a depender da classe social ou da raça. No Brasil, essa discussão vem sendo colocada, pelo menos, desde os anos 1980, com publicações acadêmicas e de movimentos sociais que avançam nestes conceitos. O que tais estudos constatarem é que os desastres ambientais, as consequências negativas oriundas de desrespeito ao equilíbrio do meio ambiente, dentre outros fenômenos, não são democráticas, tendendo a alcançar os grupos e indivíduos pertencentes a setores menos favorecidos da sociedade.

A degradação ambiental é estrutural do modo de desenvolvimento em curso e aponta-se “de forma explícita, a nada surpreendente constatação: na sociedade capitalista é estruturalmente inevitável a ocorrência simultânea do desenvolvimento e subdesenvolvimento,

da extrema concentração de renda e crescente extensão da miséria, tanto em âmbito global como no plano nacional”².

Em uma situação de injustiça ambiental, um grupo social suporta parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, decisões de políticas e programas federais, estaduais, locais, bem como da ausência ou omissão de tais políticas³. Este aspecto não democrático da questão ambiental foi incorporado pelo movimento de justiça ambiental, que o articulou com as lutas por justiça social⁴. Nas palavras de Freitas e Porto, a justiça ambiental – ou ambientalismo popular –, baseada teoricamente na ecologia política,

busca integrar questões ambientais e sociais na análise dos problemas, entendendo-os a partir de processos econômicos e políticos que marcam o desenvolvimento numa região e num dado território. Frequentemente este desenvolvimento é marcado pela injustiça ambiental, isto é, fluxos econômicos e de mercadorias se realizam por meio de grandes investimentos, os quais se apropriam dos recursos existentes nos territórios e concentram renda e poder, ao mesmo tempo em que afetam a saúde e integridade dos trabalhadores, das populações locais e dos ecossistemas⁵.

Bullard afirma que o “racismo ambiental é uma forma de discriminação institucionalizada. A discriminação institucional é definida como ‘ações ou práticas conduzidas pelos membros dos grupos (raciais ou étnicos) dominantes com impactos diferenciados e negativos para os membros dos grupos (raciais ou étnicos) subordinados”⁶.

No Direito há estudos e até mesmo decisões judiciais que mencionam as situações de injustiça ambiental, embora ainda de modo incipiente. Em decisão de 2013, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça expressamente mencionou a injustiça ambiental como mais um argumento em favor da necessidade da responsabilização administrativa de empresa que provocou a contaminação da água e ocasionou inúmeros casos de doenças

² COUTINHO, 2004, p. 49.

³ ACSELRAD, 2009a, p. 41.

⁴ ACSELRAD, 2009b, p. 15.

⁵ FREITAS; PORTO, op. cit., p. 25.

⁶ BULLARD, 2004, p. 43.

de moradores ao redor⁷. O Ministro Relator afirma que “substituímos, ou sobrepujamos, à segregação racial e social – herança da discriminação das senzalas, da pobreza da enxada e das favelas – a segregação pela poluição”⁸.

Em outra passagem, a partir da desigualdade na destinação dos efeitos negativos das atividades poluidoras, o Ministro Relator volta-se aos juízes para propor questionamento sobre o nível de exposição das crianças a tal contaminação: “ao colocar meu filho na situação das vítimas, anuiria a tal nível de exposição individual ou coletiva, divisando-o como suficiente para dar integral cumprimento à prescrição constitucional de salvaguarda da saúde e da dignidade da pessoa?” E sua conclusão a respeito merece ser transcrita abaixo:

A indagação, sem nenhuma pretensão retórica ou jocosa, justifica-se em si mesma, exceto para aqueles que compreendam como legítima eventual opção judicial por *duplo padrão de controle* de substâncias tóxicas e perigosas: um, estrito, destinado a escudar a elite-minoria, ela própria capaz de se autoprotger e da qual, nem sempre nos apercebemos, nós, os juízes, fazemos parte; um outro, frouxo, incidente sobre a esmagadora maioria da sociedade, notadamente sobre aqueles que, expatriados em guetos sociais e até raciais, acham-se destituídos de poder e voz para eficazmente reclamar seus direitos formalmente estatuídos na Constituição e nas leis⁹.

⁷ O julgado trata de cobrança de uma multa, pelo Estado de São Paulo, de multa administrativa de R\$ 65.950,00 (sessenta e cinco mil, novecentos e cinquenta reais), derivada de auto de infração lavrado em 20 de setembro de 2002. De acordo com informações do próprio voto do Relator, a infração consiste em “reiterada emissão de chumbo (Pb) na atmosfera e, com isso, exposição e contaminação, por esse metal pesado, do meio ambiente e da população de baixa renda residente nas imediações da Ajax, uma das maiores empresas brasileiras de fabricação e reciclagem de baterias automotivas, com mais de mil empregados, localizada na cidade de Bauru, interior do Estado de São Paulo”. Registra-se a contaminação de trezentas e três crianças, que apresentariam grau de plumbemia acima dos limites estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde – OMS, bem como a contaminação de trabalhadores, de produtos hortifrutigranjeiros cultivados no entorno do setor de metalurgia da Ajax, de córrego, e de animais (BRASIL, 2013, online).

⁸ BRASIL, 2013, online.

⁹ O Ministro Relator Herman Benjamin denota o fato de que as vítimas são, como em “todos casos de graves incidentes de poluição por resíduos tóxicos ou perigosos, em sua grande maioria as vítimas são pessoas humildes, incapazes, pela baixa instrução, de conhecer e antecipar riscos associados a metais pesados e a agentes carcinogênicos, mutagênicos, teratogênicos e ecotóxicos. Ademais, prisioneiras da indigência social que as aflige, não se encontram em condições de evitar ou mitigar a exposição à contaminação letal, mudando a localização de suas precárias residências” (BRASIL, 2013, online).

As situações de injustiça e racismo ambiental ocorrem, muitas vezes, pela via da aplicação diferenciada da legislação ambiental, por meio do qual os conceitos e regras são traduzidos e interpretados de modo diferenciado, a depender dos sujeitos envolvidos ou do local em que se trata.

As situações de injustiça e racismo ambiental ocorrem, muitas vezes, pela via da aplicação diferenciada da legislação ambiental, por meio do qual os conceitos e regras são traduzidos e interpretados de modo diferenciado, a depender dos sujeitos envolvidos ou do local em que se trata. Ao que o Ministro Relator acima menciona como duplo padrão ambiental. Coloca-se em discussão, assim, que o Direito pode permitir – e o tem feito – o aprofundamento das desigualdades geradas pelo desequilíbrio ambiental mediante lentes diferenciadas de análise dos conceitos legais, de acordo com as características do caso envolvido.

Muitos estudos vêm sendo feitos no intuito de descortinar essa aplicação diferenciada das normas ambientais, em dois sentidos. O primeiro em relação à flexibilização (ou abrandamento) das regras voltadas para garantir um ambiente adequado, levando-se à configuração das chamadas ‘zonas de sacrifício’, conceito utilizado com o objetivo de designar áreas, em regra, de residência de população de baixa renda, nas quais são instaladas as empresas e atividades de maior impacto social e ambiental. Neste sentido, para determinadas áreas, em especial às ocupadas por populações pobres e negras, e, principalmente, no caso de projetos considerados prioritários do ponto de vista econômico, as normas ambientais podem deixar de ser aplicadas, alteradas formalmente ou ter uma nova interpretação de seu conteúdo com objetivo de permitir a instalação destes grandes projetos¹⁰. Em geral, tais processos baseiam-se em uma decisão política prévia à análise dos impactos ambientais e sem a participação de outros grupos – justamente os que serão mais afetados. A decisão sobre o empreendimento já foi tomada anteriormente ao licenciamento ambiental, e este procedimento ocorre para conferir a legalidade necessária à sua implantação, ainda que o projeto seja contrário às normas. Neste caso, as normas serão interpretadas de modo mais brando ou, até mesmo, formalmente alteradas.

¹⁰ Dentre estes casos, menciona-se a instalação de uma grande siderúrgica em Santa Cruz, zona oeste da cidade do Rio de Janeiro, cuja licença ambiental somente pode ser concedida com alteração de normas e, ainda assim, o licenciamento ambiental envolveu uma série de ilegalidades e inadequações do projeto ao local (GUIMARÃES, 2011).

Em sentido oposto, mas ainda dentro da aplicação diferenciada da legislação ambiental, tem-se o uso da legislação ambiental de modo mais rígido e intenso em relação a grupos tradicionalmente oprimidos na sociedade brasileira, como pobres, negros, comunidades tradicionais, povos indígenas, quilombolas¹¹.

Ost, de modo bastante elucidativo, afirma que, “incerto nos seus fundamentos e contraditório no seu conteúdo, o direito do ambiente conhece igualmente uma aplicação hesitante. A ausência de uma escolha evidente e de uma prioridade distintamente fixada, conduz à alteração dos textos, ao seu torneamento, e mesma à sua distorção [...]”¹².

Partindo-se, assim, das comprovadas situações de injustiça e racismo ambiental produzidas pelo atual modelo de desenvolvimento, que vem se reproduzindo igualmente no Brasil, e que somente ocorrem com a contribuição do Direito, passa-se a buscar fundamentos constitucionais que permitam combater as desigualdades e discriminações nestas questões ambientais, incluindo o próprio conceito de bem ambiental e o conteúdo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

2. MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO EM DISPUTA: NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

Seguindo a estrutura proposta para esse artigo, parte-se para análise dos fundamentos constitucionais para combater as desigualdades e discriminações ambientais, iniciando-se pelas características

¹¹ Em estudo sobre a diferença de aplicação da legislação ambiental em áreas muito próximas e igualmente relacionadas às obras olímpicas, NABACK e GUIMARÃES concluem: “Os casos da construção do Campo de Golfe e da remoção da Vila Autódromo desvelam que normas ambientais e urbanísticas podem ser manejadas de modo a se adequarem aos projetos ou interesses propostos. No caso do Campo de Golfe, houve a flexibilização da legislação ambiental e urbanística para permitir sua construção, desconsiderando a relevância ecológica do local, as normas que o preservavam e o histórico de instituição de áreas protegidas. As normas municipais foram alteradas e a licença ambiental concedida, sob o argumento principal da degradação do local. Essa mesma legislação ambiental teve sua importância largamente destacada para justificar a remoção da Vila Autódromo. Se, de um lado, ela foi manejada – e até mesmo desconsiderada – para permitir a construção do campo de golfe, de outro foi invocada de forma contundente para autorizar a remoção da favela. Observa-se, assim, que o manejo assimétrico de normas ambientais e urbanísticas é um dos mecanismos utilizado por esse projeto homogeneizador de cidade (NABACK, GUIMARÃES, 2017).

¹² OST, 1995, p. 127 e 132.

dos bens ambientais, enquanto uma terceira categoria, situada ao lado dos bens públicos e dos privados.

Ao interpretar as regras jurídicas brasileiras, em especial as contidas na Constituição, os autores brasileiros entendem pela natureza autônoma do meio ambiente¹³, como uma categoria jurídica única e global, um macrobem, que acolhe um ilimitado número de componentes. Ao lado dele, encontram-se os microbens materiais, elementos individuais que compõem aquele, como água, atmosfera, mar territorial etc¹⁴. Meio ambiente, independente dos elementos ambientais que o compõem, é entendido, assim, como um bem incorpóreo e imaterial^{15 16}.

Não parece existir controvérsia sobre a autonomia do meio ambiente, em sentido macro, bem incorpóreo e imaterial, enquanto conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Igualmente não há um intenso debate quanto à titularidade pública ou privada dos bens ambientais individualmente

¹³ Igualmente entendem o meio ambiente como um bem autônomo, de natureza incorpórea e imaterial: MIRRA, 2002, p. 14; BENJAMIN, 1993, p.69; STEIGLEDER, 2011, p.79; SANTILLI, 2006, p. 178; RODRIGUES, 2005, p. 71.

¹⁴ Contribuem para esta interpretação, especialmente: – os conceitos de meio ambiente (conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas) e de recursos ambientais (atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora) da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (incisos I e V do artigo 3º da Lei 6938/1981, respectivamente);

– “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 2º, I, da Lei 6938/1981);

– a definição de meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, com atribuição ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput, Constituição Federal);

– a titularidade de bens ambientais atribuídas à União (lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; as ilhas fluviais; os recursos minerais dentre outros), e aos estados (as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, dentre outros).

¹⁵ MIRRA traz importante informação sobre o tratamento similar dado pelo direito italiano: “Na Itália, igualmente, a doutrina especializada tem ressaltado a característica básica do meio ambiente como bem imaterial unitário e global, distinto dos elementos materiais que o compõem” (MIRRA, 2002, p. 15).

¹⁶ Decorrem da caracterização do meio ambiente em sentido macro como um bem autônomo e unitário, a possibilidade de existência de um dano difuso, independente dos danos individuais; bem como a tutela jurídica que pertence ao Estado e coletividade, esta podendo ser representada, no Brasil, pelo Ministério Público. Destaca-se, ainda, que a indenização por eventuais danos ambientais vai para fundo estabelecido na Lei da Ação Civil Pública, denotando-se que não se dirige ao titular do bem específico atingido.

Não se entende, assim, meio ambiente por meio de seus aspectos exclusivamente físicos ou biológicos, mas integrando os aspectos sociais.

considerados¹⁷, e de seu aproveitamento, de modo privativo ou não, pelo seu titular, desde que respeitadas as normas em vigor¹⁸ e “*não leve à apropriação individual (exclusiva) do meio ambiente como bem imaterial*”¹⁹.

Importante destacar o entendimento de Santilli no sentido da necessidade de uma interpretação conforme do conceito de meio ambiente, presente na Lei 6.938/1981, tendo em vista que na ordem constitucional brasileira, meio ambiente não inclui somente elementos físicos e biológicos. Conforme ensina a autora, a ordem constitucional consagra o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado ao lado do direito à cultura, dos direitos dos povos indígenas e quilombolas, bem como consagra a função social da propriedade, cabendo uma interpretação sistemática destas normas, que conduzem a direitos socioambientais²⁰.

Não se entende, assim, meio ambiente por meio de seus aspectos exclusivamente físicos ou biológicos, mas integrando os aspectos sociais. No Direito brasileiro, inclusive, não parece haver espaço para dúvidas em relação ao tema, já que, além da interpretação sistemática da Constituição Federal acima mencionada, há conceitos trazidos pela Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiental, dentre outras normas, que

¹⁷ Nota-se que há autores, inclusive, que entendem que certos bens ambientais individualizados, como a água, são bens difusos, aproximando-se ainda mais da discussão dos bens comuns (v. GRAF, 2000). BECHARA afirma que os bens ambientais, mesmo os atribuídos aos entes federativos pela Constituição Federal, são, na verdade, bens difusos, entendendo que “a própria, ainda que timidamente, já ‘pressentia’ essa diferença entre bens ambientais/bens difusos e bens públicos”. A autora cita os arts. 5º, LXXIII e 129, III, que diferenciariam patrimônio público de meio ambiente. E que os arts. 20 e 26 não têm como objetivo transformar a natureza dos bens ambientais, mas “determinar que eles estejam sempre cientes das utilizações que se pretenda fazer deles, que as fiscalizem para que não lhes seja dado um mau uso, um uso indevido, e que reprimam todo uso desconforme com a política ambiental vigente” (BECHARA, 2003, p. 35).

¹⁸ Um dos principais condicionadores do direito de propriedade, como visto, é sua função social, que deve ser observada no caso de imóvel público ou privado. No caso de propriedade pública, a função social pode impor, inclusive, um comportamento negativo (sua não-utilização) no caso de privatizações” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 114).

¹⁹ MIRRA, 2002, p. 38, grifos do autor.

²⁰ SANTILLI, 2006.

conduzem para conclusão de meio ambiente inclui aspectos sociais e culturais²¹.

Questão não pacífica, no entanto, trata da titularidade do meio ambiente, enquanto bem incorpóreo e imaterial, conforme apresentado a seguir.

Para Benjamin, em um dos trabalhos que inauguram a discussão sobre o tema no Brasil, meio ambiente, enquanto macrobem é um bem público de uso comum do povo, no sentido de que seu proveito não ocorre apenas para um indivíduo e aplicando-se o princípio da não-exclusão dos seus beneficiários, justamente por conta da finalidade pública a que se destina²². O bem, desta forma, não é público pelo aspecto subjetivo (ou seja, de uma titularidade estatal), já que ele pertence à coletividade (sociedade). Ele será bem público pela sua finalidade e modo de utilização²³. E, por conta de sua natureza pública, o bem ambiental é indisponível, inalienável, impenhorável e imprescritível²⁴.

²¹ Na Constituição Federal, o capítulo que trata da proteção do meio ambiente está inserido dentro do título da ordem social. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) deve ser interpretada sistematicamente em relação aos conceitos trazidos no artigo 3º, que, dentre seus dispositivos, define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (inciso I), degradação da qualidade ambiental como a “alteração adversa das características do meio ambiente” (inciso II), poluição como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (inciso III).

No mesmo sentido, tem-se a Resolução CONAMA 01/86, que trata de impacto ambiental. Nota-se, ainda, que o meio ambiente ainda é entendido como um bem incorpóreo e imaterial, distinto dos bens ambientais que o compõem, conforme será melhor estudado no capítulo 3.

²² Em importante passagem destaca o autor estudado: “A natureza do bem ambiental, pública – enquanto realiza um fim público ao fornecer utilidade a toda a coletividade – e fundamental – enquanto essencial à sobrevivência do homem –, é uma extensão do seu núcleo finalístico principal: a valorização, preservação, recuperação e desenvolvimento da fruição coletiva do meio ambiente, suporte da vida humana. Em síntese, o zelo, como conceito integral, pela qualidade do meio ambiente”. BENJAMIN, 1993, p. 74-75.

²³ BENJAMIN, 1993, p. 64 e 71. Ao analisar a migração do tema ambiental do direito administrativo ao direito ambiental, BENJAMIN destaca que o Estado não se afastou da tutela ambiental, inclusive considerando-se, nas palavras do autor, a “incapacidade dos particulares em solucionar, por si só, os conflitos ambientais”. Neste momento, o meio ambiente “deixa de ser uma simples preocupação privada – mera preocupação, sim, já que sequer era admitido como bem privado dotado de individualidade própria – e passa a integrar uma categoria mais complexa dos chamados bens públicos” – grifos do autor (BENJAMIN, 1993, p. 16). Justificando o surgimento e autonomia do Direito Ambiental, Benjamin afirma que a prática demonstrou que a administração pública não conseguiu alcançar seus objetivos, “sem uma reformulação dos princípios, dos instrumentos e inclusive do regime até então utilizados na gestão do interesse público em geral” (BENJAMIN, 1993, p. 16).

²⁴ BENJAMIN, 1993, p. 80-81.

Deve-se notar que, utilizando-se uma lógica próxima à tragédia dos comuns²⁵, a partir da perspectiva econômica, Benjamin afirma que os “bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de ‘personificação’, como forma de estimular a proteção” e conclui:

É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para outra, passa a enxergar o meio ambiente como bem cuja titularidade – pelo menos para fins de seu resguardo – deve ser materializada e individualizada em alguém: o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas) ou um ente privado (associação ou cidadão isolado)²⁶.

De um lado, o autor aposta na personificação da tutela ambiental, seja o poder público ou não, pela necessidade de ter um agente responsável pela tutela ambiental. De outro, entende que o titular do bem ambiental é a coletividade como um todo, mesmo que afirma ter a natureza jurídica de bem público, sendo classificado como público por conta da impossibilidade de sua apropriação com exclusividade.

No mesmo sentido, Mirra afirma que meio ambiente é bem de uso comum do povo²⁷, aliando-se aos que entendem que neste a propriedade é da coletividade, ficando o Estado apenas como gestor do bem. Contudo, o autor entende que não se aplicam as características desta tradicional categoria do direito administrativo, mas que se estabeleceu uma disciplina diversa, tendo em vista as necessidades de proteção da qualidade ambiental. O autor afirma que o meio ambiente é sempre indisponível e insusceptível de apropriação²⁸, devendo sua gestão ser feita de modo participativo e não exclusiva pelo Estado. O uso comum deve ser visto no sentido de “fruição coletiva, de gozo coletivo, sob o prisma da preservação da qualidade ambiental propícia à vida no presente e no futuro”²⁹.

²⁵ A tragédia dos comuns refere-se ao trabalho de Garret Hardin, publicado em 1968, em que se analisa o uso e gestão de bens coletivos, chegando-se à conclusão de que são sempre necessárias instituições externas a coletividade, como o Estado ou o mercado.

²⁶ BENJAMIN, 1993, p. 62.

²⁷ O entendimento do autor parte do disposto no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, que afirma ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado bem de uso comum do povo, e do artigo 2º, II, da Lei 6.938/1981, que o classifica como patrimônio público de uso coletivo (MIRRA, 2002, p. 37).

²⁸ O que não pode ser apropriado individualmente é o meio ambiente como bem imaterial. No entanto, os bens individualmente considerados, como florestas, águas etc, podem ser apropriados, desde que respeitadas as disposições legais (MIRRA, 2002, p. 38).

²⁹ MIRRA, 2002, p. 37-38.

Silva entende que os atributos do meio ambiente relacionados à sadia qualidade de vida, garantidos pela Constituição Federal como direito fundamental, assim como elementos físicos ambientais (como água e ar), são bens de interesse público. Steigleder³⁰ entende que a Constituição classifica o meio ambiente como *res communes omnium*, o que significa que “não é um bem público estrito senso, mas um bem de interesse público”, com base no entendimento de Silva. Também entende neste sentido: Santilli³¹. Neste sentido, “o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade”³².

Outros autores expressamente referem-se a nova categoria de bens, diferente dos públicos e dos privados, mas vinculados diretamente à sua natureza transindividual, denominando-os de bem difuso ou bem de interesse difuso³³. Fiorillo entende que a Constituição criou um terceiro gênero de bem, distinto dos bens públicos e privados³⁴. No Brasil, não há dificuldade em identificar “normas que assumem claramente a característica de direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, o que caracteriza os direitos difusos³⁵. Neste sentido, o bem ambiental, de natureza difusa, pertence à coletividade e pode ser usufruído por todos, de acordo com as normas constitucionais. Estes bens ambientais, necessários à sadia qualidade de vida, são fundamentais para garantir a dignidade da pessoa humana, cujos direitos estão elencados no artigo 6º da Constituição (educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados)³⁶.

Rodrigues entende que o meio ambiente possui regime jurídico típico de direito público, mas se trata de bem difuso, de propriedade

³⁰ STEIGLEDER, 2011, p. 85

³¹ SANTILLI, 2006, p.178.

³² SILVA, 2013, p. 88.

³³ BENJAMIN e MIRRA entendem que, do ponto de vista da legitimação de agir, o meio ambiente é uma categoria difusa, mas, como macrobem, é de natureza pública, concluindo, assim, por sua natureza como bem de uso comum do povo (BENJAMIN, 1993, p. 75; MIRRA, 2002, p. 13-14).

³⁴ FIORILLO, 2011, p. 12.

³⁵ FIORILLO, 2011, p. 41.

³⁶ FIORILLO, 2011, p. 43.

não estatal, *res omnium*³⁷. Bechara afirma que os bens difusos (ou bens de natureza difusa), pertencentes a toda a coletividade, que não são públicos, nem privados, embora não tenham previstos no Código Civil, foram definidos no Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais se inclui o meio ambiente³⁸. A questão trazida com os interesses, direitos e bens difusos refere-se diretamente à transformação social, política, econômica e cultural ocorrida no século passado, que provoca reflexos imediatos na redefinição do conceito de Estado³⁹.

O abismo entre o público e o privado foi preenchido, neste sentido, pelos interesses coletivos⁴⁰. Os direitos transindividuais surgem

da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo^{41 42}.

Alia-se ao entendimento de que os bens e direitos difusos são de titularidade da sociedade, aproximando-se das discussões teóricas sobre comuns. Partindo-se, igualmente do fato de que as categorias de bens públicos e propriedade privada, ainda que condicionadas ao cumprimento de função social, não vem se mostrando suficientes para atender a determinadas complexidades das relações sociais e jurídicas atuais. A noção de comuns, já bastante estudada em seu significado político e social, igualmente pode – e deve – ser problematizada no Direito, mesmo que nem todas as características e noções ainda tenham lugar no debate jurídico. E, desde já, ainda que no Brasil não exista previsão expressa dos bens comuns, vislum-

³⁷ RODRIGUES, 2005, p. 31.

³⁸ BECHARA, 2003, p. 27. A autora ainda afirma que a determinação da Constituição Federal no sentido de ser meio ambiente equilibrado um bem de uso comum do povo não significa que sua natureza é de bem público. Afirma a autora que houve “revogação tácita do art. 66, inciso I do antigo Código Civil que entendemos ter ocorrido com a edição do Código de Defesa do Consumidor, e da não conformidade do art. 99, inciso I do novíssimo Código Civil com o sistema criado – e hoje solidificado – pela Lei 8.078/1990” (BECHARA, 2003, p. 33).

³⁹ RODRIGUES, 2005, p. 29-30.

⁴⁰ RODRIGUES, 2005, p. 33-34.

⁴¹ ZAVASCKI, 2011, p. 34.

⁴² O interesse ambiental tem como característica principal não ser restrito a um único indivíduo: “a teoria do interesse ambiental – aqui se adaptando a lição de Paolo Madalena – não pode ser construída com os olhos voltados para o sujeito-indivíduo, mas para o sujeito-coletividade”, na medida em que reflete uma necessidade de todos (BENJAMIN, 1993, p. 59).

bram-se diversas manifestações do comum em noções como bens de uso comum do povo, interesse público, além de bens, direitos e interesses difusos ⁴³.

A categoria de bens comuns possui uma dupla função, qual seja, problematizar e pleitear política e juridicamente bens que, ligados a direitos fundamentais, não podem ser disponibilizados pelo Estado e particulares, já que são de titularidade da coletividade e, ainda, estabelecer a dimensão democrática do direito. Os comuns são, assim, instrumentos políticos e constitucionais da satisfação direta das necessidades e dos direitos fundamentais da coletividade. Eles mesmos devem ser interpretados como um tipo de direito fundamental de ‘última geração’, desempenhando a função constitucional de defesa do público face ao privado e ao Estado⁴⁴. Não é objetivo, deste artigo, analisar as questões dos comuns, mas, apenas, neste ponto, destacar a existência de esforços teóricos já em curso para caracterizar determinados bens, a partir de aspectos relacionais, como o bem ambiental, como não pertencente ao público ou ao mercado.

Contudo, é importante mencionar – ainda que sem ter espaço para aprofundar estas questões neste artigo – que há dificuldades em garantir os direitos difusos, que transcendem à lógica dos direitos individuais e rompem com o caráter privatista dos direitos, o que pode ser associado a muitos fatores, podendo-se destacar os relacionados ao acesso aos meios judiciais ou administrativos adequados, interpretação no âmbito do Poder Judiciário, bem como uma variedade de “apropriações sociais – distintos ‘projetos ambientais’ de atores diversos, com suas pretensões a encarnar direitos difusos”⁴⁵.

Os bens e direitos difusos manifestam, assim, a distinção entre o que é estatal e o privado, para representar um novo grupo de interesses, vinculado diretamente à sociedade, e que prescinde da atuação do Estado para sua configuração, superando a distinção tradicional de direito público e direito privado. Além disso, sendo meio ambiente esse bem difuso, de titularidade da sociedade, ao Estado cabe uma atuação obrigatória. E, nesse sentido, não há que

⁴³ GUIMARÃES, 2016.

⁴⁴ MATTEI, 2013, p.11.

⁴⁵ ACSELRAD, 2008, p. 235-236.

se falar sequer na possibilidade de disponibilidade de um bem que não lhe pertence e, muito menos, quando uma das consequências é o acirramento das desigualdades e discriminações sociais e, especificamente, o racismo.

3. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E OUTROS DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À JUSTIÇA AMBIENTAL

A proteção do meio ambiente é considerada como um dos valores edificantes do Estado Democrático de Direito brasileiro, marcado pelo comprometimento com a garantia da qualidade de vida, saúde, condições dignas de sobrevivência. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 afirma o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o configura como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, além de estabelecer o dever do poder público e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (artigo 225).

A Constituição Federal, que possui um caráter de transformação social e de instrumento de implementação de políticas públicas⁴⁶, iniciou a construção, no Brasil, de um constitucionalismo ecológico⁴⁷, ou Direito Constitucional Ambiental⁴⁸. A partir da atribuição ao poder público de proteger o meio ambiente, tem-se afirmado a solidificação teórica de Estado socioambiental de Direito, que, em verdade, não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas apenas agrega a elas uma *dimensão ecológica*, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica⁴⁹.

Os novos direitos de natureza coletiva e difusa, consagrados pela Constituição Federal, refletem “a explosão de movimentos sociais não convencionais que traduzem conflitos sociais inéditos, fazendo

⁴⁶ PIOVESAN, 2011, p. 63.

⁴⁷ BENJAMIN, 2007.

⁴⁸ SILVA, 2013; SARLET, FENSTERSEIFER, 2012. SILVA afirma “A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista” (SILVA, 2013, p. 49).

⁴⁹ SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 44, grifos dos autores.

O atendimento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está em sintonia com a noção de pleno desenvolvimento da personalidade humana, entendendo-o como diretamente vinculada à redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, bem como ao direito à saúde e a vida digna.

surgir novos atores sociais e sujeitos coletivos de direitos”⁵⁰. Surgem, assim, novos direitos e outros sujeitos de direito, que antes estavam ocultos no cenário jurídico e político⁵¹. Neste sentido, é importante a análise feita por Santilli:

Os “novos” direitos rompem com os paradigmas da dogmática jurídica tradicional, contaminada pelo apego ao excessivo formalismo, pela falsa neutralidade política e científica e pela excessiva ênfase nos direitos individuais, de conteúdo patrimonial e contratualista, de inspiração liberal. Os “novos” direitos, conquistados por meio de lutas sociopolíticas democráticas, têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e indivisível, e impõem novos desafios à ciência jurídica, tanto do ponto de vista conceitual e doutrinário, quanto do ponto de vista de sua concretização. São direitos “históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes”, e não se enquadram nos estreitos limites do dualismo público-privado, inserindo-se dentro de um espaço público não-estatal⁵².

Wolker afirma “ainda que de forma limitada e pouco satisfatória, a Carta Política de 1988 contribui para superar uma tradição publicista liberal-individualista e social-intervencionista, transformando-se num importante instrumento diretivo propulsor para um novo constitucionalismo, de tipo pluralista e multicultural”⁵³.

O atendimento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está em sintonia com a noção de pleno desenvolvimento da personalidade humana, entendendo-o como diretamente vinculada à redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, bem como ao direito à saúde e a vida digna. Sarlet e Fensterseifer afirmam tratar-se da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, que exige uma vida digna, saudável e segura, ou seja, seria preciso um patamar mínimo de qualidade ambiental para concretizar a dignidade da pessoa humana⁵⁴, o que evidencia a

⁵⁰ PIOVESAN, 2011, p. 59. A mesma autora ainda afirma “O direito ao meio ambiente deve ser compreendido à luz da crescente complexidade social, que aponta a um novo padrão de conflituosidade, que transcende aos conflitos interindividuais. Surgem neste cenário conflitos metaindividuais, no qual despontam novos sujeitos e a demanda por novos direitos de cunho coletivo e difuso” (PIOVESAN, 2011, p. 79).

⁵¹ SOUZA FILHO, 2010, p. 475-495.

⁵² SANTILLI, 2006, p. 176.

⁵³ WOLKMER, 2011, p. 152.

⁵⁴ SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p.40.

interdependência e indivisibilidade entre os direitos e, no caso, a importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado para outros direitos fundamentais⁵⁵.

Nessa perspectiva, integra-se ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, o direito à saúde, previsto no rol dos direitos sociais (art. 6º, da Constituição Federal). Na discussão deste artigo, pode-se afirmar que, na maioria das vezes, as situações de degradação ambiental a que ficam sujeitas as classes menos favorecidas e o pouco acesso a recursos naturais importa em perda de saúde, de qualidade de vida e, em alguns casos, da própria vida. Além disso, integra essa perspectiva os direitos dos trabalhadores, em especial a um meio ambiente do trabalho digno e que atenda às normas de saúde, higiene e segurança, nos termos da Constituição Federal.

O direito à saúde e os demais direitos fundamentais sociais⁵⁶, tradicionalmente, são interpretados como os que indicam direito a prestações, ou seja, que requerem uma ação positiva, um fazer, por parte do Estado, estando relacionados ao emprego de “meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais” e instituir “um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primordialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais”⁵⁷.

Discussão que cabe salientar refere-se à própria natureza do direito social como um direito fundamental ou até mesmo como um direito subjetivo. Este aspecto terá um reflexo imediato na discussão sobre a possibilidade de serem exigíveis e em que casos. SILVA afirma que, como qualquer outro direito, “um direito social deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes”. Piovesan destaca que a “ideia da não acionabilidade dos

⁵⁵ Em relação à importância para outros direitos fundamentais, “todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente interrelacionados e interdependentes entre si” (PIOVESAN, 2011, p. 63).

⁵⁶ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e entrou em vigor no Brasil em 24/04/1992, e promulgado por meio do Decreto 591/1992. Dentre os direitos assegurados pelo Pacto, destacam-se: direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida, direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, que inclui a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

⁵⁷ BONAVIDES, 2008, p. 74.

direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância”.

É certo que os direitos sociais são protegidos por meio de intervenções estatais e ‘proteger direitos’, nesse âmbito, significa ‘realizar direitos’. Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*⁵⁸. Dentro da discussão sobre a garantia de execução de políticas públicas, abre-se um largo debate sobre as políticas exigíveis, inclusive judicialmente. Denota-se disputa política que envolve a realização de direitos, mesmo que previstos na Constituição Federal.

Esta discussão é especialmente relevante no âmbito do Direito, vez que, mesmo diante da disputa e da pluralidade de significados dos direitos fundamentais, nunca é demais vincular o meio ambiente equilibrado a todos, indistintamente, cabendo questionar políticas públicas que, em nome da garantir este direito de modo abstrato, coloca em risco os diretamente impactados, como ocorre no caso de grandes empreendimentos e seus vizinhos, populações tradicionais, povos indígenas, dentre outros. Nesse sentido, importante reconhecer que, atualmente, a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da saúde não ocorre de modo uniforme, universal e democrático, bem como a necessidade de se considerar esse fator nas políticas ambientais (e na interpretação da legislação ambiental) como forma de se assegurar o cumprimento da Constituição Federal.

4. A SOLIDARIEDADE E OUTRAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTOS PARA COMBATER AS DESIGUALDADES E DISCRIMINAÇÕES NAS QUESTÕES AMBIENTAIS

Ao analisar as discussões jurídicas sobre o bem ambiental e direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, algumas normas constitucionais já foram destacadas. No entanto, objetiva-se detalhar, um pouco mais, normas diretamente vinculadas à redução das desigualdades e discriminações sociais.

⁵⁸ SILVA, 2009, p. 77, grifos do autor.

A garantia dos direitos fundamentais deve ocorrer de forma isonômica, respeitando-se as diferenças, mas sem qualquer tipo de discriminação, o que vai ao encontro dos objetivos fundamentais da República e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A garantia dos direitos fundamentais deve ocorrer de forma isonômica, respeitando-se as diferenças, mas sem qualquer tipo de discriminação, o que vai ao encontro dos objetivos fundamentais da República e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Como dito, a garantia destes direitos relaciona-se à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, Constituição Federal), bem como à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que são objetivos da mesma (art. 3º, I e IV, Constituição Federal). E, neste aspecto, nenhuma política pública relacionada a direitos fundamentais pode afastar-se de tais preceitos.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado integra-se, assim, imediatamente, aos objetivos gerais de solidariedade, erradicação da pobreza e da marginalização social e redução das desigualdades sociais e regionais da República Federativa do Brasil, também previstos no artigo 3º da Constituição Federal, além de outros direitos fundamentais como a saúde e dos trabalhadores.

Tratando da inserção da solidariedade e dos outros objetivos acima mencionados, Bodin de Moraes afirma que “o projeto de uma sociedade livre, justa e solidária contraria a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado [...]”, que foi,

por determinação constitucional, substituída pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados tão somente ao valor precípuo do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Os vínculos de solidariedade, assim, cuja relevância e impacto jurídicos foram afirmados pela Constituição, devem conduzir à igualdade substancial e justiça social, inclusive nas questões ambientais, e opõe-se, de modo bastante radical, às situações de injustiça e racismo ambiental. Ocorre que muitas questões ambientais envolvem, ainda, a solidariedade intergeracional, que se refere a não somente a presente mas as gerações futuras, o que tem sido mais enfatizado e aprofundado, inclusive no Direito Ambiental brasileiro.

⁵⁹ BODIN DE MORAES, 2010, p. 264.

Nesse sentido, importante trazer à tona os princípios do desenvolvimento sustentável, da solidariedade e equidade intergeracional.

Um dos paradigmas ambientais mais conhecidos e difundidos é o desenvolvimento sustentável teve sua ideia gestada em meados dos anos 1980. A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento Humano, criada em 1983 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi presidida pela então Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland e elaborou um relatório bastante conhecido, que foi denominado de “Nosso Futuro Comum”. Esse relatório, que serviu de preparação para as discussões da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992, realizada no Rio de Janeiro, trouxe o princípio do desenvolvimento sustentável como “O desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada em 1992, na Conferência antes mencionada, trata o princípio do desenvolvimento sustentável nestes mesmos termos. É o desenvolvimento que não esgota os recursos e, em consequência, permite a viabilidade da vida no futuro. E não qualquer vida, mas a com dignidade e com saúde. A Constituição Federal abarca esse princípio ao afirmar que a ordem econômica tem como um dos seus princípios a defesa do meio ambiente, além de assegurar tanto a livre iniciativa como o direito ao meio ambiente equilibrado (artigos 170 e 225, da Constituição Federal).

Igualmente são discutidos os princípios da solidariedade ou equidade intergeracional, que tratam da proteção do direito das gerações futuras. Nas palavras de Morato Leite e Ayala, estes princípios relacionam os titulares de interesses atuais e potenciais de uma geração entre si e entre as futuras gerações, “garantindo o exercício de direitos atuais ou potenciais, em condições de equivalência e igualdade, estendendo-os a titulares desconhecidos de direitos”⁶⁰.

Além das mais comuns referências à solidariedade entre a geração atual e as futuras, de modo que não haja o esgotamento de recursos a curto prazo, é fundamental afirmar a solidariedade dentro da mesma geração, de modo que determinadas classes ou grupo de

⁶⁰ MORATO LEITE; AYALA, 2000, p. 129.

peças não estejam sujeitas desproporcionalmente aos efeitos da degradação ambiental ou, em um cenário de escassez de bens ambientais, os mais pobres não sejam sempre os primeiros e principais destinatários de tais efeitos.

Nesse sentido, igualmente posiciona-se o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, “segundo o qual os bens ambientais devem ser distribuídos de forma equânime entre os habitantes do planeta”⁶¹.

O raciocínio de que “alguém tem que se ‘sacrificar’ em nome do aumento da produção de energia” e que “sempre haverá quem residirá perto de atividades poluidoras”, parte do pressuposto de que não há escolhas em relação às opções políticas e econômicas que vem sendo adotadas e que, portanto e necessariamente, haverá um destinatário dos efeitos negativos destas decisões. No entanto, rejeita-se, de plano, esse raciocínio. Inicialmente, porque é justamente pela deliberada tentativa de ignorar ou naturalizar a desproporcional parcela de degradação ambiental suportada pelos mais pobres que se tenta legitimar estas escolhas. É como se optasse por esconder (ou deixar de mencionar) o efeito mais perverso do nosso modelo econômico para justificar as escolhas e políticas que vem sendo adotadas. E não só pela falta de outro, mas pela recusa em aceitar outros modos de viver que ainda hoje resistem e estão em maior consonância com a manutenção do ambiente equilibrado, como se verifica nas comunidades tradicionais e povos indígenas. Além disso, não somente fatores econômicos são importantes para as situações de injustiça e racismo ambiental, que igualmente vem sendo explicadas pelo peso político das manifestações destes, pela chantagem de acesso a direitos sociais e, inclusive, pelo nível de preconceito e racismo existente na sociedade brasileira.

E essa discussão insere-se, integralmente, no campo do Direito. Do ponto de vista da solidariedade, não é possível o atendimento parcial do direito ao ambiente equilibrado, priorizando somente determinados grupos ou, ainda, não considerar os desiguais impactos ambientais e sociais provados por políticas públicas. Ao contrário, adotando-se o paradigma da igualdade substancial e justiça social, pautada na

⁶¹ FARIAS, ALVARENGA, 2014, p. 42.

dignidade, são inconstitucionais as políticas públicas que conduzem sistematicamente ao agravamento das desigualdades sociais, desta vez impondo desproporcionais efeitos de poluição, degradação ambiental, fenômenos naturais, acesso a recursos naturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se das constatações de situações de injustiça e racismo ambiental, que configura um modelo não democrático de distribuição de poluição e de recursos naturais, buscou-se na Constituição Federal, os fundamentos para o combate das desigualdades e discriminações ambientais, que estão apresentados, nesta conclusão, nos tópicos abaixo:

A proteção do meio ambiente é um dos valores edificantes do Estado Democrático de Direito brasileiro, marcado pelo comprometimento com a garantia da qualidade de vida, saúde, condições dignas de sobrevivência;

– a proteção do meio ambiente é um dos valores edificantes do Estado Democrático de Direito brasileiro, marcado pelo comprometimento com a garantia da qualidade de vida, saúde, condições dignas de sobrevivência;

– o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está em sintonia com a noção de pleno desenvolvimento da personalidade humana, entendendo-o como diretamente vinculada à redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, bem como ao direito à saúde e vida digna. Integra-se ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, o direito à saúde e os direitos dos trabalhadores, em especial a um ambiente de trabalho digno e que atenda às normas de saúde, higiene e segurança, nos termos da Constituição Federal;

– o meio ambiente equilibrado – e os direitos fundamentais a ele relacionados – pertence a todos, indistintamente, cabendo questionar políticas públicas que, em nome de garantir este direito de modo abstrato, coloca em risco os diretamente impactados, como ocorre no caso de grandes empreendimentos e seus vizinhos, populações tradicionais, povos indígenas, dentre outros. Em outras palavras, a garantia dos direitos fundamentais deve ocorrer de forma isonômica, respeitando-se as diferenças, mas sem qualquer tipo de discriminação;

– os vínculos de solidariedade, cuja relevância e impacto jurídicos foram afirmados pela Constituição, devem conduzir à igualdade

substancial e justiça social, inclusive nas questões ambientais, e opõe-se, de modo bastante radical, às situações de injustiça e racismo ambiental. O princípio da solidariedade deve conduzir à igualdade substancial e justiça social, não somente entre a geração atual e as futuras (equidade geracional) mas dentro da mesma geração (justiça ambiental);

– não é possível o atendimento parcial do direito ao ambiente equilibrado, priorizando somente determinados grupos ou, ainda, não considerar os desiguais impactos ambientais e sociais provados por políticas públicas. Ao contrário, adotando-se o paradigma da igualdade substancial e justiça social, pautada na dignidade, são inconstitucionais as políticas públicas que conduzem sistematicamente ao agravamento das desigualdades sociais, desta vez impondo desproporcionais efeitos de poluição, degradação ambiental, fenômenos naturais, acesso a recursos naturais;

– meio ambiente, enquanto bem autônomo, bem incorpóreo e imaterial, enquanto conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas e, além disso, como não apenas composto por seus aspectos exclusivamente físicos ou biológicos, mas integrando os aspectos sociais, por meio de uma leitura sistêmica da Constituição Federal;

– ambiente como bem de natureza difusa, de titularidade da coletividade, é categoria de que denota a insuficiência das propriedades públicas e privadas, especialmente diante de sua relação com a garantia de direitos fundamentais, que não podem ser disponibilizados pelo Estado e particulares. Aproximam-se da teoria dos comuns enquanto instrumentos políticos e constitucionais da satisfação direta dos direitos e necessidades da coletividade. E, também diante dessa titularidade difusa, o Estado deve atuar obrigatoriamente, não cabendo dispor de algo que não lhe pertence e nunca adotar políticas públicas que provoquem o acirramento de desigualdades e discriminações sociais e, especificamente, o racismo.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. A constitucionalização do meio ambiente e a ambientalização truncada do Estado Brasileiro. In OLIVEN, Ruben George Oliven *et al* (Orgs.). *A constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2008, p. 225-248.

ACSELRAD, Henri. De 'bota-foras' e 'zonas de sacrifício' – um panorama dos conflitos ambientais no Estado do Rio de Janeiro". In ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflito social e meio ambiente no Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fase, 2004.

ACSELRAD, Henri. *O que é Justiça Ambiental?* Rio de Janeiro: Garamond, 2009b.

ACSELRAD, Henri. Sentidos da sustentabilidade urbana. In ACSELRAD, Henri (Org.). *A duração das cidades*. Sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009a, p. 43-70.

BECHARA, Érika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman. Função ambiental. In BENJAMIN, Antônio Herman. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. O Estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. In SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63-86.

BRANDÃO, Eraldo; DORNELAS, Henrique Lopes. Justiça ambiental e proteção dos direitos intergeracionais. *Ciência Atual*, Rio de Janeiro, Volume 1, n. 2, 2013, p. 2-11.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial 1.310.471-SP. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DJE 01/08/2013 (2013). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102932952&dt_publicacao=17/09/2013>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI". In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004.

COUTINHO, Ronaldo. Direito Ambiental das Cidades: questões teórico-metodológicas. In COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

FARIAS, Talden; ALVARENGA, Luciano J. A (in)justiça ambiental e o ideário constitucional de transformação da realidade: o direito em face da iníqua distribuição socioespacial de riscos e danos ecológicos. PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano J. AUGUSTIN, Sérgio Augustin (Orgs.). *Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica*. Caxias do Sul, RS: EducS, 2014.

FIORILLO, Celso A. O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 1, n. 1, p. 11-46, 2011.

FREITAS, Carlos Machado de; PORTO, Marcelo Firpo. *Saúde, ambiente e sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2006.

GRAF, Ana Cláudia Bento. "Água, bem mais precioso do milênio: o papel dos Estados". *Revista CEJ*, v. 4, n. 12, p. 30-39, 2000.

GUIMARÃES, Virgínia Totti; ACSELRAD, Henri (orientador). *O licenciamento ambiental prévio e a localização de grandes empreendimentos: o caso da TKCSA, em Santa Cruz, Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2011. 119p. Dissertação de mestrado – Universidade Federal do Rio de Janeiro; Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Commonwealth*. El proyecto de una revolucion del común. Madri: Akal, 2011.

MATTEI, Ugo. *Bienes comunes*. Un manifesto. Madrid: Ed. Trotta, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. *Sequencia: Estudos jurídicos e políticos*. V. 21 n. 41 (2000), p. 113-136.

MOREIRA, Danielle de Andrade; GUIMARÃES, Virgínia Totti. A complexidade do dano ambiental e seus reflexos da

responsabilidade civil e administrativa no Brasil: solidariedade e divisão democrática dos riscos e danos. In: ARAGÃO, Alexandra; BESTER, Gisela Maria; HILÁRIO, Gloriete Marques Alves. (Org.). *Direito e ambiente para uma democracia sustentável*. Curitiba: 2015, v. 1, p. 143-171.

NABACK, Clarissa; GUIMARÃES, Virgínia Totti. Disputas em torno da moradia e do meio ambiente na região da Barra da Tijuca: os casos da Vila Autódromo e do Campo de Golfe Olímpico. In: XVIII ENANPUR Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional, 2017, São Paulo. Desenvolvimento, *Crise e Resistência*: quais os caminhos do planejamento urbano e regional? São Paulo: FAUUSP, 2017. v. 1.

NEGRI, Antonio. La constitucion de lo común. In *Redes.com* n. 3, 2006, p. 171-177.

OST, François. *A natureza à margem da Lei*: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PIOVESAN, Flávia. O direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988. In BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e as funções essenciais à justiça*: o papel da advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. In SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 1, n. 1. São Paulo, 2004, p. 21-48.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. 2. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTILLI, Juliana. Os ‘novos’ direitos socioambientais. *Revista Direito e Justiça*: Reflexões Sociojurídicas. Ano VI, n. 9. Porto Alegre: Ed. PUC-RS, novembro 2006.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. In SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. “O direito de ser povo”. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TEPEDINO Gustavo; SCHREIBER Anderson. “A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 6 - Junho de 2005, p. 101-119.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-342.

VITORIANO E SILVA, Marcela. “O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do Direito para o futuro”. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 115-146. Julho/Dezembro de 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst., 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUJEITOS DO PERFORMATIVO JURÍDICO II: UMA RELEITURA DO “POVO” NOS MARCOS DE GÊNERO E RAÇA

Camilla de Magalhães
Gomes

Doutora em Direito,
Estado e Constituição pela
Universidade de Brasília.
Professora de Direito
Penal e Processo Penal da
UniCEUB e Professora do
Projeto de Extensão de
proteção a mulheres vítimas
de violência Doméstica
– (PROVID) da UniCEUB.
camillamaggio@gmail.com

Recebido: março 30, 2018

Aceito: dezembro 3, 2018

Subjects of the Legal Performative II: A Rereading of “People” in the Framework of Gender and Race

RESUMO

Guiado por um propósito geral de introduzir a corporeidade na teoria jurídica, este artigo serve como parte de uma investigação sobre as possibilidades de uma teoria do humano no Direito que seja expansiva. Para isso, utiliza-se das matrizes teóricas da performatividade e da decolonialidade. Essa leitura permite tanto reconhecer o Direito como violência, quanto nele encontrar possibilidades de uso de sua linguagem para construir sentidos expansivos. E é com isso em mente que um dos institutos que falam do *humano* no Direito é analisado: o *povo*. Quem é o povo? Quem é essa instituição definida no ato de promulgação da Constituição? E quem *não* é o povo – ou ao menos ainda não? Proponho, então, ler o povo como ato de fala performativo e, ao fazer essa leitura, permitir que as corporalidades antes produzidas como abjetas agora sejam nossa forma de reinscrever o sentido do humano no Direito.

Palavras-chave: Povo; Raça; Sexo/Gênero; Constituição; Performatividade; Decolonialidade.

Guided by a general purpose of introducing corporeity into Legal Theory, this article serves as part of an investigation of the possibilities of a theory of the human in the Law that is expansive. For this, the theoretical framework of performativity and decoloniality are used. This reading allows both to recognize Law as violence, but also to find possibilities of using its language to build expansive senses. And it is with that in mind that one of the institutes that speak of the *human* in Law is analyzed: the *people*. Who are the people? Who is this institution defined in the act of the promulgation of the Constitution? And who is *not* the people – or at least not yet? I propose, therefore, to read the people as a performative speech act, and in doing this reading allow corporealities formerly produced as abject now be our way of reintroducing the meaning of the human in Law.

Keywords: People; Race; Sex/Gender; Constitution; Performativity; Decoloniality.

INTRODUÇÃO: ENTRE O EU E O NÓS¹

Em outra oportunidade, escrevi² que o Direito é, em grande parte, um ato de fala performativo, retirando tal forma de pensar a linguagem e o próprio Direito (como linguagem, como estrutura e como fenômeno) tanto da formulação original de John Austin³, quanto das revisitações promovidas por Jacques Derrida⁴, Judith Butler⁵, Shoshana Felman⁶ e outras. Para esse artigo, quero ensaiar outra proposta, a partir dessa primeira e anterior leitura sobre o fenômeno jurídico: pensar como as formas de teorizar sobre o *corpo* e o *direito* permitirão fazer de outro modo o *humano* entrar no *jurídico*.

Em meu trabalho de tese, com a articulação performatividade-decolonialidade, escolhi dois termos da Constituição que podem

¹ A referência é uma inspiração retirada do texto de Angela Harris *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory* (1990). Uso a inspiração para pensar os dois institutos jurídicos que representam esses polos: a dignidade da pessoa humana – o eu – e o povo – o nós. A primeira discussão realizada a esse respeito foi feita no artigo *Os sujeitos do performativo jurídico – relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça* (2018b), quando examinei o primeiro instituto – a dignidade da pessoa humana – motivo pelo qual o presente trabalho se insere como uma continuação e, por isso, identificado com o número II ao final do título.

² MAGALHÃES GOMES, 2017a.

³ AUSTIN, 1975.

⁴ DERRIDA, 1991, 2010.

⁵ BUTLER, 1993, 1997, 2003.

⁶ FELMAN, 2003.

Apesar de toda a resistência aos universalismos na teorização sobre o humano – com a qual concordo – produzidos na e pela modernidade, há no seu uso quase uma inevitabilidade: em algum sentido, de algum modo, acabamos por recorrer a uma concepção universal ou total.

permitir essa entrada: no lugar de Estado, nação ou cidadania, trabalho o *povo*. No lugar de sujeito ou indivíduo, trabalho a *dignidade da pessoa humana*. Para buscar respostas a respeito da possibilidade de uma teoria e narrativa expansivas do humano para o Direito, submeti, então, os dois institutos jurídicos que parecem representar a oposição universalidade-individualidade em matéria de *humano* a uma leitura performativa-decolonial para discutir como, com a recusa das múltiplas corporalidades, em um contexto latino-americano e brasileiro, sob o performativo da colonialidade, essas categorias foram ambas preenchidas ou construídas sob um mesmo ideal: aquele da matriz ideal branco e cis-heteroconforme⁷. Fazer essa leitura não significa advogar o abandono dessas categorias, mas promover deslocamentos discursivos para permitir outros usos dessa linguagem. Apesar de toda a resistência aos universalismos na teorização sobre o humano – com a qual concordo – produzidos na e pela modernidade, há no seu uso quase uma inevitabilidade: em algum sentido, de algum modo, acabamos por recorrer a uma concepção universal ou total. Se é possível, em algum momento ou sentido, teorizar sobre direito ou política sem esse recurso, ainda não consigo responder. Os dois campos, em grande medida, exigem alguma nota de universalização para operar. O que quero, então, reconhecendo essa inevitabilidade,

⁷ Antes de continuar, o que quero dizer com uma matriz ou ideal branco cis-heteroconforme: com isso me refiro à como, no marco da colonialidade, são produzidas linguagens sobre os sujeitos que são linguagens sobre seus corpos e que, construídas na articulação de corpo, sexo, gênero e raça, servem a preencher o que será identificado como a dicotomia fundante da colonial-modernidade, a que opõe humanos e não humanos e que, assim, produzem (des)humanidades a partir de um referencial ou ideal: o de homens brancos, que se apresentam como hetero-orientados e com identidade de gênero corresponde ao sexo atribuído no nascimento. Considerada essa matriz ou ideal e considerando que o Direito está nela inserido ao mesmo tempo que a (re)produz, para tentar encontrar essa expansão, é preciso ter e usar o corpo na teoria, tomando-o como lugar e fonte de linguagem e significação, lugar e fonte de subjetivação, lugar e fonte de humanidade. Ao mesmo tempo, tomar o corpo aqui não quer dizer que haja um sentido que dele emana. Tomar a corporeidade para teorizar é pensar em como os corpos e quais corpos são tornados possíveis. E por isso não basta falar em homens e mulheres e em igualdade: não é como corpos de homens e mulheres que manejo essa categoria, afinal, se assim pensar, cairei na operação da colonialidade que esbocei acima e que nega humanidade, em se tratando do caso latino americano e brasileiro, a pessoas negras e indígenas e aos que não se conformam ao sexo e/ou gênero da matriz ou ideal. Preciso ainda fazer notar que uso o termo *heteroconformes* pela seguinte razão. Como aponta Rita Segato, o termo heterossexualidade não é suficiente e “diz muito pouco sobre a real sexualidade do patriarca” (SEGATO, 2016, 617). No entanto, não estou convencida de que a substituição deste termo por *paterfamilias* – como é a escolha de Segato – dê conta do que quero dizer. Uso, então, a partir do trabalho de Viviane Vergueiro, a ideia de *conforme*, para indicar uma conformidade (ainda que aparente) a uma norma. (VERGUEIRO, 2015). Em alguns momentos, uso como sinônimos ou simplificações os termos *matriz colonial* ou *matriz heterossexual*.

é retomar categorias que guardam essa característica para que possamos utilizá-la a favor do humano expansivo⁸ e, agora, apresento essas elaborações feitas a respeito da primeira categoria ou instituto tomado para análise: o *povo*.

Para isso, primeiro realizo uma breve análise do texto constitucional como performatividade. Essa será a base para poder tomar o *povo* como ato de fala performativo, o que será feito na sequência. Esse movimento será essencial para abriremos tal categoria de um Estado Democrático de Direito, categoria que, como dito acima, representa uma das entradas do “humano” no Direito. Com esse percurso realizado, a articulação corpo-sexo-gênero-raça será o instrumento para reler o povo, nesse caminho expansivo a que me propus.

1. DIREITO E CONSTITUIÇÃO COMO ATOS DE FALA PERFORMATIVOS

Quando falamos de atos de fala performativos, estamos falando da teoria de John Austin, que divide os atos de fala em constata-tivos – aqueles por meio dos quais descrevemos ou constatamos algo e que, portanto, se sustentam em um referente externo – e atos de fala performativos – aqueles por meio dos quais *fazemos* algo e que, portanto, não se sustentam nesse referente externo⁹. Quero me estender um pouco mais nesse ponto, para trazer tais formulações para o objeto aqui analisado – o povo. Muito dos exemplos utilizados por John Austin na construção da sua teoria sobre os atos de fala performativos foram exemplos do mundo jurídico: casamentos, contratos, sentenças, condenações, vereditos... A razão para tal não está em uma simples coincidência ou em uma escolha aleatória de exemplos, afinal, um ponto destacado pelo autor ao falar dos performativos é sua dimensão convencional, ritual. Tal é, inclusive, um dos critérios do conjunto para o funcionamento do performativo para ele: a existência de um “procedimento convencionalmente aceito que apresente um determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, em certas circunstâncias” além

⁸ A ideia de expansividade foi desenvolvida por mim em TÊMIS TRAVESTI – as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito. (MAGALHÃES GOMES, 2017b).

⁹ AUSTIN, 1975.

O direito é uma instância de criação, um conjunto de textos que representam atos de fala performativos: as afirmações do texto jurídico são, em uma quantidade significativa de vezes, performativas, fazem algo no momento em que são proferidas.

de que “as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado”¹⁰. Era-lhe tão óbvio que os atos jurídicos guardavam dimensão performativa que o surpreendia não terem os juristas percebido essa dimensão da fala e atribui essa *falha* a uma obsessão desses em considerar que “os proferimentos legais e os proferimentos usados em, digamos, “atos legais”, tenham que ser de algum modo declarações verdadeiras ou falsas”¹¹.

Não deve ser nenhuma surpresa, assim, tomar o fenômeno jurídico diante de tal teoria. Luis Alberto Warat apontava que “[A]s normas jurídicas, por exemplo, contém sempre uma instância performativa”¹². O que digo aqui talvez vá um pouco mais longe: o Direito é performatividade. Seus atos de produção, aplicação, interpretação – textos, discursos, decisões, teoria – são atos de linguagem performativos. Uma leitura do direito como performatividade nos mostra que tal teoria serve para pensar tanto o direito como teoria quanto como lei. Não se trata, então, de falar de *linguagem descritiva x linguagem prescritiva*, uma vez que ambas têm potencial ou são em si mesmo performativas. Afinal, falar o que o direito “é” também é em si *agir*, é construir um sentido para o direito, *construir* o direito. A filosofia e a teoria do direito têm suas dimensões performativas e, portanto, não configuram apenas metalinguagens que falam de uma linguagem-objeto, o que significa dizer que ambas cumprem “importantes funções políticas e ideológicas”¹³.

O direito é uma instância de criação, um conjunto de textos que representam atos de fala performativos: as afirmações do texto jurídico são, em uma quantidade significativa de vezes, performativas, fazem algo no momento em que são proferidas. Ao contrário, então, do que se possa imaginar, o Direito poucas vezes traz uma linguagem constativa, de mera observação e descrição de uma realidade. A narrativa jurídica é performativa e “constrói sentidos e cria mundos”¹⁴, cria, no golpe de força de sua instauração, a realidade

¹⁰ AUSTIN, 1990, p. 31.

¹¹ AUSTIN, 1990, p. 34.

¹² WARAT, 1995, p. 66.

¹³ WARAT, 1995, p. 55.

¹⁴ NIGRO, 2008, p. 208-209.

O performar quer significar *fazer por meio de palavras* e esse criar realidades tem então o sentido de que a linguagem jurídica não *constata* nenhum dado ou natureza, mas faz aquilo que declara.

que diz apenas descrever¹⁵. Sentenças, contratos, casamentos, constituições de empresas, ... o *verbo* jurídico performa a todo momento, cria realidade, “o verbo realiza ações ao invés de descrevê-las, e tais ações se constituem em atos jurídicos. Nesse entendimento, dizer é fazer, e o verbo enunciado assume o caráter performativo”¹⁶. Isso, porém, já nos parece bem óbvio: que a/o magistrada/o, ao aplicar o texto legal, cria realidade, faz do sujeito culpado, dissolve uma relação matrimonial, desfaz uma pessoa jurídica. Declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva: a decisão judicial (sentença) nas suas já clássicas modalidades é um *fazer* (e nem falo aqui em um “fazer justiça”).

Mas não só o Direito como atividade judicial assim se manifesta. Quando digo que o direito é um performativo, o que quero dizer é que o *Direito* é um performativo: os textos constitucionais, legais e os textos da chamada “doutrina” ou “teoria” também são performativos. Prescrição e descrição aqui não são tomadas como notas distintas de duas instâncias do Direito (a lei e a teoria), pelo contrário, performatização aqui é o critério para analisar todo esse fenômeno jurídico-legal que cria uma realidade. E quando digo que o Direito como performativo *cria* uma realidade, não estou falando apenas que ele cria a si mesmo, como autopoiese, como ato de criação da própria norma jurídica. Falo da criação de *realidades* e aqui uma me interessa: a realidade do “humano” na matriz colonial do gênero, por meio do uso de categorias como povo, dignidade da pessoa humana e sujeito de direitos.

Há que se tomar o cuidado, no entanto, quando se diz algo como “O Direito *cria* realidades”. O sentido do *criar* é o sentido do *performar* e, desse modo, não quero dizer que com a promulgação de uma lei a realidade social é imediatamente transformada, como numa relação causa e efeito. O performar quer significar *fazer por meio de palavras* e esse criar realidades tem então o sentido de que a linguagem jurídica não *constata* nenhum dado ou natureza, mas *faz* aquilo que declara. O Direito como performatividade significa, portanto, que dificilmente encontramos um *a priori* apenas descrito ou constatado pelo discurso jurídico e tal se aplica ao Direito de

¹⁵ DERRIDA, 1991, p. 363.

¹⁶ MACIEL, 2008, p. 2-3.

O Direito como uma criação jurídica, normativa e estatalmente instaurada ganha significados ainda mais destacados quando falamos em construção de narrativa constitucional.

modo geral, mas também, no que interessa ao trabalho de modo específico, a própria Constituição e a institutos seus como o povo e a dignidade da pessoa humana. A linguagem jurídica não descreve sujeitos, ela os cria ao dar significados diferentes a eles, ela cria a ficção do “sujeito de direitos”. Não há um *referente externo, prévio e defronte* apenas descrito pela linguagem jurídica. Ademais, em sentido filosófico – e isso nos interessa pois falamos de direitos “humanos” e sobre o sentido do humano e de suas corporalidades que escapam aos sentidos estabelecidos –, o constativo é sempre em alguma medida performativo¹⁷.

Quando digo, então, que Direito como texto teórico e como texto legal é um ato de fala performativo, estou dizendo, por consequência, que a promulgação de uma Constituição é um ato de fala performativo e que a própria Constituição também o é. Isso significa que: (i) os *termos* utilizados na Constituição constituem, muitas das vezes, atos de fala performativos; (ii) como Constituição de um “Estado Democrático de Direito” sob o poder de um “povo”, a carga performativa – ou a força performativa – dessa espécie de ato de fala jurídico é ainda mais significativa: constrói-se um povo – ato performativo – ou reconhece-se um povo já existente ao descrevê-lo – ato constativo? Constrói-se um Estado Democrático de Direito – ato performativo – ou reconhece-se – ato constativo? A aposta aqui é que ambas as questões são respondidas com a performatividade. O texto jurídico é ato, é “ação manifestada pelo verbo”¹⁸. O Direito como uma criação jurídica, normativa e estatalmente instaurada ganha significados ainda mais destacados quando falamos em construção de narrativa constitucional. Por um lado, porque estamos falando da “criação” de um “povo”, daquelas pessoas que estão sujeitas ao Direito, daqueles em nome do qual o Direito diz falar. De outro lado, porque essa “criação” atribui alguns sentidos sobre questões como “sujeito”, “pessoa humana”, “dignidade” que precisam ser relidas a partir do que são: não meras constatações de uma realidade ou de uma natureza, mas atos performativos que estão sujeitos à

¹⁷ BUTLER, 1993, p. 11.

¹⁸ “Nesse sentido, se compreende a afirmação de Greimas (1976, p.88): “A enunciação inicial: “O Presidente da República promulga a lei cujo teor é o seguinte não é somente a expressão de um querer coletivo delegado: enquanto enunciação, ela instaura à maneira do fiat divino o conjunto de enunciados jurídicos que somente existirão em virtude deste ato performador inicial” (MACIEL, 2008, p. 4).

interpretação, afinal, ser performativo já quer dizer ser interpretação.¹⁹ Assim, é possível dizer que o componente performativo da Constituição não está apenas naqueles elementos de ritual, autoridade, convencionalidade, competência²⁰. A convencionalidade, sem dúvida, é um componente dos atos jurídicos, sejam eles legais ou judiciais. A Constituição como performativo está também e principalmente no fato dela *performar* condições, estados, direitos, obrigações, relações entre aqueles a esse texto submetidos. É esse “ato performador inicial” que é objeto de análise aqui. O promulgar,²¹ no preâmbulo da Constituição,

tece uma rede de performatividade que perpassa o texto constitucional e sobremodaliza os verbos que, em nome da lei, executam atos jurídicos, tais como definir princípios, determinar a organização estatal, garantir direitos, estabelecer metas, atribuir poderes, reconhecer competências, ordenar, permitir e proibir condutas. Assim, a força ilocucionária do verbo promulgar gera um conjunto de enunciados performativos que transformam a totalidade do texto constitucional em um macroato de fala capaz de produzir efeitos legais no momento em que, atendidas todas as condições institucionais, no quadro semiótico do universo jurídico, o documento entra em vigor²².

Jacques Derrida, em *Declarations of Independence*²³, faz uma leitura sobre (rascunhar) a Declaração de Independência norte-americana como ato performativo, lendo o documento constitucional como performatividade. Uma leitura dessa mesma natureza é rea-

¹⁹ A força performativa é sempre uma força interpretativa: “Segundo Derrida (1990), a *pensée* de Pascal alcança a mais intrínseca estrutura, normalmente negligenciada pela crítica da ideologia jurídica, qual seja, a força performativa que é sempre uma força interpretativa e que está lá, no momento de fundação e justificação do direito. Neste momento (do ato fundador), o direito mantém uma complexa relação interna com a força (o poder ou a violência) e a justiça (no sentido de ou como direito), igualmente, vai experimentá-la; isto é, da operação que consiste em fundar, inaugurar, justificar e fazer o direito, um golpe de força, uma violência performativa e, assim, interpretativa, que em si mesma não é justa nem injusta e que justiça ou lei anterior alguma poderia garantir, contestar ou invalidar” (CHUEIRI, 2011, p. 804).

²⁰ MACIEL, 2008, p. 2-3.

²¹ Para Anna Maria Becker Maciel “são performativos os enunciados legislativos que decretam, promulgam, definem, criam, nomeiam, demitem, exoneram, autorizam, proíbem ou permitem, bem como os enunciados judiciais que absolvem, condenam ou dão quitação” (...). “Tais enunciados, centrados em verbos performativos, quando emitidos nas condições legais previstas, são a causa do surgimento de fatos. Na realidade, tais verbos determinam mudanças no espaço jurídico, seja porque criam ou anulam entidades, ou porque alteram as relações entre pessoas, ou até alteram as próprias pessoas, conferindo-lhes poderes, diretos ou obrigações que não possuíam.” (MACIEL, 2001, p. 115).

²² MACIEL, 2008, p. 9.

²³ DERRIDA, 2002.

lizada por Hannah Arendt em *On Revolution*²⁴. A diferença entre as leituras, como examinado por Bonnie Honig em *Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic*²⁵, está em como cada um identifica o momento performativo e a presença de atos de fala constatativos no texto, em especial o recurso a uma verdade autoevidente: a referência a Deus. Enquanto Arendt entende que tal referência é desnecessária e fruto de uma insegurança dos fundadores no poder da performatividade – para Arendt o ato se sustenta por si mesmo, a força é da própria Revolução é isso que o fez *permanecer* –, Derrida entende que o recurso a um absoluto, a uma verdade autoevidente, a um constatativo é inevitável: todo ato fundacional se sustenta em um constatativo²⁶, como recurso consciente ou não, deliberadamente ou não. E com o Direito não poderia ser diferente, afinal, na teoria do autor, o Direito não tem fundamento, como performativo ele funda a si mesmo, mas recorre sempre a um constatativo que o sustente. Talvez por uma operação fundacional, por uma deliberada operação de esconder essa autofundação como ato de violência... Parece-me, contudo, que esse recurso realmente seja inevitável, afinal, em última instância, a autofundação (revolucionária ou não) do Direito traz um “elemento comum e imutável que se refere a “homem” ou natureza humana e torna legítimo o legislador e os conteúdos variáveis que abrem novas áreas de prerrogativa e livre atuação”²⁷. Faço essas explanações para agora perguntar: no contexto da Constituição Brasileira de 1988, seriam o *povo* e a *pessoa humana* essas verdades autoevidentes em que se sustenta a fundação performativa? Ou será que também podemos ler esses institutos como performativos? Seria o *povo de onde todo o poder emana* (uma das) a verdade autoevidente a que recorre o ato de fala constitucional para esconder seu ato fundacional sem fundamento? Ou seria esse povo também uma performatividade instaurada pelo ato fundacional? É o desafio proposto nessas perguntas que os próximos tópicos procuram enfrentar.

²⁴ ARENDT, 1990.

²⁵ HONIG, 1991.

²⁶ HONIG, 1991, p. 108.

²⁷ DOUZINAS, 2009, p. 107.

“Quem é esse povo?”, no entanto, pergunta Muller. No ato fundacional, esse povo não existe, mas é criado, como conceito, como uma universalidade que serve como categoria jurídica e política.

2. QUEM É O NÓS DO “POVO”?

O que significa o conceito de povo? Onde, como e por que o utilizamos? Fabio Konder Comparato, em texto em homenagem a Friedrich Muller, comenta que tal conceito não é descritivo, mas “claramente operacional”, afinal ele não está descrevendo uma realidade “definida e inconfundível da vida social”. Mais do que operacional, eu diria, trata-se de um ato de fala performativo, uma criação. Afinal, como o próprio autor completa, o que o conceito faz é “encontrar, no universo jurídico-político, um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas”²⁸. Para Muller, trata-se de um conceito “artificial, composto, valorativo” e, sempre “um conceito de combate”²⁹. “Quem é esse povo?”, no entanto, pergunta Muller. No ato fundacional, esse povo não existe, mas é criado, como conceito, como uma universalidade que serve como categoria jurídica e política. O “povo brasileiro” que instaura o Estado Democrático Constitucional de Direito em 1988 é criado, num “golpe de força”, como um “conjunto” de homens e mulheres iguais perante a lei. Mas qual o motivo de se usar esse termo? Para Muller, há um objetivo nesse uso: a legitimação do sistema político constituído³⁰, eles precisam justificar-se como toda forma de poder. E esse “é um tipo de legitimação que tranquiliza em vez de criar transparência”.³¹ É importante destacar que Muller entende não haver exclusão *primária* – silêncio constitucional – sobre grupos determinados no texto brasileiro³². A expressão “promover o bem de todos, sem

²⁸ COMPARATO, 1997, p. 213.

²⁹ Comenta que o povo é hierarquizado internamente nos sistemas, por diversos critérios e considera o critério de gênero o mais universal. O povo aqui é um conceito seletivo, mas também um conceito de combate. Fica incerto, então, o conceito do governo “of the people” (MULLER, 2013, pp. 80-1).

³⁰ MULLER, 2013, p. 49.

³¹ MULLER, 2013, p. 113. Muller ainda diz: “Não se perguntou aqui o que significa a palavra povo, mas como ela é utilizada onde e por quem. No discurso do direito. Ali: em textos de normas, sobretudo constitucionais, muito raramente em textos de normas legais. Por vocês: os constituintes, os legisladores, os guardiões da lei.

Por que vocês utilizam essa palavra aí? Para gritar pelo alto-falante: circular, circular, não há nada a descobrir aqui!

A palavra povo não é utilizada por vocês para dizer quem seria esse povo, afinal de contas. O povo é pressuposto para que vocês possam falar de outra coisa, mais importante: NÓS SOMOS LEGÍTIMOS!

Com a expressão POVO, que está a mão de vocês, com esse instrumento meramente objetual no sentido de São Martinho, vocês apontam para o peito estufado dos heróis que vocês pretendem ser: *populus lo volt*. São vocês os que significam isso; é esse então o significado de povo” (MULLER, 2013, p. 42).

³² MULLER, 2013, p. 93.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” indicaria a proteção de todas as pessoas, sem distinção. Para o autor, no povo como destinatário das prestações jurisdicionais não haveria exclusão e esta acontece apenas por meio da atuação do Estado que retira a dignidade dos excluídos³³. Mas seria mesmo correta essa ideia de Muller? Ou melhor, como poder dizer que essa interpretação por ele feita – de que não há silêncios ou exclusões de sujeitos no ato de fala constitucional – pode se aproximar da realidade? O simples uso do termo *povo, pessoa humana* e da expressão “quaisquer outras formas de discriminação” é suficiente para dizer que todas as vivências do humano são constitucionalmente reconhecidas? Ou precisamos de uma outra forma de interpretar esses termos para que possamos fazer caber mais do e no humano?

A primeira questão a se destacar é que, quando falamos de performatividade, falamos de atos que funcionam por meio de *forças* e *efeitos*, porque não descrevem nada, mas se pretendem a criar algo por meio do falar.³⁴ Quando falamos de performatividade do Direito, identificamos como essa *força* é sinônimo de autoridade e, especialmente, de violência³⁵, afinal, se seus atos não são puras descrições, para que possam produzir os efeitos que pretendem, requerem sempre essa dose de força, autoridade, coerção e, assim também, violência³⁶. Falar, então, que o ato de fala constitucional – e sua *criação performativa de povo e sujeitos* – é uma violência pode causar certa angústia. Pode levar a uma compreensão de que, assim, advogaria o abandono do constitucionalismo e dos direitos fundamentais como campo de expansão do humano. O caminho é exatamente o contrário: reconhecer a violência do e no Direito, ao dizer seu caráter performativo, coloca em nossas mãos ferramentas poderosas. Passa por retirarmos o véu de intocabilidade de supostos constatativos presentes na Constituição para permitirmos dela retirar mais, assumindo que a argumentação que relaciona direito e

³³ MULLER, 2013, p. 90.

³⁴ A esse respeito cf. AUSTIN, 1975; DERRIDA, 1991a. BUTLER, 1997.

³⁵ A noção de Direito e lei como força e violência vem de Força de Lei (DERRIDA, 2012) e de Para uma crítica da violência (BENJAMIN, 2013). Uso no texto as noções de violência instauradora e mantenedora como propostas por Benjamin, para lembrar que o Direito é (ou requer) violência no momento em que instaurado, mas também que ele se perpetua ou se mantém também com e como violência.

³⁶ Mais a esse respeito em *Violence and the word* (COVER, 1986).

É o povo brasileiro, que se declara agora o soberano de um Estado Democrático Constitucional de Direito. O “nós” da Constituição fala em nome do povo, pelo povo e para o povo. Mas essas pessoas não existem.

violência não vale apenas para instâncias em que esse atributo ou relação pareça óbvio como os ramos do sistema penal – direito penal, direito penitenciário, execução penal, processo penal. Vale para todo o ordenamento jurídico e vale com maior destaque para aquele ato normativo em que se funda tal ordenamento: a Constituição. O fato de ser esse texto uma “*carta de direitos*”, um documento normativo que estabelece direitos e garantias para o cidadão contra o arbítrio do Estado não faz dela menos violenta em sua função instauradora. Mesmo no tratamento dos direitos fundamentais o direito se faz assentado em sua violência instauradora e se perpetua assentado em sua violência mantenedora. Nessa perspectiva, não há igualdade dentro do direito, apenas “*na melhor das hipóteses, violências da mesma grandeza*”³⁷. A igualdade é ao mesmo tempo uma ficção instauradora do direito e uma sua meta. Não se faz real no ato declaratório, nem é real antes dele, mas pode – e deve – ser lida para ser *feita* realidade.

Aquele que assina, então, faz mais do que apenas apor seu nome em um ato declaratório como representante de um grupo: participa do ato performático que, ao mesmo tempo, o legitima como representante com poderes de assinatura no próprio ato de assinatura e, a partir dele, fala e assina em nome dos representados³⁸. A violência instauradora do direito, ao mesmo tempo em que declara algo, cria aquilo que declara e o principal momento dessa criação é a assinatura do documento constitucional de um país. Por isso falar em *performar* o povo. Por direito, então, o assinante (*signer*) é o “bom povo”, que se declara livre e independente pela substituição de seus representantes e de seus representantes de representantes³⁹. É o povo brasileiro, que se declara agora o soberano de um Estado Democrático Constitucional de Direito. O “nós” da Constituição fala em nome do povo, pelo povo e para o povo. Mas essas pessoas não existem. No contexto da Declaração de Independência, elas não existem como uma entidade, a entidade não existe antes da declaração, não como tal. Se ele (povo) dá à luz a si mesmo, como sujeitos livres e independentes, como possíveis assinantes, isso pode se segurar apenas no ato de assinatura e a assinatura

³⁷ BENJAMIN, 2011, p. 149.

³⁸ DERRIDA, 2002, p. 47.

³⁹ DERRIDA, 2002, p. 49.

inventa o assinante⁴⁰. Essa realidade não corresponde completamente ao que ocorre com a Constituição Brasileira de 1988, entretanto, pode ser bem útil à análise que aqui se faz. O povo brasileiro que instaura o Estado Democrático Constitucional de Direito em 1988 é criado⁴¹, num “golpe de força”, como esse “conjunto” de homens e mulheres iguais perante a lei.

Assentado sobre um fundamento místico, a lei – o Direito – apoia-se sobre si mesmo: é uma violência sem fundamento. Antes de qualquer legitimação que se pretenda construir tanto para seu conteúdo quanto para o procedimento por meio do qual ele é produzido, sustenta-se em um ato de crença e em uma crença em uma universalidade supostamente falante que concede legitimidade àqueles que deliberarão e assinarão a Constituição. Universalidade esta que tem por unidade mínima o duo “homem e mulher”, os gêneros reconhecidos pela matriz colonial. Essa força não existe apenas do ato de fundação, claro: existe também na violência de manutenção do direito, que resiste às contra-violências que pretendem alterar o conteúdo do direito⁴², como os movimentos por reconhecimento de direitos de minorias, por políticas de identidade e por ações afirmativas.

Diríamos, por consequência, que a promulgação da Constituição – a nossa violência instauradora – ao utilizar as expressões “*Nós, representantes do povo brasileiro*”, “*Todo o poder emana do povo*”, “*Todos são iguais perante a lei*”, “*homens e mulheres*” cria esse povo e esses homens e mulheres que diz tão somente representar ou falar por. Do mesmo modo, a violência mantenedora formata, por meio da criação de leis e de decisões judiciais, os corpos possíveis do Direito, os homens e mulheres que se amoldam à definição “original” do ato de criação. Na construção da identidade, a definição do acei-

⁴⁰ DERRIDA, 2002, p. 49

⁴¹ Como aponta Bruno Bosteels, se há um ato envolvido, não é possível falar em identidade evidente: “If an act is involved to begin with, the clearly we are not dealing with the evidence of an already given identity” (BOSTEELS, 2016, p. 5). E segue (...) As I have tried to show, via one line of thinking that links Rousseau to some of Althusser’s best-known disciples, this also means that there is no people before the act, by which a people becomes a people in the first place; and even afterward, the people are never one or homogeneous but many and internally divided. In sum, far from constituting a stable identity derived from a preordained essence that would have been racially, ethnically, linguistically, culturally, or ontologically definable, “people” here serves as a name – one among others – for the political process that produces its own subject, while reminding us that without an element of subjectivization there can be no politics” (BOOSTELS, 2016, p. 20).

⁴² BENJAMIN, 2011, p. 155.

É preciso analisar a promulgação de uma Constituição como ato que se autodeclara a voz do povo – por representação, vale lembrar –, baseado na ficção pressuposta de uma universalidade falante que desconhece particularidades e fazer isso lendo-a como performativo, o que significará fazer tal leitura a favor do povo e das particularidades dos sujeitos.

to e do abjeto justificam o direito (em sua violência instauradora – a instituição “democrática” da constituição por representantes do “povo” e em sua violência de manutenção ao instituir regras da constituição da identidade a partir da matriz heterossexual).

Mas foi dito: não se trata de um constatativo. Mesmo povo, mesmo homens e mulheres, não são uma descrição. Neste trabalho, esses termos são tomados como performativos. Agora que lemos a Constituição e o povo como performativos, que outras leituras são possíveis? Quem é o povo? Quem é essa instituição definida no ato de promulgação da Constituição? E quem *não* é o povo – ou ao menos ainda não? Há indivíduos não *sujeitos* d(n)essa declaração? Como a (instauração) da Constituição na voz e pela voz e para a voz do “povo” dentro de uma matriz branca e cis-heterconforme delimita os corpos possíveis para o direito?

Se o performativo não tem um referente externo que descreve ou constata, se então a Constituição é um performativo, o que ela *cria e mantém* em sua força performativa? Que tipo de efeitos essa consideração pode produzir? É preciso analisar a promulgação de uma Constituição como ato que se autodeclara a voz do povo – por representação, vale lembrar –, baseado na ficção pressuposta de uma universalidade falante que desconhece particularidades e fazer isso lendo-a como performativo, o que significará fazer tal leitura *a favor* do povo e das particularidades dos sujeitos. A aposta aqui feita é a de que, no que tange a povo e dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais correspondentes, o ato de fala constitucional é uma cadeia histórica de linguagem que forma performativos perlocucionários⁴³, atos que, segundo Austin, funcionam por meio da produção de efeitos. São aqueles por meio dos quais “dizendo algo estamos fazendo algo”, ou seja “o que resulta de ou o que alcançamos ao dizer algo” (persuadir, convencer, surpreender...) produzimos porque dissemos algo⁴⁴, são ações que são performadas em virtude de consequências das palavras⁴⁵. Os efeitos das perlocuções são *resultados*. Isso porque, o ato de nomear e definir identidades não produz seus efeitos no mesmo momento em que proferido. A constituição dos “sujeitos de direitos” e o modo como esses se

⁴³ AUSTIN, 1975.

⁴⁴ AUSTIN, 1975, p. 95.

⁴⁵ BUTLER, 1997, p. 44.

identificam – e os termos mediante os quais se identificam - não se performa no momento em que o parágrafo único do artigo primeiro constitui um povo de onde todo o poder emana, poder esse fundado na *dignidade da pessoa humana*, ou a partir do momento em que se declaram “homens e mulheres iguais em direitos e obrigações” em seu artigo 5º.

Para que esse povo se constitua como tal, para que esses homens e mulheres sejam “produzidos” como seres dignos como efeito de uma voz constitucional, para que o reconhecimento de humanidade se produza com o menor conteúdo possível de exclusão, para que esse efeito como resultado se produza ou, em resumo, para que esse performativo *funcione*, há um tempo. Esses atos, assim, podem não produzir o efeito que nomeiam e aqueles “destinatários” podem recusar as formas mediante as quais são constituídos e/ou interpelados. É nessa performatividade produtiva dos efeitos de uma dignidade como processo e de um povo soberano como resultado que é possível falar do ato de fala constitucional como performatividade perlocucionária. E é no espaço-tempo entre o proferimento e a produção dos efeitos, ouvidos os corpos falantes da linguagem ordinária, que será possível vislumbrar permitir uma narrativa contra-hegemônica sobre o *povo*. Para isso, antes é preciso *desfazer* o texto jurídico-constitucional para pensar o que ele recalca, o que ele recusa, objeto do tópico a seguir.

3. OS CORPOS DO POVO

A concepção de povo é dada como um absoluto, uma universalidade homogeneizante. O recurso ao “povo” é, como dito acima, recurso legitimante, parte da ficção fundacional do performativo constitucional. Talvez, o constatativo como verdade autoevidente de que falava Derrida, ou a ficção pressuposta de que fala Butler. Mas e se tomarmos essa ficção também como performativo? E se compreendermos que o recurso a um “povo” como legitimação também é um ato de fala que *performa* esse próprio povo no momento em que declarada e que, como tal, só ganha sentido por ser iterável e que, nessa iterabilidade, ele pode ser reinscrito ao mesmo tempo que seu sentido pode ser (eternamente) adiado para fazer caber mais? Como utilizar o conceito de povo de modo a pensá-

Nossos “estrangeiros” são produzidos aqui dentro, produzidos como “sem estado” dentro do Estado e pelo Estado, produzidos como um “estado não desejado”, abjeto, excluído, mas sempre mantido “dentro” como essa amostra do que “não queremos ser”.

-lo como uma categoria expansiva que permita uma hermenêutica nem universalista (que esmaga particularidades), nem multiculturalista (que pressupõe uma equalização de diferenças a um modelo pressuposto para reconhecimento de igualdades)? Se não se trata de auto-evidência, se não se trata de declaração, revelação ou qualquer outra forma de constatação de uma natureza apenas observável, dizer o Direito performativo nos coloca tanto em posição de responsabilidade – para *fazer do* Direito mais – quanto nos permite *fazer* mais. O lugar em que esse movimento nos coloca como lugar de responsabilidade vai nos exigir um agir ético, um fazer ético. Isso significa que não há que se ter angústia diante desse movimento, desde que se tenha comprometimento.

Costas Douzinas sustenta, junto com uma longa tradição da teoria jurídica e política, que o estrangeiro é o outro constitutivo da nação⁴⁶. Concordo com esse ponto, mas gostaria de girar um pouco esse olhar e perguntar: será mesmo que esse outro constitutivo se situa apenas numa questão território-língua-soberania? Quem são os outros que, internamente, sustentam a constituição de uma nação ou povo? A exclusão é apenas a do estrangeiro? E se tomarmos, então, que essa construção de povo e nação não só olha para um outro *exterior* nesse processo de diferenciação, mas também e especialmente, para um outro *interior* nessa construção de um desejo de “quem somos”? Compreender povo e nação olhando para os intervalos, olhando as fronteiras, não significa apenas olhar o *estrangeiro*. Nossos “estrangeiros” são produzidos aqui dentro, produzidos como “sem estado” dentro do Estado e pelo Estado, produzidos como um “estado não desejado”, abjeto, excluído, mas sempre mantido “dentro” como essa amostra do que “não queremos ser”. Esse *outro* – que são outros, são muitos - é a recusa a partir da qual se constitui o ideal da matriz colonial. Não é, então, uma novidade da filosofia política que o conceito de povo seja excludente, que ele se construa, ao lado da formação de uma “nação” ou de uma “república”, como uma suposta homogeneidade que deixa de fora o não-cidadão: o estrangeiro. O que quero submeter à crítica é uma outra exclusão constitutiva, que me parece relevante ao ponto de afetar como pensamos o *humano* no Direito. A pergunta a levantar é: que outra exclusão se opera na

⁴⁶ DOUZINAS, 2009, p. 363.

conceituação de povo quando vista de uma matriz branca e cis-heterconforme? Como essa noção de cidadania afeta internamente aqueles que *desconfirmam* a “norma” sobre o humano?⁴⁷

3.1 O sexo/gênero dos corpos do povo

O que se sustentará é a ideia de que a voz constitucional *performa* identidades possíveis dentro do Direito a partir do uso das expressões “povo”, “todos”, “homem e mulher” o que significa que nenhuma dessas expressões trazem atos de fala constatativos, nem mesmo as últimas. *Homem, mulher e sexo* são conceitos, operações discursivas, performativos e, sujeitas a interpretação, sujeitas a (re) inscrições subversivas, sujeitas à abertura hermenêutica⁴⁸. Se o Direito e seus atos fundacionais possuem um contexto – que chamei de ideal branco cis-heteroconforme –, como performativos, sustentam a possibilidade de ler a Constituição para além do contexto, com fins expansivos.

O primeiro aspecto que interessa dessa violência instauradora do direito está, portanto, na “criação” do gênero dentro do direito como base da identidade social, jurídica e política: *homens e mulheres*. Quando tomados em leitura constatativa na hermenêutica constitucional, o que se faz é contribuir para que, bem mais do que reconhecer apenas esse duo de identidades, a universalização da voz na Constituição desconheça quaisquer especificidades e crie uma massa homogênea, esmagando particularidades e reconhecendo apenas os dois gêneros da matriz heterossexual: *homens e mulheres cisgênero e heteroconformes*. Essa forma de fixação dos gêneros na interpretação da Constituição é a expressão da hegemonia da ordem política das relações na matriz cis-heterossexual-colonial. Ao mesmo tempo, o estabelecimento, aplicação e interpretação dos direitos fundamentais para esses “homens e mulheres” se funda na (falsa) ideia de um consenso sobre estes como unidade mínima

⁴⁷ Uma nota sobre o termo *norma*. Nas teorias decoloniais e performativas, esse termo ganha sentido amplo. Em uma, como uma *normatividade* social, epistemológica, ontológica e política do poder, do ser e saber da colonialidade do Estado, da Nação, que coloniza e limita os seres. Noutra, em sentido próximo, como normas linguísticas e sociais – e assim também como *normatividade* social, epistemológica, ontológica e política de saberes jurídico, médico, psicanalítico, filosófico – e também do Estado. Ambas com repercussão nos sentidos do humano e de que vidas são possíveis e que outras são excluídas, violentadas, matáveis. Assim, quando uso *norma* ou *normativo*, falo nesse sentido amplo.

⁴⁸ A esse respeito MAGALHÃES GOMES, 2018a.

A voz constitucional constrói identidades possíveis dentro do Direito a partir do uso das expressões “povo”, “todos”, “homem e mulher” e também “sexo”. Mas interessa aqui nesta escrita a violência da criação do Direito: a construção do conceito de povo, da identidade, a partir da oposição homem/mulher e da exclusão daqueles que não se adequam a essa dicotomia.

do universal “povo” e sobre os direitos necessários para a garantia da “dignidade da pessoa humana”. Mas esse consenso nem existe nem é possível: nem “pessoa humana” nem “povo” são reduzíveis a “homens e mulheres” e nem há consenso sobre que direitos são necessários para tal garantia da dignidade – especialmente se considerados que esses direitos são instituídos a partir do masculino e feminino construídos naquela matriz de pensamento.

A voz constitucional constrói identidades possíveis dentro do Direito a partir do uso das expressões “povo”, “todos”, “homem e mulher” e também “sexo”. Mas interessa aqui nesta escrita a violência da criação do Direito: a construção do conceito de povo, da identidade, a partir da oposição homem/mulher e da exclusão daqueles que não se adequam a essa dicotomia. Nessa violência, entre instauração e manutenção, que não cria igualdade mas sim estabelece diferentes graus de violência (e exclusão, restrição, concessão de direitos e possibilidades de cidadania), uma leitura da Constituição Brasileira como ato de fala constatativo nos levaria a assumir que ela *fixa* quem são os sujeitos possíveis como categorias componentes do “povo” a partir do sexo: homens e mulheres. Tomar uma performatividade como constatação, como verdade autoevidente, nos fará presos a ideia de que o Direito reconhece uma ordem composta por homens e mulheres cissexuais e heterossexuais. O que acontece, contudo, quando olho para esse mesmo texto como *performatividade*? O que acontece quando penso tanto povo quanto homens e mulheres como *performatividades*, unindo direito e gênero sob a teoria da performatividade?

Como ficção, diria que o *a priori* do ato de fala constitucional aqui é o “homem e mulher”, os dois corpos generificados a partir do sexo a que só bastaria *reconhecer* e que funcionaria como base universal para reconhecer uma identidade que supostamente atravessa todos os componentes do “povo”, posto que *natural*. Em outra oportunidade⁴⁹, contudo, comentei como não há nada de *natural* nem de constatação nisso. Homens e mulheres não são verdades autoevidentes, não podem, à luz do que se vê com a teoria do gênero como performatividade, ser tomados como constatativos que sustentam a fundação do *povo*, da nação, do estado ou do

⁴⁹ MAGALHÃES GOMES, 2018a.

direito. Se o gênero é performatividade, se as identidades de gênero são um resultado de um fazer que consolida impressões sobre “ser homem” ou “ser mulher”⁵⁰, não são realidades *a constatar*, mas realidades *performadas*.

Se e quando, então, leio essas expressões como constataativos, o que faço é reforçar a ficção que funda os gêneros como estáveis, naturais, fixos, como dados a serem apenas descritos. Tal leitura cria “normas de inteligibilidade socialmente instruídas e mantidas”, que asseguram a “identidade” por meio de “conceitos estabilizadores de sexo, gênero e sexualidade”, que excluem, por consequência, todo aquele cujo gênero se mostra “incoerente” ou “descontínuo” diante da norma, os quais, diz Butler “parecem ser pessoas, mas não se conformam às normas de gênero da inteligibilidade cultural pelas quais as pessoas são definidas”⁵¹. Cria os gêneros inteligíveis:

Gêneros inteligíveis são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantem relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a “expressão” ou “efeito” de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual.⁵²

Daí se verifica a formação de uma matriz cultural de inteligibilidade, na qual certos tipos de identidade não podem existir: aquelas em que o gênero não decorre do sexo e aquelas em que as práticas do desejo não decorrem nem do sexo nem do gênero,⁵³ afinal, bastou ao direito reconhecer a “natureza” do humano genericada dentro do binário. O que acontece, no entanto, é que se trata de um performativo disfarçado de constataativo⁵⁴. Ou seja, diferente do que Arendt e Derrida falam do recurso a Deus na Declaração norte-americana (que seria também o caso da nossa), como uma verdade

⁵⁰ BUTLER, 2003.

⁵¹ BUTLER, 2003, p. 38.

⁵² BUTLER, 2003, p. 38.

⁵³ “Nesse contexto, “decorrer” seria uma relação política de direito instituído pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade” (BUTLER, 2003, p. 39).

⁵⁴ DOUZINAS, 2009, p. 106.

Parafraseando o que Judith Butler fala sobre identidade, desconstruir o povo como constatativo não significa desconstruir a política, mas justamente estabelecer que os termos pelos quais ele é articulado são políticos.

autoevidente a que se recorre como fundamento para o performativo, a referência a *povo* é mais do que isso: é uma referência legítima dada como constatação que, contudo, performa o próprio povo que diz apenas reconhecer. Se leio, então, esses institutos jurídicos como tais, ou seja, como *performatividades*, comprometo-me com o *fazer* dessas identidades, permito que os corpos desmintam a norma e possam introduzir novas vivências que expandam os limites de sua inteligibilidade. Em termos de gênero e práticas expansivas que queiram desconstruir a ficção de uma identidade como dada e permitir o acesso dos sujeitos ausentes dessa universalidade do *povo*, é preciso que essas práticas abandonem a ideia de haver uma identidade *a priori*. Conforme sustenta Butler, “não há necessidade de existir um “agente por trás do ato”, mas que o “agente” é diversamente construído no e através do ato(...) É exatamente a construção discursiva variável de cada um deles, no e através do outro, que me interessa aqui”⁵⁵.

Minha busca, nesses escritos sobre os sujeitos do performativo jurídico, é por caminhos de desconstruir as identidades dadas pela criação do Direito como forma de permitir que sujeitos excluídos nessa violência instauradora possam ter em mãos os mecanismos de inclusão jurídico-política, as condições de cidadania. Parafraseando o que Judith Butler fala sobre identidade, desconstruir o povo como constatativo não significa desconstruir a política, mas justamente estabelecer que os termos pelos quais ele é articulado são políticos. Ao fazer isso, permitimos que uma categoria com tamanha significação política possa fazer caber as “possibilidades que já existem, mas que existem dentro de domínios culturais apontados como culturalmente ininteligíveis e impossíveis”⁵⁶.

Deslocar as identidades essencialistas e fixas a partir de uma noção de gênero como performatividade exige abrir um dos conceitos mais importantes da relação democracia-direitos fundamentais que é o conceito de povo, para que nela possamos fazer caber mais, acrescentando sem somar⁵⁷, sem que haja a necessidade de adequação a uma matriz colonial de sujeitamento. O contrário também é verdadeiro: se abrimos a categoria povo nessa operação

⁵⁵ BUTLER, 2003, p. 205.

⁵⁶ BUTLER, 2003, pp. 213-214.

⁵⁷ BHABHA, 2013. Essa ideia de Homi Bhabha é o que sustentará as conclusões a este artigo.

performativa, permitimos que aqueles que *vivem a norma* possam vivê-la mesmo quando essa vivência funcione por meio de sua desconfirmação ou de seu deslocamento.

3.2 A raça e o gênero dos corpos do povo

A homogeneidade que desconhece particularidades e recusa as corporeidades na constituição de um *povo* não segue apenas a divisão binária de gênero. Afinal, como escrevi em outra oportunidade⁵⁸, raça e gênero se informam mutuamente no saber da colonialidade para designar o “não desejado”, identificado com a “natureza” e aproximado do “não-humano”. Mais do que, portanto, o outro – estrangeiro – como o exterior constitutivo do conjunto de uma nacionalidade, essa noção se assenta numa recusa de um abjeto, um interno recusado, identificado como aquilo que se é e não se deseja ser. Uma operação que se sustenta na oposição moderna de progresso-processo: a nação ocidental se forma com o desenvolvimento do povo no tempo, um processo que ocorre supostamente de modo linear, um tempo que se associa à acumulação e à distância: a nação acumula progressos e vai deixando para trás o “arcaico” e, nesse deixar pra trás o tempo é espacializado: estamos distantes daquilo que não mais desejamos ser⁵⁹. Um movimento no espaço-tempo no discurso colonial,

o movimento no espaço é análogo ao movimento no tempo. A história se forma em duas direções opostas: o progresso da humanidade, passando da privação encurvada para a direção da reta razão iluminada. O outro movimento apresenta o reverso: o retrocesso para o que chamo de espaço anacrônico (...) da vida adulta masculina, branca, na direção de uma degeneração negra primordial, geralmente encarnada nas mulheres.⁶⁰

Essa forma de narrar a nação, como aponta Mario Ruffer⁶¹ substituindo a memória (tempo da experiência) pela história (tempo da evidência) ganha um sentido muito próprio na formação de nações na América Latina: se a ideia do estrangeiro – fora da língua, fora do ter-

⁵⁸ MAGALHÃES GOMES, 2018a.

⁵⁹ RUFER, 2010.

⁶⁰ MCCLINTOCK, 2010, p. 28.

⁶¹ RUFER, 2010.

O ideal nacional estaria na figura do homem-branco-europeu, supostamente racional, desenvolvido, e descorporificado, distante do arcaico representado por indígenas e africanos/as.

ritório – pode ser dada como um marco fundamental na formação das nações europeias, é talvez a ideia do *nativo* (povos originários) ou do *negro-africano* como representantes de um não-desejado aquilo em que se sustenta esse processo na América Latina. O que quero dizer é: a colonialidade “usa” dos corpos não-brancos para construir uma noção de nação e para isso usa do discurso do progresso-processo. O ideal nacional estaria na figura do homem-branco-europeu, supostamente racional, desenvolvido, e descorporificado, *distante* do arcaico representado por indígenas e africanos/as.

Como aponta Anibal Quijano, a “nação” como ideal só é possível de pensar se a raça não está presente e, quanto maior a presença de grupos tidos como racialmente diversos dentro do espaço a que se quer chamar nação e, assim, maior o uso da raça como instrumento de dominação, mais difícil que se possa falar em nação baseada nos modelos eurocêntricos. O problema, ele ressalta, é, “contudo, que na América Latina a perspectiva eurocêntrica foi adotada pelos grupos dominantes como própria e levou-os a impor o modelo europeu de formação do Estado-nação para estruturas de poder organizadas em torno de relações coloniais”⁶². Pelos olhos do eurocentrismo “seguimos sendo o que não somos”⁶³.

Quero ressaltar que, numa leitura desse outro constitutivo, não tenho dúvidas que o estrangeiro – e esse cada vez mais, nas crises migratórias e de refugiadas/os observadas no mundo – é classicamente esse outro constitutivo. O que quero dizer, contudo, é que essa “fronteira” é também interna – ao menos no que posso rascunhar sobre o contexto brasileiro. Essa separação constitutiva é também uma de gênero e de raça, que precisa ser colocada em questão para realizar essa operação performativa *no* povo, para acrescentar sem somar: de um povo de homens e mulheres sob uma “democracia racial” a um povo performativo, em que as identidades não precisem ser homogeneizadas para caber em uma suposta descrição de nação. Por isso, além da já conhecida crítica ao uso de *nação* como categoria, o que tenho realizado aqui é uma crítica de *povo* como categoria, não para abandonar seu uso, mas para discutir os termos desse uso e expandi-lo. Isso porque, o discurso brasileiro de nação e povo é profundamente marcado pela negação do racismo,

⁶² QUIJANO, 2005, p 136.

⁶³ QUIJANO, 2005, p. 130.

das políticas de branqueamento à defesa da ideia de que vivemos uma democracia racial⁶⁴ – incluindo aí as políticas assimilacionistas de povos originários, o crescente genocídio da população indígena, a utilização do sistema de justiça criminal contra a população negra e o genocídio da população negra.

Quando autoras e autores decoloniais falam de colonialidade de saber e poder⁶⁵, essas notas das políticas racistas brasileiras podem funcionar como exemplos bastante característicos: o colonialismo termina, mas um modo próprio de organizar as relações permanece, esse em que, no marco da raça e do racismo, alguns sujeitos continuam a ser identificados como fora da ou menos dotados de humanidade e, nessas políticas ou formas de pensamento acima apontadas, esses procedimentos de categorização do humano ganharam enorme força para a noção de um “povo brasileiro”.

Se a desumanização produzida pelo racismo é central como criação do colonialismo mantida na colonialidade, ela não é a observada da mesma forma em todo lugar. Mesmo porque a instabilidade de conceitos como o de raça – assim como o de gênero - é uma “arma” de que se utiliza a colonialidade para a manutenção da distribuição diferencial de humanidade. No Brasil, ele ganha esses dois procedimentos notáveis e específicos, com relevância política e jurídica (as políticas de embranquecimento; a tese da democracia racial). Para que essa articulação fosse possível, para que uma narrativa única de um povo livre de racismo se tornasse o “discurso da nação”, a instabilidade da raça como categoria e a característica do racismo como processo de desumanização, ferramentas centrais da colonialidade, tiveram papel essencial. Assim, enquanto o negro-africano é constituído como não-humano, animalizado, identificado como degeneração do humano; o índio é constituído como uma “contra-imagem do europeu: o homem puro, ainda não corrompido pela civilização; o idílico “homem natural””, o “bom selvagem”, “que doravante serviria de espelho a uma Europa que parecia reconhecer, no negro, sua face oculta e negativa”⁶⁶. Mas não há que se enganar, acreditando

⁶⁴ Tese que acaba se transformando em um *mito fundacional* (HALL, 2014, p. 33). A esse respeito, ver o trabalho de Sueli Carneiro (2005 p. 62).

⁶⁵ A esse respeito, cf. QUIJANO, 2005; LUGONES, 2014; MALDONADO-TORRES, 2008; ESPINOSA-MIÑOSO, 2014.

⁶⁶ LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 161.

Não quero realizar uma análise ou narrativa histórica. A proposta se assemelha mais a, indo e vindo em momentos, juntar pedaços do que foi recalcado ou recusado na elaboração de um povo brasileiro.

que essa dicotomia traria alguma diferença nos efeitos da violência colonial e racista: “essa representação diferenciada no imaginário ocidental não chegou a poupar os índios do genocídio”. Como “homem natural”, esvaziado do toque da cultura, os indígenas, assim como os africanos, “não eram sujeitos, portanto não teriam subjetividade”⁶⁷ e, assim, ambos corpos esvaziados de subjetividade são tornados objetos, próprios a serem dominados.

Não quero realizar uma análise ou narrativa histórica. A proposta se assemelha mais a, indo e vindo em momentos, juntar pedaços do que foi recalcado ou recusado na elaboração de um *povo brasileiro*. Porém, diferente do que fiz no tópico anterior, em que o próprio texto da Constituição atual serviu como o fundo para esse processo de leitura, há um contexto específico da raça e do racismo no país, onde regras explícitas de segregação racial não foram observadas, talvez porque não *precisassem* ser criadas⁶⁸, mas na qual, sub-repeticionalmente se criou uma normatividade não normativa, uma cadeia de significados que está nos textos – jurídicos, políticos, literários – ainda que não expressos e que, talvez justamente por não escritas tenham conseguido “passar” como dados ou naturalizados.⁶⁹

Assim, se a colonização – entre conquista, escravidão e genocídio – dominou, subjuguou e matou indígenas e africanos, o pós-escravidão observa um conjunto de teorias e políticas que querem “dar conta” da população não-branca no país. No século XIX, a teoria de raças inferiores como degeneração – sustentada por Nina Rodrigues – condenava a miscigenação por promover uma inferiorização da raça branca. Nessa linha, propostas como a de “devolução” de negros/as à África apareciam como “solução”. Uma vez infrutíferas ou inviáveis, começa a se delinear a miscigenação como resposta. A “solução” da miscigenação aparece, então, como a forma de “tornar úteis essas “raças selvagens”. Aos indígenas, já bastante dizimados e alguns grupos já extintos ou quase extintos, Rodrigues ainda reservava outras soluções: “deixá-los fora do território realmente ocupado; tê-los no território, mas subjugados em um regime especial de treinamento; submetê-los ao cruzamento

⁶⁷ LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 163.

⁶⁸ FLAUZINA, 2008, p. 30-31.

⁶⁹ Para uma leitura dos casos ou situações em que foi escrita, o trabalho de Dora Bertúlio *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo* (1989).

com brancos” opções que não eram excludentes e que ou tinham função e efeito de controle ou de simples eliminação. O projeto de extermínio, ressalta-se, constituiu mesmo um “explícito objetivo do governo brasileiro” com o discurso de “integração na sociedade nacional” do período ditatorial⁷⁰.

Ao mesmo tempo, “durante quatro quintos da existência do Brasil, os afrodescendentes constituíram a imensa maioria da população”⁷¹. Se o abandono ou o genocídio conseguiram dizimar, afastar ou colocar no esquecimento a população indígena – prática até hoje bastante presente – o mesmo não aconteceu com esse enorme contingente de população negra. É desse contexto de uma maioria negra marginalizada, uma elite política intelectual racista e um discurso da miscigenação como política que, nas primeiras décadas do século XX, a tese da democracia racial ganhou espaço: na impossibilidade de “resolver a questão do negro”, na inviabilidade de “devolvê-lo à África”, defender a miscigenação aparecia como forma de “diluir a base inferior do estoque racial brasileiro, de origem africana simultaneamente fortalecendo e fazendo prevalecer o elemento superior, branco”⁷², prática que aparece como “arianização” na fala de Oliveira Viana e que depois vai ganhando outros nomes menos racistas e mais palatáveis, mas que mantinham “intactas as “assimetrias raciais”⁷³: “*democracia racial*”, “*morenidade tropical*”, “*lusotropicalismo*”, “*metarraça*” e “*sincretismo*”⁷⁴. Transforma-se uma solução racista em elogio de um suposta “identidade de um povo”, escamoteando que tal tese guarda a mesma nota da anterior: o racismo. Segundo tal elogio, a ideia de uma democracia racial “refletiria determinada relação concreta na dinâmica da sociedade brasileira: que pretos e brancos convivem harmoniosamente, desfrutando iguais oportunidades de existên-

⁷⁰ DUARTE, 2008, p. 2947.

⁷¹ LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 125 e NASCIMENTO, 2016, p. 89.

⁷² LARKIN DO NASCIMENTO, p. 126.

⁷³ FLAUZINA, 2008, p. 48.

⁷⁴ LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 133. Como aponta Abdias do Nascimento, os termos constituem eufemismos. O “*lusotropicalismo*” de Freyre “ideologia que tão efetivos serviços prestou ao colonialismo português” (NASCIMENTO, 2016, p. 49) (...) e que a ideia de “*morenidade*” “não se trata de um ingênuo jogo de palavras, mas sim de proposta vazando uma extremamente perigosa mística racista, cujo objetivo é o desaparecimento inapelável do descendente africano, tanto fisicamente quanto espiritualmente, através do malicioso processo de embranquecer a pele negra e a cultura do negro” (Idem, p. 49-50) Já a ideia de “*metarraça*”, um dos últimos termos que Freyre cunhou, que “significaria o além-raça, suposta base da consciência brasileira” é para Abdias um “produto da sua fantasia”.

cia, sem nenhuma interferência, nesse jogo de paridade social, das respectivas origens raciais ou étnicas”⁷⁵.

Essa política de embranquecimento tem na imigração europeia um de seus principais instrumentos. Sua defesa, na realidade, começa a aparecer antes, junto aos movimentos abolicionistas: boa parte dos abolicionistas da elite intelectual e política não defendiam o fim da escravidão por questões humanitárias ou antirracistas (pelo contrário, negavam a existência de racismo no país), mas porque acreditavam em uma evolução civilizatória, que de algum modo se resumia a um “Brasil mais branco”, na esperança de que o “elemento branco aos poucos triunfaria”, com a imigração europeia sendo atraída para os trópicos “pela liberalidade do nosso regime” com o fim de trazer para cá “uma corrente de sangue caucásico vivaz, enérgico e sadio, que possamos absorver sem perigo”⁷⁶.

Não há que se ver nisso uma questão apenas racial: aqui raça e gênero se articulam novamente e se encontram no corpo das mulheres negras. A “democracia racial” era também um discurso que tanto ajudava a silenciar o histórico de abusos e estupros no espaço escravocrata, quanto legitimava, de algum modo, a continuidade dessa prática: o acesso violento, por parte de homens brancos aos corpos das mulheres negras é o “lugar” onde, frequentemente, essa tese *acontece* e o segundo “instrumento” da política de embranquecimento se sustenta numa relação sexo-gênero-raça em que mulheres brancas são construídas como o lugar da pureza – a “pureza do estoque sanguíneo”⁷⁷ e a pureza da virgindade –, da domesticidade, da sexualidade para reprodução e mulheres negras identificadas por sua “disponibilidade sexual” obrigatória, cujo corpo, de “livre acesso” do senhor de escravos, continua a ser assim visto quando ocupa o papel de “mucama”⁷⁸. Sexo, gênero e raça se articulam para garantir esse acesso, de modo a conferir ao corpo das mulheres negras o “lugar” da constituição da narrativa de uma “nação” ou “povo” racialmente democrático. E digo aqui “lugar” justamente para colocar em destaque o componente de desumanização que essa articulação ganha: a mulher negra como

⁷⁵ LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 48.

⁷⁶ SKIDMORE, 2012, p. 60-3.

⁷⁷ LARKIN DO NASCIMENTO, p. 126.

⁷⁸ GONZALEZ, 1984.

sexo, como “animal que só tira sarro”, a que se “nega o estatuto de sujeito humano”⁷⁹.

Como todo mito, o da democracia racial oculta algo para além daquilo que mostra. Numa primeira aproximação, constatamos que exerce sua violência simbólica de maneira especial sobre a mulher negra. Pois o outro lado do endeusamento carnavalesco ocorre no cotidiano dessa mulher, no momento em que ela se transfigura na empregada doméstica. É por aí que a culpabilidade engendrada pelo seu endeusamento se exerce com fortes cargas de agressividade. É por aí, também, que se constata que os termos mulata e doméstica são atribuições de um mesmo sujeito. A nomeação vai depender da situação em que somos vistas⁸⁰.

O discurso de um povo forjado na “teoria da harmonia das raças”⁸¹ oculta essa violência de raça e de gênero, essa violência que é uma e outra ao mesmo tempo – ou seja, que não podem nem ser separadas, nem ser hierarquizadas, nem ser reduzidas a uma única explicação. A política racista de embranquecimento, então, “baseou-se na hipótese da inferioridade do negro, no elogio à miscigenação e na subordinação da mulher de formas diferenciadas, de acordo com a sua condição racial”⁸². Com uma proporção de 5 para 1 de homens para mulheres – africanos – “A norma consistia na exploração da africana pelo senhor escravocrata”⁸³, exploração que é exploração sexual, estupro, como forma de estancar “a ameaça da mancha negra”⁸⁴ e, assim, a miscigenação, pela exploração da mulher negra, é genocídio, já que mirava na eliminação da população negra⁸⁵.

Igualmente, essas políticas ou formas de pensamento estampam aquilo de que falei acima: uma formação de *nação* ou *povo* que recusa um interno como abjeto, como aquilo que não se quer ser: seja pela criação de um discurso que nega o racismo e a desumanização baseada na raça, seja pelo estímulo a políticas de imigração de euro-

⁷⁹ GONZALEZ, 1984, p. 232.

⁸⁰ GONZALEZ, 1984, p. 228.

⁸¹ FLAUZINA, 2008, p. 36.

⁸² LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 129.

⁸³ NASCIMENTO, 2016, p. 73.

⁸⁴ NASCIMENTO, 2016, p. 83.

⁸⁵ NASCIMENTO, 2016, p. 84.

O elogio da miscigenação no discurso da democracia racial nada ou pouco tinha de celebração de diversidade, mas sim representava a tentativa de fazer desaparecer o “negro” do povo, criando-se assim uma espécie de “mito fundador de uma nova nacionalidade”

peus como modo de “embranquecer”. O elogio da miscigenação no discurso da democracia racial nada ou pouco tinha de celebração de diversidade, mas sim representava a tentativa de *fazer desaparecer o “negro” do povo*, criando-se assim uma espécie de “mito fundador de uma nova nacionalidade”⁸⁶. Como ficção e violência, esse discurso funciona como uma espécie de tabu⁸⁷ e, assim, opera também por meio de interdições, das definições do que não pode ser dito. Essa política também funciona, hoje, com a interdição do discurso: a alegação do racismo às avessas⁸⁸:

Assim, era preciso garantir a produção da desigualdade sem revelar a fonte. Para uma sociedade pintada em cor de rosa, um Estado “neutro” e justo em termos raciais. Estávamos mesmo a dois passos do paraíso. Nesse cenário, o racismo, convertido no grande tabu nacional, ficava adstrito aos casos excepcionais percebidos tão somente na esfera privada, afastando as elites de qualquer tipo de prestação de contas efetiva pelo usufruto de suas vantagens. Não houve método de controle mais eficiente que garantisse o paradoxo entre corpos subjugados e consciências tranquilas⁸⁹.

Assim, talvez diferente do que narra Derrida sobre a fundação norte-americana, nosso ato performativo fundacional é uma cadeia histórica de discursos políticos, literários, antropológicos, criminológicos e históricos – como talvez toda cadeia de significados na colonialidade – que produz a ideia, que sobrevive para alguns até hoje, de um *povo* racialmente harmônico⁹⁰. Uma cadeia histórica que usou das categorias de corpo-sexo-gênero-raça para se formar. Com isso, quero dizer que essa construção performativa não é só um discurso racista nem só um discurso machista: ela é prática e discurso, linguagem e ação, ela é um performativo. Como tal, constrói e foi construída pelos corpos e nos corpos dos que sustentaram tal linguagem e sobre os quais ela foi sustentada.

⁸⁶ GUIMARAES, 2009, p. 54.

⁸⁷ NASCIMENTO, 2016, p. 52.

⁸⁸ LARKIN DO NASCIMENTO, 2003, p. 23.

⁸⁹ FLAUZINA, 2008, p. 39.

⁹⁰ Tomada nos anos 68-78 com “um dogma, uma espécie de ideologia do Estado brasileiro” (GUIMARÃES, 2009, p. 66).

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Gênero, raça e direito se encontram, então, sob os marcos da performatividade-decolonialidade, para que possamos, abrindo o conceito de povo, reinscrevê-lo. Quando desfazemos a ficção que disfarça o performativo do povo como constatativo, encontramos um discurso que, articulando raça e gênero – não apenas como discursos mas também como práticas violentas e discriminatórias – cria o ideal branco e masculino que na colonialidade informa as noções de povo.

Entre performatividade e decolonialidade, quero pensar o ato de fala constitucional a favor de uma leitura expansiva do humano. E o primeiro caminho é justamente reler o povo.

Mas se sigo na narrativa desse modo, caio num fatalismo: *povo* é categoria homogeneizante que guarda um outro excluído, ou melhor, *outros*. E essa afirmativa não está errada: como universalidade homogeneizante, o recurso a um povo sempre guarda excluídos – falando dos internos e não do estrangeiro – e, no caso brasileiro, esses excluídos são fortemente marcados por raça e gênero, como sendo aqueles que não correspondem ao ideal branco de gênero da matriz colonial; de outro lado, é possível utilizar tal universalidade para fazer caber mais: abertos ao dissenso, como categoria performativa, o *povo* ganha outros usos. É sobre isso que refleti: o que acontece, no entanto, se tomo esse conjunto como performativo e o olho de outro ponto? O que me autoriza a usar o *povo* como performativo? A dizer que é possível usá-lo a favor de acrescentar sem somar? A dizer que ele rompe com o discurso da democracia racial e da cis-heterossexualidade como ideal? O que acontece quando uma leitura como a realizada acima expõe as corporeidades abjetas como um *interno excluído* constitutivo do *povo*?

A intenção, disse muitas vezes, não é descartar ou jogar fora *povo*, *pessoa humana* ou constitucionalismo democrático como categorias. Entre performatividade e decolonialidade, quero pensar o ato de fala constitucional *a favor* de uma leitura expansiva do humano. E o primeiro caminho é justamente reler o povo. Discutindo o povo como performativo a partir de uma visão decolonial, o que se percebe é que na homogeneização de particularidades informadas por um *ideal*, as corporeidades são recusadas em nome de um *neutro* e *universal*. Mas, essa operação não acontece – e nem é possível – e o que realmente aparece é que esse ideal é um ideal masculino,

européu, branco, cissexual. Se, na articulação das categorias de corpo, sexo, gênero e raça, utilizadas em meu trabalho de tese como fontes de conhecimento sobre o humano, percebemos que sexo, gênero e raça funcionam como linguagens de compreensão dos corpos e que tal linguagem, numa matriz cis-hetero-colonial de organização de saber e poder cria uma normatização desses corpos, a ideia de um *povo* como constatação contribui para esse processo. Quando, do contrário, tomamos povo como criação, essa abertura nos permite acrescentar essas corporeidades sem somar: perceber que é preciso usar o excesso d(n)a linguagem dos corpos falantes para permitir a esse povo sempre mais, para caber nessa universalidade uma expansividade. Acrescentar sem somar, ou pensar com pluriversalidades é entender que conceitos como esse precisam ser submetidos a uma abertura hermenêutica; não para *incluir o diferente*, num procedimento que acaba por reduzir o diferente no formato liberal, mas para perceber que *só há diferentes*. No lugar de um que engloba todos – mas que na verdade silencia esse “todos” – o múltiplo que não se reduz. Usar essa leitura performativo-decolonial permite, portanto, que contra-narrativas sobre quem é o povo possam ser utilizadas e desloquem o sentido teórico desse povo, além de não só provocar inclusão, mas também mudando o sentido do povo que se multiplica.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *On Revolution*. London: Penguin Books, 1990.
- AUSTIN, John L. *How to do things with words*. 2. ed. Harvard: Harvard University Press, 1975.
- _____. *Quando dizer é fazer*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BENJAMIN, Walter. “Para a crítica da violência”. In _____. *Escritos sobre mito e linguagem*. 2. ed. Trad. Susana Kampf. São Paulo: Duas Cidades, 2013.
- BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1989.
- BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Trad. Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis, Gláucia Renata Gonçalves. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2013.
- BOSTEELS, Bruno. “Introduction – The people which is not one”. In: BADIOU, Alan; BOURDIEU, Pierre; BUTLER, Judith et alli (orgs.). *What is a people?* Translated by Josh Gladding. New York: Columbia University Press, 2016.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- BUTLER, Judith. *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of “Sex”*. New York: Routledge, 1993.
- _____. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997.
- _____. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. “We the people”. In: BADIOU, Alan; BOURDIEU, Pierre; BUTLER, Judith et alli. (Eds.) *What is a people?* Translated by Josh Gladding. New York: Columbia University Press, 2016, p. 49-64.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. *Construção do Outro como Não-Ser como fundamento do Ser*. Tese (Doutorado em Educação). Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Educação (Feusp), São Paulo, 2005.
- CHUEIRI, Vera Karam de. “Agamben e Derrida: a escrita da lei (sem forma)”. *Pensar*, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011. pp. 795-824.

COMPARATO, Fabio Konder. “Variações sobre o conceito de povo no regime democrático”. In *Revista de Estudos Avançados*, v. 11, n. 31, 1997. pp. 211-222.

DERRIDA, Jacques. “Assinatura Acontecimento Contexto (1972)”. In *Margens da Filosofia*. Trad. Joaquim Torres Costa e António M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991a.

_____. “Diferença”. In: _____. *Margens da Filosofia*. Trad. Joaquim Torres Costa, Antonio M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991b.

_____. “Declarations of Independence”. In: DERRIDA, Jacques. *Negotiations*. Trad. Elizabeth G. Rottenberg. Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 46-54.

_____. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone Moyses. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Evandro Charles Piza. “Medo da mestiçagem ou da cidadania? Criminalidade e raça na obra de Nina Rodrigues”. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 20, 21 e 22 de novembro de 2008. pp. 2926-2954. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1314141852.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

ESPINOSA-MIÑOSO, Yuderkys. Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica. *El Cotidiano*, marzo-abril, 2014.

FELMAN, Shoshana. *The scandal of the speaking body: Don Juan with J. L. Austin, or seduction in two Languages*. Translated by Catherine Porter. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GILROY, Paul. *O Atlântico Negro*. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Editora 34, 2002.

GONZALEZ, Lélia. “Racismo e sexismo na cultura brasileira”. *Revista Ciências Sociais Hoje*, 1984, pp. 223-244.

GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

HARRIS, Angela P. Race and Essentialism in Feminist Legal Theory. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 3, 1990. pp. 581-616. Disponível

em: <http://works.bepress.com/angela_harris/6>. Acesso em: 20 ago. 2013.

HONIG, Bonnie. “Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic”. *The American Political Science Review*, v. 85, n. 1, mar 1991. pp. 97-113.

LARKIN DO NASCIMENTO, Elisa. *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2003.

LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo decolonial. *Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, set-dez 2014. pp. 935-952.

MACIEL, Anna Maria Becker. “O verbo performativo na linguagem legal”. In: 8º Encontro do Círculo de Estudos Linguísticos do Sul, 2008, Porto Alegre, RS. FINGER, Ingrid; COLLISHONN, Gisela (Orgs.). *Anais...* Pelotas, 2008. pp. 1-10. Disponível em <http://www.celsul.org.br/Encontros/08/Herbert_Welker.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. *Para o reconhecimento da especificidade do termo jurídico*. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.

MAGALHÃES GOMES, Camilla de. “Gênero como categoria de análise decolonial”. *Civitas*, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 65-82, jan.-abr. 2018a.

_____. “O juiz diante da desconstrução”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, (RECHTD), 9(2):125-135, maio-agosto 2017a.

_____. “Os sujeitos do performativo jurídico – relendo a dignidade da pessoa humana nos marcos de gênero e raça”. *Revista Direito e Práxis, Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30194/26343>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

_____. *Têmis Travesti: as relações entre gênero, raça e direito na busca de uma hermenêutica expansiva do “humano” no Direito*. Tese de doutorado, Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, 2017b.

MALDONADO-TORRES, Nelson. “A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento”. *Modernidade, império e colonialidade*. Trad. Inês Martins Ferreira. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 80, mar. 2008. pp. 71-114.

MCCLINTOCK, Anne. *Couro imperial: raça, gênero e sexualidade no embate colonial*. Trad. Plínio Dentzien. Campinas: Unicamp, 2010.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Perspectivas, 2016.

NIGRO, Rachel. “A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo”. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 34, jan/jun 2009. pp. 170-211.

QUIJANO, A. “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005, pp. 117-142. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2016.

SKIDMORE, Thomas. *Preto no branco*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Metafísicas canibais: elementos para uma antropologia pós-estrutural*. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

RACIONALIDADE JURÍDICA CRÍTICO-LIBERTADORA E DIREITOS HUMANOS ANTE HORIZONTES AUTORITÁRIOS CONTEMPORÂNEOS

Eliseu Raphael Venturi
Doutorando em Direito
pela Universidade Federal
do Paraná (UFPR).
E-mail: eliseurventuri@
gmail.com

Critical-emancipatory legal rationality and human rights against contemporary authoritarian horizons

Recebido: maio 1, 2018
Aceito: novembro 30, 2018

RESUMO

O objeto do artigo consiste na investigação dos elementos de uma possível racionalidade jurídica crítico-libertadora, segundo construção teórica do filósofo do direito paranaense Celso Luiz Ludwig. Recorre-se, para tanto, a alguns pressupostos teóricos e abrindo-se algumas interfaces, em especial, com o pensamento do filósofo argentino Enrique Dussel. Fundamenta-se em peso aquela teoria, de modo a se contemporizar compreensões em torno as condições de possibilidade da vida humana com o potencial de construção hermenêutica e argumentativa no direito. Tal conjunto filosófico expõe uma visão de mundo especificamente urgente em tempos de horizontes autoritários na política e no direito contemporâneos, afirmando-se, assim, posturas democráticas e afins ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se de pesquisa com metodologia bibliográfica e conceitual, enfocando construções teóricas e suas influências em âmbito hermenêutico e argumentativo.

Palavras-chave: Autoritarismo; Direitos humanos; Filosofia Jurídica Crítico-Libertadora; Razão jurídica crítico-libertadora; Totalitarismo.

Abstract

The article focuses on a possible “critical-emancipatory legal rationality”, according to Celso Ludwig’s theoretical construction. Some theoretical relations are made, in particular, with the Enrique Dussel’s life paradigm, in order to temporize understandings around the human’s life conditions with the potential of hermeneutics and argumentative construction in Law. That philosophical set is especially important in times of authoritarian horizons in contemporary politics and law, affirming democratic positions and related to International Human Rights Law. It is a research with bibliographical and conceptual methodology, focusing theoretical constructions and its influences in hermeneutic and argumentative scope.

Keywords: Authoritarianism; Critical-Emancipatory Philosophy; Critical-Emancipatory Rationality; Human Rights; Totalitarianism.

INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é delimitado pela investigação dos elementos de uma possível racionalidade jurídica crítico-libertadora, segundo construção teórica do filósofo do direito paranaense Celso Luiz Ludwig. Tal modo de entender a racionalidade no direito é projetada enquanto um possível fundamento ético e hermenêutico do direito contemporâneo.

Oportunamente, pela adstrição significativa da teoria aos direitos humanos, propõe-se sua integração ao sistema de Direito Internacional dos Direitos Humanos na hermenêutica interna e, ainda, como importante baliza da compreensão substancial do que seja a própria democracia enquanto noção político-jurídica, hoje.

Recorre-se, para tanto, a alguns pressupostos da teoria da racionalidade jurídica crítico-libertadora, abrindo-se, assim, alguns pontos de destaque da fundamentação, especificamente o pensamento do filósofo argentino Enrique Dussel e o critério fonte da vida como norte direcionador da interpretação e valoração.

Objetiva-se, com isso, contemporizar compreensões em torno das condições de possibilidade da vida humana com o potencial de construção hermenêutica e argumentativa no direito, necessariamente transformadora, justamente porque informada por densas categorias de direitos subjetivos e demais princípios democráticos.

Tal conjunto filosófico expõe uma visão de mundo especificamente urgente em tempos de crescentes afirmações de desejos e horizontes autoritários na política e no direito, reafirmando-se, assim, pelo contraponto teórico proposto, posturas democráticas e afins à proteção e promoção de direitos, sejam eles direitos fundamentais ou direitos humanos, missão jurídica tuitiva por excelência.

Por isso, o segundo ponto do artigo debate a percepção de teóricos do autoritarismo e totalitarismo quanto às realidades políticas latino-americanas do início do século XXI, expondo criticamente características, fragilidades e riscos de as democracias se perverterem em sistemas autoritários com tendências totalizantes.

Nesse contexto, enfoca-se a renovada crítica à racionalidade instrumental como elemento simplificador da compreensão do orbe político na construção das práticas das sociedades democráticas e como, conjuntamente a outras debilidades sociais compreensivas, especialmente por meio da cultura de massas e da indústria cultural, produzem-se contextos favoráveis às políticas autoritárias e mesmo ao caminho totalizante.

Ao final do texto, assim, em considerações finais, são pontuados os contrapontos da racionalidade jurídica crítico-libertadora e a racionalidade instrumental autoritária, enfatizando-se o papel relevante do direito (e, em especial, da filosofia do direito como espaço de produção do pensamento) como elemento de urgência democrática.

Trata-se, precipuamente, de pesquisa em que se empregam técnicas de procedimento e raciocínio da metodologia bibliográfica e conceitual, enfocando-se, portanto, construções teóricas, suas relações internas e suas influências em âmbito hermenêutico e argumentativo segundo as expectativas atuais da discussão sobre as racionalidades.

1. RACIONALIDADE JURÍDICA CRÍTICO-LIBERTADORA COMO REFERENCIAL INTERPRETATIVO E VALORATIVO

A proposta teórica de Celso Luiz Ludwig¹, por uma racionalidade jurídica crítico-libertadora, possui uma construção própria em que o direito, ou o mundo jurídico, constituem um dos universos de referência que orientam a interpretação e valoração da realidade.

¹ LUDWIG, 2006.

O escopo teórico que sustenta a proposta do autor envolve o debate sobre os paradigmas da filosofia ocidental (paradigmas do ser, do sujeito, do agir comunicativo), assim como categorias como a totalidade (e suas lógicas nos paradigmas, com especial destaque à totalização como mal ético e afirmação da injustiça, momento em que se destaca também o método analético), e a exterioridade (com especial atenção à filosofia do direito e o traçamento da Filosofia Jurídico Crítico-Libertadora, a qual se expressa pela racionalidade jurídica crítico-libertadora).

Por se tratar da análise de uma “racionalidade”, ainda que não se estabeleça propriamente uma metodologia hermenêutica de aplicação, consideram-se alguns focos de atenção em trânsito e, ainda, conceitos-chave para orientar a apreciação do real. Nesse sentido, contudo, o método analético, ou seja, o que prescreve a “[...] afirmação da negatividade do outro²”, apresenta-se ínsito à racionalidade jurídica crítico-libertadora e seus passos marcam a construção do olhar desta racionalidade. Opera-se tanto num plano anterior, de fundamentação e de construção dos ordenamentos jurídicos, quanto na orientação de seu manejo hermenêutico a partir do destaque de pontos especiais de atenção quando do processo decisório.

A teoria é afirmada com a adoção de determinados pressupostos, de natureza da teoria crítica em filosofia e na filosofia do direito, sendo o referencial central deles as “condições de possibilidade da vida humana”, com forte base no pensamento de Enrique Dussel³, as quais delimitam, ainda, a compreensão do que seja o valor Justiça. Essas condições de vida, ao seu turno, encontram no Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴ um importante horizonte de sentido, na medida em que naquele orbe não se prescrevem modos e projetos de vida, mas, antes, busca-se assegurar condições plurais e múltiplas de existência.

Há, portanto, um pressuposto epistemológico a ser considerado como fundamento crítico, o qual realiza a abertura de possibi-

² LUDWIG, 2006, p. 149.

³ DUSSEL, 2002.

⁴ A presença dos direitos humanos na conformação da ética contemporânea é um elemento central de compreensão da Filosofia Moral e Jurídica, atualmente, a ponto de se considerar que “[...] o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos”. (TRINDADE, 2006, p. 406).

lidade da promoção de mudanças sociais a partir da racionalidade jurídica:

A factibilidade de um ou outro mundo possível está na ideia de que o mundo não se esgota nas experiências. As teorias excedem as experiências. São mais do que as experiências. Mas a realidade ultrapassa as teorias. A realidade é sempre mais do que a experiência, e mais do que a teoria. Essa transcendência da realidade permite, agora, a *passagem de volta da negatividade à positividade*, esta antecipada analeticamente – na ordem da fundamentação está *antes* a positividade, nos momentos material, formal e factível – a *passagem* da injustiça à justiça⁵.

É a partir desta constatação que se pode pensar a categoria da exterioridade, pela qual se enfoca a relação humana interpessoal e não mediada, no plano da práxis, o que remete, ainda, diretamente, à noção de vítima não intencional e inevitável dos sistemas éticos⁶ (nos quais se pode pensar o direito e, ademais, as quais o direito vai se opor, por exemplo, a partir da noção de minoria⁷).

Nesse sentido, os espaços de opressão e de alienação dos sujeitos deslocados ao exterior da totalidade do mundo da produção, e lançados ao mundo da exploração, do subdesenvolvimento e da periferia, em exclusão das democracias meramente formais, passam a ser o recorte crítico primeiro da apreciação da negatividade. O paradigma da vida⁸ afirma-se em toda a sua potencialidade, indicando modos de integrar insuficiências de outros paradigmas filosóficos (da consciência e da linguagem, em especial), contemporizando-se

⁵ LUDWIG, 2006, p. 220.

⁶ A noção de vítima indica aqueles grupos de pessoa que ocupam a exterioridade dos sistemas de produção da vida e seus preceitos éticos, podendo assumir os mais diversos aspectos da vulnerabilidade e exclusão, seja econômica, racial, de gênero, ou quaisquer das demais formas de discriminação social; o sentido jurídico, assim, é premente, bem como a questão da racionalidade, decisiva: “[...] com a tomada de consciência dos sujeitos renegados, é possível a construção ou reconstrução do direito, que não seja mero instrumento de dominação e forma de mascarar os racismos institucional e cultural; as questões raciais devem ser discutidas e amplamente debatidas, a fim de que as amarras institucionais do passado venham a lume, única forma de destruí-las e de se construir um Estado de Direito efetivamente igualitário, capaz de proporcionar oportunidades e direitos a todos, e não somente àqueles que se valem das estruturas estruturantes para manter seus privilégios”. (PEREIRA; SANTANA; 2017, p. 90).

⁷ A noção de minorias auxilia tanto na compreensão dos pleitos de movimentos sociais quanto na hermenêutica jurídica propriamente dita: “[...] minoria é uma recusa de consentimento, é uma voz de dissenso em busca de uma abertura contra-hegemônica no círculo fechado das determinações societárias. É no capítulo da reinvenção das formas democráticas que se deve inscrever o conceito de minoria”. (CABRAL, 2005, p. 14).

⁸ LUDWIG, 2006, p. 182.

falhas do âmbito econômico⁹ na construção daquelas situações objeto dos imperativos de libertação.

Sem uma conduta cognitiva anterior a racionalidade crítico-jurídica libertadora não subsiste: “[...] situar de outra maneira a relação econômica perversa a injusta, e não somente subverter a relação prático/social”¹⁰. Neste paradigma a “vida concreta de cada sujeito como modo de realidade” informa o ponto focal da leitura da realidade, critério-fonte e condição de possibilidade do existir individual e coletivo, fora do qual só existirá especulação abstrata e descolada da historicidade dos indivíduos.

Assim, “[...] a premissa é que a vida humana em comunidade é o *modo de realidade* do sujeito. O *modo de realidade* consiste em considerar a vida humana como ela se apresenta a nós, nas situações concretas do mundo, na idade da globalização e da exclusão”¹¹. Nos termos de Enrique Dussel, é possível identificar o critério-fonte vida-morte:

[...] a ética torna-se o último recurso de uma humanidade em perigo de extinção. Só a co-re-sponsabilidade [sic] solidária, com validade intersubjetiva, partindo do critério de verdade vida-morte, talvez possa nos ajudar a sair com dignidade no tortuoso caminho sempre fronteiro, como quem caminha qual equilibrista sobre a corda bamba, entre os abismos da cínica insensibilidade ética irresponsável para com as vítimas ou a paranoia fundamentalista necrofilica que leva a humanidade a um suicídio coletivo¹².

No cerne deste indicativo, ainda é visível um recorte que decorre do imperativo da possibilidade da manutenção destas vidas: “[...] o que importa, no plano mais concreto, é a *produção, reprodução e desenvolvimento* da vida de cada sujeito. Estas três determinações

⁹ As violações de direitos humanos são situações complexas que demandam uma profunda integração tanto problematizante quanto crítica e interpretativa, na medida em que “as próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado. O que não dizer, por exemplo, das violações perpetradas por organismos financeiros e detentores do poder econômico, que, mediante decisões tomadas na frieza dos escritórios, condenam milhares de seres humanos ao empobrecimento, se não à pobreza extrema e à fome? O que não dizer das violações perpetradas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado? O que não dizer das violações perpetradas pelos detentores do poder das comunicações? O que não dizer das violações ocasionadas pelo próprio progresso científico-tecnológico? O que não dizer das violações perpetradas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas? O que não dizer das violações decorrentes da corrupção e impunidade?” (TRINDADE, 1997, p. 172).

¹⁰ LUDWIG, 2006, p. 183.

¹¹ LUDWIG, 2006, p. 183, grifos do autor.

¹² DUSSEL, 2002, p. 574.

centrais não se dão naturalmente à vida do humano”¹³. Nos termos de Enrique Dussel:

[...] um sistema formal performativo (o valor que se valoriza, o dinheiro que produz dinheiro: D-D', fetichismo do capital) que se ergue como critério de verdade, validade e factibilidade, e destrói a vida humana, pisoteia a dignidade de milhões de seres humanos, não reconhece a igualdade e muito menos se afirma como re-sponsabilidade [sic] da alteridade dos excluídos [...]. É por isso que acreditamos que é necessário levantar um princípio absolutamente universal que é completamente negado pelo sistema vigente que se globaliza: o dever da produção e reprodução da vida de cada sujeito humano, especialmente peremptório nas vítimas desse sistema mortal, que exclui os sujeitos éticos e só inclui o aumento do valor de troca¹⁴.

Depende-se, dessa maneira, da vida comunitária para a construção dos meios da realização desta vida individual, considerando-se a vulnerabilidade humana e a permanente exposição à morte, em muitos casos frutos dessa negação social. Os momentos da produção da vida humana (condições materiais fundamentais), da reprodução (continuidade do viver produzido) e do desenvolvimento da vida humana (desenvolvimento histórico da construção da vida humana), como visto, apontam a atenção à negatividade, que encontra na noção de subjetividade o esteio da vida concreta humana.

[...] diante da existência real, empírica e massiva de *subjetividades negadas* – carência de vida em alguma ou algumas dimensões da existência –, desde a exclusão e exploração do trabalho até o analfabetismo de adultos e crianças, o *desenvolvimento* passa a ser um *momento* necessário da vida humana. Momento que instaura, inequivocamente, um *direito subjetivo legítimo*, com exigência de efetividade, intrínseco ao *critério-fonte* anunciado: a vida concreta de cada sujeito como *modo de realidade*, sendo que aqui esse *modo de realidade* consiste na negação de vida em algum grau da subjetividade, por isso, categorialmente, *subjetividade negada* na determinação específica do *desenvolvimento*¹⁵.

O critério-fonte da vida concreta do sujeito como modo de realidade, assim, conduz ao princípio crítico da “[...] obrigação de produzir,

¹³ LUDWIG, 2006, p. 185, grifos do autor.

¹⁴ DUSSEL, 2002, p. 573.

¹⁵ LUDWIG, 2006, p. 187, grifos do autor.

A manutenção e afirmação das vidas depende, em sua missão crítica, da noção de que um “outro mundo possível”, em que todos caibam, superando-se a díade exclusão e inclusão, o que se coaduna com a compreensão filosófica da missão jurídica na sociedade.

reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade”¹⁶. Novamente, o horizonte hermenêutico desta compreensão é afirmado comunitariamente.

A realidade histórica da vida concreta de cada sujeito, de cada grupo ou de cada classe, e é nessa vida concreta que o sentido poderá ser compreendido e a ação empreendida e também na esfera do jurídico¹⁷.

Vê-se, assim, que na esfera jurídica o sentido pode ser compreendido e a ação empreendida, em que o significado de “vida”, ainda, não se restringe ao direito subjetivo à vida, pois se trata “[...] de um nível mais abstrato. Neste sentido, a *vida* não é um direito, mas *fonte* de todos os direitos”¹⁸. A racionalidade crítico-jurídica libertadora, assim, segue uma busca alteritária na realização de direitos¹⁹:

A forma concreta de busca dessa alteridade pode dar-se pela práxis jurídica alternativa, situando o pobre/oprimido como realidade (histórica) e tendo na categoria (também epistemológica) da *exterioridade* a fonte de uma ética jurídica da libertação. A práxis jurídica alternativa (Direito Alternativo em sentido amplo) configura um espaço de luta motivado pela injustiça histórica real, a partir de uma antropologia ética (tendo na exterioridade a categoria fonte, abstrata, em geral), e não como opção de um discurso e práticas ‘amigas’, paternalistas e assistencialistas, ou de sentimentos de mera comisseração²⁰.

A manutenção e afirmação das vidas depende, em sua missão crítica, da noção de que um “outro mundo possível”, em que todos caibam, superando-se a díade exclusão e inclusão, o que se coaduna com a compreensão filosófica da missão jurídica na sociedade.

Mas a suspeita de que pode haver mundos piores do que os atuais indica que é preciso, também, dizer que *outro mundo possível* é esse: um mundo no qual caibam todos – em tempos de exclusão – e a natureza também²¹. [...] a função específica do sistema do direito pa-

¹⁶ LUDWIG, 2006, p. 188.

¹⁷ LUDWIG, 2006, p. 219.

¹⁸ LUDWIG, 2006, p. 187-188, grifos do autor.

¹⁹ Tal como compreendeu o maior pensador da alteridade no século XX, Emmanuel Lévinas: “[...] a descoberta de direitos que, sob o título de direitos do homem, se relacionam à própria condição de ser homem, independente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, virtudes e talentos, pelos quais os homens diferem entre si, e a elevação destes direitos ao nível de princípios fundamentais da legislação e da ordem social, certamente marcam um momento essencial da consciência ocidental”. (LÉVINAS, 2010, p. 237).

²⁰ LUDWIG, 2006, p. 217.

²¹ LUDWIG, 2006, p. 219.

rece ser dupla: de um lado, a função é de *conservação* onde a vida está *afirmada*; e, de outro, a função é de *transformação* onde a vida está *negada*²².

Assim, “[...] em tempos de exclusão, permitir que todos caibam é o direito fundamental”²³. A dupla função do Direito, de conservar as vidas afirmadas e transformar as vidas negadas, encontra no Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁴ um campo de pensamento sobre, afinal, as condições positivas de vida que o Direito busca promover e garantir a partir das categorias básicas de direitos humanos, que repercutem em toda interpretação jurídica.

Atualmente, sob diversas nomenclaturas, assiste-se uma desconstrução democrática, marcada pelos retrocessos em termos de direitos fundamentais por meio de alterações legislativas apressadas e pouco debatidas nos públicos de interesse, além de atuações questionáveis do Poder Judiciário no rumo da tomada de decisões e em suas motivações.

2. HORIZONTES AUTORITÁRIOS CONTEMPORÂNEOS E REDUCTIONISMOS DA RACIONALIDADE INSTRUMENTAL

Atualmente, sob diversas nomenclaturas, assiste-se uma desconstrução democrática, marcada pelos retrocessos em termos de direitos fundamentais por meio de alterações legislativas apressadas e pouco debatidas nos públicos de interesse, além de atuações questionáveis do Poder Judiciário no rumo da tomada de decisões e em suas motivações.

Ao mesmo tempo, tal onda de perturbação democrática vem acompanhada da proliferação de discursos nitidamente de caráter autoritário²⁵, quando não tendentes aos totalizantes, disseminados no

²² LUDWIG, 2006, p. 223.

²³ LUDWIG, 2006, p. 221.

²⁴ É importante destacar que tais discursos são incompatíveis tanto com o ordenamento interno quanto com o internacional, que se encontram em constante diálogo em prol do Estado Social e Democrático de Direito e os valores democráticos: “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. De tudo isto se pode depreender a premência da consolidação de obrigações erga omnes de proteção, consoante uma concepção necessariamente integral dos direitos humanos”. (TRINDADE, 1997, p. 175).

²⁵ Tal onda tem sido objeto de preocupação não apenas política como também jurídica, posta sua contrariedade aos preceitos e princípios jurídicos democráticos basilares, sendo também, por outro lado, enfrentada por uma corrente contra hegemônica consciente da juridicidade envolvida: “o crescimento de uma nova onda conversadora, fascista em uma ampla gama de incidências, realiza um esforço hercúleo para ignorar a história. Ciente disso, Boaventura de Sousa Santos vai propor uma outra mirada do projeto moderno, repleto de promessas não realizadas. A globalização possui outras facetas – contra-hegemônicas – sobre as quais se apoiam os que guardam irresignação com a situação econômica, política e social. As ferramentas que dispõem os detentores do poder são objetos de disputa, e um uso não ortodoxo delas pode viabilizar um outro projeto de vida, em constante autocrítica, que alimente o diálogo intercultural para concretizar a ideia de uma sociedade plural e horizontal” (BIGOLIN NETO; RODRIGUEZ, 2016, p. 90).

tecido social, seja em redes sociais ou veículos midiaticizados pouco comprometidos com uma cultura democrática. Um ponto de destaque é que tais discursos independem propriamente de posicionamentos políticos delimitados, marcando falas de todos os pontos do espectro, expressando-se, de modo mais profundo, um desejo pelo orbe do político que se apresente em dissonância da afirmação dos direitos fundamentais e liberdades públicas²⁶.

Por isso, embora não seja, em sua mensuração, o objeto deste artigo, pode-se considerar haver diferentes níveis e instâncias de um desejo autoritário²⁷, desejo este frontalmente deletério às pretensões da construção de comunidades e instituições democráticas, que não podem subsistir sem seus componentes humanos. É este sentido ofensivo a valores e práticas democráticos que se centra a apreciação do presente artigo, em especial no sentido de uma contraposição a partir de referenciais valorativos como a racionalidade jurídica crítico-libertadora e o Direito Internacional dos Direitos Humanos em sua contemporaneidade.

A afirmação deste desejo autoritário, como dito, se dá pela anterioridade de algumas compreensões instaladas nos agentes sociais; são pontos de partida, concepções, visões da política e do direito.

²⁶ É de se destacar que o jogo político na formação dos direitos humanos é complexo em termo de interações de visões políticas: “Aqui caberia explicitar, desde logo, uma questão despercebida de quem se apegar a chavões. Na medida em que os direitos humanos sempre foram considerados pelo marxismo clássico uma invenção da burguesia para legitimar a exploração do trabalho, o que é que a esquerda atual, tão pouco influente no cenário de poder contemporâneo, tem a ver com o crédito ou descrédito do conceito? A resposta poderia ser: quase tudo! Pois os direitos humanos postulados pela ONU sempre foram de esquerda, e não apenas porque os “liberais” nos Estados Unidos e na Inglaterra correspondem à esquerda de seu espectro político. Se, por um lado, foi a supremacia do Ocidente após a Segunda Guerra Mundial, na versão capitalista liberal com alguns aportes socialistas, que se impôs na elaboração da Declaração Universal de 1948, foi, por outro lado, a aliança da esquerda não institucional com a social democracia que garantiu quase unanimidade ao conceito de direitos humanos universais como arma contra os autoritarismos” (ALVES, 2012, p. 55).

²⁷ Há um intenso contraste entre o desejo democrático e o desejo autoritário: “O desejo de democracia que constitui a pessoa que respeita as leis e acordos sociais – o cidadão adulto – dá lugar em nossos dias ao desejo autoritário do sujeito infantil político que ainda não chegou à idade escolar. O desejo autoritário é sempre delirante. Quem estudou a história do nazismo lembra das performances políticas bizarras de Hitler e seus apoiadores. Hitler parecia uma criança que, tendo crescido, continuava abusada e mimada como todo paranoico. No nazismo, todos deliravam esteticamente e politicamente. Qualquer vídeo, documentário, ou filme do período mostra o caráter bizarro do que era vivido e fomentado pela propaganda da época. Nossa propaganda (inclusive o jornalismo de hoje) continua fascista e destrói a democracia. O fascista está para a democracia, como o pedófilo está para a criança”. (TIBURI, 2015).

Estudiosos da psicologia social têm identificado uma série de tensões psíquicas que produzem os fenômenos políticos tanto do autoritarismo quanto do totalitarismo, revelando assim causas profundas a partir de inabilidades de compreensão e de convivência com a diferença, a diversidade e a alteridade de um modo geral.

Estudiosos da psicologia social têm identificado uma série de tensões psíquicas que produzem os fenômenos políticos tanto do autoritarismo quanto do totalitarismo, revelando assim causas profundas a partir de inabilidades de compreensão e convivência com a diferença, a diversidade e a alteridade de um modo geral.

Conforme destaca a pesquisadora e psicóloga social Angela Maria Pires Caniato, algumas tensões sociais explicam as emergências autoritárias. No mundo contemporâneo, as tensões psíquicas da própria existência cultural e suas limitações ao indivíduo, somadas a violência dos homens contra o humano a partir de uma matriz econômica²⁸ com efeitos éticos e políticos seria um ponto de partida relevante²⁹.

As perversões autoritárias, ainda segundo a mesma autora, assim, se instalariam a partir de mecanismos em que o aparato sadomasoquista seria estimulado, estabelecendo-se uma relação de identificação vítima e inimigo-agressor (democrático) – o que elide a capacidade de resistência e faz com que dominados assumam os discursos dos dominantes – levando-se à sucumbência da cidadania. Tal identificação, projetiva e introjetiva, difunde o preconceito social e expande a esfera de violência social³⁰. Ademais, o autoritarismo dependeria de algumas simplificações da ordem de se “[...] monopolizar as verdades subordinando a razão a autoridades políticas e moralismos”³¹; é a partir destes moralismos difusos e

28 A autora enfatiza o aspecto da matriz econômica como poder hegemônico nos modos de organização social, incluindo práticas estatais. O *ethos* cultural do começo do Século XXI seria marcado por um agenciamento das subjetividades a partir de uma violência estrutural condensada em políticas internacionais e apoiada por mídias de massa em práticas que, ditas democratizantes, firmam-se na promoção da ganância sem fim, do individualismo exacerbado e da exclusão social, estabelecendo-se um autoritarismo econômico cuja globalização pela competição individualista tem sua reprodução social garantida. (CANIATO, 2000, p. 199-2002). Além disso, “Este processo, de fato, expõe os indivíduos e os grupos a um violento e doloroso processo de idiotização regressiva que sedimenta a impotência individual e a apatia dos grupos na culpabilidade de suas mazelas e fracassos psicossociais. [...] Neste processo e, em especial, pela internalização inconsciente desta violência-repressiva da cultura, são mobilizadas as estruturas autopunitivas mais arcaicas e primitivas do indivíduo (superego rigoroso) que o levam, facilmente, a sucumbir na autodepreciação, ao trazer para si a culpabilização pela exacerbação no e do sofrimento que a cultura lhe impõe. No afã ‘enlouquecedor’ de ludibriar o terrível e insuportável em que se transformou a vida em sociedade e sob a exacerbação atual do individualismo na competição do ‘salve-se quem puder’ para, supostamente, não sucumbir nas botas opressoras do autoritarismo econômico excludente da atualidade, emerge na relação entre os indivíduos uma outra ilusão regressiva: um apelo inebriante à virilidade que se configura no ‘culto do herói!’” (CANIATO, 2000, p. 201).

²⁹ CANIATO, 2008, p. 24.

³⁰ CANIATO, 2008, p. 24.

³¹ BORTOLOTTI, 2017, p. 29.

seletivos e dos apegos acríticos às autoridades pelo simples fato de serem autoridades que se afirma uma cultura autoritária; nos termos de Caniato:

Essa separação da humanidade em portadores do bem e portadores do mal está alicerçada, portanto, em diferentes matizes preconceituosos desde a aversão estigmatizante e oportunista a movimentos sociais, culturais e políticos temporários (*hippies*, adeptos do *hip hop*, por exemplo), passando pela discriminação e segregação sociais de grupos sociais, étnicos e religiosos (população favelada, negros, muçulmanos) até a ostensiva propaganda criminalizante e ações coercitivas dos atuais Estados de exceção contra os grupos políticos divergentes e/ou que lutam contra o *status quo* autoritário econômico-político-militar que sustenta a hegemonia destes Estados. [...] É nesses contextos que emerge, mais explicitamente, a distinção entre as ‘pessoas de bem’ e aquelas que devem ser, quiçá, exterminadas, demonstrando com clareza a opressão e a exclusão sociais com que o autoritarismo se introduz na vida em sociedade. Os preconceitos, então, revelam-se tanto de forma explícita e facilmente evidenciável quanto ideológica e veladamente expressos, tal como ocorre na manutenção do preconceito racial nas sociedades chamadas democráticas³².

O autoritarismo, assim, depende de uma série de engrenagens sociais afins aos processos de disseminação de preconceitos, práticas excludentes e não inclusivas (o que inclui, por exemplo, o apagamento de políticas públicas), estigmatização de grupos de movimentos de luta por direitos, silenciamento de indivíduos e grupos (cultura do silêncio), dispersão do medo, processos de criminalização política e civil, difamação de agentes políticos, domesticação de indivíduos vulneráveis, despolarização de gerações, restrição do desenvolvimento de capacidade crítica dos indivíduos, expectativas de purificação política e racial, entre outros³³.

Para o filósofo social argentino Hugo Celso Felipe Mansilla³⁴, pensar a evolução histórico-política das democracias, ou mesmo de sistemas políticos menos democráticos, no começo do Século XXI, em termos de autoritarismo e totalitarismo, depende da articulação de

³² CANIATO, 2008, p. 26.

³³ CANIATO, 2008, p. 27.

³⁴ MANSILLA, 2011a, 2011b.

diferentes arranjos e intensidades políticos³⁵. Um substrato analítico básico envolve as possibilidades de as sociedades de vieses autoritários virem a se converter em regimes semitotalitários e autoritários, com traços próprios e persistentes em cada contexto político (característica que seria marcante no mundo islâmico contemporâneo)³⁶.

Além disso, as democracias sem uma cultura liberal vigorosa, ou mal consolidadas, possuem a fragilidade de, com governos fracos de longa duração, redundarem em regimes autoritários com paulatinos desenvolvimentos de inclinação totalitária. Essa conjunção seria reiterada no cenário do chamado terceiro mundo, no qual, combinando-se desenvolvimento tecnológico descontrolado, sedução dos meios de comunicação de massa e desilusão das populações com os resultados reais da democracia contemporânea, tem-se o renascimento de tradições pré-modernas e irracionaisistas que, compartilhadas por contingente considerado da população, podem produzir autoritarismos que se alinham ao totalitarismo³⁷.

Para Mansilla, seria ilusório considerar que o autoritarismo seja um problema desconhecido no começo do Século XXI, sendo experiência histórica superada. Para o pensador, os intentos de autoritarismo concorrem com os de democratização, sendo um problema político persistente³⁸. Na América Latina, o problema se manifestaria por uma mistura de sentimento de debilidade pessoal, impotência social e fracasso coletivo, o que favoreceria, então, a afirmação de líderes carismáticos, governos arbitrários de aparência vigorosa e partidos únicos que alienam os cidadãos da preocupação decisória³⁹.

Tal conjunção formaria um ambiente em que um sistema despótico não seria visto como propriamente problemático, sendo que, em

³⁵ Das várias diferenças possíveis entre autoritarismo e totalitarismo, fenômenos políticos distintos, pode-se adotar que “[...] a mais importante diferença entre ambos reside no fato de que no regime autoritário se permite um pluralismo limitado, o qual é impossível em um modelo totalitário. Este pluralismo limitado é tolerado durante longos períodos de tempo, não sendo propriamente implantado pelos governos autoritários. Uma articulação de várias opiniões e a influência de diversos interesses políticos sobre a ação estatal é possível”. Tradução livre pelo autor de: “La diferencia más importante entre ambos reside en el hecho de que el régimen autoritario permite un *pluralismo limitado*, lo cual es imposible bajo un modelo totalitario. Este pluralismo limitado es tolerado durante largos periodos temporales, no es impulsado premeditadamente por los gobiernos autoritarios. Hace posible la articulación de variadas opiniones y la influencia de diversos intereses políticos sobre el accionar del Estado”. (MANSILLA, 2016, p. 115).

³⁶ MANSILLA, 2016, p. 113.

³⁷ MANSILLA, 2016, p. 113.

³⁸ MANSILLA, 2016, p. 125.

³⁹ MANSILLA, 2016, p. 125.

tempos de crise, a massa atemorizada seria conduzida à crença de que tais sistemas arbitrários e autoritários seriam os únicos dignos de confiança, até porque o totalitarismo é um desenvolvimento peculiar de tecnologia social moderna, especialmente viável em sociedades urbanizadas e industrializadas, regidas sob o triunfo da racionalidade instrumental⁴⁰.

Para Mansilla, assim, a razão instrumental seria, em sua posição, muito propícia e oportuna aos sistemas autoritários, considerando-se as peculiaridades da América Latina em termos de processos de aceleração de modernização econômica (centradas no crescimento econômico), carentes de tradições democráticas pluralistas, com contingentes de massa ansiosos por consumo elevado e em elevada expansão demográfica⁴¹. Comporia, ainda, tal horizonte, sociedades com pouco interesse por conhecer outras dinâmicas culturais além daquelas em que se encontram encerradas, seguindo-se concepções pouco críticas, sem critérios realistas de autopercepção e análise, desconsideração pelos direitos humanos⁴², influências profundas da religião na política, elites políticas reduzidas. Tais sociedades, ainda, apresentam-se pouco flexíveis, com sua administração pública pouco racional e confiável, ausência de procedimentos adequados de autocorreção e autorreforma⁴³.

Diante de tais cenários de democracias frágeis, aceleradas em sua racionalidade instrumental sem maiores preocupações do aspecto político que não aqueles orientados ao crescimento econômico, ter-se-ia o cenário propício ao implemento de políticas fascistas, que se baseiam no rechaço da democracia, entendida como conjunto de eleições periódicas e competitivas, regime de direitos garantidos para a sociedade e indivíduos igualmente considerados e com distintos projetos de vida⁴⁴.

⁴⁰ MANSILLA, 2016, p. 125.

⁴¹ MANSILLA, 2016, p. 126.

⁴² É importante não se perder de vistas o retrocesso contido na retomada expressa de posturas autoritárias na política contemporânea, uma vez que historicamente o trabalho com direitos humanos avançou para além da restrita resistência ao autoritarismo, permeando-se nos meandros democráticos das aberturas de governo. “O trabalho em direitos humanos começou como uma ação isolada para enfrentar governos autoritários, de tal modo que seu discurso estava destinado a uma marginalidade inevitável. Mas com o passar do tempo, as mudanças na conjuntura política e a crescente legitimidade que obtiveram as organizações de direitos humanos fizeram com que a situação variasse sensivelmente” (ABREGÚ, 2008, p. 12).

⁴³ MANSILLA, 2016, p. 126.

⁴⁴ MANSILLA, 2016, p. 129.

Afirmar-se-ia, assim, a atomização das pessoas ante o Estado, a uniformidade de comportamentos e valores, com apagamento do individualismo e utilização do terror político e policial direcionado à eliminação física dos dissidentes, aniquilando-se a diferença social e a individualidade positiva⁴⁵. As fragilidades democráticas podem conduzir práticas autoritárias e, embora não haja um catálogo de características que propiciem o resultado totalitário, haveria os ressaltados pontos de advertência para tanto, o que levaria ao paradoxo de a democracia (degenerada na cultura de massas) poder produzir autoritarismo⁴⁶.

Desta maneira, concepções desmesuradas de liberdade (que negam a vulnerabilidade humana), consumismo desenfreado, hedonismo e ultraje, indiferença com o meio ambiente e individualismo egoísta seriam estopins autoritários que acabam consumindo a possibilidade de existência e fruição de direitos individuais e liberdades públicas⁴⁷.

É importante considerar que tal concepção crítica do excesso de liberdades não se configura a partir do plano político-jurídico (ou seja, por exemplo, uma crítica a um excesso de direitos fundamentais catalogados), nem tampouco é uma crítica ao liberalismo, mas sim o questionamento de um sentimento de falta de limites que, na esteira da dominação do mundo a partir da racionalidade instrumental ilimitada⁴⁸, ultrapassa limites impostos tanto pelo direito, quanto pela moral, preservação do meio ambiente, impedimento de catástrofes naturais e sociais etc.

⁴⁵ MANSILLA, 2016, p. 129.

⁴⁶ MANSILLA, 2016, p. 129.

⁴⁷ MANSILLA, 2016, p. 129.

⁴⁸ A mudança de racionalidades tem sido um dos meios de promoção de mudança social efetiva, seja na esfera do mercado, seja na esfera do Estado, eis que a racionalidade empregada antecede tais modelos de organização sócia: “o primeiro passo, portanto, para restabelecer esse equilíbrio é o reconhecimento de que só a humanidade pode fazê-lo, a partir da recuperação de sua consciência. E só o fará se resgatar outros critérios de racionalidade que não sejam a instrumentalização e o economicismo, gêneses de grande parte dos problemas contemporâneos, tais como a degradação da qualidade de vida, a poluição, o desperdício, a exaustão dos recursos naturais, a pobreza [...]. Portanto, critérios substantivos, diferentes daqueles da racionalidade social, essencialmente voltada para valores de cunho economicista e utilitarista, que sustenta, conforme observa Leff, todos os âmbitos da organização social: do modelo de produção e de consumo até ao próprio Estado”. (FERNANDES, 2008, p. 19).

Mansilla, por fim, destaca o argumento recorrente entre os estudiosos do totalitarismo, incluindo clássicos como Hannah Arendt⁴⁹, François Furet e Friedrich Rapp, que entendem a perda da consciência individual e da faculdade pessoal do discernimento (capacidade de diferenciar, escolher e atuar de modo autônomo) como principal fator deletério, submetendo-se a amplitude das possibilidades da razão humana à razão instrumental, às massas⁵⁰ e à indústria cultural⁵¹.

3. PENSAR O DIREITO, PENSAR NO DIREITO

A filosofia contemporânea do direito, ou seja, aquela desenvolvida na segunda metade do século XX em torno das questões do positivismo jurídico e a necessária abertura do direito a novos problemas envolvidos no fenômeno jurídico-social⁵², pode ser considerada um espaço propício para se pensar “o direito” e para se pensar também “no direito”. A reflexão parece ser, conforme visto na discussão sobre o autoritarismo e o totalitarismo na filosofia política, e, em especial, ante a “banalidade do mal”⁵³, um dos primeiros passos

⁴⁹ Trata-se do argumento central da “banalidade do mal”, segundo Hannah Arendt, partindo-se da compreensão da desumanização e automação dos agentes sociais da sociedade nazi e dos campos de concentração, que tinham o genocídio promovido por normal (sem, portanto, em seus pensamentos, configurarem atos de sadismo ou perversão), insuflados por mecanismos de ideologia, terror e normatividade jurídica que legitimava os atos cruéis e degradantes realizados. “O que exigimos nesses julgamentos [pós-guerra], em que os réus cometeram crimes ‘legais’ é que os seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo o que têm para guiá-los seja apenas seu próprio juízo, que, além do mais, pode estar inteiramente em conflito com o que eles devem considerar como opinião unânime de todos a sua volta. E essa questão é ainda mais séria quando sabemos que os poucos que foram suficientemente ‘arrogantes’ para confiar em seu próprio julgamento não eram, de maneira nenhuma, os mesmos que continuavam a se nortear pelos velhos valores, ou que se nortearam por crenças religiosas”. (ARENDR, 1999, p. 318).

⁵⁰ Aqui, novamente, pode-se destacar o pensamento de Hannah Arendt em “Origens do totalitarismo”: “os movimentos totalitários objetivam e conseguem organizar as massas – e não as classes, como o faziam os partidos de interesse dos Estados nacionais do continente europeu, nem os cidadãos com suas opiniões peculiares quanto à condução dos negócios públicos, como o fazem os partidos dos países anglo-saxões. Todos os grupos políticos dependem da força numérica, mas não na escala dos movimentos totalitários, que dependem da força bruta, a tal ponto que os regimes totalitários parecem impossíveis em países de população relativamente pequena, mesmo que outras condições lhes sejam favoráveis” (ARENDR, 1989, p. 358).

⁵¹ MANSILLA, 2016, p. 135.

⁵² FARALLI, 2006.

⁵³ A banalidade do mal, assim como o mal político radical, são conceitos filosóficos de advertência, segundo os quais, “o relevante da análise das noções arendtianas de ‘mal radical’ e ‘banalidade do mal’ é que ambas denunciam o propósito de os totalitarismos acabarem com a humanidade dos homens e com suas capacidades de pensar e julgar”. Tradução livre pelo autor de: “[...] lo relevante del análisis de las nociones arendtianas de ‘mal radical’ y ‘la banalidad del mal’ es que ambas ponen de manifiesto el propósito de los totalitarismos de acabar con la humanidad de los hombres y con sus capacidades para pensar y juzgar”. (BOTERO; LEAL GRONOBLES, 2013, p. 125).

para se evitar que a técnica jurídica se reduza em instrumento de dominação e propagação ideológica e, especialmente, como mero veículo de execução de políticas autoritárias e de cunho totalizante, que desprezam direitos e garantias individuais, inclusive no cerne dos agentes políticos investidos nos poderes públicos.

Conforme visto na teoria de Ludwig, é possível serem abertos espaços hermenêuticos de integração interpretativa no direito, de modo que a racionalidade crítico-libertadora atue em diversos pontos sociais de significação jurídica, permitindo interpretações, compreensões e valorações, que, no direito, se traduzem em construções normativas aptas à orientação de condutas humanas, destinos institucionais e, portanto, mudanças e transformações sociais segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A filosofia do direito contemporânea, conforme estudo da historiadora italiana do direito Carla Faralli, deflagrou a complexidade do fenômeno jurídico, principalmente a partir das aberturas proporcionadas por diversas linhas de pesquisa, como reação e ampliação do objeto antes restrito (direito positivo) do positivismo jurídico: abertura aos valores ético-políticos⁵⁴ e abertura aos fatos⁵⁵. Tais aberturas impuseram, historicamente, ao profissional do Direito, não apenas o conhecimento e reflexão sobre a construção lógica do ordenamento jurídico e das estruturas normativas, mas também o posicionamento reflexivo ante realidades sociais, valores em trânsito e instituições em funcionamento.

Além disso, os estudos sobre o raciocínio jurídico⁵⁶ e sobre a lógica jurídica⁵⁷ revelaram como objeto jurídico de pesquisa e elaboração filosófica os problemas da construção do raciocínio jurídico, da interpretação das normas, de sua aplicação, sob a constituição de regras e sistemas lógicos de compreensão da linguagem jurídica. As novas fronteiras para a filosofia do direito⁵⁸, trazidos pela informática, pela bioética e pelo multiculturalismo, igualmente, impuseram novas dimensões e ampliação das possibilidades de problematização e desenvolvimento filosófico e científico a partir do direito.

⁵⁴ FARALLI, 2006, p. 11-26.

⁵⁵ FARALLI, 2006, p. 27-42.

⁵⁶ FARALLI, 2006, p. 44-56.

⁵⁷ FARALLI, 2006, p. 57-66.

⁵⁸ FARALLI, 2006, p. 67-84.

As investidas autoritárias que se deflagram no Brasil demonstram o quão planos os discursos podem ser, instituindo-se jargões gerais e, por exemplos, apelos a uma “legalidade” um tanto indecifrável que parecem ignorar todo o espectro de problemas envolvidos na atuação institucional e criticáveis por diversas frentes do pensamento jurídico.

Outros historiadores da filosofia do direito, tais como o inglês Wayne Morrison⁵⁹, também reconhecem esta expansão de questões na contemporaneidade, com ênfase nos debates do liberalismo e do comunitarismo, na ética interpretativa no Direito, na desconfiança e ceticismo dos Estudos Jurídicos Críticos e na filosofia do Direito Feminista. Jean-Cassier Billier⁶⁰, no mesmo sentido, partindo de uma noção de crise do direito no século XX, aponta as críticas ao positivismo jurídico e identifica novas linhas de pesquisa que refletirão elementos das aberturas da filosofia do direito (teorias formalistas, teorias antiformalistas, teorias idealistas, renascimento do direito natural, metamorfoses do positivismo jurídico, neoinstitucionalismo, crítica do positivismo e seu questionamento radical).

A retomada geral das propostas destes três historiadores, somada à proposta inicial deste artigo, da racionalidade jurídica crítico-libertadora, demonstra a complexidade do fenômeno jurídico atual e como os discursos de tendências arbitrárias e totalizantes podem simplificadores e simplistas em sua abordagem.

As investidas autoritárias que se deflagram no Brasil atuam demonstram o quão planos os discursos podem ser, instituindo-se jargões gerais e, por exemplos, apelos a uma “legalidade” um tanto indecifrável que parecem ignorar todo o espectro de problemas envolvidos na atuação institucional e criticáveis por diversas frentes do pensamento jurídico.

Como prescreveu o filósofo do direito norte-americano Ronald Dworkin, o ato de criação jurídica é elaborado e a prática jurídica um processo em desenvolvimento.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos

⁵⁹ MORRISON, 2006.

⁶⁰ BILLIER, 2005.

o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas⁶¹.

Pensar o direito e pensar no direito, a partir das aberturas da filosofia contemporânea do direito, podem ser caminhos de contribuição a uma cultura democrática⁶² que obste a banalidade do mal e os reducionismos da racionalidade instrumental nas crescentes ondas autoritárias.

Pensar o direito e pensar no direito, a partir das aberturas da Filosofia Contemporânea do Direito, podem ser caminhos de contribuição a uma cultura democrática que obste a banalidade do mal e os reducionismos da racionalidade instrumental nas crescentes ondas autoritárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como desenvolvido ao longo deste artigo, identificou-se que o autoritarismo e o totalitarismo podem surgir de uma degeneração e perversão das liberdades democráticas descontroladas no contexto contemporâneo de sociedades eminentemente informadas e comprometidas apenas com a racionalidade instrumental em um cenário de globalização econômica preconceituosa e excludente.

Diante disso, podem-se enunciar sinteticamente as seguintes conclusões propositivas:

1. A racionalidade jurídica crítico-libertadora, que é uma ética jurídica de corresponsabilidade e alteridade e instituída em torno do critério de verdade vida-morte no paradigma da vida, consiste em uma abordagem construída em torno de teorias críticas filosóficas e trata de um conjunto de focos do intérprete para pensar a realidade objeto de apreciação. Parte-se do não esgotamento do mundo no cenário das experiências e teorias, considerando-se possível pensar na passagem da injustiça à justiça, ou seja, da negatividade à positividade, da negação de direitos à sua afirmação. Para tanto, parte-se do critério-fonte da vida concreta do sujeito em comunidade como construção ética primordial, constituindo-se a obrigação fundamen-

⁶¹ DWORKIN, 2007, p. 271.

⁶² Tanto a prática reflexiva quando a formação para o pensar são indispensáveis à construção de uma cultura democrática. “Transmitir conhecimentos é imprescindível, mas educar para o pensamento – com abertura, imprecisão e sem garantias – parece ser uma urgência para os nossos tempos difíceis. Apesar de a atividade do pensamento lidar com o invisível e ser fora da ordem, talvez ela seja a possibilidade de favorecer um ambiente que nos proteja da banalidade do mal; talvez seja a possibilidade de construção de um ambiente desfavorável para as intolerâncias assassinas de tempos tão sombrios. Educar na perspectiva do pensamento, então, seria despertar a si mesmo e os outros do sono de irreflexão, abortando nossas opiniões vazias e irrefletidas. Educar para o pensamento seria uma atitude consciente de abrir nossas janelas conceituais para o vento do pensamento. Quiçá sejamos capazes de formar mais Sócrates do que Eichmanns, mas com uma única convicção: educar para e no pensamento é colocar-se no campo das possibilidades, e não das certezas”. (ANDRADE, 2010, p. 124).

O desejo autoritário se manifesta por um despreço dos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, e se expressa a partir de subjetividades captadas por uma compreensão de mundo afeita à dinâmicas da globalização econômica (individualismo e competitividade) e indiferentes à alteridade e aos valores da convivência.

tal da produção, manutenção e reprodução da vida assegurada em suas condições comunitárias. É uma racionalidade da vida, da afirmação, da construção jurídica que conserva vidas afirmadas e transforma vidas negadas.

2. Os horizontes autoritários são uma ameaça democrática e se coordenam segundo elementos próprios de psicologia social e atuação institucional. O desejo autoritário se manifesta por um despreço dos direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, e se expressa a partir de subjetividades captadas por uma compreensão de mundo afeita à dinâmicas da globalização econômica (individualismo e competitividade) e indiferentes à alteridade e valores da convivência. A introjeção projetiva e introjetiva age na perpetuação de preconceitos sociais e na cultura da exclusão, do silenciamento, da estigmatização, da seletividade e criminalização, entre outros fatores de degradação política. Democracias frágeis, com um excesso de liberdades encaradas com laxismo, são especialmente suscetíveis à emergência do autoritarismo e totalitarismo, quanto mais se alinhadas massas acríticas, acomodadas nos desejos da racionalidade instrumental, aos meios de comunicação, indústria cultural e instituições públicas instáveis. A banalização do mal, nestes cenários, se afirma pela desconexão dos indivíduos de sua capacidade racional e decisória autônoma.

3. O esforço de se pensar o direito e se pensar no direito encontra na filosofia do direito contemporânea um importante espaço de identificação de questões pertinentes e aptas ao fomento, construção e manutenção de uma cultura democrática fundada na consciência, no pensamento e na capacidade íntegra de julgamento moral, ético e jurídico. Sua afirmação no contexto da racionalidade jurídica crítico-libertadora potencializa a compreensão da complexidade do direito e, assim, do seu ato interpretativo, para se pensar as situações envolvidas na garantia das condições de produção, manutenção e reprodução da vida.

REFERÊNCIAS

ABREGÚ, Martín. Direitos Humanos para todos: da luta contra o autoritarismo à construção de uma democracia inclusiva - um olhar a partir da Região Andina e do Cone Sul. *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 06-41, jun. 2008.

ALVES, José Augusto Lindgren. É preciso salvar os direitos humanos! *Lua Nova*, São Paulo, n. 86, p. 51-88, 2012.

ANDRADE, Marcelo. A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 43, p. 109-125, abr. 2010.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Eichmann em Jerusalém*. Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. 14. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BIGOLIN NETO, Pedro; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Quando o fascismo se tornava cada vez mais forte”: Direito e emancipação em Franz Neumann e Boaventura de Sousa Santos. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 63-96, 2016.

BORTOLOTTO, Benhur. Dura geografia. *Bakhtiniana, Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 22-36, dez. 2017.

BOTERO, Adolfo Jerónimo; LEAL GRANOBLES, Yuliana. El mal radical y la banalidad del mal: las dos caras del horror de los regímenes totalitarios desde la perspectiva de Hannah Arendt. *Univ. philos.*, Bogotá, v. 30, n. 60, p. 99-126, jun. 2013.

CABRAL, Muniz Sodrê de Araújo. Por um conceito de Minoria. In: Raquel Paiva; Alexandre Barbalho. (Org.). *Comunicação e cultura das minorias*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 11-14.

CANIATO, Angela Maria Pires. A violência do preconceito: a desagregação dos vínculos coletivos e das subjetividades. *Arq. Bras. Psicol.*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 20-31, jun. 2008.

_____. Da violência no ethos cultural autoritário da contemporaneidade e do sofrimento psicossocial. *Revista de Psicologia Social e Institucional*, Londrina, v. 2, n. 2, p. 197-215, 2000.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Valdir. A racionalização da vida como processo histórico: crítica à racionalidade econômica e ao industrialismo. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 01-20, set. 2008.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 5. ed. Tradução de Pergentino S. Pivatto [Coord.]; Anísio Meinerz; Jussemar da Silva [et.al.]. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares; SANTANA, Ana Claudia Farranha. Poderes, Direito e Dominação: a tomada de consciência e a inclusão de outros sujeitos a partir de questões raciais. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 56-93, 2017.

MANSILLA, Hugo Celso Felipe. Contra la práctica tan aplaudida de hacer pasar elementos autoritarios como diferencias culturales de origen autóctono. *Enfoques*, Libertador San Martín, v. 23, n. 1, p. 5-21, jun. 2011a.

_____. La necesidad de cuestionar prácticas autoritarias consideradas como diferencias culturales. *Estud. polít. (Méx.)*, México, n. 23, p. 179-196, ago. 2011b.

_____. El desamparo humano en medio de los procesos de modernización. Un breve ensayo de filosofía política en torno al totalitarismo con especial referencia al Tercer Mundo. *Sig. Fil*, México, v. 18, n. 35, p. 110-139, jun. 2016.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TIBURI, Marcia. Faça amor, não faça guerra. Desejo de democracia. *Revista Cult*. 11 mar. 2015. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/faca-amor-nao-faca-guerra/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. Bras. Polít. Int.*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997.

BIOLOGIA, DIREITO, PERSPECTIVA *QUEER* E INTERSEXUALIDADE

Fabiano de Souza
Gontijo

Professor de Antropologia,
Universidade Federal
do Pará (UFPA), Belém/
PA, Brasil. Bolsista
de Produtividade,
Conselho Nacional de
Desenvolvimento Científico
e Tecnológico. Doutor em
Antropologia pela *École
des Hautes Études
en Sciences Sociales*.
fgontijo2@hotmail.com.

Recebido: junho 28, 2018

Aceito: setembro 4, 2018

Biology, Law, *Queer* Perspective and Intersexuality

RESUMO

Partindo da narrativa biográfica de uma estudante de Santarém, no estado do Pará, Brasil, da literatura bioantropológica e bioarqueológica sobre dimorfismo sexual e da perspectiva *queer*, ponderaremos sobre a necessidade de se rever os sistemas representacionais médico-científico e jurídico-normativo.

Palavras-chave: Intersexualidade; Bioantropologia; Bioarqueologia; Direito; Teoria *Queer*; Amazônia.

Abstract

Based on the biographical narrative of a student from Santarém, in the State of Pará, Brazil, on the bioanthropological and bioarchaeological bibliography on sexual dimorphism, and on *queer* perspective, we will consider the need to review the medical-scientific and the legal-normative representational systems.

Keywords: Intersexuality; Bionthropology; Bioarchaeology; Law; *Queer* Theory; Amazon Basin.

A narrativa biográfica de Gina, uma estudante de Santarém, no estado do Pará, na Amazônia brasileira, será o ponto de partida para o esboço de uma reflexão preliminar sobre as maneiras peculiares como sexualidade, corporalidade, cientificidade, legalidade e poder

[...] De Lauretis propôs que se chamasse de teoria *queer* um novo modo de pensar crítico e reflexivo capaz de denunciar o gênero como produtor do sexo, desnaturalizar e desuniversalizar as classificações binárias de gênero e a heterossexualidade compulsória e promover a fluidez do conceito de identidade, baseando-se na historicidade da sexualidade e nas relações de poder subjacentes.

se relacionam na base de sistemas de representações e sobre o papel que poderia ter a produção acadêmica mais recente nas áreas de Bioantropologia e Bioarqueologia em língua inglesa, balizadas pela perspectiva *queer*, na desconstrução social, “desformulação” cultural e desnaturalização desses sistemas de representações que fundamentam os sistemas médico-científico e jurídico-normativo. Assim, tratar-se-á de se arriscar em mostrar as tensões existentes entre, de um lado, o modo como são experimentadas, vivenciadas e reproduzidas cotidianamente – performativamente – a discursividade da heteronormatividade, da heterossexualidade compulsória e do dimorfismo sexual através da narrativa de Gina e, de outro, a perspectiva política crítica, reflexiva e denunciadora dos arbitrários culturais sobre os quais se assenta essa discursividade enunciada pelos/as estudiosos/as de Bioantropologia e Bioarqueologia de inspiração *queer*¹.

Nos Estados Unidos, numa conferência realizada em 1990, Teresa De Lauretis propôs que se chamasse de teoria *queer* um novo modo de pensar crítico e reflexivo capaz de denunciar o gênero como produtor do sexo², desnaturalizar e desuniversalizar as classificações binárias de gênero³ e a heterossexualidade compulsória⁴ e promover a fluidez do conceito de identidade⁵, baseando-se na historicidade da sexualidade e nas relações de poder subjacentes⁶. A sugestão, publicada na revista de “estudos culturais feministas” *differences*, em 1991, teve ampla repercussão e logo extrapolou o âmbito dos estudos de gênero e de sexualidade, tornando-se uma poderosa proposta epistemológica crítica e reflexiva. Ao longo dessa década, a proposta foi vigorosamente aprimorada “[...] introduzindo uma perspectiva crítica apropriada para desconstruir radicalmente as classificações sexuais e subverter, também radicalmente, as convenções da ordem sexual e de gênero [...]”⁷ e,

¹ Agradeço a Igor Erick, mestrando do Programa de Pós-Graduação em Antropologia (PPGA) da Universidade Federal do Pará (UFPA) pela ajuda durante a pesquisa de campo em Santarém. Agradeço ainda ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pela bolsa de Produtividade em Pesquisa.

² SCOTT, 1995 [1986]; BUTLER, 2003 [1990].

³ RUBIN, 2017b [1975], 2017 [1984].

⁴ RICH, 2010 [1980].

⁵ DE LAURETIS, 1991.

⁶ FOUCAULT, 1979, 1980.

⁷ GONTIJO; SCHAAN, 2017, p. 54.

assim, interrogar toda e qualquer forma de normatividade. Desse modo, o surgimento da teoria *queer* parece se manifestar na linha direta dos estudos de gênero, dos estudos gays, das teorias críticas feministas e do ativismo da *Queer Nation*⁸, fundamentados na ideia do caráter construído socialmente, elaborado culturalmente, naturalizado politicamente e dependente historicamente das categorias de sexo, gênero e sexualidade⁹.

Até aquele momento, os estudos de gênero definiam geralmente essa categoria como uma expressão cultural e política do sexo biológico e consideravam a sexualidade como uma função do gênero. Um debate conhecido nos Estados Unidos e na Europa como “guerra dos sexos” acirrou-se entre as décadas de 1980 e 1990, levando pesquisadores e ativistas a questionar, veementemente, a relação entre sexualidade e gênero. A partir daí, despontou, como já dissemos em outro texto,

[...] uma série de pesquisas sobre temas desestabilizadores para os estudos feministas até então: a homossexualidade, a prostituição, a pornografia, o sadomasoquismo, a monogamia, o estupro, a promiscuidade, as relações entre mulheres, o sexo interracial e intergeracional, além de tópicos relativos à AIDS, o que levou para a arena pública as dificuldades que as teorias de gênero tinham para lidar com as questões relativas à sexualidade. Foi nesse contexto, com a publicação de um conjunto de textos que traziam à tona teorizações da sexualidade, da abjeção e do estigma, que irromperia a teoria *queer*¹⁰.

A nova proposta epistemológica rapidamente passou a ser uma inextinguível fonte de possibilidades críticas e reflexivas em diversos campos do conhecimento, ali onde eram ratificadas as múltiplas formas de normatividades em vigor¹¹. David Halperin anunciou, em 1995, que “[...] *queer is by definition whatever is at odds with the normal, the legitimate, the dominant. There is nothing in particular to which it necessarily refers.*”¹²⁻¹³, o que, como já dissemos alhures, “[...] influenciaria

⁸ MANIFESTO, 2016.

⁹ JAGOSE, 1996; MORTON, 1996; SULLIVAN, 2007; WARNER, 1993.

¹⁰ GONTIJO; SCHAAN, 2017, p. 55.

¹¹ SEDGWICK, 1990.

¹² Nossa tradução livre do inglês: “[...] *queer* é por definição tudo o que está em desacordo com o normal, o legítimo, o dominante. Não há nada em particular a que necessariamente se refira.” (grifos do autor no texto original).

¹³ HALPERIN, 1995, p. 62.

sobremaneira a arqueologia e a antropologia naqueles contextos acadêmicos, no que diz respeito ao interesse desses campos disciplinares nos estudos do corpo e das identidades, para além dos estudos de gênero e sexualidade”¹⁴. Houve, a partir daí, a necessidade de se redefinir as fronteiras dos elementos formadores das taxonomias de sexo, sexualidade e gênero para viabilizar a distinção entre os estudos de gênero e os de sexualidade e, enfim, elaborar a ruptura definitiva com as normatividades.

Tendo em mente (a) os questionamentos de Butler¹⁵ ao afirmar que são os marcadores de gênero que fazem existir os sujeitos sociais, tornando-se os seres inteligíveis e, logo, reconhecidos como humanos, (b) os efeitos naturalizadores, universalizantes e excludentes da heteronormatividade¹⁶ e, enfim, (c) partindo da premissa segundo a qual a intersexualidade é, por excelência, o lugar privilegiado para se observar a maneira como o gênero institui a naturalidade institucional do sexo, serão apresentados abaixo os relatos de experiências de Gina¹⁷, uma estudante amazônica, para, em seguida, mostrar como a perspectiva *queer*, usada nos estudos bioantropológicos e bioarqueológicos recentes, embora produzidos com intenções de denunciar os arbitrários sobre os quais se assenta o gênero, não parecem impactar nas práticas médicas e jurídicas na Amazônia brasileira e, menos ainda, no dia-a-dia de Gina.

*

Gina (pseudônimo) nasceu em Santarém, Pará, em 1986, foi registrada com um nome masculino e criada como menino. Mora com seus pais, numa comunidade rural, nas proximidades de Santarém, uma cidade de quase 300

¹⁴ GONTIJO; SCHAAN, 2017, p. 55.

¹⁵ BUTLER, 2002, 2003, 2004.

¹⁶ DE LAURETIS, 1994.

¹⁷ As experiências, aqui, são entendidas como aquilo que constitui os sujeitos enquanto tal e sempre associadas a processos históricos, como sugere Scott: “It is not individuals who have experience, but subjects who are constituted through experience. Experience in this definition then becomes not the origin of our explanation, not the authoritative (because seen or felt) evidence that grounds what is known, but rather that which we seek to explain, that about which knowledge is produced. To think about experience in this way is to historicize it as well as to historicize the identities it produces.” (SCOTT, 1992, p. 25-26). Nossa tradução livre do inglês: “Não são os indivíduos que têm experiência, mas sim os sujeitos que são constituídos pela experiência. Experiência nessa definição torna-se, então, não a origem de nossa explanação, não a evidência autorizadora (porque vista ou sentida) que fundamenta o que é conhecido, mas sim aquela que procuramos explicar, aquela sobre a qual o conhecimento é produzido. Pensar na experiência desse modo é historicizá-la, bem como historicizar as identidades que ela produz.”.

mil habitantes na região oeste do estado¹⁸. Seu pai, motorista, é de origem acreana de uma família de “soldados da borracha”, e sua mãe, “do lar”¹⁹, é também migrante, mas de origem amazonense. Foi criada em Santarém, mas passou quatro anos de sua vida em Manaus, “tentando trabalhar”, em vão. Gina tem dificuldades para conseguir emprego fixo, devido, segundo ela, ao fato de que o nome que consta em sua carteira de identidade não condiz com suas habilidades físicas (voltarei a isso mais adiante). Também tem dificuldade nos estudos, não consegue prestar atenção às aulas, suas notas são ruins e já teve que mudar do curso de Direito para o de Pedagogia na Universidade pública onde estuda.

Durante sua adolescência, quando tinha por volta de 14 anos, Gina percebeu

[...] que tinha um comportamento bem diferente dos meninos, não tinha pensamento igual ao deles... Eu vestia roupas de meninas, ia pra praia, não estava nem aí. Aí, eu comecei a querer saber que problema eu tinha, aí eu comecei a andar com gay e percebi que o comportamento que eles tinham e as conversas deles também não eram compatíveis com o meu comportamento, foi quando eu fui pra Manaus, fiz pesquisas nas redes sociais, Orkut naquele tempo, pesquisei sobre travestis e descobri que eu era isso.

Gina se sentia “diferente”, durante sua infância e adolescência e acreditava que a “diferença” não podia ser justificada por ter convivido com mulheres mais do que com homens, pois, segundo ela, foi o contrário: “Eu fui criada no meio de um monte de homem e mesmo assim o comportamento, os pensamentos que vinham eram de menina e todo mundo dizia que eu era uma menina”. A necessidade de entender porque é que suas formas corporais não condiziam com seus “pensamentos” fez com que Gina inicialmente achasse que era gay e, depois, descontente com o que via na convivência com gays, procurasse informações sobre as travestilidades.

¹⁸ A população estimada do município, em 2017, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, é de 294.302 habitantes. De acordo ainda com o mesmo Instituto, Santarém tinha 27% de sua população vivendo na zona rural, o salário médio mensal dos trabalhadores formais era de 2,1 salários mínimos, 45,6% da população recebia rendimento nominal mensal per capita de até ½ salário mínimo, 83,1% das receitas do município eram oriundas de fontes externas, somente 38,1% dos domicílios possuíam esgotamento sanitário adequado e 7,8% das vias públicas eram urbanizadas, de acordo com dados do recenseamento da população de 2010 – tudo isso configuraria um município relativamente pobre, marcado por contradições, com médias de bem-estar socioeconômicos bem abaixo do nível nacional. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/santarem/panorama>>. Acesso em: 28 maio 2018.

¹⁹ A partir daqui, as palavras, expressões e trechos das falas de Gina serão apresentados sempre entre aspas e em itálico. As entrevistas aconteceram em dois encontros em 2016.

Considerando-se travesti, surgiu-lhe uma inquietação: “Apesar de elas serem femininas, muito parecidas com mulher, elas tinham um pensamento um pouco masculino, porque é a natureza delas, né? Elas agiam de uma forma que eu não conseguiria agir, por exemplo, na hora de se relacionar com os homens, eu não ia conseguir.” Para ela, havia algo no comportamento das travestis que era incompatível com os seus sentimentos, principalmente no que diz respeito à postura sexual: “Eu não sinto prazer com isso, a maioria dos homens que saem com as travestis gostam do genital da travesti, eu não tinha como usar isso, era muito pequeno, tinha vergonha, não sentia excitação, acabava não ficando com ninguém.”. Durante os quatro anos passados em Manaus, morando com uma tia, entre os 18 e 22 anos de idade, Gina transitou por diversos empregos precários, paralelamente descobriu-se travesti e rejeitou essa identidade por não ser compatível com seus desejos sexuais.

De volta a Santarém, Gina conta: “Comecei a pesquisar sobre cirurgia e acabei achando ‘transexual’. Eu era isso, transexual! Sou transexual porque meu órgão é pequenininho, é masculino, porque meu psicológico não bate, aí eu não consigo me aceitar de jeito nenhum.”. Em suas pesquisas na internet, soube que as pessoas transexuais podiam se submeter a cirurgias de redesignação genital pelo Sistema Único de Saúde. No entanto, não conseguiu informações nos hospitais da cidade e foi consultar com a Defensoria Pública do Estado do Pará, onde obteve, enfim, todas as informações necessárias e cópias dos documentos, portarias e normativas. Muda da documentação e com ajuda da Defensoria, iniciou uma bateria de exames médicos. Os médicos rapidamente perceberam que Gina não era “*exatamente*” transexual: “O médico ficou surpreso porque minha taxa de hormônio não condizia com meu sexo, ele passou uma ultrassom, passou uma ressonância magnética e outra ultrassom e foi dado que eu não tinha próstata, aí nos outros exames também diziam que eu só tinha um pênis pequeno, sem órgão nenhum, nem masculino, nem feminino!” Nesse momento, Gina descobriu-se (ou foi descoberta?) intersexual.

Gina começou a fazer uma série de novas pesquisas na internet que lhe ajudaram a se dar conta de que havia um grande número de pessoas “*diagnosticadas*” como ela. O que deveria ter-lhe reconfortado acabou por atormentá-la ainda mais, pois começou a achar que “*isso*” era um estigma visível que justificava o porquê de ela nunca conseguir fixar-se em um emprego, de ela não conseguir manter relacionamentos afetivo-sexuais, de ela se perceber diferente, de ela sentir-se encarada nas ruas...

A Universidade passou a ser seu único refúgio de “*paz interior*”, local onde se sentia à vontade – lá, seu “*nome de mulher*” era respeitado por lei. Conversou com sua mãe sobre a sua situação, mas, por se tratar de uma pessoa, segundo ela, “*simples, leiga e sem estudo*”, não entendeu muito bem do que se tratava, embora lhe desse todo o apoio necessário; seu pai, ao contrário, era totalmente indiferente a sua situação.

Um grande “*sentimento de revolta*”, segundo ela, se apoderou do seu ser, determinando suas ações a partir desse momento. A partir daí, sozinha, Gina começou um périplo em busca da adequação de seu corpo a sua “*identidade de mulher*”.

Com a ajuda da Defensoria, que a aconselhou a entrar com uma ação civil pública, já que seu “*problema*” era o de muitas outras pessoas em Santarém, Gina foi, enfim, enviada para São Paulo para a realização de exames e das “*cirurgias reparadoras*” num tempo recorde, quando comparado com outros casos²⁰. Segundo ela, “[...] *essa fase de São Paulo foi a pior fase da minha vida!*”: Gina teve passagens pagas, mas, ao chegar lá, soube, pelos médicos e pelo serviço de assistência social do hospital, que teria que se manter por conta própria na capital paulista; nesse momento, entrou em contato com a Defensoria em Santarém e conseguiu antecipar sua volta, antes mesmo da realização das cirurgias. Frustrada, Gina conta que ficou alguns dias sem conseguir sair da casa de seus pais, “*profundamente deprimida*”. Eu lhe perguntei porque ela não procurou os movimentos homossexuais de São Paulo para auxiliá-la, mas logo percebi que a pergunta talvez fosse inoportuna, já que Gina não se considerava homossexual. No Pará, no entanto, descobri depois que ela já havia procurado uma das lideranças do grupo homossexual de Santarém, que nada pôde fazer por ela.

Retomando forças, na volta a Santarém, ela registrou uma ocorrência na Delegacia e entrou com uma nova ação na Justiça solicitando indenização pelos danos psicológicos sofridos em consequência da viagem. Tratou-se de uma nova ação, pois Gina já tinha processos em andamento na Justiça paraense. À sua frustração com o sistema médico somou-se a frustração com o sistema jurídico, já que se sentia desgastada com outros processos em andamento por terem-lhe negado o direito à mudança de nome – segundo ela, “[o] juiz daqui de Santarém não fez audiência, não procurou testemunha, nem procurou em olhar na minha cara, ele leu a decisão dele

²⁰ Ver, a esse respeito: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/Fila-para-cirurgia-de-redesignacao-sexual-pode-passar-de-dez-anos>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

**“Daquele jeito”,
“meu problema”,
“aquilo ali”,
“aquela coisa”,
“isso”... Esses são
alguns dos termos
usados por Gina
para definir – sem
definir de fato –
a sua condição
intersexual.**

dizendo que eu não posso mudar o nome e pronto, mandou para Belém”. Para ela, a cirurgia é importante tanto quanto a mudança de nome, pois não consegue se manter em empregos por causa do nome que não condiz com sua realidade. Não se trata, para ela, de um *nome social*, já que não é transexual, mas sim do “*nome verdadeiro*”, como faz questão de ressaltar.

Gina fazia tratamento psicológico até o momento do nosso primeiro encontro, também como parte do procedimento de redesignação. O tratamento acontecia num distrito de Santarém situado a dezenas de quilômetros da sede do município, sendo que Gina mora numa comunidade rural a 15 quilômetros da sede, no sentido oposto. O tratamento acontecia numa residência para dependentes químicos, único tratamento público disponível na cidade. Ela foi inserida nas atividades junto com dezenas de dependentes químicos, até perceber que o tratamento não era adequado para a sua situação, “[...] aquilo me deixava com a autoestima no chão, eu não era dependente química, só queria resolver aquilo, deixar de ser daquele jeito.”. Sua autoestima é também rebaixada, segundo ela, pela impossibilidade de manter relações afetivo-sexuais: “A pessoa pode até aceitar [sair comigo], mas eu não consigo. O cara vai chegar lá e, naquela hora, ver aquilo, ele pode até querer me bater! Se eu tivesse um pensamento lésbico, seria até melhor pra mim, ficar com mulher, porque mulher é mais carinhosa. Mas, eu não tenho.”.

Enquanto isso, Gina continua o seu périplo, procurando até políticos a nível federal para ajudá-la em seu processo de adequar seu corpo ao seu “*pensamento*”. Chorando, ela me faz interromper a entrevista com a seguinte fala: “Tem a portaria do Ministério da Saúde, tem um monte de documento, eu tenho direito à cirurgia, tenho os exames comprovando isso que eu tenho, e o juiz não está nem aí! Enquanto isso, a minha vida está passando e eu não vou recuperar esse tempo perdido... Eu não existo pra ninguém, nem pra mim, eu sou uma viva-morta...”.

*

“*Daquele jeito*”, “*meu problema*”, “*aquilo ali*”, “*aquela coisa*”, “*isso*”... Esses são alguns dos termos usados por Gina para definir – sem definir de fato – a sua condição intersexual. Nem *hermafroditismo*, *sexo ambíguo* ou *intersexualidade* definem adequadamente as experiências e vivências de Gina, posto que os sistemas médico-científico e jurídico arranjaram esses termos após terem socialmente instituído a realidade “natural” do dimorfismo sexual. Esses termos foram arranjados precisamente para ofuscar a

Se considerarmos o que a genética nos ensina, de que nossa combinação genética é única e que cada indivíduo é único – embora compartilhando a imensa maioria dos genes com outros indivíduos, o que nos leva a falar de grupos ou haplótipos –, teríamos também inúmeras variações de sexo.

existência de tudo aquilo que não fosse nem um, nem o outro sexo, tudo o que fosse considerado, pelos próprios sistemas, como ambíguos, logo, a serem negados, denegados e renegados.

Fausto-Sterling²¹, bióloga da Brown University, nos Estados Unidos, vem analisando a maneira como o sistema médico-científico ocidental (e, por tabela, o aparato jurídico a ele vinculado) de taxonomias sexuais teria dividido os corpos humanos em dois sexos biológicos e determinado, a partir dessa divisão, duas formas (possíveis e recomendadas) de comportamentos a eles arbitrariamente atrelados. A cultura ocidental, segundo a autora, estaria profundamente comprometida com a ideia de que só existiriam dois sexos e toda a organização institucional ocidental estaria baseada nessa ideia, segundo ela, fixa, naturalizada, essencializada e inquestionada, porque inquestionável. No entanto, em termos biológicos *reais*, haveria, segundo a autora, uma gradação de possibilidades entre o macho e a fêmea, não somente da espécie humana²². Se considerarmos o que a genética nos ensina, de que nossa combinação genética é única e que cada indivíduo é único²³ – embora compartilhando a imensa maioria dos genes com outros indivíduos, o que nos leva a falar de grupos ou haplótipos –, teríamos também inúmeras variações de sexo. Ou melhor, aquilo que a ciência estipulou como sendo “sexo biológico”, com todos os seus elementos de composição – trata-se de um sistema de classificação e, como tal, foi produzido dentro de um contexto social e político –, pode ser entendido como tendo múltiplas formas, dependendo da maneira como vão sendo definidas as fronteiras ou limites das classes dos sistemas²⁴.

Em um artigo de 1993, Fausto-Sterling propõe que se fale de cinco sexos, mas não somente, embora a cultura ocidental²⁵, baseada na biologia (e na procriação), tenha estabelecido apenas dois sexos: de acordo com os termos médico-científicos, haveria, além do macho e da fêmea, os intersexuais, termo criado pela medicina. Nesse termo, o discurso médico esconderia uma realidade *pelo menos* tríplice: os “verdadeiros hermafroditas” (sujeitos que possuem um testículo e um ovário, as gônadas) e duas formas de “pseudo-hermafroditas” (aqueles que têm testículos e alguns aspectos da genitália feminina, mas não têm ovários; e aqueles que têm

²¹ FAUSTO-STERLING, 1992; 1993; 2000; 2012; 2014.

²² FAUSTO-STERLING, 2012; 2014.

²³ SILVA, 2014.

²⁴ GONTIJO; SCHAAN, 2017.

²⁵ Não está nos objetivos da autora a definição do que entende por “cultura ocidental”.

ovários e alguns aspectos da genitália masculina, mas não têm testículos). Cada uma dessas categorias apresentaria uma imensa complexidade de formas, como, por exemplo, a porcentagem de características consideradas como masculinas ou femininas em cada “tipo”; além do mais, cada uma dessas categorias teria necessidades especiais, sensações específicas, emoções particulares que, segundo a autora, ainda estariam inexploradas (ou, voluntariamente, silenciadas, senão negadas) pela ciência²⁶ – categorias tornadas, assim, sujeitos “abjetos”, conforme Butler²⁷.

A autora propõe que se considere essas três categorias “intermediárias” como sexos plenos – assim como o fazem os movimentos sociais de pessoas intersexuais²⁸ –, embora aponte para o fato de que a categorização assim estabelecida também deixaria a desejar, pois ainda seria incompleta ao não dar conta de toda a complexidade das diferenças existentes entre as duas polaridades e nem dar conta de acabar com a própria polarização dual. A denúncia da autora começa a partir daqui, quando alega que os avanços recentes da fisiologia e da tecnologia cirúrgica permitiriam detectar a situação intersexual no momento do nascimento ou antes e, logo em seguida, os médicos agiriam para incluir o bebê num programa hormonal e de intervenções cirúrgicas com o objetivo de adequar o sujeito recém-nascido aos preceitos “normais” (heteronormativos e reprodutivos) da sociedade ocidental. O objetivo dessa política (médica, mas social como um todo) tomaria uma roupagem “humanitária”: adequar o ser humano física e psicologicamente à sua sociedade, segundo os médicos. O que estaria por trás dessa política médica, sem nenhum questionamento por parte de seus mentores, seria a existência de somente dois sexos, a normalidade da heterossexualidade (compulsória) e a naturalização de um modelo *verdadeiro* de saúde psicológica²⁹.

Segundo a mesma autora, apesar das evidências de identidades de três ou mais sexos/gêneros pelo mundo afora e na Europa até o Renascimento, surge paulatinamente, na Europa do final da Idade Média, esse padrão que persistiria até os dias de hoje: hermafroditas teriam sido compelidos a escolher entre um ou outro sexo e a “se adequar” às suas prerrogativas

²⁶ FAUSTO-STERLING, 1993.

²⁷ BUTLER, 2002.

²⁸ Ver, a esse respeito, a *Intersex Society of North America*, fundada em 1993, nos Estados Unidos (<http://www.isna.org>) ou o grupo brasileiro de *Visibilidade Intersexo* (https://www.facebook.com/visibilidadeintersex/?ref=br_rs), ambos pregando o fim das mutilações. Ver, ainda, RUBIN (2017a).

²⁹ FAUSTO-STERLING, 1993; 2000.

A medicina moderna se tornaria exitosa sempre que adequa uma criança ao padrão por ela mesma criado socialmente como natural, essencial, não questionado.

– antes de tudo, sociais e jurídicas, e, depois, com o advento da medicina, também biológicas... A razão social por trás disso estaria, por exemplo, nas questões relativas à herança, à legitimidade, à paternidade, à sucessão e ao acesso a títulos (de nobreza) e à elegibilidade ou capacidade para ocupar certas profissões, o que teria levado o sistema legal anglo-saxão a requerer que os recém-nascidos fossem registrados como machos ou fêmeas³⁰. Ao longo do século XX, a comunidade científica biomédica teria completado o que a comunidade jurídica e o mundo das leis já havia iniciado: o apagamento por completo de qualquer sexo que não confirmasse a pertença aos dois polos possíveis e recomendados, macho ou fêmea, dentro de um padrão heterossexual³¹.

Ao longo do século XX, teria agido o que Foucault chamou de biopoder³², para prover o “tratamento” à intersexualidade através do desenvolvimento de uma série de conhecimentos em bioquímica, embriologia, endocrinologia, psicologia e cirurgia³³. A contradição (o biopoder agindo enquanto poder simbólico que se faz matéria, corpo) estaria no fato de que o discurso biomédico de “tratamento” da intersexualidade se baseia e se legitima na ideia de limitação da dor psicológica que seria causada à criança, caso fosse criada com o corpo “defeituoso”, fora do padrão; mas a dor, de fato, nunca é, segundo Fausto-Sterling³⁴, da criança ou do paciente, e sim, do incômodo dos pais/parentes e/ou do próprio corpo médico... ou talvez da sociedade que não teria sido preparada para viver com algo “fora do padrão” que ela mesma permitiu que fosse criado, através de seus fabricantes de discursos hegemônicos, suas classes dominantes, seus detentores dos discursos legítimos³⁵.

A medicina moderna se tornaria exitosa sempre que adequa uma criança ao padrão por ela mesma criado socialmente como natural, essencial, não questionado. Caso esses corpos hermafroditas, ambíguos ou intersexuais não sejam controlados, segundo Fausto-Sterling, eles podem mostrar ao mundo do que são capazes: legitimar a homossexualidade³⁶. Seria preciso, conforme a autora, manter a distinção entre dois sexos para justificar a heterossexualidade compulsória, já que intersexuais “[...] possess the

³⁰ FAUSTO-STERLING, 1993.

³¹ FAUSTO-STERLING, 1993; 2012.

³² FOUCAULT, 1979.

³³ RUBIN, 2017a.

³⁴ FAUSTO-STERLING, 1993.

³⁵ FAUSTO-STERLING, 2014. GONTIJO; SCHAAN, 2017

³⁶ FAUSTO-STERLING, 1993.

irritating ability to live sometimes as one sex and sometimes the other, and they raise the specter of homosexuality”³⁷.

Geller³⁸, por sua vez, propõe uma abordagem bioarqueológica ou uma análise osteológica *queer*, para além da perspectiva de Fausto-Sterling. A autora se pergunta se o sexo está colocado nos ossos³⁹ e diz que a maioria das análises esqueléticas respondem positivamente, baseando-se em diferenças morfológicas e dimorfismos quantificáveis em função de escalas fabricadas pelos próprios pesquisadores – machos seriam *robustos* e fêmeas, *gráceis*. A partir dos traços diferenciais definidos e das escalas estabelecidas, ter-se-iam cinco categoriais: sexo ambíguo, fêmea, fêmea provável, macho e macho provável. Assim, percebe-se que, numa escala polarizada entre macho e fêmea, há uma ambiguidade *real* que comprova perfeitamente que a oposição não é binária, embora os antropólogos físicos ou bioantropólogos, conforme Geller, continuem considerando unicamente dois sexos como “normais” – mais do que simplesmente no sentido estatístico do termo⁴⁰.

A antropologia física, de acordo com os manuais de análises esqueléticas, conceberia a diferença sexual de três maneiras, como observou Geller⁴¹: (1) como mais convincente, quando baseada na biologia – como, por exemplo, as diferenças pélvicas, a habilidade reprodutiva ou a genitália –, (2) como “natural”, um dado que se distingue através de traços genotípicos e fenotípicos e, enfim, (3) como sempre categorizável em “oposições binárias”, onde a ambiguidade se referiria ao grau de definição dado por cada pesquisador, e não à fluidez das formas sexuais. A antropologia física, a biologia e a medicina teriam desconsiderado o gênero como algo autônomo, preferindo associá-lo ao sexo, como sendo uma só coisa – por tabela, isso amparou o sistema jurídico-normativo. Para a autora, para se entender a conexão entre sexo e biologia, é preciso considerar os estudos feministas e as conceituações de sexo e gênero. As análises esqueléticas em nada teriam sido ainda impactadas pelas críticas feministas e *queer*, desconsiderando o fato de que a definição dos sexos de um esqueleto é sempre uma decisão cultural, uma decisão do pesquisador: as críticas fe-

³⁷ Nossa tradução livre do inglês: “[...] possuem a irritante habilidade de viver ora como um sexo, ora como o outro, e carregam o espectro da homossexualidade.” (FAUSTO-STERLING, 1993, p. 24).

³⁸ GELLER, 2005.

³⁹ “Is sex set in bones?” (GELLER, 2005, p. 598).

⁴⁰ GELLER, 2005.

⁴¹ GELLER, 2005, 2009.

ministas e a teoria *queer* desestabilizam as categorias de sexo e gênero, recaracterizando-as como sempre fluidas e cambiantes⁴².

A partir daí, a autora analisa a maneira como a intersexualidade poderia ser tratada pelas análises esqueléticas, que sempre partem do princípio do binarismo estrito e inquestionável. Ela se pergunta se é possível, de fato, do ponto de vista bioarqueológico, identificar a intersexualidade a partir de restos esqueléticos, admitindo imediatamente que as diferenças entre os indivíduos são muito sutis. Depois, ela se pergunta qual seria a diferença entre intersexuais e transgêneros, em contextos bioarqueológicos, mas também admite que somente os registros vivos das culturas e a etnohistória é que podem dizê-lo, raramente a bioarqueologia⁴³. Laqueur já havia mostrado que foi a partir do séc. XVIII que teria emergido, na Europa, o modelo dos dois sexos e que, durante a Idade Média e o Renascimento, o sexo teria sido cambiável e contingente aos humores corporais⁴⁴. Geller conclui que não é possível analisar o gênero recorrendo-se unicamente ao sexo. Utilizando-se da análise da performatividade de gênero de Butler⁴⁵, segundo a qual as diferenças sexuais são instituídas socialmente através da maneira como são performatizados discursivamente os gêneros, Geller apresenta dados de sua pesquisa de campo entre os maias, mas também cita os “*two-spirits*” das sociedades indígenas norte-americanas: “[...] gender performances also drawn attention to the fact that gender need not be predicated upon sexual difference”⁴⁶. Assim, para a autora, estimar o sexo não necessariamente informa sobre as concepções de gênero de uma determinada sociedade, da sociedade na qual o sujeito viveu. Dever-se-ia, ainda, considerar os materiais esqueléticos em seus contextos históricos e culturais, já que as concepções ocidentais das diferenças sexuais podem não ser universais, nem a-históricas ou trans-históricas. Geller⁴⁷ conclui que os pesquisadores deveriam levar em consideração a possibilidade de que, em determinadas culturas, a diferença sexual possa não ser ditada pela genitália, por fluidos associados ou por capacidades reprodutivas e, sobretudo, que, nessas determinadas culturas, a diferença sexual possa não ser reduzida necessariamente a duas categorias exclusivas, como já

⁴² GELLER, 2009.

⁴³ GELLER, 2005.

⁴⁴ LAQUEUR, 1990.

⁴⁵ BUTLER, 2003.

⁴⁶ Nossa tradução livre do inglês: “[...] performances de gênero chamaram a atenção ainda para o fato de que o gênero não precisa se basear na diferença sexual.” (GELLER, 2005, p. 603).

⁴⁷ GELLER, 2009.

o havia observado, por exemplo, Strathern⁴⁸, na Nova Guiné, assim como Herdt⁴⁹ ou Nanda⁵⁰.

As bioarqueólogas Tarli e Repetto⁵¹ corroboram com a ideia de que o dimorfismo sexual implica não obrigatoriamente em um binarismo *natural e universal*, mas em um conjunto de diferenças que são polarizadas pelos pesquisadores a partir dos critérios (e instrumentos) usados para medir as variações, que podem assim se distinguir de um grupo de pesquisadores para outro. A partir de análises osteológicas e dentárias de quatro populações clássicas e pré-históricas (da Itália e do Egito), elas chegam à conclusão de que há um forte impacto das condições sociais, econômicas, ambientais e alimentares sobre os graus de variação de dimorfismo sexual nas amostras analisadas⁵². No entanto, os autores, contrariamente ao que fará Geller⁵³, não questionam necessariamente o dimorfismo em si, mas tão-somente a maneira como são delimitadas as categorias polarizadas.

A paleoantropóloga Zihlman⁵⁴ desemboca em conclusões muito parecidas, ao retomar as reconstruções evolucionárias para mostrar o lugar ali ocupado pelas considerações sobre sexo e gênero. Ou o *não-lugar*, como conclui. Para a reconstrução do passado, a autora considera os dados moleculares e as pesquisas no campo da primatologia, as evidências etnográficas, os registros arqueológicos e a história da teoria evolucionária em *A Descendência do Homem*, de Charles Darwin. Assim, além da materialidade dos achados da arqueologia e do DNA, são considerados ainda os modos de vida de primatas avançados, sobretudo babuínos e chimpanzés, e, enfim, as experiências de povos existentes nos dias de hoje que, como os !Kung, *bushmen* do Deserto do Kalahari, na África, são considerados, pelas análises de DNA, como os humanos vivos descendentes mais diretos das primeiras linhagens de *homo sapiens* surgidas na África há mais ou menos 160.000 anos atrás⁵⁵.

Após apresentar, assim, de onde vêm os dados para se pensar a evolução humana – e, por conseguinte, instigar a reflexão crítica sobre a realidade das diferenças de sexo e gênero –, Zihlman passa a analisar a maneira

⁴⁸ STRATHERN, 1988.

⁴⁹ HERDT, 1993; 1994.

⁵⁰ NANDA, 1985.

⁵¹ TARLI; REPETTO, 1997.

⁵² TARLI; REPETTO, 1997.

⁵³ GELLER, 2005; 2009.

⁵⁴ ZIHLMAN, 2013.

⁵⁵ ZIHLMAN, 2013.

como as pesquisas teriam inventado a noção de que os homens teriam sido predominantemente caçadores e as mulheres, coletoras, sendo que a caça seria verdadeiramente o que teria motivado a evolução da espécie, com o aporte de proteína animal – e assim seria explicada a dominação masculina ou até mesmo o porquê da necessidade do dimorfismo na espécie humana⁵⁶.

Ao longo da primeira metade do século XX, seguindo a ideia primordial de Darwin sobre a seleção sexual e as concepções sobre a competição dos machos entre si e a disputa por fêmeas, desenvolveu-se o pressuposto segundo a qual o consumo de carne seria o diferenciador da espécie humana – com a caça, os machos poderiam obter fêmeas, alimentar as crias, relacionar-se como um grupo e formar família. Pesquisas publicadas ao longo das décadas de 1960 e 70 mostrariam, cada vez mais, o papel das mulheres nas sociedades humanas pretéritas a partir, inclusive, do papel das fêmeas como provedoras e protetoras em sociedades de primatas avançados⁵⁷. Nas décadas de 1970 e início de 80, com o aporte da antropologia feminista – e importantes publicações, como *Woman, Culture and Society*, em 1974, organizado por S. Rosaldo e L. Lamphere, e *Towards and Anthropology of Women*, em 1975, organizado por R. Reiter – grande ênfase seria dada na contribuição histórica feminina para a evolução da espécie, estabelecendo o gênero como um componente da reprodução, do trabalho e das relações sociais, dentre outros, ao considerar a coleta como uma atividade tão ou mais importante que a caça: contrapôs-se, assim, ao *Man the Hunter*⁵⁸ a *Woman the Gatherer*⁵⁹.

As pesquisas que se seguiram na década de 1990 em primatologia, arqueologia e etnografia, apresentadas em importantes conferências e publicações, tornariam mais complexo o quadro de informações sobre a participação das fêmeas e das mulheres nas sociedades de primatas avançados e de humanos, embora, paralelamente, diversos pesquisadores continuassem produzindo teorias sobre a dominação masculina, tentando neutralizar o que chamavam de “*feminist track*” ou viés feminista nas pesquisas, como aponta Zihlman⁶⁰. Enfim, a autora apresenta algumas

⁵⁶ Na literatura antropológica e arqueológica, classicamente confirmava-se a vocação “natural” do homem para a caça e da mulher para a coleta, como se nota em Lee & DeVore (1968) e Dahlberg (1981).

⁵⁷ DAHLBERG, 1981.

⁵⁸ LEE; DeVORE, 1968.

⁵⁹ DAHLBERG, 1981.

⁶⁰ ZIHLMAN, 2013.

Enfim, parece ficar claro, com a introdução da perspectiva *queer* nos estudos bioantropológicos e bioarqueológicos, com a produção da biologia crítica e com as evidências etnográficas, que o dimorfismo sexual representa uma naturalização culturalmente formulada com fins políticos.

tendências de pesquisa na década de 2000, como a teoria da história de vida aplicada à primatologia e à arqueologia, os estudos sobre chimpanzés e novas evidências arqueológicas que efetivamente questionam o dimorfismo da maneira como vinha sendo tratado⁶¹. A autora objetiva, com suas pesquisas, atentar para a ameaça representada pela propensão de se projetar as ansiedades ocidentais atuais no passado quanto à reprodução, à monogamia, à família, ao dimorfismo sexual e ao binarismo de gênero, “[...] ao examinar a maneira como se constituiu pejorativamente, em arqueologia e em antropologia, a primazia da caça sobre a coleta, sendo a primeira considerada como masculina e superior e a segunda, feminina e inferior”⁶².

Os métodos de determinação do sexo e de caracterização do gênero, para Zihlman, são culturalmente elaborados e não estão imunes aos juízos de valor em vigor em cada época, o que influencia sobremaneira a interpretação dos dados bioarqueológicos e também bioantropológicos, como já haviam dito Geller⁶³, Tarli e Repetto⁶⁴ e Fausto-Sterling⁶⁵, autoras vistas acima, mas também Hollimon⁶⁶ e Sofaer⁶⁷, dentre outras/os – embora haja nuances teóricas e metodológicas entre as autoras citadas que não cabe aqui abordar⁶⁸. Enfim, parece ficar claro, com a introdução da perspectiva *queer* nos estudos bioantropológicos e bioarqueológicos, com a produção da biologia crítica e com as evidências etnográficas, que o dimorfismo sexual representa uma naturalização culturalmente formulada com fins políticos. Sendo assim, a intersexualidade desponta, mais do que nunca, como o *locus* por excelência de observação privilegiada dos mecanismos performativos e disciplinares de gênero – ou tecnologias de gênero⁶⁹ – que operam ofuscamentos e ocultamentos para tornar os sexos polarizados inteligíveis.

*

⁶¹ ZIHLMAN, 2013.

⁶² GONTIJO; SCHAAN, 2017, p. 57.

⁶³ GELLER, 2005; 2008; 2009.

⁶⁴ TARLI; REPETTO, 1997.

⁶⁵ FAUSTO-STERLING, 1992; 1993; 2000; 2012.

⁶⁶ HOLLIMON, 2011.

⁶⁷ SOFAER, 2006.

⁶⁸ AGARWAL; GLENCROSS, 2011.

⁶⁹ DE LAURETIS, 1994.

Os processos de subalternização coloniais, promovendo a heteronormatividade, o dimorfismo sexual essencialista e a heterossexualidade compulsória, teriam naturalizado as divisões sexuais binárias, inscrevendo-as nos corpos, legitimando-as com os conhecimentos científicos e normatizando-as no aparato jurídico-legal-moral. Em seu artigo de 1993, citado aqui, Fausto-Sterling propõe que se lute por um mundo “utópico”, em que as pessoas teriam múltiplas possibilidades de ser, todas aceitas, diversas sexualidades, poderes compartilhados, onde as oposições não fariam mais sentido, porque teriam sido dissolvidas – pacientes e médicos, parentes e crianças, machos e fêmeas, heterossexuais e homossexuais... Uma nova ética médica teria surgido, permitindo e valorizando a ambiguidade, numa sociedade que teria superado a divisão sexual, “[...] a society in which sexuality is something to be celebrated for its subtleties and not something to be feared or ridiculed”⁷⁰.

Dentre os cientistas sociais brasileiros, parece predominar um certo receio em se ler o que se produz nas ciências biológicas, medo reiterado em relação às pesquisas bioantropológicas e, mais ainda, bioarqueológicas, mesmo em tempos de rupturas de fronteiras disciplinares e reivindicações inter ou transdisciplinares. Ora, o potencial de desnaturalização das categorias binárias de sexo e gênero apresentado pelas publicações das autoras acima resenhadas é indiscutivelmente relevante para se pensar um mundo melhor, principalmente ali onde os sistemas médico-científico e jurídico-normativo insistem em operar no sentido de reproduzir a fixidez do que Gina chama, muito sabiamente, de “*pensamentos*”, aquele conjunto de ideias que espelha os mecanismos performativos e disciplinares do gênero.

O ideário que denuncia o gênero como produtor do sexo desnaturaliza e desuniversaliza as classificações binárias de gênero e a heterossexualidade compulsória e promove a fluidez do conceito de identidade, que está na base da obra das autoras resenhadas; mas, não dos sistemas representacionais que fundamentam a experiência constitutiva de Gina, enquanto sujeito – nem dos sistemas representacionais médico-científicos e jurídico-normativos acionados por Gina em seu périplo à la recherche, não *du temps perdu*, mas do tempo à venir, aquele que ainda lhe resta para deixar de ser uma “*viva-morta*”. Exorta-se aqui para que se questione a

⁷⁰ Nossa tradução livre do inglês: “[...] uma sociedade em que a sexualidade é algo a ser celebrado por suas sutilezas e não algo a ser temido ou ridicularizado.” (FAUSTO-STERLING, 1993, p. 24).

Sabemos a quem interessa a desnaturalização das classificações binárias de sexo e gênero. Mas precisamos perder o medo de nomear aqueles a quem isso não interessa, por correrem o risco de perder seus privilégios.

naturalidade dos sistemas classificatórios e taxonomias essencializadoras e se contribua assim para o respeito à diversidade e aos direitos humanos, com o auxílio da antropologia social, da arqueologia e da bioantropologia, formas de conhecimento que têm o papel de desestabilizar estruturas de poder vigentes na atualidade, a partir da análise dos seus processos históricos de estruturação. Enfim, como prega Voss: “The next time politicians argue what is ‘traditional’ or ‘natural’ about gender and sexuality, we will respond in a chorus of voices that loudly against the essentializing of the past in service of the present”⁷¹.

Sabemos a quem interessa a desnaturalização das classificações binárias de sexo e gênero. Mas precisamos perder o medo de nomear aqueles a quem isso não interessa, por correrem o risco de perder seus privilégios.

⁷¹ Nossa tradução livre do inglês: “A próxima vez que os políticos questionarem o que é ‘tradicional’ ou ‘natural’ em termos de gênero e sexualidade, nós responderemos em um coro de vozes bem alto contra a essencialização do passado a serviço do presente.” (VOOS, 2009, p. 34).

REFERÊNCIAS

- AGARWAL, Sabrina C.; GLENCROSS, Bonnie A. (Orgs.). *Social Bioarchaeology*. Maiden: Wiley-Blackwell, 2011.
- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 [1990].
- BUTLER, Judith. *Cuerpos que Importan*. Buenos Aires: Paidós, 2002 [1993].
- BUTLER, Judith. *Undoing Gender*. Nova York: Routledge, 2004.
- DAHLBERG, Frances. *Woman the Gatherer*. New Haven: Yale University Press, 1981.
- DE LAURETIS, Teresa. Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities – an Introduction. *Differences*, 3, 2, p. iii-xviii, 1991.
- DE LAURETIS, Teresa. A Tecnologia do Gênero. In: HOLLANDA, Heloísa B. *Tendências e Impasses: o feminismo como crítica da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, pp. 206-241, 1994.
- FAUSTO-STERLING, Anne. *Myths of Gender: biological theories about women and men*. Nova York: Basic Books, 1992.
- FAUSTO-STERLING, Anne. The Five Sexes: why male and female are not enough. *The Sciences*, March/April, 1993, p. 20-25.

FAUSTO-STERLING, Anne. *Sexing the Body: gender politics and the construction of sexuality*. Nova York: Basic Books, 2000.

FAUSTO-STERLING, Anne. *Sex/Gender: biology in a social world*. Nova York/Londres: Routledge, 2012.

FAUSTO-STERLING, Anne; TOURAILLE, Priscille. Autour des Critiques du Concept de Genre. Entretien avec Anne Fausto-Sterling. *Genre, Sexualité & Société*, 12, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. 1. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GELLER, Pamela L. Skeletal Analysis and Theoretical Complications. *World Archaeology*, 37, 4, 2005, p. 597-609.

GELLER, Pamela L. Identity and Difference: complicating gender in Archaeology. *Annual Review of Anthropology*, 38, 2009. p. 65-81.

GONTIJO, Fabiano; SCHAAN, Denise. Sexualidade e Teoria Queer: apontamentos para a Arqueologia e a Antropologia brasileiras. *Revista de Arqueologia*, 30, 2, 2017, p. 51-70.

HALPERIN, David M. *Saint Foucault: towards a gay hagiography*. Nova York: Oxford University Press, 1995.

HERDT, Gilbert (Org.). *Ritualized Homosexuality in Melanesia*. Berkeley/Oxford: University of California Press, 1993.

HERDT, Gilbert (Org.). *Third Sex, Third Gender: Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*. Nova York: Zone Books, 1994.

HOLLIMON, Sandra E. Sex and Gender in Bioarchaeological Research: theory, method, and interpretation. In: AGARWAL, Sabrina C.; GLENCROSS, Bonnie A. (Orgs.). *Social Bioarchaeology*. Maiden: Wiley-Blackwell, 2011, p. 149-182.

JAGOSE, Annemarie. *Queer Theory: an introduction*. Nova York: New York University Press, 1996.

JOYCE, Rosemary A. Archaeology of the Body. *Annual Review of Anthropology*, 34, 2005, p. 139-158.

LAQUEUR, Thomas. *Making Sex: body and gender from the Greeks to Freud*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

LEE, Richard B.; DEVORE, Irven (Orgs.). *Man the Hunter*. Chicago: Aldine, 1968.

MANIFESTO “Queer Nation”. *Cadernos de Leitura*, 53, 2016 [1990], p. 2-13.

MORTON, Donald (org.). *The Material Queer: a LesBiGay cultural studies reader*. Boulder: Westview Press, 1996.

NANDA, S. The *Hijras* of India: cultural and individual dimensions of an institutionalized third gender role. *Journal of homosexuality*, 11, 1985, p.35-54.

REITER, Rayna. R. (Org.). *Toward an Anthropology of Women*. Nova York: Monthly Review, 1975.

ROSALDO, Michelle. Z.; LAMPHERE, Louise. *Woman, Culture and Society*. Stanford: Stanford University Press, 1974.

RUBIN, David A. *Intersex Matters: biomedical embodiment, gender regulation, and transnational activism*. Nova York: SUNY Press, 2017a.

RUBIN, Gayle. O Tráfico de Mulheres. *Políticas do Sexo*. São Paulo: Ubu, 2017 [1975], p. 9-61.

RUBIN, Gayle. Pensando o Sexo. *Políticas do Sexo*. São Paulo: Ubu, 2017b [1984], p. 63-128.

SCOTT, Joan. 'Experience'. In: BUTLER, Judith; SCOTT, Joan (Orgs.). *Feminists Theorize the Political*. Nova York/Londres: Routledge, 1992, p. 21-40.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise. *Educação e Realidade*, 20, 2, 1995 [1986], p. 71-99.

SEDGWICK, Eve K. *Epistemology of the Closet*. Berkeley: University of California Press, 1990.

SILVA, Hilton P. Evolução humana, biologia, cultura e o ambiente latrogênico da Modernidade. *Ambiente & Sociedade*, 48, 2014, p. 175-186.

SOFAER, Joanna. Gender, Bioarchaeology and Human Ontogeny. In: GOWLAND, Rebecca; KNÜSSEL, Christopher (Orgs.). *The Social Archaeology of Human Remains*. Oxford: Oxbow Books, 2006, p. 155-167.

STRATHERN, Marilyn. *The Gender of the Gift: problems with women and problems with society in Melanesia*. Berkeley: University of California Press, 1988.

SULLIVAN, Nikki. *A Critical Introduction to Queer Theory*. Nova York: New York University Press, 2007.

VOSS, Barbara L. Looking for Gender, Finding Sexuality: a queer politic of archaeology, fifteen years later. In: TEREYDY, S.; LYONS, N.; JANSE-SMEKAL, M. (Orgs.). *Proceedings of the Thirty-Seventh Annual Chacmool Conference, University of Calgary*. Calgary: University of Calgary Press, 2009.

WARNER, Michael (Org.). *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1993.

ZIHLMAN, Adrienne. Engendering Human Evolution. In: BOLGER, Diane (Org.). *A Companion to Gender Prehistory*. Maiden: Wiley-Blackwell, 2013, p. 23-44.

DESOBEDIENCIA: ¿DERECHO O ESTRATEGIA? A PROPÓSITO DE LA REIVINDICACIÓN DE LA “POLÍTICA DE DESOBEDIENCIA CIVIL” EN CATALUNYA¹

Javier de Lucas
Professor Catedrático
de Filosofia do Direito
e Filosofia Política,
Universidade de
Valência (Espanha).
javier.de-lucas@uv.es

Autor convidado.

Disobedience: right or strategy?
On the claim of the “policy of civil
disobedience” in Catalonia

Desobediência: direito ou estratégia?
Sobre a reivindicação da “política de
desobediência civil” na Catalunha

RESUMEN

Aunque la tradición de la desobediencia civil y, más lejos aún, la del derecho a resistencia tiene antecedentes muy claros, hoy se ha producido un giro. El incremento del fenómeno de la *indignación* y revuelta contra el sistema ha propiciado lo que algunos consideran estrategia de desobediencia e incluso *política de desobediencia*. Em este artículo se discute esa hipótesis desde la experiencia que procura la experiencia vivida en los dos últimos años en Cataluña.

Palabras clave: Filosofía del Derecho; Desobediencia Civil; Catalunya.

¹ En este artículo retomo el análisis de un trabajo anterior, DE LUCAS, 2014, pp. 57-75.

Abstract

We are possibly facing a turning point in the tradition of the right of resistance and even civil disobedience. From the globalization of the phenomenon of the *indignados*, the recourse to the strategy of *disobedience* grows. There is even a claim for a policy of disobedience. In this article we draw on the experience of the last two years in Catalonia to discuss these theses

Keywords: Philosophy of Law; Civil Disobedience; Catalonia.

Resumo

Embora a tradição da desobediência civil e, mais ainda, a do direito à resistência tenha antecedentes muito claros, hoje houve uma reviravolta. O aumento do fenômeno da *indignação* e revolta contra o sistema levou ao que alguns consideram uma estratégia de desobediência e até uma *política de desobediência*. Neste artigo, esta hipótese é discutida a partir da experiência dos últimos dois anos na Catalunha.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Desobediência Civil; Catalunha.

1. EQUÍVOCOS EN TORNO A LA RECUPERACIÓN DEL DEBATE PÚBLICO SOBRE LAS RAZONES DE (DES)OBEDECER

Quienes nos dedicamos académicamente a la filosofía jurídica y política, valoramos como efectos positivos algunas de las consecuencias que derivan del debate sobre la reivindicación de la independencia de Catalunya por parte de partidos políticos que cuentan con una mayoría parlamentaria (aunque no con la mayoría social) y, por tanto, por parte del *Govern* de la *Generalitat de Catalunya* y su *Parlament*² cuyas decisiones son la expresión de esa mayoría partidaria.

En efecto, esas reivindicaciones han propiciado y aun popularizado discusiones sobre conceptos y problemas claves de esas disciplinas, como el de la noción de *legitimidad* y con ella – lo diré desde una perspectiva menos gremial –, la cuestión capital en política, porque

² Para los lectores no españoles, hay que aclarar que se trata de un Gobierno y de la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, Catalunya, dentro del modelo de Estado que establece la Constitución española de 1978. De acuerdo con ella, España se constituye como un Estado *autonómico*, una estructura a medio camino entre las Regiones italianas y los Estados federados (*Länder*) de la RFA, si bien dos de las CCAA, la Comunidad Autónoma Vasca (*Euskadi*) y Catalunya, cuentan con competencias incluso más amplias que las de los *Länder*.

atañe a la definición misma de democracia y por tanto nos compete a todos los ciudadanos: ¿quiénes son y quiénes deben ser los señores de la vida pública, de la política? ¿es el pueblo, o debemos hablar más bien de los ciudadanos?

Esta primera cuestión, como sabemos, reconduce a un viejo dilema, el de la contraposición entre gobierno de los hombres y gobierno de las leyes: ¿puede y debe ser el Derecho otra cosa que la expresión de la voluntad popular?

Pero la contraposición conduce a la pregunta por la obediencia a las leyes: ¿Existe un derecho básico a la desobediencia, también en democracia? ¿En qué condiciones?

Es fácil comprender que de esa manera lo que se cuestiona son las relaciones entre democracia, justicia, legalidad y derechos humanos.

Pues bien, creo que este hecho, el que se produzca una discusión pública de este tipo, debe ser saludado, con todos los matices que se quiera, como un indicador positivo, también en términos de la formación de una ciudadanía activa. Pero, a mi juicio, no es menos cierto que – al hilo de estas discusiones – se están propiciando no pocas confusiones y aun falacias sobre conceptos básicos de la teoría de la democracia y aun de la filosofía política y jurídica.

Me permitiré recordar de entrada una advertencia que, en punto a este debate, creo que resulta muy útil. Me refiero a la conveniencia de evitar dos extremos: las tesis *formalmente legalistas (strictu sensu)* de quienes quieren identificar la legitimidad con la legalidad, sin más. Y, del otro lado, las populistas de quienes creen que todo lo que diga/decida la mayoría del pueblo (o todo aquello a lo que preste su adhesión) es, por definición, la expresión misma de la justicia y la legitimidad.

La historia nos ofrece mil ejemplos de cómo la legalidad democrática no agota ni se identifica con la justicia. Si nos remontamos a referencias inevitables en la tradición política occidental, es un lugar común referirse a lo que nos proponen, por ejemplo, Sófocles en su *Antígona*, o Shakespeare a propósito de su personaje de Shylock, *El Mercader de Venecia*: en esas obras (o en la versión que nos ofrecen Platón y Jenofonte de la muerte de Sócrates) se nos muestra que consagrar la legalidad como justicia es una equivocación rayana en

la estupidez. Es algo que el genio del Derecho Romano advirtió y por eso el brocardo *summum ius summa iniuria* (aunque es preciso recordar también que Roma nos ofrece el extremo opuesto, el *fiat iustitia pereat mundus*).

Conocemos bien las *piedras miliares* de los intentos del pensamiento político occidental por resolver la tensión entre justicia y legalidad. Así, por ejemplo, la paradoja de Rousseau, con su distinción entre *volonté générale* y *volonté de tous*, que se nos revela inadecuada por insuficiente, a fuer de irrealizable. Tampoco la solución de Weber, la noción de legitimidad legal-racional, ni siquiera en la medida en que la ley sea no sólo racional, sino también expresión de la voluntad de la mayoría ofrece argumentos para cerrar algo más que una presunción general (pero fácilmente objetable) a favor de la dosis de justicia presente en la legalidad democrática. Y es que, como ya apuntara el padre de la teoría de la desobediencia civil, Thoreau³, la razón de uno solo (si ese uno solo tiene razón) puede valer más que la voluntad de la mayoría, si ésta no la tiene. Thoreau inicia así la concepción moderna de un concepto no siempre claro, la *desobediencia civil*.

Me parece que un segundo error a evitar es entrar en ese debate a base de slogans y simplismos, del tipo del enunciado por algunos de los portavoces del movimiento *soberanista* catalán, como Josep Guardiola, que insisten en la voluntad popular como último fundamento de la justicia, de la legitimidad: “las leyes no pueden imponerse contra la voluntad del pueblo” “justo es lo que el pueblo decide”. Reitero que, según parece claro, ese planteamiento es tan simplista como el contrario, propio del *fetichismo* legalista en la democracia: “la ley es la ley”. Máxime si sabemos, como sabemos, de la fina línea entre democracia y demagogia, una relación sobre la que ya advirtiera Aristóteles y sobre la que insistió Tocqueville al denunciar el peligro de *tiranía de la mayoría*. Y si conocemos, como conocemos, las perversiones del formalismo jurídico, que pueden llevar a sostener que cualquier Estado es Estado de Derecho. Añadamos que, desde Goebbels al menos, sabemos de la capacidad moderna de demagogia a través de la propaganda, del dominio de la media. Sabemos por la historia que, invocando el

³ Aún hoy, su conferencia de 1848, publicada por primera vez al año siguiente, *Civil Disobedience*, sigue siendo la referencia obligada.

[...] cuando una mayoría vota a favor de discriminar a una minoría, a favor de la tortura, a favor de la pena de muerte, a favor de un dictador, ¿queda legitimada esa decisión por provenir de un acuerdo de la mayoría?

nombre, la voluntad de la mayoría (*el pueblo*), se han justificado los peores horrores. Y sabemos cómo se ha usurpado la voluntad real de la mayoría de los ciudadanos por parte de élites o grupos que no son mayoritarios, pero sí hegemónicos, en poder institucional, económico, mediático. En el fondo, ese riesgo de ruque la voluntad de (la mayoría) pueblo se aleje de la exigencia de justicia fue teorizado de forma detallada, como se recordará, por uno de los mejores representantes del primer liberalismo democrático, Alexis de Tocqueville, que acuña la noción de *tiranía de la mayoría*. No hay que elucubrar demasiado para encontrar ejemplos de esa tiranía de la mayoría, en la teoría y en la práctica de nuestras democracias: cuando una mayoría vota a favor de discriminar a una minoría, a favor de la tortura, a favor de la pena de muerte, a favor de un dictador, ¿queda legitimada esa decisión por provenir de un acuerdo de la mayoría?

2. ¿TIEMPOS DE DESOBEDIENCIA?

Los nuestros han sido caracterizados, desde diferentes perspectivas, como *tiempos de desobediencia*, hasta el punto de que se ha llegado a aventurar que un rasgo distintivo de la generación que alcanza su mayoría de edad al final de la primera década del siglo XXI sería el estado de rebelión, lo que permitiría hablar de la *era de los indignados*. Se habría producido así un proceso de globalización del movimiento de denuncia y rechazo del statu quo que se extendió desde las plazas de ciudades árabes a Madrid, Génova, Nueva York o Hong Kong. Ciertamente, sus raíces se remontarían a la concepción altermundialista, al lema *otro mundo es posible*, que se lanza al mundo desde el foro de Porto Alegre, y que es sobre todo *una propuesta de rechazo de un (des)orden social* percibido como insoportable, por injusto y aun suicida, en términos de la sostenibilidad de la vida (la de los seres humanos y la del propio planeta). Pero no pretendo una disquisición sobre cuestiones que han sido ya extensamente tratadas, y sobre las que acaba de volver la activista N. Klein en su “Decir no, no basta (Estado y sociedad)”⁴, sino más bien apuntar a una pregunta y ofrecer algunas pistas para el debate a quien interese la cuestión. A mi juicio, la pregunta es

⁴ Un ensayo que, a mi juicio, comparado con el anterior, “La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre” o con el clásico “No Logo”, decepciona y mucho.

por qué hoy el prestigio social está del lado no ya de la indignación y la denuncia, sino abiertamente de la desobediencia, con el efecto estigmatizador sobre *la actitud de obediencia, que parece sometida a sospecha*. Y es que hoy parece asentada la tesis de que la desobediencia es la modalidad que exige aquí y ahora una política democrática.

Debo precisar de inmediato que no me refiero a esa constante en toda sociedad que viene simbolizada por el *atractivo de la negación*, vinculada a una necesidad generacional, biológica, la que todos experimentamos al constatar que nos encontramos en un mundo que hemos recibido y que percibimos como ajeno e incluso impuesto. En definitiva, un mundo que no es nuestro, de donde la necesidad de crear el propio. Prácticamente en todas las culturas y en todos los momentos históricos encontramos testimonios de ese rechazo, de esa desobediencia, que es sobre todo una actitud vital de *los jóvenes* hacia las pautas y valores imperantes, testimonios enunciados generalmente en tono de lamentación por la decadencia que ello supone para el orden social existente, cuyos valores son impugnados. ¡Es el grito de *non serviam!* Que la Biblia atribuye al ángel predilecto que se rebeló contra su Creador, convirtiéndose así en *ángel caído*.

No. Hablo de algo más, de un fenómeno que, por su generalización, parece nuevo: se trata de reconocer que se ha producido una inversión de la comprensión de la desobediencia, que – en contextos democráticos – pasa de ser una actitud sospechosa por insolidaria y reprobable para la mayoría, en cuanto incompatible con las condiciones de una convivencia civil, a convertirse en la *vía necesaria para construir una sociedad que de verdad merezca ese calificativo*. Una *sociedad decente*, en el sentido de Péguy o Margalit o, digámoslo abiertamente, una sociedad justa. Esto nos obliga, creo, a un esfuerzo de precisión sobre las condiciones de legitimidad de la desobediencia, lo que puede abordarse, a mi juicio, al menos desde dos vías que tienen una importante tradición. De un lado, la que construye el concepto de desobediencia civil, en contextos precisamente democráticos, cuando menos a priori. De otro, la de raíces anarquistas – en la mejor tradición libertaria⁵ – que entiende

⁵ Véase la reciente recopilación de LA TORRE, 2017.

que, siendo todo poder ilegítimo, la desobediencia es la acción política legítima por antonomasia, incluso un deber, lo que parece razonable cuando hablamos de regímenes no democráticos, pero resulta muy cuestionable en el otro caso.

3. SOBRE LA DESOBEDIENCIA EN DEMOCRACIA

Mi propuesta parte de la aceptación de la tesis que sostiene que la desobediencia, si es civil, constituye una *expresión genuina del espíritu de la democracia y del Derecho*, y aun se diría – Camus – de la paradoja en la que se debate el hombre moderno, heredero de la Ilustración, su opción por el ideal de autonomía, pero esclavizado por las reglas de un mundo que le es ajeno y contra el que *se rebela*. Y advierto sobre la necesidad del adjetivo, que matiza de forma muy importante la tesis inicial, la del prestigio de la desobediencia. No hablo de la desobediencia, sin más, hablo de *desobediencia civil*, que encarna lo mejor del espíritu del Derecho y de la democracia mismas, cuando es, insisto, desobediencia civil.

Quizá nadie como Howard Zinn haya planteado mejor, más provocadoramente, la razón de ser de la desobediencia, desde que lo hiciera Sófocles, en el diálogo entre Antígona y Creonte, donde, claro está, no se habla de desobediencia civil, sino de la *obligación de obedecer el mandato de leyes superiores*, no escritas, cuando la *ley no es justa*. En un debate de 1970 sobre desobediencia civil, Zinn comenzó su intervención señalando que toda la discusión estaba planteada al revés, porque – afirma – “nos dicen que el problema es la desobediencia civil, cuando en realidad el problema es la obediencia civil” (puede verse aquí la lectura que hizo Matt Damon de ese texto de Zinn). Zinn es probablemente el más prolífico defensor de la desobediencia civil, el concepto teorizado por Thoreau en una conferencia escrita en 1848, que lleva ese título y en la que propuso los elementos conceptuales desarrollados luego entre otros por Bedau, Russell, Rawls o Habermas y, sobre todo, llevados a la práctica por los movimientos de defensa de los derechos civiles (Martin Luther King) y por los ecopacifistas, movimientos en los que jugaron un papel fundamental los críticos con el desarrollo del armamento nuclear y la generación de resistencia a la guerra del Vietnam.

[...] esta recuperación de la desobediencia como virtud, como motor de la vida política, tiene que ver con la percepción de que la disidencia activa o incluso la desobediencia, expresan el espíritu de la democracia, de la reapropiación del poder por parte de los ciudadanos

Para Thoreau, en efecto, *la desobediencia civil expresa el desacuerdo político* y no sólo moral, de quien no halla justificado el imperativo concreto de una ley, porque choca con los fundamentos del pacto social al que se ha prestado consentimiento, el de los *founding fathers* en el caso de Thoreau, es decir, la Constitución, en términos de la teoría contemporánea de la desobediencia civil. Para Thoreau, la desobediencia civil es una conducta exigente, lo que significa que ha de ser pública y pacífica y, además, debe aceptar la sanción para probar su coherencia. Sin duda hay en Thoreau un impulso de moral crítica, un fundamento ético de la desobediencia civil, pero la clave está en la dimensión política: Thoreau no trata de cambiar el régimen político, pero tampoco salvar la aplicación de una ley a su caso concreto (la excepción personal o suspensión personal de la ley, propia de la objeción de conciencia). Por eso, su *propuesta* no es la de la revolución. Es una *rebelión para preservar los valores del pacto político que comparte y defiende*. De paso, diré que, a mi juicio, aunque resulta indiscutible la importancia que tuvo para Gandhi la lectura de Thoreau, el movimiento que el *Mahatma* impulsó y que fue decisivo en la independencia de la India no es en realidad desobediencia civil, sino rebelión inspirada en una concepción religiosa, la doctrina de la *satyagraha*, que adquiere la dimensión de una verdadera *revolución política*, de carácter pacífico. Porque, obviamente, Gandhi no comparte ni los valores ni las reglas del sistema político del virreinato, la dominación inglesa en la *joya de la corona* que es la India, y no se rebela apelando a esa legitimidad, sino que la impugna. Insisto: algunas de las convicciones de Thoreau están muy vivas en Gandhi, comenzando por aquella que asegura que en un régimen injusto el único lugar para un hombre justo es la cárcel, tesis que llevó a Thoreau a la cárcel de Concord, al negarse a pagar los impuestos con los que se pagaba una aventura colonial, imperialista, la del gobierno de los EEUU de la época en México.

Como decía, creo que, en cierto modo, esta recuperación de la desobediencia como virtud, como motor de la vida política, tiene que ver con la *percepción de que la disidencia activa o incluso la desobediencia, expresan el espíritu de la democracia*, de la reapropiación del poder por parte de los ciudadanos. Esta matización sobre el sujeto, esto es, *we, the people*, me parece importante: prefiero esta referencia a todos nosotros los ciudadanos (luego

matizaré sobre la necesidad de una concepción plural e inclusiva de la ciudadanía), por encima de las referencias habituales a las nociones de *pueblo* y, desde luego, más que a la de *nación*, porque hace referencia a *todos y cada uno de los ciudadanos* como sujeto político constituyente, como poder político originario, el *demos*. En cierto modo, es un desarrollo coherente de la concepción que desde el humanismo a la Ilustración reivindicará en profundidad *el valor de la autonomía como principio sine qua non de la moral, la política y el derecho* y que se refleja en la noción de contrato social como única justificación del poder. Una concepción presente en el agudo ensayo de Etienne de La Boétie, *El discurso sobre la servidumbre voluntaria o el Contrauno*, escrito en 1548, pero que se publicó en 1571⁶ y en el que La Boétie impugna la obediencia propia de las monarquías absolutas, que es la obediencia de quien, en lugar de ciudadano, es tratado como súbdito o, como dirá Nietzsche, como rebaño. Impugna así la obediencia como hábito generado por el miedo, por la amenaza del monopolio de la violencia que detenta el rey. Impugnación de la obediencia como servidumbre voluntaria que encontramos también en la advertencia prudente que se recoge en una cita muy repetida (y habitualmente atribuida de forma errónea a Lichtenberg, en sus *Aforismos*) de las *Mémoires* del que fuera rival de Mazarino, el cardenal de Retz (1675): “Cuando los que mandan pierden la vergüenza, los que obedecen pierden el respeto, y despiertan de su letargo, pero de forma violenta”⁷. Es este un matiz muy importante: esa impugnación del deber genérico de obediencia, la habilitación de un derecho casi genérico de resistencia está ligada estrictamente al déficit de legitimidad del *ancien régime: por tanto, en un régimen no democrático, no cabe la desobediencia civil, sino sólo la revolucionaria*.

Cuando la desobediencia *es civil*, aparece, además, a mi juicio, como expresión indefectible de lo que constituye, si se me permite la expresión, el *alma del derecho*, que no es otra cosa sino la idea de la *lucha por los derechos*, una idea-fuerza que ya está en Heraclito, pero que formuló y desarrolló uno de los más grandes juristas del siglo

⁶ Fue su amigo, Montaigne, quien lo publicó. Hoy existen fundadas sospechas de que éste fuera el verdadero autor del panfleto.

⁷ RETZ, 2013.

XIX, Rudolf von Jhering⁸. Sí: para que el Derecho sea instrumento de satisfacción de las necesidades reales de los ciudadanos, y no instrumento de dominación y discriminación, expresión de violencia, ley del más fuerte, ha de estar *al servicio de los derechos como intereses legítimamente dominantes*. En una sociedad democrática esa lucha está institucionalizada, a priori, a través de los mecanismos institucionales de representación y de participación. Pero, como señalara justamente Arendt cuando escribe sus reflexiones sobre la desobediencia civil a las que se refiere Jordi Mir⁹, la desobediencia que arraiga en los campus norteamericanos en los 70 tiene mucho que ver con los límites que el *stablishment* impone a la democracia representativa, límites sobre todo a la hora de garantizar esa lucha genuina por los derechos, que no parecen posibles en esa democracia bloqueada, que ha agotado su vía revolucionaria, como supo mostrar Richard Yates en su magistral novela *Revolutionary Road*¹⁰. Arendt intenta incorporar a las instituciones democráticas la desobediencia, pero fracasa en su propuesta porque (y aquí discrepo del análisis de Mir, que sugiere que el proyecto debe ser incorporar la desobediencia a la legalidad, no sabe resolver el oxímoron jurídico que eso plantea). Pero es preciso afinar el análisis: cabe defender la legitimidad democrática del recurso a la desobediencia civil, que *incluso puede ser entendida como una obligación política*: porque esta desobediencia es el recurso para apelar a que la mayoría recupere el principio de legitimidad expresado en el pacto político original, esto es, en nuestros sistemas políticos, en la Constitución. ¿Significa eso que es posible enunciar la existencia de un *derecho a la desobediencia civil*, esto es, de *la desobediencia civil como derecho*, incluso como derecho básico, tal y como sostiene mi colega de la UPF? Yo creo que no, salvo que hablemos de un *derecho moral*, un *derecho natural*, al estilo del derecho de resistencia y sólo muy excepcionalmente (como de hecho sucede sólo en la Ley fundamental de Bonn) ese *claim for desobedience* es positivizado

⁸ Sobre todo en la que quizá es la más conocida de las obras de JHERING, 1872.

⁹ Se trata de Arendt, *Reflections Civil Disobedience*, un ensayo publicado por Arendt en 1970 en *The New Yorker* e incluido después en el volumen *Crises of the Republic*, Harcourt Brace & Co., N. York, 1972, y dedicado por Arendt a Mary McCarhty. Hay versión en castellano, *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1999, pp 58-108.

¹⁰ El director de cine Sam Mendes dirigió en 2008 una versión cinematográfica de *Revolutionary Road* que, a mi juicio, traiciona la fuerza corrosiva del original desde el punto de vista social y político, centrándose en el drama de los personajes.

como derecho, pero con una muy importante precisión: no existe un derecho general a desobedecer cuando uno así lo estime justificado, sino de forma muy específica: hay derecho a desobedecer órdenes/normas/decisiones abiertamente contrarias a los derechos humanos y el orden constitucional.

Este es el punto: frente a quienes verían en el derecho a la desobediencia un elemento constitutivo del pacto social democrático, hay que decir que eso significa entender mal las tesis de Hobbes sobre el *appeal to heaven* y no digamos las de Hobbes sobre la posición del ciudadano ante el Leviathan. El derecho a resistencia que invoca esa apelación divina es una última instancia, excepcional, en regímenes políticos en los que el control del soberano es muy limitado y difícilmente se puede trasladar a Estados de Derecho en los que las instancias de control y revisión son numerosas y con garantías, llegando incluso a instancias supraestatale. El derecho a desobedecer reconocido por Hobbes se limita a un supuesto extremo: aquel en el que el soberano/Leviathan no garantiza la vida. No: un derecho genérico, abierto de desobediencia pone en quiebra el fundamento mismo del Estado de Derecho.

Todo lo anterior no significa que no pueda ser legítima la desobediencia revolucionaria, las más de las veces violenta: y hay que añadir de inmediato que esa violencia no es ilegítima allí *donde no ha existido un pacto social democrático* (ilegitimidad de origen) *o donde éste ha degenerado* (ilegitimidad sobrevenida, nacida de una práctica no respetuosa con los principios de legitimidad) y ha practicado, por ejemplo, violaciones generalizadas de esos principios de legitimidad, como sucede cuando un régimen democrático en su origen viola de forma masiva los derechos humanos.

De esta forma, debemos matizar la tesis del prestigio de la desobediencia. La desobediencia tiene, como recordé más arriba, el prestigio del *non serviam!*, atribuido a Luzbel, el príncipe de los ángeles, que se rebela contra Dios y se convierte en Lucifer, Satán. Pero no olvidemos que el motivo de esa rebelión es el atributo del libre arbitrio concedido a los hombres. Por supuesto que el *ni dios, ni amo*, sigue siendo un lema que prolonga el ideal de la autonomía, pero hay que preguntarse qué sociedad puede construirse desde el

primado de la desobediencia a norma alguna, a ninguna autoridad. Porque si lo pensamos bien, hemos de admitir que también cabe llamar desobediencia, sin más, a lo que calificamos de conducta criminal o delictiva, que en teoría nadie podría proponer como ejemplo a seguir, aunque tenemos testimonios constantes de lo contrario cuando, por ejemplo, se ofrece el modelo de los tiburones financieros, los especuladores, los depredadores de cuello blanco que saben desobedecer a la ley, poniendo su inteligencia en escapar, en disimular esa desobediencia, es decir, en lo contrario del carácter público de la desobediencia civil. Por eso me parece claro que quienes se llenan la boca al hablar de desobediencia como instrumento democrático, sin hacer más precisiones, olvidan que una sociedad en la que el modelo sea el desobediente, sin más, es la expresión de la ley del más fuerte, el más astuto. *La desobediencia, sin más, es inviable como propuesta para construir una sociedad decente.*

4. SOBRE EL LÍMITE DE LA LEGITIMIDAD DE LA DESOBEDIENCIA. EL CASO DE CATALUNYA

Para terminar, quiero examinar el debate sobre la desobediencia desde la perspectiva de un caso muy concreto, el de la pretensión de la existencia de un derecho a la desobediencia en el contexto de Catalunya hoy y, de esa forma, a la discusión de las tesis de mi buen amigo y colega el profesor Mir. Ambos tomamos como referencia los argumentos que sostienen que en Catalunya se vive hoy un ejemplo masivo de práctica de la desobediencia civil, encaminada al objetivo de una democracia de calidad, basada en un mandato popular, el que ofrecería el resultado del referéndum que organizó el Govern de la Generalitat el día 1 de octubre de 2017 (1-O)¹¹, que

¹¹ Dejaré escrito algo que me parece evidente, pero que sostendré en primera persona: a mi juicio, ese referéndum del 1 de octubre de 2017, tal y como se produjo finalmente –sobre todo por las deficiencias de los organizadores, pero también, de facto, por la torpeza del Gobierno central que llevó a actuaciones desproporcionadas, de violencia- en modo alguno se puede poner como ejemplo de referéndum democrático. Ni por la ausencia previa de garantías (no existió un censo indubitado, no hubo nada parecido a una autoridad electoral neutral, independiente del Ejecutivo, que pudiera supervisar el referéndum y publicar los resultados, de modo que la misma persona podía votar varias veces), y tampoco existían condiciones básicas para la vinculatoriedad – no se fijó un mínimo de participación, ni tampoco la exigencia de una mayoría cualificada a favor del sí –. En esas condiciones, no creo que se pueda sostener que tal referéndum sea fuente inequívoca de un pretendido mandato democrático del *pueblo de Catalunya*, aunque sí es un caso de consulta: tan democrática en cuanto a su espíritu, la apelación a la consulta popular, como ilegal e insuficiente.

se realizaría a través de actos individuales y sobre todo colectivos de desobediencia civil.

Me interesa destacar un matiz en el que no se repara habitualmente, pero que sí se encuentra en el artículo de Jordi Mir con el que estas páginas pretenden dialogar: en primer lugar, sería necesario distinguir desobediencia civil de otras prácticas de resistencia no violenta¹²; en segundo término, hay que distinguir lo que son actos de *desobediencia civil* (que siempre invoca un marco común de legitimidad y siempre es pacífica, y lo que impugna es una ley, o leyes, una sentencia, una decisión administrativa, etc, no el sistema básico de legitimidad) y lo que son *técnicas de desobediencia civil* (*sitting-on*, corte de calles, bloqueo de acceso a edificios oficiales, etc: baste pensar que el manual de Gene Sharp ofrece más de 150 ejemplos de técnicas de resistencia no violenta, vinculadas a la desobediencia civil¹³), que pueden ser utilizadas también por quien persigue la insurrección, la rebelión o la revolución y que tienen en común ser no violentas. Y no niego que esas otras posiciones puedan tener justificación, aunque en una democracia, ese margen es muy, muy estrecho.

En líneas generales, diría que hoy en Catalunya se han utilizado y continúan usándose de forma generalizada técnicas de desobediencia civil, pero no estoy tan seguro de que podamos hablar de políticas de desobediencia civil.

En líneas generales, diría que hoy en Catalunya se han utilizado y continúan usándose de forma generalizada *técnicas de desobediencia civil*, pero no estoy tan seguro de que podamos hablar de *políticas de desobediencia civil*. Lo que me parece decisivo es que buena parte de quienes actúan recurriendo a esas técnicas impugnan el marco común de legitimidad (que en este caso no es otro sino la Constitución), aunque suelen invocar no sólo los fundamentos

¹² Creo que el más citado de los teóricos contemporáneos de la desobediencia civil, Howard Zinn, contribuyó en no poca medida a esa identificación. Zinn, como es sabido, sostiene una concepción amplia de desobediencia civil en el marco de la noción de resistencia, que se inspira en Thoreau, pero también en el pacifismo de Tolstoi y Gandhi y en los defensores del movimiento autogestionario como instrumento de defensa obrera. Singularmente, hay una afinidad entre las posiciones de Zinn y los trabajos del libertario socialista Raoul Vaneigem (junto con Débord, los dos representantes del movimiento situacionista), como *Traité du savoir vivre a l'usage des jeunes générations* (1967), *De la grève sauvage à l'autogestion généralisée* (1974), o *Modestes propositions aux grévistes. Pour en finir avec ceux qui nous empêchent de vivre en escroquant le bien public* (2004). Un resumen de las tesis de Zinn sobre desobediencia, resistencia y democracia se encuentra en su ZINN, 1968 y 1997.

¹³ SHARP, 1963. Donde apelaba a la resistencia no violenta como clave para la consecución de la democracia. Posteriormente desarrolló sus tesis sobre la teoría de la acción no violenta, especialmente en su trilogía SHARP, 1973, compuesta por tres volúmenes *Power and Struggle*; *The Methods of Nonviolent Action*; *The Dynamics of Nonviolent Action* (todos editados por la Albert Einstein Institution). Es en el segundo volumen donde ejemplifica casi doscientos tipos de acciones de resistencia que algunos entienden como *técnicas de desobediencia civil*. Sobre esas técnicas puede verse también PÉREZ, 1994.

característicos del pensamiento iusnaturalista (el derecho de resistencia de todo ser humano frente a los abusos de poder, que es la posición de Antígona, de los monarcómacos, que luego recogerá Locke en su *appeal to heaven*), sino también de modo tan genérico como inexacto, el marco de legitimidad supraestatal constituido por la Declaración universal de los derechos humanos y los Pactos de Derechos de 1966.

Por supuesto, la apelación a la resistencia no violenta, es perfectamente legítima si se hace de forma pacífica y no se pretende romper violentamente ni imponer tal ruptura a la mayoría de la población. Pero si lo que se pretende es romper con el marco, con las reglas de la legitimidad vigente, en ese caso, como en el de Gandhi, no estamos ante desobediencia civil, sino ante desobediencia revolucionaria, que emplea, sí, con mucha frecuencia, técnicas de no violencia, técnicas de desobediencia civil.

Insisto. No creo que hoy, en Catalunya, se esté utilizando la política de la desobediencia civil, por más que casi todos los actores del debate, si nos referimos al amplio y plural campo que denominaría soberanismo¹⁴, la invocan y aun se reconocen en esa definición: son desobedientes, creen en la desobediencia como arma política incluso preferente. Lo que es más paradójico es que un partido político tradicional de la burguesía catalana, es decir, de derecha, de orden, como el PDeCat (*Partit dels Demòcrates de Catalunya*, sucesor de *Convergència*, el partido de J. Pujol que gobernó Catalunya por casi 25 años), hable de desobediencia cada vez más.

Creo que una de las claves para entender lo que aquí se discute, y a sí lo reitero, es comprender que el hecho de que se recurra a las técnicas pacíficas de desobediencia civil (sobre todo de desobediencia civil indirecta: ocupaciones, *sitting on*, etc.) *no significa que se practique desobediencia civil*. Y hablar de *desobediencia institucional*¹⁵ me

¹⁴ A no confundir con el estrictamente independentista, lo que exige un esfuerzo de precisión: los partidarios del soberanismo no necesariamente reconducen sus reivindicaciones de modo exclusivo al proyecto independentista. Los hay que sostienen un modelo de soberanía compartida, que les aproxima al proyecto confederal, más que al federal.

¹⁵ Se ha llegado a hablar de *desobediencia institucional* para tratar de justificar que quienes son instituidos por la Constitución española como *representantes del Estado en Catalunya* (el Govern de la Generalitat), o como Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma (el Parlament de Catalunya) son, en realidad, representantes del pueblo de Catalunya y en esa condición practican desobediencia civil institucional al afirmar que no les vincula la Constitución, los Tribunales ni las leyes del Estado. A mi juicio, todo ello desborda ampliamente la noción de desobediencia civil.

parece confuso, e implica consecuencias muy contradictorias: ¿con qué fuerza puede tratar de obligarme a obedecer una autoridad que desobedece a su vez? No, cuando no se impugnan normas, conductas, decisiones, actos y procedimientos, en nombre del marco de legitimidad que es el pacto político (y este, aquí y ahora, es la Constitución), no hay ni desobediencia civil, ni institucional. Cuando se reclama derecho a votar y se trata de ejercerlo al margen de las reglas y procedimientos propios del marco de legitimidad (establecidos en la Constitución y en las leyes) y además se reivindica el voto para decidir la secesión, la independencia, se reclama ejercer un derecho y hacerlo mediante un procedimiento que la Constitución, el marco de legitimidad, no contempla. Eso significa situarse fuera de él, evidentemente, Impugnarlo o darlo por no vigente. De esa forma, se rechaza el marco de legitimidad y se sustituye por otro que se presenta como mejor, en la medida en que es propio, de sus ciudadanos, el pueblo catalán. Esto no es desobediencia civil, sino otra cosa, que podemos llamar desobediencia revolucionaria, *revolución*. Que, sin duda, puede ser cívica, como sin duda puede ser ampliamente pacífica, pero persigue un cambio de régimen y por consiguiente tiene un alcance, sí, revolucionario. Pacífico, insisto, pero revolucionario, porque no hay que tener miedo a las palabras.

Se puede y se debe discutir si los argumentos con los que se ha justificado y aún se justifica este proceso revolucionario están suficientemente argumentados. Personalmente estoy convencido de que los que se alegan aquí y ahora por los partidos independentistas no lo están: porque, a mi juicio, como han señalado públicamente la inmensa mayoría de los profesores de Derecho internacional público (manifiesto de la AEDPIRI¹⁶, en Catalunya hoy es absolutamente impropio invocar el derecho de autodeterminación reconocido en el Derecho internacional. Y además, también a mi juicio, tampoco cabe hablar de que en España la democracia esté radicalmente afectada por la degradación/pérdida de la legitimidad de origen. No niego que el régimen constitucional se ha degradado, ante todo como consecuencia de las actuaciones y decisiones de gobiernos que, a mi juicio, han violado principios constitucionales (pienso, por ejemplo,

¹⁶ Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales: <http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/propuestas-de-los-miembros/729-declaracion-sobre-la-falta-de-fundamentacion-en-el-derecho-internacional-del-referendum-de-independencia-que-se-pretende-celebrar-en-cataluna>

[...] hay millones de catalanes y partidos políticos democráticos que creen imposible continuar con ese pacto constitucional, incluso con reformas y por eso están siguiendo la vía de la rebelión revolucionaria. A mi juicio, es un error, porque no hay un déficit de legitimidad democrática que obligue a apartarse de la reforma constitucional, incluido el recurso a la desobediencia civil.

en los derechos sociales), pero no de forma tan generalizada que se haya perdido la legitimidad democrática. Concretamente, estoy convencido de que el Gobierno Rajoy ha recortado indebidamente libertades y derechos, y de forma particularmente grosera en la *falta de respeto a la división de poderes*, a la independencia judicial y muy recientemente a las libertades de reunión y manifestación. Como me resulta imposible dejar de señalar que esos recortes fueron multiplicados por el Govern de Artur Mas y que el Govern de *Junts pel Sí* y el Parlament *se apartaron de reglas elementales de respeto* a los procedimientos democráticos y a los derechos de las minorías en la trayectoria acelerada de lo que conocemos como *procés*¹⁷.

Pero todo lo anterior no invalida, también a mi juicio, la legitimidad democrática de la Constitución del 78, sino que exige desplazar del poder al Gobierno Rajoy, que no ha respetado principios básicos de esa legitimidad constitucional y ha bloqueado toda posibilidad de reformarla ahí donde, a todas luces, lo necesita. La divisoria es ésta: hay millones de catalanes y partidos políticos democráticos que creen imposible continuar con ese pacto constitucional, incluso con reformas y por eso están siguiendo la vía de la *rebelión revolucionaria*. A mi juicio, es un error, porque *no hay un déficit de legitimidad democrática que obligue a apartarse de la reforma constitucional*, incluido el recurso a la desobediencia civil. Recordaré que la Constitución que así se impugna no es en absoluto una ley sagrada y se puede, y a mi juicio se debe, modificar, porque hoy ese pacto político originario no responde en muchos puntos a lo que queremos los ciudadanos, y en particular los ciudadanos de algunos territorios. Y por eso creo que se equivocan de raíz quienes quieren abandonar ese marco de legitimidad y hacerlo mediante la vía revolucionaria. Conste que hablo de error, porque parto de su buena fe y reconozco la legitimidad de la pretensión independentista. Pero a mi juicio darlo por inservible es un error. Me parece preferible reformarlo, incluso a fondo, para seguir con un marco común de legitimidad. Porque ese pacto político del

¹⁷ Se utiliza el término para denominar la hoja de ruta independentista que habrían seguido desde 2015 los partidos independentistas para llevar a cabo su desconexión de la legalidad estatal española. La pretensión inicial de la mayoría de esos partidos es que este *procés* se llevara a cabo de forma negociada con el Estado, pero finalmente se impusieron quienes, a la vista de que desde el Estado (desde el Gobierno Rajoy y desde la amplia mayoría de las Cámaras legislativas, Congreso y Senado) no se daba otra opción que la reforma constitucional, optaron por la vía unilateral.

78, reformado en aspectos muy importantes, entre los cuales se encuentra un modelo federal, es una solución mejor para todos, para los catalanes y para todos aquellos que no se sienten representados en aspectos importantes de ese acuerdo, de los derechos sociales a la cláusula del déficit, pasando por la desigualdad entre hombres y mujeres o la laicidad. Eso implica que todos puedan participar en la decisión, lo que significa votar, claro. La solución a la indiscutible insatisfacción ciudadana (y no sólo de millones de ciudadanos en Catalunya) consiste en volver a un acuerdo constituyente que dé la oportunidad de *que se vote realmente qué pacto social se quiere*, también, para introducir las reformas que permitan que, si fuera el caso de la decisión de la mayoría de los catalanes, decidan apartarse del pacto político del Estado español.

REFERENCIAS

- BALIBAR, Étienne. “Las frontières de la démocratie”. *La Découverte*, Paris, 1992.
- _____. *Droit de Cité. Culture et politique en démocratie*. Paris: PUF, 2002.
- _____. *La proposition de l’egaliberté*. Paris: PUF, 2010.
- _____. *Cittadinanza*. Torino: Bollati Boringhieri, 2012.
- Bovero, Michelangelo. *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2003.
- De Lucas, Javier. “Los dilemas históricos de la democracia y su relevancia contemporánea”. *Enrahonar*, Barcelona, n. 48, pp. 14-15, 2012.
- _____. “Desobediencia y democracia. La hora de la ciudadanía”. *Derechos y libertades*, Madrid, n. 31, pp. 57-75, 2014.
- RETZ, Jean-François Paul de Gondi. *Mémoires*. Miami: HardPress, 2013.
- JHERING, Rudolf von. *Der Kampf um’s Recht*. Miami: HardPress, 2017.

LA TORRE, Massimo. *Nostra legge é libertá. Anarchismo dei Moderni*. Roma: DeriveApprodi, 2017.

PÉREZ, José Antonio. *Manual práctico de desobediencia civil*. Navarra: Pamiela, 1994.

Rancière, Jacques. *Le Maître ignorant: Cinq leçons sur l'émancipation intellectuelle*. Paris: Fayard, 1987.

_____. *La haine de la démocratie*. Paris: La Fabrique, 2005.

_____. *Momentos políticos*. Madrid: Clave Intelectual, 2011.

SHARP, Gene. *From Dictatorship to Democracy. A conceptual framework for Liberation*. New York: The New Press, 1963.

_____. *The Politics of non Violent Action*. Boston: Porter Sargent Publishers, 1973.

ZINN, Howard. *Disobedience and Democracy. Nine Fallacies on Law and Order*. Chicago: Haymarket Books, 1968.

_____. *The Zinn Reader: Writings on Disobedience and Democracy*. New York: Seven Stories Press, 1997.

TEORIA CRÍTICA E DIREITO INTERNACIONAL: UMA VISÃO PACHUKANIANA DE CHINA MIÉVILLE

Luiz Felipe Brandão
Osório

Professor Adjunto de Direito
e Relações Internacionais na
Universidade Federal Rural
do Rio de Janeiro (UFRRJ).
luizfelipe.osorio@gmail.com

Recebido: maio 15, 2018

Aceito: : outubro 8, 2018

Critical Theory and International Law: a Pachukanian view of China Miéville

RESUMO

Dentro do emaranhado teórico cunhado como teoria crítica do direito, cabe aqui resgatar a sua vertente mais radical, aquela que vai à recôndita essência do fenômeno jurídico, e que conseqüente perpassa a face em que suas fraturas ficam mais expostas: a teoria materialista do direito internacional. O britânico China Miéville brinda-nos com uma reflexão original sobre a seara internacionalista, partindo e retomando as pistas legadas por Evguiéni Pachukanis, no início do século XX, para atingir o cume da crítica do direito, pela teoria da forma mercantil, ressaltando o caráter violento, de coerção, presente inerentemente na relação jurídica. É neste mundo, o do império do direito, é que reinam a miséria e o horror cotidianos e banalizados.

Palavras-chave: Forma mercantil; Forma jurídica; Coerção; Direito internacional; Imperialismo.

Abstract

Within the theoretical entanglement coined as critical legal studies, it is needed to address its most radical aspect, that goes inside the hidden essence of the legal phenomenon, and which consequently touches the face in which its fractures are most exposed: the materialist theory of international law.

British China Miéville brings us an original reflection on the internationalist scenario, starting with and returning to the trails left by the early 20th century by Evguiéni Pachukanis to reach the summit of the critique of law, by the theory of commodity form, emphasizing the violent side, coercive, inherent in the legal relationship. It is in this world, the one of the rule of law, that daily and banal misery and horror reign.

Keywords: Commodity form; Legal form; Coercion; International Law; Imperialism.

INTRODUÇÃO

Em meio a um contexto de crise mundial da acumulação capitalista e ao jubileu centenário da Revolução Russa, as discussões teóricas acerca do Estado e do direito retomam a carga em plena potência. Dois elementos centrais do capitalismo, suas molas propulsoras, precisam ser investigados com a devida profundidade. Nesse ponto, o direito internacional apresenta-se com a seara que permite identificar com maior nitidez, menos viciado pela turvação das formas sociais, o real caráter do direito, haja vista a relação jurídica estabelecida entre Estados ser o seu epicentro.

Uma abordagem que fuja das armadilhas do reformismo e traga uma crítica radical do fenômeno jurídico vem mediante a concepção materialista do direito apresentada por China Miéville. O resgate e a reabilitação de Pachukanis que promove em suas reflexões franqueia ao autor britânico navegar em mares revoltos e pouco explorados na seara jurídica. Logo, o presente artigo objetiva trazer à baila suas conclusões, as quais são fundamentais para a compreensão do direito internacional em sua plenitude.

Nesse horizonte que se descortina, é pouco usual ou, mesmo, improvável que a discussão do imperialismo tome o rumo do direito. É, por esta trilha truncada, que China Miéville caminha para a reflexão mais completa e fundante de uma crítica marxista do direito internacional. Alicerçado na teoria da forma mercantil de Pachukanis, o britânico desenvolve, fundamentalmente, mas não exclusivamente, sua argumentação no livro que coroou seus estudos revisados de

doutoramento, *Between equal rights*, publicado pela primeira vez em 2005; obra mais impactante, responsável por redimensionar as balizas teóricas acerca da seara jurídica internacional.

Suas reflexões foram motivadas pela proeminência e consequente expansão que o direito internacional obteve no pós-Guerra Fria, despertando o que chama ironicamente de um interesse geral sobre a matéria. O inédito desenvolvimento normativo e institucional galgado foi acompanhado do contraditório aumento de guerras e conflitos pelo mundo, suscitando incômodos questionamentos. A solidez teórica e política permitiu a Miéville transpor os obstáculos de aparentes aporias para traçar análises estruturais e conjunturais sobre os rumos do direito internacional e do imperialismo.

Ao almejar abrir a caixa preta da doutrina internacionalista, Miéville pretendeu diferenciar-se dos autores tradicionais, não sendo mais um volume na pilha comum dos estudos acadêmicos. Nessa toada, vai direto ao cerne da questão para limpar os entulhos que travam a plena compreensão da matéria. Para ele, sem uma teoria da forma legal os desafios do direito internacional tornam-se impenetráveis, patinando nas eternas falsas polêmicas, como sobre sua natureza jurídica (e de suas obrigações), monismo e dualismo, e sobre a força vinculante de suas normas. Para fugir do marasmo da literatura especializada, Miéville, calcado no materialismo histórico e dialético de Marx, recorre à teoria da forma mercantil de Pachukanis para a compreensão da essência do direito internacional. Ainda que essa disciplina não seja o foco específico do jurista soviético, sua teoria da forma jurídica revela-se nodal para o direito internacional, assim como o direito internacional é a comprovação mais ilustrativa de suas teses.

Em virtude disso, com o auxílio do parâmetro metodológico do feramental marxista reverberado na teoria da forma mercantil e na teoria materialista do Estado, cabe nesse texto, que apresenta as ideias basilares de Miéville quanto ao direito internacional e sua interface com o imperialismo iniciar seu périplo pela influência de Pachukanis sobre o autor, passar pela ênfase dada pelo britânico à violência contida na relação jurídica travestida de subjetividade até atingir o cume da relação entre imperialismo e direito internacional, na qual o autor ainda cita alguns exemplos concretos e atuais das relações internacionais capitalistas. Avante!

Para fugir do marasmo da literatura especializada, Miéville, calcado no materialismo histórico e dialético de Marx, recorre à teoria da forma mercantil de Pachukanis para a compreensão da essência do direito internacional.

1. A INFLUÊNCIA DE PACHUKANIS NO DIREITO INTERNACIONAL

Em torno da premência por uma crítica marxista da teoria geral do direito, Pachukanis irá em 1924 escrever sua magna obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, ainda sem a pretensão de chamar para si um livro completo e acabado. Ao contrário, desde o prefácio, como o da segunda edição, o autor soviético deixa claro que o esforço marxista no direito está apenas começando, sendo sua contribuição um pontapé inicial. Reconhecia que ainda havia muita terra a ser arada na enorme estepe que o direito se constituía. Dentre as searas que mereciam uma atenção maior, além da processual e da penal, o jurista ressaltava o direito internacional.

Sua preocupação quanto à matéria internacionalista pode ser verificada não apenas em seu livro basilar, como acontece mais especificamente no capítulo 6, quando aborda o direito e moral, mas também ao longo de sua obra. Data do ano seguinte, 1925, o esboço sobre o *verbete direito internacional*, seu texto mais relevante e direto sobre o assunto. Seu interesse sobre as relações internacionais não arrefeceu; atravessou sua carreira, constando escritos em 1927 e 1928 sobre soberania, Estado, imperialismo, política internacional, economia mundial, guerra e a ciência do direito internacional. Mesmo na revisão que fora obrigado a fazer sobre suas ideias, no contexto de perseguição e censura que sofrera, não minguaram as reflexões sobre a seara, ainda que distantes de suas concepções originais, como os ensaios sobre direito internacional, em 1935¹.

Não obstante a maioria dos escritos mencionados ainda estarem na língua original, o russo, as duas principais contribuições quanto ao tema, sim, foram traduzidas para outros idiomas². É sobre este material, e sobre as interpretações a partir desses, que Miéville se debruçou e, logo, será o essencial para este artigo.

Partindo da teoria da forma mercantil, Pachukanis desfaz as ilusões da doutrina e da jurisprudência burguesa, normativista, e, ao mesmo tempo, despe-se do vínculo do direito a outros elementos, como o poder, a força e a capacidade decisória, inaugurando uma reflexão

¹ NAVES, 2000 e 2009.

² PACHUKANIS, 2017 e 1980.

O direito não é norma ou poder, mas subjetividade jurídica, a qual é constituída pelas práticas sociais concretas, as quais se alicerçam na forma mercantil.

original e revolucionária sobre a relação jurídica. Em meio ao fértil período da filosofia jurídica, deixa seus contemporâneos, Kelsen e Schmitt a léguas de distância, descortinando o horizonte do real caráter do direito, ao atrelá-lo à forma mercantil, logo, às relações de produção capitalistas. O direito não é norma ou poder, mas subjetividade jurídica, a qual é constituída pelas práticas sociais concretas, as quais se alicerçam na forma mercantil.

Nessa toada, o direito internacional é o ramo que permite a Pachukanis elucidar suas concepções de maneira mais nítida, sem as turvações dos fetiches burgueses, uma vez que a própria doutrina e jurisprudência dominantes entram em curto-circuito quando vão tratar da disciplina jurídica internacional. Por meio de perspectivas juspositivistas ou visões não juspositivistas não se consegue atingir a essência recôndita do direito, sobretudo, em sua expressão internacional, o que induz os estudiosos a entrar em um círculo vicioso do qual não conseguem escapar³. As tentativas de escapar da jaula de aço por mais variadas que sejam são fracassadas se não forem pela ferramenta da plena crítica marxista.

Pelo viés normativista são as normas (estatais, majoritariamente, mas também oriundas de outras fontes) que criam o Direito, e é o Estado que lhes garante efetividade por meio da coerção. Esses parâmetros induziram a história do direito internacional a ter a discussão ontológica como central, ocasionando a clivagem entre os que consideram ou não o ramo como jurídico. O inegável aspecto da incômoda ausência de um ente central, hierarquicamente superior, de poder legiferante e dotado do monopólio do poder de coerção impacta em duas vertentes.

Sem um poder legislativo, neutro e imparcial, para criar as normas, os acordos são celebrados pelos próprios destinatários das normas, os sujeitos de direito primordiais, os Estados-nação, enquanto portadores de direitos subjetivos e não como a encarnação da norma objetiva (como ocorre no direito interno). Sem a organização e a gestão da função coercitiva por um aparato oficial, o cumprimento dos compromissos estipulados torna-se precário, o que para muitos é sinal de inefetividade, configurando o direito internacional mais uma noção de moralidade do que de juridicidade (obrigatoriedade).

³ MASCARO, 2013b.

Pachukanis não afasta a relevância da coerção externa, mas a insere no foco de sua compreensão quanto à forma jurídica.

Evidentemente a ideia de coerção externa- não somente a ideia, mas sua organização- constitui um aspecto fundamental da forma jurídica. Se a relação jurídica pode ser construída de modo puramente teórico como o avesso da relação de troca, então para sua realização prática é necessária a presença de modelos gerais definidos de modo mais ou menos sólido, uma elaboração casuística e, finalmente, uma organização que aplicaria esses modelos a casos específicos e garantiria a execução coercitiva das decisões. A melhor maneira de atender essas demandas é por meio do poder do Estado, ainda que a relação jurídica também se realize sem intervenção, com base no direito consuetudinário, na arbitragem voluntária, na arbitrariedade, e etc⁴.

O soviético reconhece a capacidade organizativa que o Estado confere ao direito, mas enxerga a existência e a operacionalidade da relação jurídica internacional que se alicerça em outras bases, ainda que mais precárias. O que não significa que o direito internacional esteja conectado ao campo de moral, pois o cumprimento do dever jurídico se desprende de quaisquer elementos subjetivos (voz interior), e se volta para exigências externas que emanam de um sujeito concreto, portador de um interesse material correspondente, em uma dinâmica quase objetiva.

Ali onde a função coercitiva não é organizada e não é gerida por um aparato especial situado acima das partes, ela aparece sob a forma da assim chamada *reciprocidade*; o princípio da reciprocidade no que se refere à condição de equilíbrio de forças representa até agora a única e, é preciso dizer, extremamente precária base do direito internacional. Por outro lado, a pretensão jurídica surge de modo distinto da moral não por causa de uma *voz interior*, mas na forma de exigências externas que emanam de um sujeito concreto, o qual é, por regra, ao mesmo tempo, o portador de um interesse material correspondente. Por isso, o cumprimento de um dever jurídico, finalmente, afasta-se de quaisquer elementos subjetivos da parte da pessoa obrigada e assim uma forma externa, quase objetiva, de satisfação de uma exigência⁵.

⁴ PACHUKANIS, 2017, p. 162.

⁵ PACHUKANIS, 2017, pp. 162-163.

A instável e precária natureza do direito internacional é encontrada em várias outras áreas já consolidadas do direito, como o civil, no qual a maior parte das relações ocorre sob a influência de pressões limitadas pelos próprios sujeitos. O que há é uma diferença de graduação entre as searas civil e internacional. “É apenas na imaginação dos juristas que a totalidade das relações jurídicas é inteiramente dominada pela vontade do Estado”⁶. A noção normativista de que cada direito subjetivo depende de uma norma objetiva entra em parafuso na cena internacional. Os sujeitos das relações jurídicas, os Estados, são os mesmos detentores da autoridade soberana. As aporias normativistas, assim, emergem.

Pachukanis⁷ já decifrava o problema e apontava seu cerne. Ei-lo: se para ser sujeito de direito internacional é preciso ser soberano (medida da subjetividade jurídica internacional); os Estados precisam ser soberanos para que exista direito internacional; logo, cumprirão as normas conforme sua vontade, prevalecendo esta sobre a juridicidade; se houver na esfera internacional um poder central e hierarquicamente superior que detenha o monopólio do poder de coerção para efetivar e executar as normas, os Estados deixam de ser soberanos, pois tem sua capacidade limitada. Logo, segundo o raciocínio juspositivista, para que o Direito Internacional exista é necessário que os Estados não sejam soberanos, e se eles não o forem, deixam de ser sujeitos de direito; e, portanto, não há direito internacional. Não faltaram esforços, todos malfadados, para sair dessa redoma.

Portanto, a constatação da ausência de uma força organizacional cogente (como o Estado faz com o indivíduo dentro das fronteiras nacionais) é bastante óbvia e, por si só, não é a medida exata do direito internacional, podendo servir tanto para negá-lo quanto para afirmá-lo. A única garantia das relações jurídicas entre os sujeitos de direito internacional (Estados, preponderantemente) continua a ser a troca de equivalentes, sob o fundamento jurídico do real equilíbrio de forças⁸. Dentro dessa balança de poder, os conflitos serão dirimidos e os acordos travados com base no direito, cujo cumprimento precisa ser sopesado pelas desproporções materiais existentes.

⁶ PACHUKANIS, 1980, p. 180.

⁷ PACHUKANIS, 1980, p. 178.

⁸ PACHUKANIS, 1980.

Em suma, Pachukanis conceitua o direito internacional: “(...) é a forma jurídica que assume a luta entre os Estados capitalistas pela dominação do restante do mundo”⁹.

Na linha pachukaniana, a troca mercantil é carregada por disputas quanto à propriedade que podem ou não ser resolvidas pacificamente. Miéville retoma Marx, para asseverar que a violência está sempre implícita na relação mercantil, logo, também o está na relação jurídica. Por ter essa percepção como central, nomeia seu livro por ela (*Between equal rights*). “O título desse livro advém da observação de Marx que entre direitos iguais, a força decide”¹⁰. Alicerçado nas concepções do mestre soviético, o britânico irá aprofundar a perspectiva sobre o direito internacional. É a força que está embutida na relação jurídica que desperta o interesse do autor e conforma o título de sua obra magistral. Em um universo de entes soberanos, entre direitos iguais, a força decide:

É por isto que o direito internacional é paradoxal. Ele é simultaneamente uma relação genuína entre iguais e a forma que o Estado mais fraco tem, mas não pode esperar por ela se impor. Isto significa, ao invés do colapso da política de poder, nas palavras de Marx, que entre iguais, a força decide¹¹.

O intelectual britânico não está preocupado diretamente com a competição entre os Estados (como estava Pachukanis), mas em elucidar a coerção inerente à forma jurídica na relação entre Estados soberanos juridicamente iguais. E por mais distinta que seja a posição do Estado na relação jurídica e por mais notórias que se apresentem as variações entre direito interno e o internacional, não há razões para tratá-los como se fosse ciências apartadas. São partes, manifestações, em contextos diferentes do mesmo todo: o direito. Todavia, como se alicerçam sobre o mesmo solo, o do modo de produção capitalista, tanto para o território nacional quanto para o mercado mundial, as implicações são convergentes.

Nessa toada, a separação entre economia e política, inerente ao capitalismo, também é verificada na arena internacional, mas em uma condição aparentemente menos estável do que ocorre dentro dos

⁹ PACHUKANIS, 1980, p. 169.

¹⁰ MIÉVILLE, 2006, p. 8.

¹¹ MIÉVILLE, 2006, p. 142.

Estados, uma vez que a forma política internacional é fragmentada em múltiplas unidades nacionais, o que permite que a coerção na forma legal se torne mais transparente no direito internacional.

(...) entretanto, torna-se claro que a ausência da estabilidade gerada por um ente central dotado do monopólio da força é um dos fatores mais fortes de que a tendência do capitalismo é institucionalizar a separação entre economia e política. Isto porque a coerção na forma legal (mercantil) é mais evidente no Direito Internacional que no interno, uma vez que aquele ramo carece da força geralmente estabilizadora de uma autoridade superior¹².

Em outras palavras, a ausência de um soberano não faz do direito internacional uma seara não jurídica, uma vez que o Estado é nuclear para o desenvolvimento do direito como um todo (doméstico e internacional), mas não para a forma jurídica em si. Forma política estatal e forma jurídica são derivações da forma mercantil, mas não se confundem entre si. Ademais, conforme argumenta Miéville, em contraposição ao próprio Pachukanis, a violência e a coerção são elementos imanentes da relação mercantil, não demandando necessariamente a forma política estatal para exercê-las. Em um regime de autotutela como o internacional, é a violência coercitiva dos próprios sujeitos de direito que tonifica as relações jurídicas. O que acontece sem a presença de uma autoridade suprema que se apresente como terceira força, neutra e imparcial, é que a violência que, em princípio, seria abstrata e impessoal, particulariza-se na relação jurídica entre dois sujeitos.

A violência inerente à relação jurídica internacional não é e nem pode ser captada pela doutrina burguesa, presa a seu próprio labirinto. O direito não é norma ou poder, mas subjetividade jurídica, a qual é constituída pelas práticas sociais concretas, as quais se alieçam na forma mercantil, conforme as lições de Pachukanis¹³. O direito internacional é o ramo que permite elucidar as concepções pachukanianas de maneira mais nítida, sem as turvações dos fetiches burgueses. Por meio de perspectivas juspositivistas ou visões não juspositivistas não se consegue atingir a essência recôndita do direito, sobretudo, em sua expressão internacional, o que induz os

¹² Miéville, 2006, p. 224.

¹³ PACHUKANIS, 2017.

E por mais distinta que seja a posição do Estado na relação jurídica e por mais notórias que se apresentem as variações entre direito interno e o internacional, não há razões para tratá-los como se fosse ciências apartadas. São partes, manifestações, em contextos diferentes do mesmo todo: o direito.

estudiosos a entrar em um círculo vicioso do qual não conseguem fugir¹⁴. As tentativas de escapar da jaula de aço por mais variadas que sejam são fracassadas se não forem pela ferramenta da plena crítica marxista.

E por mais distinta que seja a posição do Estado na relação jurídica e por mais notórias que se apresentem as variações entre direito interno e o internacional, não há razões para tratá-los como se fosse ciências apartadas. São partes, manifestações, em contextos diferentes do mesmo todo: o direito. Todavia, como se alicerçam sobre o mesmo solo, o do modo de produção capitalista, tanto para o território nacional quanto para o mercado mundial, as implicações são convergentes. Nessa toada, a separação entre economia e política, inerente ao capitalismo, também é verificada na arena internacional, mas em uma condição aparentemente menos estável do que ocorre dentro dos Estados, uma vez que a forma política internacional é fragmentada em múltiplas unidades nacionais, o que permite que a coerção na forma legal se torne mais transparente no direito internacional.

2. VIOLÊNCIA NA SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL: IGUALDADE E LIBERDADE

A forma jurídica corresponde à forma mercantil, assim como as relações jurídicas são correlatas às relações de troca. Para participar desse circuito, os sujeitos de direito precisam ser livres e iguais formalmente, bem como proprietários, para poder dispor de seus bens no mercado. Os Estados-nação, ao serem reconhecidos como tal, adquirem personalidade jurídica internacional, estando aptos a travar relações com seus congêneres, haja vista que são proprietários do patrimônio que se limita a suas fronteiras territoriais. O cerne desse pensamento está claro em Pachukanis. “Estados soberanos existem e interagem uns com os outros do mesmo modo que os indivíduos, proprietários de bens, o fazem por meio de direitos iguais”¹⁵. A troca mercantil é carregada por disputas quanto à propriedade que podem ou não ser resolvidas pacificamente.

Na acepção de Miéville, fica evidenciado o cerne a forma jurídica internacional.

¹⁴ MASCARO, 2013b.

¹⁵ PACHUKANIS, 1980, p. 176, tradução nossa.

O aspecto fundamental do direito internacional são os Estados soberanos, que se relacionam entre si como proprietários de bens, cada qual com exercendo seu direito de propriedade sobre seu próprio território, da mesma forma que o direito interno garante aos proprietários suas prerrogativas legais sobre seu patrimônio¹⁶.

Ele retoma Marx, para asseverar que a violência está sempre implícita na relação mercantil, logo, também o está na relação jurídica. O título da obra já diz muito sobre o autor e suas ideias. Inspirado nas lutas de classes pelo embate político em torno do pleito laboral pela redução da jornada de trabalho, Marx não se ilude com o direito e não titubeia: entre direito iguais, quem decide é a força¹⁷. O intelectual britânico não está preocupado diretamente com a competição entre os Estados (como estava Pachukanis), mas em elucidar a coerção inerente à forma jurídica na relação entre Estados soberanos juridicamente iguais. A violência é o coração da forma mercantil. A força está implícita na forma geral do direito, sendo direcionada de um sujeito para o outro na concretude da relação jurídica. Portanto, é imperioso ressaltar que, de acordo com esta perspectiva, a forma legal internacional assume a seguinte configuração dada pela soberania política: a igualdade jurídica (pela desigualdade material) e a liberdade (pela imposição da violência): “Direito Internacional incorpora a violência do colonialismo e a abstração da troca de mercadoria”¹⁸.

Formalmente, os Estados soberanos coexistem, dispendo cada qual de direitos iguais e do mesmo naco de liberdade. Livres e iguais, os Estados são sujeitos de direito, aptos a celebrar tratados internacionais (contratos). A execução e a interpretação das normas ficam por conta dos próprios sujeitos, os quais são completamente desiguais em termos de poder material. Não é de se admirar que a vontade do Estado mais forte geralmente prevaleça. No ambiente excludente e materialmente desigual das relações de produção capitalistas, é na premissa da igualdade formal que opera a incongruência concreta. Assume-se na consagração deste princípio da isonomia, a desigualdade material. Como a competição e a violência são o berço do moderno sistema de Estados, pode-se afirmar que o verdadeiro

¹⁶ MIÉVILLE, 2006, pp. 291-292, tradução nossa.

¹⁷ Cf. MARX, 2013, p. 308. Por ter essa percepção como central, Miéville nomeia seu livro por ela (*Between equal rights*). O título desse livro advém da observação de Marx que entre direito iguais, a força decide (MIÉVILLE, 2006, p. 8, tradução nossa).

¹⁸ MIÉVILLE, 2006, p. 169, tradução nossa.

[...] considerando a especificidade capitalista do direito internacional, é fulcral compreendê-lo a partir de seu ventre: a paradoxal relação entre igualdade formal e força que o constitui. É, mormente, esse enlace que permite que o que o direito internacional, próprio do modo de produção capitalista, se distinga de momentos históricos anteriores.

conteúdo histórico do direito internacional é a luta imperialista entre Estados capitalistas. “A luta dos Estados capitalistas entre si é o verdadeiro conteúdo escondido por trás da forma legal”¹⁹. Um exame da trajetória do direito internacional corrobora essa percepção. Desde sua fase embrionária (normas voltadas às guerras navais ou terrestres)²⁰, a matéria jurídica internacional dispõe sobre conflitos e competição. Mesmo as demais regras internacionais, quando regulamentam condições de paz, muitas vezes tratam dissimuladamente da luta. Ademais, inclusive os assuntos que são alvos de regulação, ao invés do interesse geral, tocam as vontades e estratégias das grandes potências, em meio à competição capitalista permanente.

Em virtude disso, Miéville empreende uma retrospectiva até o século XV para extrair as raízes do colonialismo e a especificidade do capitalismo. Apesar de algumas evidências e coincidências pontuais em conjunturas temporais determinadas, é somente com a ascensão da soberania estatal que o direito internacional é gestado, como se constatou nos acordos de Vestefália. A partir da consolidação do capitalismo enquanto modo de produção de franjas mundiais, com a mercantilização das relações sociais pelo globo, é que a forma jurídica internacional se universalizou e se conformou o sistema internacional hodierno.

A forma legal – a forma pela qual os detentores de direitos abstratos e de mercadorias se confrontam – existiu em várias conjunturas históricas, mas foi somente com a ascensão da soberania estatal que o direito internacional pode ser considerado gestado, e que somente com o triunfo do capitalismo e a mercantilização das relações sociais é que a forma legal se universalizou e se transformou no direito internacional moderno²¹.

Desse modo, considerando a especificidade capitalista do direito internacional, é fulcral compreendê-lo a partir de seu ventre: a paradoxal relação entre igualdade formal e força que o constitui. É, mormente, esse enlace que permite que o que o direito internacional, próprio do modo de produção capitalista, se distinga de momentos históricos anteriores.

¹⁹ MIÉVILLE, 2006, p. 138, tradução nossa.

²⁰ De fato, as primeiras regulações mais amplas e genéricas do direito internacional tocaram os conflitos armados, constituindo um ramo chamado de direito internacional humanitário ou direito internacional dos conflitos armados ou ainda direito da guerra.

²¹ MIÉVILLE, 2006, p. 161, tradução nossa.

O enraizamento da violência no direito é a ponte que permite estabelecer uma relação inafastável entre a forma jurídica e o imperialismo, que constitui o cerne teórico do pensamento de Miéville.

3. IMPERIALISMO E DIREITO INTERNACIONAL

Não se pode, todavia, ser apressado em entender que só os Estados mais fortes prevalecem ou que a coerção precisa ser física ou explícita. O revestimento legal dado pelo direito torna essas relações de força mais intrincadas. É nessa dualidade imbricada que Miéville amalgama suas ideias em torno do caráter imperialista do direito internacional. “A forma jurídica internacional assume a igualdade jurídica e a violência desigual”²². A violência referida não é a da classe, mas a do mercado, da mercadoria e da forma legal. O direito assume o imperialismo, que se configura como o processo estruturante do sistema internacional contemporâneo. Sem o imperialismo não pode haver direito internacional. “(...) imperialismo é a rivalidade político-militar entre Estados capitalistas que se manifesta na intercambiante integração de capital e do capital monopolista com aqueles Estados”²³.

Nesse diapasão, a tentativa de criticar o imperialismo por meio de argumentos jurídicos é inútil²⁴. Imperialismo é um elemento contínuo do capitalismo, cuja trajetória atravessa mudanças políticas. A coerção implícita na relação jurídica erige a discussão sobre a conexão entre direito internacional e a sistemática coerção do imperialismo. A questão não é o direito internacional do imperialismo, mas, sim, o imperialismo do direito internacional. Um não é redutível ao outro, mas são mutuamente constituídos. A ambiguidade em torno desse arranjo leva Miéville a afirmar que os Estados ao pautarem-se pelo direito servem a dois mestres. “Os Estados podem categoricamente servir a dois mestres: na tentativa de dominação regional ou mundial e na defesa da forma independente de Estado soberano”²⁵.

A grande contribuição de Miéville é a ênfase que confere à violência contida na relação mercantil, logo, também na relação jurídica e, conseqüentemente, no direito internacional. O enraizamento da violência no direito é a ponte que permite estabelecer uma relação inafastável entre a forma jurídica e o imperialismo, que constitui o cerne teórico do pensamento de Miéville. Logo, direito internacional e imperialismo possuem uma relação umbilical, indissociável.

²² MIÉVILLE, 2006, p. 292, tradução nossa.

²³ MIÉVILLE, 2006, p. 229-230, tradução nossa.

²⁴ Para mais, ver CRAVEN et al., 2004.

²⁵ MIÉVILLE, 2006, p. 290, tradução nossa.

A interrelação entre direito e violência é tão íntima que sem imperialismo, o direito internacional não tem sentido. O direito internacional é uma expressão e um momento do imperialismo²⁶.

Essa interface manifesta-se constantemente, podendo ser verificada pelas ações conjunturais. Nesse diapasão, Miéville aplica suas ideias aos casos específicos, em dois artigos, discutindo a política externa britânica na Guerra do Iraque ante o direito internacional e o multilateralismo no cenário internacional, com ênfase à missão de paz no Haiti²⁷. Em um primeiro momento tece críticas pertinentes às abordagens teóricas de direito internacional, mesmo aquelas mais questionadoras, mas que ainda se atêm à legalidade como âncora de salvação. Em meio ao contexto mundial no início do século XXI e o papel secundário e lateral desempenhado pelos britânicos à invasão ao Iraque, em 2003, a ansiedade tomou conta dos estudiosos que contam como cânones legais para barrar as violações perpetradas pelas grandes potências. Apesar de esboçar algum horizonte de mudança do panorama, o autor não deixa de destilar sua acidez ao abordar o tratamento do direito internacional em um contexto tão ilustrativo quanto aquele que os britânicos viviam²⁸.

Interessante notar que o autor não se contenta em expor sua verve crítica apenas em situações beligerantes, mas refirma suas bases teóricas, ressaltando o papel do imperialismo em meio à normalidade do direito. A operação multilateral no Haiti caracteriza uma dinâmica própria da lógica que cerca o direito internacional. Miéville denuncia, nessa mirada, a pouca ou quase nenhuma importância atribuída pelos doutrinadores do direito internacional no evento ocorrido na periferia. “A falta de atenção do direito internacional à MINUSTAH é ainda mais assustadora, dado que a incrivelmente exitosa cooperação multilateral, esse arco-íris de nações invasora intermediárias do imperialismo”²⁹. Ao ir além da aparência dos fenômenos internacionais, o intelectual britânico formula contestações necessárias para as estratégias de cooperação no mundo e para instrumentos de natureza incerta e duvidosa, como as missões de paz³⁰

²⁶ MIÉVILLE, 2006.

²⁷ MIÉVILLE, 2005 e 2008.

²⁸ MIÉVILLE, 2005.

²⁹ MIÉVILLE, 2008, p. 32, tradução nossa.

³⁰ Para mais, ver OSORIO, 2014.

da Organização das Nações Unidas, instituto que reveste de legalidade e legitima a invasão hodierna ao Haiti³¹.

Portanto, Miéville não se furta a esgarçar as feridas da ordem internacional, a qual por meio de normas e valores abstratos impõe a força e a violência das potências materialmente predominantes, em um equilíbrio repleto de contradições.

CONCLUSÕES

Miéville alarga os horizontes de análise, fraqueando alternativas para escapar da mesmice doutrinária, quando aponta o direito internacional como uma relação e um processo, um modo de decidir as regras (e não um ordenamento normativo fixo). Nessa dinâmica, a violência, a coerção, o elemento político não se confunde com o jurídico, mas se correlaciona com este intimamente. Em nenhuma esfera isso fica tão evidente quanto no direito internacional. Portanto, o império da lei é o reino da violência imperialista. O horror e a miséria que assolaram a trajetória do capitalismo são a realidade do direito. “Um mundo estruturado ao redor do direito internacional não pode ser senão aquele da violência imperialista. Este caótico e sangrento mundo em torno de nós é o império do direito”³². Essa visão imprescindível é que inspira as visões mais críticas a darem um passo adiante nas elucubrações teóricas acerca da questão internacional e do imperialismo.

Com a discussão de Miéville, a plena crítica fica contemplada em suas vertentes mais expressivas, aquelas que abordam de diferentes maneiras e com vieses originais o imperialismo dentro da teoria materialista. Portanto, finda, por ora, a caminhada, procede-se ao encerramento do estudo mediante as considerações finais acerca do que foi exposto ao longo das páginas pretéritas.

Miéville alarga os horizontes de análise, fraqueando alternativas para escapar da mesmice doutrinária, quando aponta o direito internacional como uma relação e um processo, um modo de decidir as regras (e não um ordenamento normativo fixo).

³¹ MIÉVILLE, 2008.

³² MIÉVILLE, 2006, p. 319, tradução nossa.

REFERÊNCIAS

- BARKER, Colin. "A note on the theory of capitalist States". IN: CLARKE, Simon (ed.). *The State debate*. London: Palgrave Macmillan, 1991, pp. 182-191.
- CRAVEN, Matthew et al. "We are teachers of international Law". *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, 17 (2), 2004, pp. 363-374.
- GERSTENBERG, Heide. "The Historical Constitution of the political forms of capitalism". *Antipode: A Radical Journal of Geography*, New York, Wiley Blackwell. V. 43, n. 1, 2010, pp. 60-86.
- HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estados*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- MARX, Karl. *O Capital*. Crítica da Economia Política. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013a.
- _____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editoras Atlas, 2013b.
- MIÉVILLE, China. "Anxiety and the Sidekick State: British International Law after Iraq". *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 46, n. 2, Summer, 2005, pp. 441-458.
- _____. *Between equal rights: a Marxist theory of international law*. Leiden, Boston: Brill, 2006.
- _____. "Multilateralism as Terror: International Law, Haiti and Imperialism". *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, 19, 2009, pp. 63-92. Disponível em: <<http://eprints.bbk.ac.uk/783/>>. Acesso em: 30 ago. 2015.
- _____. "The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction". IN: MARKS, Susan (ed.). *International Law on the Left*. Re-examing Marxist Legacies. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 92-133.
- _____. "Coerção e forma jurídica: política, direito (internacional) e o Estado". Tradução de Pedro Davoglio. Disponível em: <<https://lavrapalavra.com/2016/11/04/coercao-e-forma-juridica-politica-direito-internacional-e-o-estado/>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- _____. "A favor de Pachukanis: exposição e defesa da teoria jurídica da forma-mercadoria". IN: PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro e Pedro Davoglio. São Paulo: Editora Boitempo, 2017, pp. 201-204.

NAVES, Márcio Bilharinho. “Evgeni Bronislavovitch Pachukanis (1891-1937)”. IN : NAVES, Márcio Bilharinho (org.). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas : UNICAMP- IFCH, 2009, pp. 11-20.

_____. *Marxismo e direito*. Um estudo sobre Pachukanis. São Paulo : Boitempo Editorial, 2000.

OSORIO, Luiz Felipe Brandão. *Imperialismo, Estado e Relações Internacionais*. São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2018.

_____. “A Estrutura da Organização das Nações Unidas e seus desafios contemporâneos: reforma institucional e proteção de direitos humanos”. IN: BERNER, Vanessa Oliveira Batista e BOITEUX, Luciana (Orgs.). *A ONU e as questões internacionais contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos/FAPERJ, 2014, pp. 104-130.

PACHUKANIS, Evguiéni. “Direito Internacional” [1925]. IN: PACHUKANIS, Evgeny. *Pashukanis, selected writings on Marxism and Law*. Editado por Piers Beirne e Robert Sharlet. Traduzido por Peter Maggs. Londres: Academic Press, 1980, pp. 168-182.

_____. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro e Pedro Davoglio. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

VON BRAUNMÜHL, Claudia. “On the analysis of the the bourgeois nation State within the world market context”. IN: HOLLOWAY, John e PICCIOTTO, Sol (eds.). *State and Capital: a Marxist debate*. Londres: Edward Arnold, 1978, pp. 160-177.

VON BRAUNMÜHL, Claudia. “Mercado mundial y Estado nación”. *Cuadernos Políticos*, Cidade do México, n. 35, Ediciones Era, p. 4-14, enero-marzo, 1983.

APORTES Y DESAFÍOS PARA EL PENSAMIENTO CRÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Contribuições e desafios para o pensamento crítico dos direitos humanos

Manuel Gándara Carballido
Professor Doutor na
Universidade Pablo de
Olavide (Sevilla, Espanha).
manuelgandara68@gmail.
com

Recebido: abril 18, 2018

Aceito: outubro 4, 2018

RESUMEN

El artículo plantea elementos a ser considerados en la construcción de un pensamiento crítico del derecho y de los derechos, atendiendo particularmente a aspectos de carácter epistemológico. En ese sentido el texto desarrolla la necesidad de una filosofía impura y una metodología contextual, a la vez que recoge algunos de los debates a propósito del pragmatismo epistemológico y la noción de verdad. Con ello pretende ofrecerse un aporte al debate sobre los modos de ver y comprender las luchas sociales, y del papel que juegan o pueden jugar tanto el derecho como los derechos humanos en dichas luchas.

Palavras clave: Pensamiento Crítico; Derechos Humanos; Epistemología.

Resumo

O artigo apresenta elementos para a construção de um pensamento crítico do direito e dos direitos, atendendo particularmente aspectos de caráter epistemológico. Nesse sentido, o texto desenvolve a necessidade de uma filosofia impura e de uma metodologia contextual, uma vez que reúne alguns dos debates a propósito do pragmatismo epistemológico e a noção de verdade. Para tanto, pretende oferecer um aporte ao debate sobre os modos de ver e compreender as lutas sociais, bem como o papel que jogam ou podem jogar tanto o direito como os direitos humanos nessas lutas.

Palavras-chave: Pensamento Crítico; Direitos Humanos; Epistemologia.

INTRODUCCIÓN

En el marco general de la luchas sociales que vienen siendo desarrolladas en nuestro mundo, de las múltiples narrativas en disputa a propósito de los modos de ver y comprender la realidad, y del papel que juegan o pueden jugar tanto el derecho en general como los derechos humanos en particular en dichas luchas, queremos en el presente artículo esbozar algunos elementos que permitan sumar a la construcción de un pensamiento crítico del derecho y de los derechos, atendiendo particularmente a aspectos de carácter epistemológico.

1. LOS DESAFÍOS AL PENSAR CRÍTICO SIGUEN AHÍ

Más allá de las muy necesarias críticas que se le formulan, afirmamos la vigencia e incluso la urgencia de teorías críticas que insistan en cuestionar e intenten subvertir el entramado teórico tradicional, denunciándolo como discurso encubridor de los intereses hegemónicos por justificar y mantener un sistema de relaciones sociales, políticas, económicas, culturales e ideológicas, en el que la gran mayoría de los hombres y mujeres del mundo permanecen por debajo de las condiciones mínimas de vida digna. Así, la apuesta original por superar la injusticia presente en la sociedad, se mantiene como instancia específica desde la cual reflexionamos.

La teoría crítica de la sociedad – y, por supuesto, de los derechos humanos – sólo encontrará justificación si es capaz de sacar a luz, y poner en cuestión, los presupuestos teóricos e ideológicos “genéricos” del sistema de relaciones dominante y, con ello, iluminar los *pasos necesarios para la emancipación* de aquellos que sufren los efectos más perversos y explotadores de dicho sistema.¹

Este ejercicio no nos lo planteamos desde ninguna pretensión de neutralidad axiológica ni con meros propósitos de especulación intelectual. Para el teórico crítico es fundamental elegir un tipo de “mirada teórica” que le permita ver e incidir “mejor” en el mundo de lo que hacen otras apuestas reflexivas;² por eso, no atiende solo a los efectos del fenómeno que estudia, considera también sus cau-

¹ HERRERA FLORES, 2005(b), pp. 177-178.

² Cfr. HERRERA FLORES, S/F, p. 91.

sas. En esta línea de pensamiento que venimos exponiendo, Eugenio del Río formula las siguientes funciones del pensamiento crítico:

- 1) La primera función es asegurar una visión realista del mundo sobre el que se desea actuar y de nosotros mismos; profundizar en el entendimiento de la realidad para poder orientar racionalmente la actividad social. En este aspecto, el pensamiento crítico cumple su cometido cuando resulta esclarecedor, cuando nutre nuestra lucidez.
- 2) Pero el pensamiento crítico va más allá. Es un pensamiento de combate. Se espera de él que desempeñe un papel propagandístico, que ayude a luchar contra el adversario y a reforzar el propio campo social, que sea eficaz con vistas a la movilización.
- 3) En tercer lugar, el pensamiento crítico vive en colectividades sociales determinadas, que necesitan de él para configurar una visión del mundo y sentirse seguras y cohesionadas.³

Al mismo tiempo, esa visión realista no debe ser confundida con lecturas desmovilizadoras frente a aquello que indigna. Por el contrario, se ha de partir “del reconocimiento de nuestra humana capacidad de hacer y des-hacer los mundos que nos vienen dados.”⁴ Para Herrera Flores, una teoría crítica de los derechos humanos tendrá que partir necesariamente del convencimiento de que lo que somos, tanto a nivel social como individual, puede ser cambiado y transformado,⁵ desempeñando una tarea reflexiva que favorezca la construcción de condiciones de vida digna.⁶

En este marco cobra sentido un aspecto central de la teoría crítica, según el cual lo que existe no agota las posibilidades de existencia; siendo posibles otros desarrollos que permitan transformar la realidad.

Por “teoría crítica” entiendo aquella que no reduce “la realidad” a lo que existe. La realidad, como quiera que se la conciba, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades, siendo precisamente la tarea de la teoría crítica definir y ponderar el grado de variación que existe más allá de lo empíricamente dado. El análisis crítico de lo que existe reposa sobre el presupuesto de que los hechos de la realidad no agotan las posibilidades de la existencia, y que, por lo tanto, también

³ DEL RÍO, 2001.

⁴ HERRERA FLORES, 2008, p. 51.

⁵ Cfr. HERRERA FLORES, 2005(b), p. 179.

⁶ Cfr. HERRERA FLORES, 2008, p. 51.

hay alternativas capaces de superar aquello que resulta criticable en lo que existe. El malestar, la indignación y el inconformismo frente a lo que existe sirven de fuente de inspiración para teorizar sobre el modo de superar tal estado de cosas.⁷

Frente a las posturas propias de lo que Boaventura de Sousa Santos denominó *postmodernismo celebratorio*, la teoría crítica no ha de dejar de lado la diferencia entre lo que es, lo dado, y lo que la realidad puede y debe ser, entendiendo que en ello se juega la capacidad para pensar lo nuevo y abrirse a lo posible, en lugar de conformarse con ofrecer visiones meramente funcionalistas de lo ya existente.⁸

No basta mostrar lo que es; es preciso preguntarse por lo que no es, por lo que ha sido negado en su posibilidad de ser.

Pero la crítica no parte de ensoñaciones escapistas; por el contrario, tiene como punto de partida el desfase constatable entre las realizaciones históricas que se han concretado en la estructura sociopolítica, y las posibilidades de autorrealización individual y colectivas que la subjetividad logra avizorar gracias al nivel de capacitación posibilitado por el propio proceso histórico.⁹ Sin renunciar al talante utópico que anima al pensamiento crítico, ha de considerarse su propósito “a partir de las posibilidades reales y efectivas del cambio, teniendo siempre en cuenta las disponibilidades tecnológicas, el desarrollo de las fuerzas productivas y, sobre todo, el avance de la ciencia y la cultura humanas.”¹⁰

Así, el pensamiento crítico ha de esforzarse por mantener la tensión necesaria que le permite aproximarse a las realidades logrando identificar en ellas tanto lo que privilegian al mostrarse, como lo que marginan, esconden o postergan; lo que aparece como prioritario e importante, así como lo que es presentado como inútil, inválido, incierto; aquello a cuya construcción se presta desde los imaginarios que ayuda a consolidar, como aquello que somete a procesos de destrucción. No basta mostrar lo que es; es preciso preguntarse por lo que no es, por lo que ha sido negado en su posibilidad de ser.¹¹ Por ello Santos plantea la necesidad de llevar adelante tanto una sociología de las emergencias, que permita investigar aquellas alternativas que teniendo cabida dentro de las posibilidades concretas, son

⁷ SANTOS, 2008. p. 18.

⁸ Cfr. MARDONES, 1985, p. 62.

⁹ Cfr. ROMERO CUEVAS, 2008, p. 127.

¹⁰ JARAMILLO VÉLEZ, 2005, p. 15.

¹¹ Cfr. SOLÓRZANO, 2010, pp. 2-3.

normalmente desechadas,¹² como una sociología de las ausencias; sobre esta última nos dice lo siguiente:

Por sociología de las ausencias entiendo la investigación que tiene como objetivo mostrar que lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe... La no-existencia es producida siempre que una cierta entidad es descalificada y considerada invisible, no-inteligible o desechable. No hay por eso una sola manera de producir ausencia, sino varias. Lo que las une es una misma racionalidad monocultural.¹³

En este mismo orden de ideas, Arriscado Nunes propugna “el poder interrogativo de la teoría crítica postmoderna, el poder de problematizar y de ‘sugerir al mirar’ lo que los discursos dominantes ocultan o silencian, abriendo así otros espacios para imaginar otros posibles”.¹⁴ Una teoría crítica que interroge, que permita pensar alternativas, que ponga en relación lo que se presenta separado y ayude discernir lo que aparece confusamente unido, mezclado, ligado, empaquetado.¹⁵ Una teoría que permita ampliar el marco de análisis, que ayude a ver el contexto; que subvierta los silenciamientos sirviendo de espacio de diálogo para quienes buscan alternativas posibles.

Sin pretender haber agotado la reflexión a propósito de los desafíos que tiene por delante el pensamiento crítico, queremos cerrar este apartado recogiendo la síntesis que nos ofrece Helio Gallardo, para quien es fundamental pensar desde el diálogo con los procesos populares; reconocer en los movimientos sociales el gran interlocutor y pensar a partir de ese reconocimiento. Según Gallardo, al intentar una transformación de las condiciones de subordinación o discriminación, el pensamiento crítico se posiciona y hace sus propuestas desde la mirada de los otros, de los discriminados; mira y piensa desde las identidades autoproducidas que entran en tensión con las identificaciones inerciales. Según sus propias palabras:

El posicionamiento básico de una teoría crítica pasa por:

- a) reconocerse como conciencia/acción al interior de un sistema social y siendo, por ello, determinada por éste; b) plantearse como actor

¹² Cfr. SANTOS, 2010(b), p. 30-31.

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ NUNES, 2001, p. 325.

¹⁵ Cfr. NUNES, 1996, p. 18.

posible de un sistema social que, por contener principios de dominación o imperio estructurales (sistémicos), es conflictivo; c) asumir que en formaciones sociales con conflictos estructurales se producen diversos posicionamientos y racionalidades encontradas desde y ante los procesos o hechos sociales (situaciones sociales, existencia cotidiana, subjetividades); d) señalar que en todas las situaciones sociales conflictivas resulta posible crear condiciones que promuevan la remoción y liquidación de los factores situacionales que constituyen y reproducen las dominaciones/ sujeciones (imperios) sociales y que esa remoción implica la comprensión (emocional, intelectual, utópica) del sistema social que las genera y de sus instituciones nucleares; e) reconocer que los actores (en tanto sujetos, es decir con capacidad de autodeterminación) de la creación de esas condiciones de transformación y cambio liberador pueden ser valorados como sectores sociales populares en una formación social determinada.¹⁶

Así, para Helio Gallardo, a partir de la reflexión de Karl Marx, el pensamiento crítico no debe olvidar la premisa social. Pero si en Marx eso refería a la clase, Gallardo prefiere hablar de una matriz múltiple que incluye también lo libidinal, entre otros factores.

Tras esta breve revisión de los desafíos que se le presentan al pensamiento crítico, pasamos a continuación a desarrollar algunas claves epistémicas que consideramos necesarias en la formulación de teorías críticas del derecho y de los derechos.

2. RAZÓN IMPURA Y FILOSOFÍA CONTEXTUAL

Un elemento central en buena parte de la filosofía moderna a la hora de considerar los límites y posibilidades del conocimiento, pensemos en un autor como Immanuel Kant, fue la ahistoricidad de sus propuestas y su falta de consideración del hecho cultural, restándole importancia al análisis de las condiciones históricas que subyacen a los procesos de producción simbólica, así como a las condiciones históricas del propio sujeto que conoce. Ante esta pretensión de mostrar su quehacer como una actividad pura, objetiva y neutral, de parte del quehacer teórico tradicional, las teorías críticas, y particularmente las teorías críticas en derechos humanos, se reconocen impuras, condicionadas por el contexto sociohistórico.

¹⁶ GALLARDO, 2011, pp. 50-51.

[...] para la ciencia, que se ha vuelto hegemónica en la modernidad occidental, es posible plantear un saber que se pretende universal porque supuestamente deviene independiente de las condiciones sociohistóricas en que se produce y de quien lo produce, ni está sometido a las “veleidades” del tiempo y el espacio, ni a condicionamientos sociales, políticos, económicos o culturales.

La obsesión por controlar la incertidumbre y dominar el caos llevó a expulsar del campo del conocimiento teórico la corporalidad concreta, siempre sometida a lo plural y lo cambiante.¹⁷ De esta manera, la realidad fue sustituida por teorías, ideas y conceptos, constituyéndose un saber carente de contexto que podía presumir de universalidad y necesidad al prescindir de las condiciones de existencia humana, de las circunstancias individuales y sociales en que la propia aproximación a la realidad se efectuaba y de los intereses que subyacían al observador.¹⁸ El sociólogo Edgardo Lander avanza en esta misma idea al afirmar lo siguiente:

¿Qué significa conocimiento objetivo y universal? Primero, es un conocimiento que en su pretensión de objetividad no depende del sujeto de conocimiento, sino de la lógica de la razón, es decir, depende más del método de conocimiento que del sujeto que conoce. La objetividad, así, depende de la posibilidad de separar el proceso de conocimiento del sujeto que conoce y de su corporeidad. He aquí la base en la que se funda la noción de objetividad... si existe un conocimiento sin un sujeto que forma parte de relaciones sociales, de intereses, de articulaciones de poder, de cosmovisiones que constituyen el imaginario de su tiempo. Habría que preguntarse por esta especie de sujeto fantasmagórico, abstracto, universal, que es una especie de no sujeto porque carece de corporeidad, de contexto de ubicación, y que es el sujeto abstracto del conocimiento científico.¹⁹

De esta manera, para la ciencia, que se ha vuelto hegemónica en la modernidad occidental, es posible plantear un saber que se pretende universal porque supuestamente deviene independiente de las condiciones sociohistóricas en que se produce y de quien lo produce, ni está sometido a las “veleidades” del tiempo y el espacio, ni a condicionamientos sociales, políticos, económicos o culturales.²⁰ Frente a estas pretensiones de una teoría no contaminada por el cuerpo, el tiempo, el espacio y las relaciones sociales, la crítica feminista, por ejemplo, plantea la necesidad de epistemologías posicionadas “que presten atención a las diferentes configuraciones de saberes que son accionados por actores específicos, incorporando historias o experiencias colectivas, en circunstancias o situaciones

¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ RUBIO, 2008.

¹⁸ Cfr. NUNES, 1996, p.4.

¹⁹ LANDER, 2004, p. 169.

²⁰ Cfr. Idem.

particulares”²¹. Por su parte, los pensadores críticos en derechos humanos hablan de teorías impuras, contextuales, historizadas, que eviten todo secuestro idealista de la realidad, denunciando que a través de tales estrategias ideológicas (recurso a la metafísica, a mitos fundacionales, etc.) se pretende afirmar como absoluto e inamovible lo que en realidad es una construcción humana entre otras, siendo por tanto posibles las alternativas.²²

Es importante aclarar que cuando se insiste en la necesidad de contextualizar, ello no significa que no sea posible construir conocimiento a propósito de la realidad más allá de las situaciones concretas; esto supondría que la posibilidad de conocer se reduciría al mero acto de describir los fenómenos, quedando así absolutamente circunscritos y determinados por los hechos. Todo proceso de teorización requiere de un cierto nivel de abstracción, de formalización, que nos permita superar el dato inmediato y lograr visiones más amplias sobre la realidad.

Por el hecho de que la realidad trasciende los hechos observables, la experiencia y la empiria, el pensamiento teórico aborda la realidad por medio de teorías. Siendo estas teorías necesariamente inseguras -teorías seguras suponen el conocimiento de todos los hechos-, ellas trascienden la experiencia y son a la vez trascendidas por la realidad.²³

El problema no es, por tanto, la abstracción, sino la invisibilización de aquellos aspectos del “horizonte mundano concreto” en que las dinámicas históricas tienen lugar, y que por referirse a “los procesos de creación de riqueza (y pobreza), de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano”²⁴, son centrales a la propia determinación de los acontecimientos y a su proceso de comprensión. Dado que siempre simplificamos y abstraemos para conocer, es importante atender a no dejar por fuera elementos fundamentales; por ello es necesario contextualizar y asumir la complejidad. Como afirma Franz Hinkelammert, “puedo abstraer. La abstracción es posible en el pensamiento. Pero no es lícito esconderla. Tengo que decir en qué momento abstraigo.”²⁵

²¹ NUNES, 2008, p. 65.

²² Cfr. FARIÑAS DULCE, 2005, p. 208.

²³ HINKELAMMERT, 1990, p. 234.

²⁴ HERRERA FLORES, 2005(a), pp. 83- 84, nota al pie.

²⁵ HINKELAMMERT, F. 2001, p. 115.

Hechas estas precisiones sobre la necesidad de una filosofía impura, queremos destacar que asumir una metodología contextual en el análisis de los procesos de lucha por derechos permite poner en evidencia y denunciar las consecuencias a que ha llevado la idealización de las relaciones sociales del capitalismo realmente existente, idealización que conduce a ver tales relaciones como si éstas fueran realidades previas y ajenas al quehacer humano en la historia. Dicha práctica teórica, basada en la idealización y la abstracción, deja como único paliativo la posibilidad de apelar, también de manera idealizada, bien al derecho natural, bien a la ficción de un contrato social o bien a algún mito fundacional, siendo todas éstas estrategias que restan importancia a los contextos concretos en los que las personas están situadas y a partir de los cuales acceden o no a los bienes necesarios para vivir condiciones de vida digna.²⁶ Según la formulación que hace De Sousa Santos:

Esta emergência do contexto significa, antes de mais, a revalorização da sociologia dos direitos humanos. Não se desconhece que as declarações dos direitos humanos têm eficácia simbólica em si mesmas mas exige-se que essa eficácia não se obtenha à custa da ocultação da discrepância entre tais declarações e a vida prática dos cidadãos, exige-se em suma que os direitos humanos sejam efectivamente aplicados. O projecto da modernidade sacralizou o direito e trivializou os direitos. Temos agora de fazer o trajecto inverso: trivializar o direito e sacralizar os direitos.²⁷

Por su parte, Ignacio Ellacuría expone la necesidad de historizar los conceptos o los valores. De forma más concreta, hablará de la necesidad de historizar los derechos humanos, con el propósito de desideologizarlos en tanto que conceptos o valores abstraídos del plano de la praxis social, para así promover que se haga efectivo su contenido de verdad, su núcleo normativo.²⁸ Así, a través del método de la historización de los conceptos (las ideas, las narrativas, los valores, etc.) propone que estos han de ser conocidos siempre en función de sus efectos sociales e históricos. Los derechos humanos se conocerían en su realidad concreta, situándolos en la praxis histórica en que acontecen, poniéndolos en relación con el proceso social en el que operan.

²⁶ Cfr. HERRERA FLORES, 2005(b), p. 271.

²⁷ SANTOS, 1989, p. 9.

²⁸ Cfr. ROMERO CUEVAS, 2008, p. 17.

Una vez más, se trata de ver los derechos a partir del contexto histórico en el que tiene lugar su enunciación, para así poder identificar la función que el discurso de tales derechos efectivamente cumple.²⁹ Esta perspectiva de análisis resulta particularmente útil en las luchas por la emancipación social, pues, según nos advierte Ellacuría:

Las ideologías dominantes viven de una falacia fundamental, la de dar como conceptos históricos, como valores efectivos y operantes, como pautas de acción eficaces, unos conceptos o representaciones, unos valores y unas pautas de acción, que son abstractos y universales. Como abstractos y universales son admitidos por todos; aprovechándose de ello, se subsumen realidades, que en su efectividad histórica, son la negación de lo que dicen ser.³⁰

Historizar el concepto de derechos humanos permitirá entonces la verificación práctica en la realidad social de los ideales propuestos en dicho concepto, o, por el contrario, comprobar si su uso resulta funcional a los intereses de los sectores privilegiados; además, permitirá reconocer las causas que impiden el efectivo cumplimiento de lo formalmente propuesto y aportará posibles alternativas de acción para su real cumplimiento.³¹

Historizar el concepto de derechos humanos permitirá entonces la verificación práctica en la realidad social de los ideales propuestos en dicho concepto, o, por el contrario, comprobar si su uso resulta funcional a los intereses de los sectores privilegiados [...]

3. DESDE EL PRAGMATISMO EPISTEMOLÓGICO

Un elemento común a distintas corrientes dentro del pensamiento crítico es la necesidad de cuestionar no solo lo que se conoce, sino también la propia forma en que dicho conocimiento se construye y lo que se hace con ese conocimiento.³² “Toda forma de conocimiento crítico debe comenzar por ser una crítica al conocimiento mismo”³³. Así, siguiendo el título de una de las obras de Orlando Fals Borda, estas corrientes, con las que nos identificamos, se plantean “el problema de cómo investigar la realidad para transformarla”, puesto que reconocen que el propósito de los procesos de investigación será producir conocimiento relevante para la emancipación social.

²⁹ Cfr. SENENT DE FRUTOS, 2012, pp. 1-2.

³⁰ ELLACURÍA, 1976, p. 428.

³¹ Cfr. ROSILLO, 2008, pp. 31-32.

³² Cfr. SOLÓRZANO, S/F, p. 7.

³³ SANTOS, 2008, p. 29.

En el mismo sentido apuntan Hugo Zemelman, para quien “la tarea más importante del conocimiento socio-histórico es descubrir alternativas desde las potencialidades más ocultas de la realidad”,³⁴ y Pablo González Casanova, quien, convencido de la necesidad de cambios en los comportamientos epistemológicos por parte de las ciencias sociales, afirma que la investigación ha de estar orientada por la búsqueda de posibilidades creativas,³⁵ más que por la búsqueda en la naturaleza de leyes eternas que aseguren certidumbre.³⁶

Este giro pragmático viene sustentado, en parte, por los aportes de la filosofía de la ciencia, que dando cuenta de la existencia de paradigmas y programas de investigación, obliga a dejar atrás los imaginarios que permitían esencialismos ingenuos en torno a la concepción de la verdad por parte del quehacer científico y las pretensiones de asepsia valorativa en el quehacer de los investigadores, obligando así a reconocer tanto la convencionalidad de los puntos de partida como los condicionamientos que el método de conocimiento ejerce sobre la determinación de los acontecimientos estudiados.³⁷

En ese sentido, tal y como hemos afirmado, resulta insostenible la pretensión de neutralidad axiológica frente a los distintos proyectos de sociedad de la que la ciencia moderna ha hecho gala, desconociendo los intereses que subyacen al quehacer científico; hecho que se puede afirmar con énfasis particular en el campo de las ciencias sociales, incluida la ciencia jurídica. Se demanda, por tanto, la necesidad de evidenciar los presupuestos éticos, políticos e ideológicos desde los que se actúa e interviene. Ello no es más que la consecuencia del hecho de que toda producción de conocimiento responde a una intención y tiene un sujeto epistémico privilegiado. En palabras de Edgardo Lander:

La noción de objetividad, ligada a la noción de neutralidad del conocimiento científico, fue radicalmente cuestionada porque la noción liberal de conocimiento objetivo según la cual éste se justifica por sí mismo sin importar cuál es su utilidad -separación entre el científico y el político-, se violenta por completo cuando se asume que el conocimiento se hace desde un compromiso para el cambio, que el conocimiento es para la

³⁴ ZEMELMAN, S/F, p. 5.

³⁵ Cfr. GONZÁLEZ CASANOVA, 2004.

³⁶ Cfr. MEJÍA NAVARRETE, 2009, p. 202.

³⁷ Cfr. HERRERA FLORES, 1987, p. 293.

transformación y, por lo tanto, está comprometido con determinados sectores de la sociedad y no con otros. En fin, que no es posible separar conocimiento y política.³⁸

Ese compromiso político desde la labor de construcción de conocimiento es explícitamente asumido por Joaquín Herrera Flores, quien enfrentando cualquier intento de arrebatar el protagonismo del ser humano en la construcción de su propia historia, afirma que es ese mismo ser humano, en interrelación con los procesos naturales y sociales de los que participa y a los que está sometido, quien ha de decidir sobre la pertinencia o no de sus constructos (no solo teóricos, también éticos y estéticos) para llevar adelante la tarea a que está enfrentado en el hacer posible la vida desde la construcción de lo social.³⁹

Este énfasis en los fines prácticos de un conocimiento orientado a lograr determinados propósitos, es designado como *pragmatismo epistemológico* por autores como Boaventura de Sousa Santos, quien, en el marco de lo que ha denominado como “ecología de los saberes”, insistirá en que desde una pragmática del saber, más que atender a la manera en que un determinado conocimiento representa la realidad, es importante preguntarse por la forma en que dicho conocimiento interviene en esa realidad, por el tipo de intervención que propicia, que promueve o desestimula.⁴⁰ “Para una ecología de saberes, el conocimiento-como-intervención-en-la-realidad es la medida de realismo, no el conocimiento-como-una-representación-de-la-realidad.”⁴¹ Con ello, Santos se ubica en la misma perspectiva asumida por el propio Max Horkheimer, quien en su texto “Teoría tradicional y teoría crítica”, ya había afirmado como la característica principal de la actividad del pensar, la determinación por parte de la ciencia de aquello a lo que ella puede servir. Según Horkheimer, “una ciencia que, en una independencia imaginaria, ve la formación de la praxis, a la cual sirve y es inherente, como algo que está más allá de ella, y que se satisface con la separación del pensar y el actuar, ya ha renunciado a la humanidad.”⁴²

³⁸ LANDER, 2004, p. 176.

³⁹ HERRERA FLORES, 2005(a), p. 251.

⁴⁰ Cfr. SANTOS, 2006, pp. 26-27.

⁴¹ SANTOS, 2010(a), p. 36.

⁴² HORKHEIMER, 1974. Nota 20, pp. 270-271.

En el marco del tipo de relaciones que establecen las sociedades capitalistas, el quehacer del científico presupone siempre un posicionamiento frente a dicha configuración de las relaciones sociales, bien intentando confrontarlas, dirigiendo la crítica a la doctrina hegemónica en la que directa o indirectamente se soporta el *status quo*, o bien favoreciéndolas, aunque sea a través de una pretendida (e imposible) neutralidad que, desconociendo la dimensión política de su labor, permite la conservación y reproducción del sistema social.⁴³ Richard Quinney lo plantea de manera categórica:

El fracaso político del pensamiento positivista, relacionado con su fracaso intelectual, es el de aceptar el status quo. No hay un cuestionamiento del orden establecido, tal como tampoco hay un examen de los supuestos científicos. La realidad oficial es aquella dentro de la cual opera el positivismo, es la que acepta y apoya. El positivismo da por sentada la ideología dominante que hace énfasis en la racionalidad burocrática, la tecnología moderna, la autoridad centralizada, y el control científico. De hecho, el pensamiento positivista naturalmente se presta a sí mismo a la ideología oficial y a los intereses de la clase gobernante⁴⁴

Frente a ello, la ecología de los saberes propuesta por Santos, asumiendo la no existencia de epistemologías neutras (las menos neutras son aquellas que proclaman serlo), concibe los conocimientos como prácticas de saberes (no como conocimientos en abstracto) que favorecen o dificultan, estimulan o impiden determinado tipo de intervenciones en lo real.⁴⁵ Siendo, como de hecho ocurre, que toda intervención en la realidad por parte del quehacer investigador implica tanto una dimensión cognitiva como una dimensión ético-política, la propuesta de la ecología de los saberes distingue entre objetividad analítica y neutralidad ético-política.⁴⁶ La búsqueda de objetividad que debe dirigir el momento cognitivo, no implica neutralidad en el registro ético-político.⁴⁷

La ecología de saberes está basada en la idea pragmática de que es necesario revalorizar las intervenciones concretas en la sociedad y en la naturaleza que los diferentes conocimientos pueden ofrecer. Ésta se centra en

⁴³ Cfr. MONEDERO, S/F, p. 18.

⁴⁴ QUINNEY, 1972.

⁴⁵ Cfr. SANTOS, 2006, p. 143.

⁴⁶ Cfr. SANTOS, 2010(a), p. 36

⁴⁷ Cfr. SANTOS, 2006, p. 148.

las relaciones entre conocimientos y en las jerarquías que son generadas entre ellos, desde el punto en que las prácticas concretas no serían posibles sin tales jerarquías. Sin embargo, más que subscribirse a una jerarquía única, universal y abstracta entre conocimientos, la ecología de saberes favorece jerarquías dependientes del contexto, a la luz de los resultados concretos pretendidos o alcanzados por diferentes prácticas de conocimiento. Las jerarquías concretas emergen desde el valor relativo de intervenciones alternativas en el mundo real. Complementariedades o contradicciones pueden existir entre los diferentes tipos de intervención.⁴⁸

Los conocimientos son concebidos desde las prácticas de saberes, y la concepción de estas últimas, a su vez, acontece en el marco de las intervenciones en la realidad que permiten o dificultan. “Por esta razão, as práticas sociais e os agentes em que se plasmam as práticas de saber têm também de caber no espectro do perguntar epistemológico.”⁴⁹ Por ello, a la hora de discernir qué sistema de conocimiento se ha de preferir sobre otros posibles en una determinada práctica de intervención en la realidad, se ha de dar preferencia a aquella forma de conocimiento que favorezca que los grupos sociales implicados sean protagonistas en el diseño, ejecución y control de dicha intervención, además de permitir el mayor grado de participación de éstos en los beneficios que se generen. Este criterio es denominado por Boaventura de Sousa Santos como principio de precaución.⁵⁰

Si bien esta propuesta epistemológica comparte con el pragmatismo filosófico la idea de que la producción de conocimiento es inseparable de la intervención transformadora en el mundo,⁵¹ lo que la caracteriza y define es su posicionamiento a partir del mundo de los oprimidos, efectuando, a partir de la experiencia de los excluidos, una reconstrucción de las teorías de los filósofos pragmatistas.⁵² “Una pragmática epistemológica está sobre todo justificada porque las experiencias vitales de los oprimidos son primariamente hechas inteligibles para ellos como una epistemología de las consecuencias.”⁵³

⁴⁸ SANTOS, 2010(a), p. 38.

⁴⁹ SANTOS, 2006, p. 152.

⁵⁰ SANTOS, 2010(a), pp. 38-39.

⁵¹ Cfr. NUNES, 2008, p. 13.

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 24.

⁵³ SANTOS, 2010(a), p. 38.

Los criterios de validación de los conocimientos se establecen a partir de aquello que favorece la construcción de condiciones de vida digna para los sectores sociales que han sido subalternizados.⁵⁴ Según expone Norman Solórzano:

La verdad de la acción se da en la elucidación de sus resultados (consecuencialismo) que rápidamente podríamos enunciar como aquello que permita liberar al ser humano de lo que lo oprima y sojuzgue y construya humanidad; se trata de la verificación práxica de la que hablaba Ignacio Ellacuría y que juega en relación con el cuestionamiento de las acciones, normas e instituciones que favorecen la producción y auto-producción de dignidad para las mayorías populares. Así, la verificación de los procesos, las acciones y los argumentos es de carácter práxico y está en función de lo que produzca, reproduzca y despliegue la vida, humana y no humana, en todas sus potencialidades. Hay un factor de verdad en lo que enfrenta y transforma aquello que sojuzga, humilla, explota y/o mata al ser humano y la naturaleza.⁵⁵

Esta concepción epistemológica trastoca radicalmente la forma en que tradicionalmente se ha entendido la propia epistemología, una vez que rompe con el supuesto de que la ciencia ha de ser concebida como saber canónico a partir del cual se han de valorar los otros saberes.⁵⁶ La valoración de un saber pasa por el discernimiento de las consecuencias de dicho saber en las situaciones a partir de las cuales es producido, apropiado y movilizado.⁵⁷

Este giro pragmático tiene importantes repercusiones de cara a una teoría crítica de los derechos humanos, dado que entre sus tareas principales se encuentra el poner en cuestión los conceptos, las representaciones, y las instituciones del derecho positivo vigente, con el fin de “contribuir a la deconstrucción de las viejas prácticas del saber y del poder dominantes.”⁵⁸

El cambio en la disposición del saber que se plantea, implica, en el campo de los derechos humanos, una aproximación a su realidad orientada por un “tipo de conocimiento y un tipo de práctica comprometidos con la búsqueda de soluciones a esas roturas en las

⁵⁴ Cfr. NUNES, 2008, p. 12.

⁵⁵ SOLÓRZANO, 2010, p. 4.

⁵⁶ Cfr. SANTOS, 2007, p. 28.

⁵⁷ Cfr. NUNES, 2008, p. 24.

⁵⁸ WOLKMER, 2006, p. 123.

relaciones sociales que suponen las violaciones al contenido esencial de los derechos.”⁵⁹ También permitirá incorporar a su discurso la diversidad y la pluralidad, desarrollando además un conocimiento constructivista “que rechace cualquier verdad pretendidamente objetiva, universal o ‘cartesianamente’ evidente sobre los derechos humanos.”⁶⁰ Como afirma María José Fariñas Dulce:

El pragmatismo constituye, pues, un componente epistemológico esencial... en base al cual se debe cuestionar cualquier pretensión de demostrar la existencia de “verdades absolutas” en el discurso de los derechos humanos, a la vez que resulta más factible la realización de una teoría realista, pragmática, plural y argumentativa de aquéllos, que sea capaz de comprenderlos en toda su “complejidad” real.⁶¹

El pragmatismo epistemológico permite que, sin negar el reconocimiento del carácter occidental de la categoría derechos humanos, pero yendo más allá de este reconocimiento, se pueda hacer un uso estratégico de los derechos en función de las luchas que los actores sociales llevan adelante en la construcción de condiciones que les permitan superar las relaciones de subalternización a que han estado sometidos.⁶² De igual manera, el pragmatismo posibilita acudir a diversos enfoques, categorías y perspectivas, más allá de purismos teóricos o metodológicos, siempre guiado por el objetivo de favorecer las luchas por la emancipación social.

Así, sin plantear un subjetivismo radical que niegue las exigencias concretas de la realidad que es preciso transformar, o desconozca las condiciones específicas que configuran los procesos con los que nos enfrentamos, la propuesta que se hace rompe con la adhesión a cierto objetivismo; pues se entiende que parte de la creación de lo social pasa por la formulación de la representación de lo social; de ahí que parte de la lucha pase por las propias representaciones sociales, por la construcción de las visiones de mundo.⁶³

⁵⁹ HERRERA FLORES, 2001.

⁶⁰ FARIÑAS DULCE, 1997, p. 59.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 31.

⁶² Cfr. ROSILLO, 2011, p. 38.

⁶³ Cfr. GARCÍA, 1993, p. 76.

4. RENUNCIAMOS A LA PRETENSIÓN DE UNA VERDAD ABSOLUTA

En esta enunciación de algunas claves epistémicas para la construcción de un pensamiento crítico en derechos humanos, la verdad a la que se aspira “no reside en la correspondencia a una realidad dada y sí en la correspondencia a una realidad por dar, a la utilidad en función de criterios y objetivos sociales, en sentido amplio.”⁶⁴ Una teoría crítica, por tanto, pretende denunciar la necesidad de un cambio liberador, ayudando a vislumbrar y animar caminos para ese cambio. Importa la praxis, la exigencia de transformación en un marco concreto, en el contexto; una praxis orientada por la construcción de condiciones de vida digna.

Por ello, para el pensamiento crítico no es una tarea menor, ni poco delicada, la confrontación con la “voluntad de verdad” que ha orientado el quehacer occidental, y debido a la cual, como advirtiera Michel Foucault, “no aparece ante nuestros ojos más que una verdad que sería riqueza, fecundidad, fuerza suave e insidiosamente universal. E ignoramos por el contrario la voluntad de verdad, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir.”⁶⁵ Resulta, por tanto, necesario, preguntarse por el papel que ha jugado la forma en que ha sido concebida la verdad y el saber en los procesos de construcción de nuestras sociedades.

Si, siguiendo a Foucault, toda relación de poder es correlativa a la constitución de un campo de saber y todo saber supone relaciones de poder,⁶⁶ necesitamos estar alertas frente a las “razones” de las que se arma el poder, y denunciar las estrategias de las que se vale dicho poder para dotarse de “razones” que le son funcionales; estrategias desde las que configura un “saber autorizado” que le permite invisibilizar y excluir otros saberes no oficiales que se enfrentan a la conservación del orden social injusto.⁶⁷ A la luz de los planteamientos de Foucault, Alejandro Medici propone asumir un perspectivismo que permita reconocer “la historicidad de los regímenes de verdad y de los dispositivos de saber –poder, en tanto que perspectivas posibles entre otras.” Dicho perspectivismo permitiría “buscar las formas en

Una teoría crítica, por tanto, pretende denunciar la necesidad de un cambio liberador, ayudando a vislumbrar y animar caminos para ese cambio. Importa la praxis, la exigencia de transformación en un marco concreto, en el contexto; una praxis orientada por la construcción de condiciones de vida digna.

⁶⁴ SANTOS, 2010(a), p. 52.

⁶⁵ FOUCAULT, 1999, p. 24.

⁶⁶ Cfr. FOUCAULT, 2002.

⁶⁷ Cfr. SOLÓRZANO, 2007. Nota 162, p. 123.

Todo conocimiento es poder en la medida en que permite un determinado nivel de visibilidad de los hechos, unas determinadas condiciones de enunciación de las cosas.

que el discurso que aparece como verdadero puede ser rastreado en prácticas específicas en las cuales éste se enfrenta con discursos divergentes o alternativos e intente suprimir su voz.”⁶⁸ Dado su origen a partir de la esquematización, generalización e igualación de las diferencias, el conocimiento responde más a una perspectiva que logra imponerse que a la adecuación a la verdad. “El conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado.”⁶⁹

Así como toda tecnología de ejercicio del poder crea ciertos saberes, a la vez, el saber trae consigo efectos de poder. Todo conocimiento es poder en la medida en que permite un determinado nivel de visibilidad de los hechos, unas determinadas condiciones de enunciación de las cosas. En palabras del propio Foucault:

Saber, poder, no son más que una rejilla de análisis. Vemos también que esta rejilla no está compuesta de dos categorías de elementos extraños entre sí, que serían el saber por un lado y el poder por otro -lo que les haría exteriores entre sí- porque nada puede figurar como un elemento de saber si, por una parte, no es conforme a un conjunto de reglas y de coacciones características, por ejemplo, un tipo de discurso científico en una época dada, y si, por otra parte, no está dotado de efectos de coerción o simplemente de incitación propios de lo que es validado como científico o simplemente racional, o simplemente recibido de manera común, etc. Inversamente, nada puede funcionar como un mecanismo de poder si no se despliega según procedimientos, instrumentos, medios, objetivos que puedan ser validados en unos sistemas de saber más o menos coherentes. No se trata, entonces, de describir lo que es saber y lo que es poder, y cómo el uno reprimiría al otro, o cómo el otro abusaría del primero, sino que se trata más bien de describir un nexo de saber-poder que permite aprehender lo que constituye la aceptabilidad de un sistema, sea el sistema de la enfermedad mental, el de la penalidad, la delincuencia, la sexualidad, etc.⁷⁰

Siendo esto así, lo que concebimos como verdad resulta inseparable del proceso por el cual se establece y de la configuración de poder en que se gesta. Como afirma Helio Gallardo, a propósito del tema de la verdad, éste “es un tema ideológico, osea socialmente funcional o no para el poder y su reproducción en las sociedades modernas, y no

⁶⁸ MEDICI, 2009, p. 186.

⁶⁹ FOUCAULT, 1996, p. 30.

⁷⁰ FOUCAULT, S/F, pp. 11-12.

tiene mucho sentido epistémico moral o metafísico discutir quién la tiene o en qué reside. Su sentido es político.”⁷¹

Estos posicionamientos tienen implicaciones fundamentales en el campo político, pues la posibilidad de una teoría democrática consistente exige una concepción no monolítica de la verdad; obliga a asumir con modestia la tarea humana de conocer y describir la realidad a partir de los diversos contextos en los que se configuran de manera diferenciada los diferentes proyectos personales y colectivos. Al respecto, resultan particularmente elocuentes las palabras de Edgardo Lander, haciendo un juicio autocrítico de la configuración del socialismo:

Necesitamos encaminarnos hacia lo cultural y lo político para abrir así la posibilidad de transformar el mundo, reconociendo nuestra capacidad para construir y reconstruir mundos.

Esto pasa por un cuestionamiento profundo de las seguridades teóricas y epistemológicas que fundamentaron las experiencias socialistas del siglo pasado. En la lucha por una sociedad democrática, la estrecha relación postulada por el positivismo y el cientificismo entre verdad y política tiene que ser descartada en forma definitiva. Ese anclaje de la política en la verdad no puede conducir sino al autoritarismo, al ejercicio vertical del poder por parte de quienes reivindican para sí el privilegio epistemológico del acceso a la verdad... Cualquier proposición respecto a cómo debe estar organizada la sociedad, a cómo debe ser la vida de los seres humanos, todo intento de fundamentar el *deber ser* de la sociedad en una verdad que encuentra su fuente de legitimación en un origen extra-social, sea en la voluntad divina, en una filosofía de la historia o en la rigurosa objetividad del conocimiento científico, constituye una negación de la libertad humana. Se niega así la diversidad de opciones culturales y valorativas, así como los ámbitos de las decisiones individuales y/o colectivas sobre la sociedad deseable. La democracia tiene como prerrequisito básico la libertad de optar. Si no hay sino una sola forma posible de hacer las cosas, si no existe la posibilidad de tomar partido entre opciones éticas y valorativas, si el rumbo hacia el cual tiene que ir la sociedad está determinado de una vez por todas, la idea de libertad desaparece.⁷²

Así, pues, de la “voluntad de verdad” (del dogma y de la metafísica), tan dada a posiciones absolutas y cerradas sobre sí, es necesario pasar a la “voluntad de poder”. Necesitamos encaminarnos hacia lo cultural y lo político para abrir así la posibilidad de transformar el mundo, reconociendo nuestra capacidad para construir y reconstruir mundos. “Precisamos empoderarnos para luchar por otras verdades, todas par-

⁷¹ GALLARDO, 2008, p. 233.

⁷² LANDER, 2012, p. 37.

ciales y particulares, pero todas legitimadas para entrar en un diálogo de iguales.”⁷³ En esta línea de pensamiento, el grado de verdad de una teoría no depende de su adecuación o no a un marco objetivo de hechos y experimentos, sino de su nivel de apertura o rechazo frente a la crítica y la posibilidad de revisión.⁷⁴ La validez de las propuestas pasa por la posibilidad de su confrontación y corrección. Dada la imposibilidad para aprehender y conocer la totalidad de la experiencia (totalidad a la que aspira para poder explicar), el conocimiento teórico debe ser asumido como proceso de totalización, lo que exige de él una apertura permanente a la rectificación, una provisionalidad constante.⁷⁵

CONCLUYENDO POR EL PRINCIPIO

En abierto enfrentamiento a las formas de ejercicio del poder que producen y reproducen las asimetrías que atraviesan a nuestras sociedades, creemos que es necesario asumir como lugar epistemológico la perspectiva de las luchas populares, la mirada que surge de la búsqueda de justicia de las víctimas.⁷⁶ De ahí la necesidad de comprometernos con procesos de lucha por lograr condiciones que nos permitan a todos y todas, comenzando por quienes están en condiciones de mayor vulnerabilidad, proponer y construir el mundo en el que queremos vivir según nuestras particulares y diferenciadas concepciones de vida digna. Desde esta misma búsqueda por fortalecer las voces silenciadas, periféricas y subalternas, Antoni Aguiló plantea la necesidad de luchar por una justicia cognitiva; lucha que implicaría:

Por un lado, la crítica y el rechazo del mito arrogante de un conocimiento científico único y universalmente válido y, por el otro, la necesidad de reconocer en pie de igualdad modos y localizaciones de producción del conocimiento originados en lugares diferentes a los tradicionalmente considerados como sitios de formulación científica y epistemológica. La justicia cognitiva es, por tanto, un llamado a hacer visibles formas de conocimiento, en particular aquel marginado o periférico, generadas en diversas partes del mundo cuyos productores luchan contra la diferenciación desigual, el exclusivismo científico y el racismo epistémico.⁷⁷

⁷³ HERRERA FLORES, 2005(a), p. 103.

⁷⁴ Cfr. HERRERA FLORES, 1994, p. 203.

⁷⁵ Cfr. SOLÓRZANO, 2007, p. 95.

⁷⁶ DUSSEL, 2007. p. 552.

⁷⁷ AGUILÓ BONET, 2009.

Se mantiene, hoy más que nunca, la necesidad de una opción epistémica que nos tensione y confronte para leer el mundo desde el lugar de aquellos cuyas condiciones de vida digna son sistemáticamente negadas; que nos refiera a los lugares epistémicos donde la realidad exige ser transformada.

De esta manera, el pensamiento crítico, y particularmente el pensamiento crítico latinoamericano, tiene planteado el desafío de convertirse en agente activo de justicia cognitiva, superando el monoculturalismo que le caracterizó históricamente. Apegado en gran medida a las tradiciones teóricas europeas, el pensamiento crítico ha marginado el rico aporte de la experiencia y la reflexión provenientes del mundo popular, campesino e indígena.⁷⁸

Esta lucha por una justicia cognitiva se corresponde con lo que hemos planteado en el marco de la ecología de los saberes propuesta por Boaventura de Sousa Santos: la pertinencia de los saberes se determinará siempre a partir de las consecuencias y efectos que de ellos se derivan en los contextos específicos en que surgen; por tanto, ningún saber puede ser descalificado a priori, ni ninguno puede ser a priori considerado saber canónico sin antes probar su valía en las condiciones situadas en que tienen origen.⁷⁹

Como acertadamente se denunció desde el grupo modernidad/colonialidad, “todo conocimiento posible se encuentra in-corporado, encarnado en sujetos atravesados por contradicciones sociales, vinculados a luchas concretas, enraizados en puntos específicos de observación”⁸⁰, por lo que la pretensión de un saber absoluto, universal, ajenos a los condicionamientos contextuales, propia de la perspectiva eurocentrada, responde a una estrategia de dominio cognitivo, así como político y económico. Por ello, se reivindica la necesidad de tomar en cuenta los conocimientos de aquellos grupos que desde la visión eurocéntrica (colonial-occidental-moderna-capitalista-patriarcal) son subalternizados.

Se mantiene, hoy más que nunca, la necesidad de una opción epistémica que nos tensione y confronte para leer el mundo desde el lugar de aquellos cuyas condiciones de vida digna son sistemáticamente negadas; que nos refiera a los lugares epistémicos donde la realidad exige ser transformada.⁸¹ Una opción que nos obligue al diálogo permanente con el otro negado; que nos descentre para el encuentro con esos otros y otras.

⁷⁸ Cfr. SANTOS, 2011.

⁷⁹ Cfr. NUNES, 2008, pp. 17-18.

⁸⁰ CASTRO-GÓMEZ y GROSFUGUEL, 2007, p. 20.

⁸¹ Cfr. GÁNDARA, 2014, p. 16.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ BONET, A. La universidad y la globalización alternativa: justicia cognitiva, diversidad epistémica y democracia de saberes. En *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* N° 22, 2009. En línea: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=18111430001>>.

CASTRO-GÓMEZ, S y GROSFOGUEL, R. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. En Prólogo de *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. (Compiladores Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

DEL RÍO, E. Pensar críticamente el pensamiento crítico. En: *Disentir, resistir. Entre dos épocas*. Madrid: Talasa, 2001. También en línea: <http://biblioweb.sindominio.net/pensamiento/pcritico.html>. DUSSEL, E. Política de la liberación. Historia mundial y crítica. Madrid, Trotta, 2007.

ELLACURÍA, I. La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización. En *ECA*. N° 335-336, 1976.

FARIÑAS DULCE, M. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*. Madrid: Dykinson, S.L., 1997.

FARIÑAS DULCE, M. Universalidad e interculturalidad. En *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Juan Tamayo-Acosta, director. Madrid: Verbo Divino, 2005.

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1996.

FOUCAULT, M. *El orden del discurso*. Barcelona. Tusquets Editores, 1999.

FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, S.A., 2002.

FOUCAULT, M. *Qué es la crítica*, S/F, pp. 11-12. En línea: <http://revistas.um.es/daimon/article/viewFile/7261/7021>.

GALLARDO, H. *Teoría crítica: Matriz y posibilidad de derechos humanos*. (David Sánchez Rubio, editor). Murcia, 2008.

GALLARDO, H. Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana. En *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suriá, 2011.

GÁNDARA, M. Repensando los derechos humanos desde las luchas. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Volumen 15, N° 15, enero-junio 2014.

GARCÍA, M. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

GONZÁLEZ CASANOVA, P. Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política, En *Anthropos* – IIS de la UNAM – Universidad Complutense, Barcelona, 2004.

HERRERA FLORES, J. Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del derecho natural como método. En: *Doxa* N° 4, 1987.

HERRERA FLORES, J. Democracia, Estado de Derecho y derechos humanos: claves para una enseñanza alternativa del Derecho (Crítica Jurídica y Estudios de Derecho). En *Revista de Direito Alternativo*. N° 3, Sao Paulo: Editora Academica, 1994.

HERRERA FLORES, J. Presentación *Anuario Iberoamericano de derechos humanos 2001-2002*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HERRERA FLORES, J. *El proceso cultural: Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua, 2005(a).

HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005(b).

HERRERA FLORES, J. *La reinención de los derechos humanos*. Colección Ensayando. Ed. Atrapasueños. 2008.

HERRERA FLORES, J. *El arte como elogio del movimiento*, S/F, Mimeo.

HINKELAMMERT, F. *Crítica de la razón utópica*. San José: DEI, 1990.

HINKELAMMERT, F. Fundamentos de la ética. Conversación con Enrique Dussel. En *Itinerarios de la razón crítica. Homenaje a Franz Hinkelammert en sus 70 años*. San José de Costa Rica: DEI, 2001.

HORKHEIMER, M. Teoría tradicional y teoría crítica. En: *Teoría Crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 1974.

JARAMILLO VÉLEZ, R. Origen y destino de la Teoría Crítica de la sociedad. En: *Revista Internacional de Filosofía Política* N° 26. Madrid: UAM-UNED, 2005.

LANDER, E. ¿Reinventar el socialismo? En *Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica*. Año 19, N° 43, enero-junio 2012. Managua: Editorial Lascasiana.

LANDER, E. Universidad y producción de conocimiento: Reflexiones sobre la colonialidad del saber en América Latina.

En: *América Latina: Los desafíos del pensamiento crítico* (Irene Sánchez Ramos y Raquel Sosa Elízaga, coordinadoras). México: Siglo XXI, 2004.

MARDONES, J. *Razón comunicativa y teoría crítica. La fundamentación normativa de la teoría crítica de la sociedad*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1985.

MEDICI, A. Aportes de Foucault a la crítica jurídica (1). Derecho, normalización, interpretación. En *Derecho y Ciencias Sociales* N° 1. Abril 2009. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS, UNLP.

MEJÍA NAVARRETE, J. Perspectiva epistemológica de la investigación social en América Latina. En *Mundialização e sociologia crítica da América Latina*. José Vicente Tavares dos Santos, organizador. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

MONEDERO, J. *Estudio introductorio. Conciencia de frontera: la teoría crítica posmoderna de Boaventura de Sousa Santos*, S/F, p. 18. En línea: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/IntroduccionversionfinalJuan%20Carlos%20Monedero.pdf>>.

NUNES, J. Transição paradigmática, pós-modernismo crítico e teoria social. En *Oficina do CES* N° 81. Coimbra: CES-FEUC, 1996.

NUNES, J. Teoria crítica, cultura e ciência: O(s) espaço(s) e o(s) conhecimento(s) da globalização. En *Globalização: fatalidade ou utopia?* Santos, Boaventura de Sousa (Org.). Porto: Afrontamento, 2001.

NUNES, J. O resgate da epistemologia. En *Revista Crítica de Ciências Sociais* N° 80, Março 2008.

QUINNEY, R. Una filosofía crítica del orden legal. Ponencia presentada en el 67th annual meeting of the American Sociological Association, New Orleans, Agosto de 1972. Traducido por la psic. Ligia Sanchez.

ROMERO CUEVAS, J. Ellacuría: una teoría crítica desde América Latina. En: *Revista Internacional de Filosofía Política* N° 32, Madrid: UAM-UNED, 2008. También en línea: <http://uah.academia.edu/Jos%C3%A9ManuelRomeroCuevas/Papers/1646652/1._Ellacuria_una_teor%C3%ADa_cr%C3%ADtica_desde_Am%C3%A9rica_Latina>.

ROSILLO, A. Derechos Humanos, Liberación y Filosofía de la Realidad Histórica. En *Teoria Crítica dos Direitos Humanos no Século XXI*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

ROSILLO, A. *Los inicios de la tradición iberoamericana de los derechos humanos*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 2011.

SÁNCHEZ RUBIO, D. Sobre la racionalidad económica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos concretos. En *Pelo direito á vida: a construção de uma Geografia cidadã*. Alcindo José de Sá (Organizador). Recife: Editora Universitaria UFPE, 2008.

SANTOS, B. Os direitos humanos na pós-modernidade. En *Oficina do CES N° 10*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, junho 1989.

SANTOS, B. A ecología de saberes. En *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, Volume IV. Porto: Afrontamento, 2006.

SANTOS, B. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: encuentros de Buenos Aires*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2006.

SANTOS, B. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. En *Revista Crítica de Ciências Sociais N° 78*, 2007.

SANTOS, B. *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

SANTOS, B. *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*. 1a ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; Prometeo Libros, 2010(a).

SANTOS, B. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010(b).

SANTOS, B. Interrogando al pensamiento crítico latinoamericano. En *Cuadernos del Pensamiento Crítico Latinoamericano*. N° 43. Clacso, septiembre 2011.

SEMENT DE FRUTOS, J. El método de la historización de los derechos humanos. En *Biblioteca latinoamericana de Direitos Humanos*. S. Leopoldo: Nova Harmonia, 2012.

SOLÓRZANO, N. ¿De qué hablamos cuando hablamos de pensamiento crítico? II Encuentro Internacional de Pensamiento Crítico. Heredia, Costa Rica, 8-10 de diciembre de 2010.

SOLÓRZANO, N. *Crítica de la Imagen Jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 2007.

SOLÓRZANO, N. *Pensamiento crítico y derechos humanos*, S/F. Mimeo.

WOLKMER, A. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de San Luis Potosí, 2006.

ZEMELMAN, H. Debate sobre la situación actual de las ciencias sociales, S/F. En línea: <http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/zemelmanh/zemelman0007.pdf>.

A TRAJETÓRIA DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA: HISTÓRIA, CONCEITOS E REFLEXÕES PARA PENSAR O BRASIL

**Gianmarco Loures
Ferreira**

Doutorando em Direito pela
Universidade de Brasília
– UNB. Universidade de
Brasília (UNB), Distrito
Federal, Brasil.
gianloures@gmail.com

**Marcos Vinícius
Lustosa Queiroz**

Doutorando em Direito pela
Universidade de Brasília
– UNB. Universidade de
Brasília (UNB), Distrito
Federal, Brasil.
marcosvlq@gmail.com

Recebido: junho 14, 2018

Aceito: setembro 4, 2018

The trajectory of Critical Race Theory: history, concepts, and contributions to think Brazil

RESUMO

O artigo aborda a formação do campo científico da Teoria Crítica da Raça – TCR, discutindo sua origem, em uma dupla perspectiva, sua trajetória ideológica e social. A seguir, passa-se a detalhar seus temas centrais, com o objetivo de identificar suas proximidades com o referencial teórico brasileiro sobre relações raciais e o possível uso das metodologias e conceitos propostos no contexto nacional. Este trabalho conclui abordando duas possibilidades: a de expansão do uso da TCR para pensar a realidade brasileira, de forma a contribuir para uma análise aprofundada do racismo; e a de reconstrução de uma genealogia mais ampla de uma teoria crítica da raça dentro das ciências jurídicas tendo em vista as contribuições de intelectuais brasileiros.

Palavras-chave: Teoria Crítica da Raça; Relações Raciais no Brasil; Pensamento Crítico; Teoria do Direito.

Abstract

This article addresses the formation of the scientific field of the Critical Race Theory – CRT, discussing its origin, in a double perspective, its ideological and social trajectory. Subsequently, the main themes of CRT are presented, with the objective of identifying their proximity to the Brazilian theoretical framework on

race relations, and the possible use of the proposed methodologies and concepts in the national context. This paper concludes exploring two possibilities: the use of the TCR to think the Brazilian reality, in order to contribute to a thorough analysis of racism; and the reconstruction of a broader genealogy of a critical theory of race within the legal sciences in view of the contributions of Brazilian intellectuals.

Keywords: Critical Race Studies; Racial Relations in Brazil; Critical Thought; Law Theory.

INTRODUÇÃO

Há várias perspectivas possíveis para se pensar o surgimento de uma nova corrente de pensamento ou as peculiaridades de uma determinada linha de pesquisa. No presente artigo, optou-se por abordar a Teoria Crítica da Raça – TCR, tendo em vista o conceito de campo científico de Pierre Bourdieu¹, considerando, ainda, alguns aspectos particulares na formação do campo, como sugerido por Paige Arthur, para quem, na formação de um novo campo, este:

1) Se distingue claramente del campo del cual surgió, [...]; 2) implica un conjunto de actores con un conjunto de objetivos en común, los cuales, por tanto, se orientan los unos hacia los otros en sus prácticas; 3) ha desarrollado instituciones que trabajan en esos objetivos; y 4) desarrolla criterios particulares de juicio y autolegitimación².

Nesse sentido, portanto, é que se buscará abordar duas trajetórias no processo de formação da TCR: (i) uma trajetória ideológica, com a identificação da produção originária literária crítica e o *Critical Legal Studies* – CLS, a funcionar como uma acumulação de conhecimento reconhecido pelos pares; e (ii) a trajetória social, em que começa a se configurar, a “assistência de uma instituição que fornece as condições institucionais da ruptura”³, como detalhado por Kimberlé Crenshaw⁴, referindo-se ao suporte dado pela institucionalização do *Critical Legal Studies* em seus congressos periódicos.

¹ BOURDIEU, 1983.

² ARTHUR, 2011, p. 76.

³ BOURDIEU, 1983.

⁴ CRENSHAW, 1995, 2002 e 2011.

Estabelecida esta origem, passa-se a detalhar os temas centrais desse ramo de conhecimento, com o objetivo de identificar suas proximidades com as discussões brasileiras sobre relações raciais, com o possível uso das metodologias e conceitos propostos pela TCR.

O artigo conclui com a indicação da possibilidade de expansão do uso da TCR para pensar a realidade brasileira, tendo em vista o seu vasto referencial teórico de discussão do fenômeno do racismo em uma perspectiva global e local. Neste sentido, além de trazer trabalhos brasileiros que se valem diretamente do marco da TCR, resgatamos outras contribuições intelectuais que guardam conexões com esse campo, apontando para a possibilidade de uma genealogia mais ampla de uma teoria crítica da raça dentro das ciências jurídicas, a qual seja capaz de romper com narrativas centradas nos Estados Unidos.

Ressalta-se, assim, que a metodologia utilizada é a de revisão da produção bibliográfica sobre a história da TCR e de suas principais contribuições teóricas. Essa revisão é cotejada pela análise do contexto sócio-histórico de surgimento do campo. Ademais, busca colocar essa bibliografia em perspectiva para pensar as relações raciais e o direito no Brasil, bem como realiza um diálogo entre ela e os trabalhos de intelectuais brasileiros/as sobre a temática.

1. TRAJETÓRIA IDEOLÓGICA: DA TRADIÇÃO CRÍTICA DA POPULAÇÃO DA DIÁSPORA AFRICANA AO *CRITICAL LEGAL STUDIES*

Resgatando os primeiros escritos de pessoas escravizadas que foram libertadas, bem como os “apelos” de afrodescendentes livres nas Américas⁵, Tukufu Zuberi destaca sua precedência, não só em relação às ideias da TCR, bem como das próprias ciências sociais. O elemento mais sensível desse tipo de literatura crítica é, segundo o autor, a denúncia da escravização dos africanos e da supremacia branca. Conforme Zuberi:

As autobiografias de escravizados foram relatos pessoais “sobre o que significava a liberdade, como alcançá-la e um apelo ao fim das crueldades da escravidão”. [...]. Após a publicação de várias outras autobio-

⁵ ZUBERI, 2016, p. 467.

grafias, a autobiografia se tornou um dos mais importantes gêneros literários em resposta às narrativas racistas sobre o lugar e o papel dos africanos na sociedade moderna. [...]. A tradição autobiográfica entre os ex-escravizados começou como uma tradição oral e evoluiu para uma forma escrita como uma estratégia para alcançar uma audiência mais ampla e tendo um efeito mais duradouro no público. Os “fugitivos” fizeram a maior parte desses relatos da escravidão. Aqueles que compraram sua liberdade ou foram alforriados produziram outro tipo de memória da escravidão. Nomes como os de Henry Watson, Lunsford Lane, Isaac Jefferson, Peter Randolph, Austin Steward e Richard Allen - os fundadores da Igreja Metodista Episcopal Africana - são apenas poucos nesta menos conhecida tradição. [...]”⁶.

As ciências seguem, assim, em grande medida, ocupadas por acadêmicos brancos com a insuspeita reprodução de seus conhecimentos sem uma reflexão crítica sobre seus próprios privilégios e a produção de teorias sobre os “outros” desviantes do padrão eurocêntrico de humanidade (homens, brancos, heterossexuais, burgueses).

Não obstante seu conteúdo fundamental para se pensar as relações raciais, tal literatura ficou à margem das ciências sociais, muito em razão de seu desenvolvimento como “ciência” ter ocorrido pela “necessidade de justificação científica para a estratificação racial”⁷. Assim, tais relatos ignorados por teoricamente carecerem do rigor de neutralidade que deveria caracterizar as ciências, foram relegados à mera literatura⁸.

As ciências seguem, assim, em grande medida, ocupadas por acadêmicos brancos com a insuspeita reprodução de seus conhecimentos sem uma reflexão crítica sobre seus próprios privilégios e a produção de teorias sobre os “outros” desviantes do padrão eurocêntrico de humanidade (homens, brancos, heterossexuais, burgueses). Mesmo com a integração de pessoas negras na academia estadunidense, em raras exceções este discurso era contestado, vez que reproduziam o que Zuberi e Bonilla-Silva⁹ chamam de “acadêmicos brancos com rosto negro”, em razão da “integração na academia [que] não convidava a transformar o modo de pensar sobre a vida social”.

⁶ZUBERI, 2016, p. 468.

⁷ZUBERI, 2016, p. 17; ZUBERI ; BONILLA-SILVA, 2008, p. 12.

⁸Esta é ainda umas das críticas apontadas à divulgação das experiências (*storytellings*), que é valorizada pela TCR, sob a alegação de que “(i) o que faz a diferença não é o autor da narrativa ser pessoa de cor, mas a lógica e a coerência do texto; (ii) a divulgação de experiências não possui rigor analítico suficiente; estórias são interpretadas de forma diferentes e, por isso, não são legítimas para aprofundar o debate, e; (iii) as experiências divulgadas não refletem de verdade a realidade dos grupos oprimidos, sendo contadas de forma exagerada para distorcer o discurso público. Todas as críticas são formuladas a partir de uma concepção epistemológica eurocentrada e, por consequência, assumidamente contrária à proposta teórica desenvolvida” (SILVA; PIRES, 2015, p. 77).

⁹ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008, p. 16.

Esta tendência de integração/assimilação foi sendo aos poucos minada pelo surgimento e pela visibilização de teóricos críticos sobre a questão racial, principalmente negros e negras, que despontaram, dentro e fora da academia, e que, ainda com Zuberi, merecem menção:

Por exemplo, nos Estados Unidos esta tradição tem sido representada por mulheres tais como Ida B. Wells, Joyce Ladner, Patricia Hill Collins, Margaret Anderson, France Winddance Twine, Julianne Malveaux e Jane Addams; homens de cor como W.E.B. Du Bois, Abram Harris Jr., Oliver C. Cox, Aldon Morris, James Blackwell, Thomas Pettigrew, Charles V. Willie, Michael Omi, Cedric J. Robinson, Ronald W. Walters, Harold Cruse, Thomas D. Boston, William Darity Jr., James B. Stewart, Eduardo Bonilla-Silva; e alguns homens brancos, como Howard Winant, Joe R. Feagin, Robert Blauner, Charles Lemert e Craig Calloun, que cedo desafiaram os estandartes supremacistas brancos e ofereceram mais nuances à interpretação da desigualdade humana e da dignidade na sociedade¹⁰.

Tais autores com um forte histórico de militância, mesmo não se alinhando num campo específico, detinham uma espécie de “competência científica”¹¹.

Esta competência científica, é necessário que se note, não foi outorgada a estas autoras e autores pela comunidade da qual faziam parte. Angela Davis¹², por exemplo, ao arrolar importantes autoras/autoras como Sojourner Truth, Ida B. Wells, as irmãs Sarah e Angelina Grimké, Lucrecia Mott, Frances E. W. Harper, Mary Church Terrell, Mary McLeod, Lucy Parsons, Ella Reeve Bloor, Anita Whitney, Elizabeth Gurley Flynn, Claudia Jones, entre muitas outras, demonstra que aceitação ou legitimidade geral era algo impensável, sofrendo tais personagens a reprovação, a perseguição e todo tipo de resistência de uma sociedade racista.

De fato, o reconhecimento da importância destes autores e autoras apenas foi outorgada a eles por outros teóricos críticos das relações raciais. Como aponta Crenshaw¹³, uma vez que vários dos fundadores

¹⁰ZUBERI, 2016, p. 469.

¹¹BOURDIEU, 1983, p. 122.

¹²DAVIS, 2016.

¹³CRENSHAW, 2002, p. 1344.

Embora possa parecer uma exagerada simplificação, o fato é que os acadêmicos de esquerda, com experiências nas lutas pelos direitos civis e oriundos de minorias, sofriram com a fraca resposta das instituições, como as escolas de direito, ao papel ideológico desempenhado pela questão racial na construção da cultura americana.

do TCR eram alunos de escolas de elite de direito da geração pós-integração, acostumados com a tradição ativista e, por corolário, com esta literatura fundacional do movimento pelos direitos civis da década de 1960, partiu destes a legitimidade para consolidar uma competência científica aos escritos pioneiros de enfrentamento da supremacia branca.

É necessário, ainda, destacar que a genealogia da TCR passa pela influência de diversas vertentes teóricas, conforme apontado por Tara Yosso¹⁴, incluindo Estudos Étnicos, Nacionalismo Cultural, Feminismo norte-americano/terceiro mundista (*sic*), *Critical Legal Studies*, Marxismo e Neo-Marxismo e Estudos Coloniais.

A principal corrente de pensamento que se vincula diretamente ao nascimento da TCR, sem dúvida, é o *Critical Legal Studies* – CLS¹⁵. No final dos anos 1960, o CLS surge como uma crítica à concepção liberal e conservadora de que o direito era qualitativamente diferente da política, resgatando muito do Realismo Jurídico, para uma crítica em larga escala ao papel do direito em auxiliar à racionalização de uma ordem social injusta. E já no final dos anos 1970, se estabelece como um “movimento político, filosófico e metodológico eclético, mas intelectualmente sofisticado e ideologicamente de esquerda”¹⁶.

Embora possa parecer uma exagerada simplificação, o fato é que os acadêmicos de esquerda, com experiências nas lutas pelos direitos civis e oriundos de minorias, sofriram com a fraca resposta das instituições, como as escolas de direito, ao papel ideológico desempenhado pela questão racial na construção da cultura americana. Este incômodo funcionou para criar uma atmosfera em que intelectuais negros, latinos e asiáticos¹⁷ forjaram uma identidade intelectual e uma prática política que representasse tanto “uma intervenção de esquerda no discurso racial, quanto uma intervenção racial nos discursos da esquerda”¹⁸, especialmente, “a inabilidade dos acadêmicos do CLS em incorporar a raça e o racismo em suas análises”¹⁹.

¹⁴ YOSSO et al., 2001, p. 93.

¹⁵ CRENSHAW et al., 1995; CRENSHAW, 2002; DELGADO; STEFANCIC, 2001; YOSSO et al., 2001.

¹⁶ CRENSHAW et al., 1995, p. XVIII.

¹⁷ Na literatura norte-americana, integrantes de minorias racializadas são tratados como “pessoas de cor”, incluindo negros, latinos, asiáticos, indígenas, etc.

¹⁸ CRENSHAW, 1995, p. xix.

¹⁹ YOSSO et al., 2001, p. 94.

A partir desse momento, em que estas vozes começam a se articular, tem-se uma interseção entre a trajetória ideológica, com o distanciamento com o campo científico da CLS, e a trajetória social, em que a TCR começa a ganhar corpo e institucionalização.

2. TRAJETÓRIA SOCIAL: DO CURSO ALTERNATIVO AO PRIMEIRO WORKSHOP DE TCR

Do ponto de vista da trajetória social, isto é, da organização institucional e desta com seus acadêmicos, alunos e alunas, certo é que as bases conceituais e estruturas legadas pela CLS aparecem como essenciais. De um lado, a crítica à indeterminação legal, à história triunfalista, às relações de poder e às construções dos papéis sociais²⁰. De outro, o espaço institucional ocupado pela CLS, facilitando acesso a redes de contratação, publicação e promoções, ainda que numa condição de possibilidade criada pela branquitude da própria CLS²¹. Agregando estes dois aspectos, a escola de Direito de Harvard e o papel do Professor Derrick Bell ganham relevo.

Embora o próprio Derrick Bell diminua sua contribuição fundante para a TCR²², Crenshaw²³ aponta sua centralidade no desenvolvimento desse novo campo, ao menos em dois aspectos: (i) ao propor e ensinar a doutrina jurídica de um ponto de vista consciente da raça, e (ii) ao deixar um vazio causado por sua saída de Harvard, em 1981²⁴.

Bell legou vários artigos, entre muitos, considerados ainda essenciais para a TCR, dos quais destacam-se: “*Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*”²⁵, “*Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma*”²⁶ e “*Racial realism*”²⁷.

Entretanto, como relata Crenshaw²⁸ foi a saída do Professor Bell de Harvard, em 1980, para se tornar reitor da Universidade de Direito

²⁰SILVA; PIRES, 2015, p. 64.

²¹ CRENSHAW, 2011, p. 1304.

²²BELL; DELGADO; STEFANCIC, 2005, p. 59.

²³CRENSHAW, 1995, p. XX.

²⁴CRENSHAW, 2002, p. 1344.

²⁵BELL, 1995a.

²⁶BELL, 1995b.

²⁷BELL, 1995c.

²⁸CRENSHAW et al, 1995; CRENSHAW, 2002, 2011.

de Oregon, que desencadeou a convergência de estudantes ativistas, principalmente de grupos minoritários, na busca de sua substituição por um outro professor negro, dando continuidade a seu curso sobre direito constitucional e questões de minorias.

Curiosamente, como aponta Crenshaw, à demanda apresentada pelos alunos, a Reitoria de Harvard respondeu com duas indagações que revelaram a resistência de uma instituição tida por liberal a ter de lidar com questões raciais, que afetam seu próprio poder racial:

Primeiro, eles [membros do gabinete do Reitor Vorenberg] perguntaram porque os alunos não prefeririam um excelente professor branco em relação a um professor negro medíocre – ou seja, num nível conceitual, eles colocaram uma epistemologia liberal própria que associava a cegueira da cor com o mérito intelectual. Segundo, a administração de Harvard [foi] cética sobre o valor pedagógico de um curso devotado aos tópicos raciais, afirmando que não havia necessidade de um curso especial quando “aquelas questões” eram já cobertas nas aulas dedicadas ao direito constitucional e discriminação no emprego, deixando, assim, de compreender o significado do projeto de Bell. (Tradução nossa)²⁹.

A resposta a estas duas questões foi dada pela própria instituição com o oferecimento de um minicurso, de apenas três semanas, ministrado pelos renomados advogados de direitos civis, Julius Chambers e Jack Greenberg³⁰, que, no entanto, nem de longe correspondiam às expectativas dos alunos.

O legado do CLS, então, de questionar as autoridades resultou na resposta dada pelos estudantes, não só de boicotar o minicurso proposto, mas também de organizar um chamado “Curso Alternativo”, uma iniciativa estudantil baseada nos capítulos do livro *Raça, Racismo e Direito Americano*, de Derrick Bell, com foco no estudo do direito sob o prisma racial. Para tanto, foram convidados Charles Lawrence, Linda Greene, Neil Gotanda, Richard Delgado e Mari Matsuda, sendo esta “a primeira expressão institucionalizada da Teoria Crítica da Raça”³¹.

Para Kimberlé Crenshaw, que foi uma de suas principais organizadoras, há três razões para considerar este evento a gênese da TCR:

²⁹ CRENSHAW, 1995, p. XX.

³⁰ CRENSHAW, 2011, p. 1270.

³¹ CRENSHAW et al., 1995, p. XXI.

Primeiro, esta foi uma das primeiras tentativas de juntar acadêmicos de cor para abordarem o tratamento legal da raça de uma perspectiva crítica autoconsciente. [...]

Segundo, o Curso Alternativo exemplificou outro importante aspecto do movimento da Teoria Crítica da Raça, qual seja, a percepção - co-mungada com o movimento Critical Legal Studies - de que é politicamente significativo contestar o terreno e os termos do discurso legal dominante. [...]

Finalmente, o Curso Alternativo abraçava uma das principais marcas da Teoria Crítica da Raça - a forma pela qual nossas trajetórias intelectuais está enraizada - a insatisfação com e oposição aos discursos liberais centrais sobre a raça, como aqueles apresentados pela administração de Harvard. (Tradução nossa)³².

Este evento, marcado conceitualmente na teoria de Bourdieu³³ como ruptura científica, caracteriza, perfeitamente, o que o autor aponta como uma revolução contra as instituições estabelecidas. Primeiro, por questionar a própria capacidade institucional de responder às demandas dos estudantes, adotando-se uma postura alternativa em termos de produção do conhecimento. Segundo, por, diferentemente dos movimentos críticos então em vigor, particularmente o CLS, o foco da resistência estava centrado no âmbito da instituição que reproduzia a supremacia branca, o valor da branquitude, com uma proposta alternativa de centralidade da questão racial para se discutir as ciências sociais, especialmente o direito.

A partir daí, começa uma organização mais clara do campo, distinguindo-se especialmente do CLS. Há uma crescente de intervenções em eventos acadêmicos e a construção de colóquios paralelos aos realizados nas instituições de direito, culminando na realização de um workshop específico sobre a Teoria Crítica da Raça.

A primeira intervenção a suscitar a própria possibilidade de simples absorção dentro do movimento CLS, foi a realização de um workshop, no congresso de 1985, em Boston, promovido pelo CLS, com a bombástica questão trazida pelo braço das feministas críticas³⁴:

³² CRENSHAW et al., 1995, pp. XXI e XXII.

³³ BOURDIEU, 1993, p. 22.

³⁴ Crenshaw destaca, sobretudo, a atuação das feministas Clare Dalton, Mary Joe Frug, Judi Greenberge Martha Minow (CRENSHAW, 2011, p. 1290, nota de rodapé 119).

“O que há na branquitude do CLS que mantém as pessoas de cor à margem?”³⁵. Este questionamento despertou a animosidade de grandes figuras do CLS no sentido de que esta postura e discussão iriam dividir a organização³⁶.

Uma segunda intervenção ocorreu no ano seguinte, durante o preparatório para a Conferência de 1987, com a elaboração do evento “*Sounds of Silence*”³⁷, focando na discussão de raça. No entanto, para evitar a confusão da conferência anterior, optou-se por discutir a questão racial de forma mais ampla, não apenas dentro do CLS³⁸.

Concomitante a estes eventos, havia uma prática daqueles envolvidos na temática racial, já insatisfeitos com a condução da questão no âmbito da CLS, em se reunir nos quartos de hotéis ou outros espaços alternativos, como pré-workshops, em que as pessoas aí atraídas ganhavam uma certa familiaridade entre si e com a temática e passavam a ansiar cada vez mais por novos encontros³⁹.

O grande passo, sem dúvida, foi a realização do primeiro evento específico, inicialmente pensado com a temática “Novos desenvolvimentos em raça e teoria jurídica”, realizado em 8 de julho de 1989, em Madison, Wisconsin.

É bem verdade que sequer o nome TCR era um consenso, vindo a se fixar, no fim de 1989, após uma longa discussão associando as palavras que mais estivessem ligadas aos objetivos, identidades e perspectivas dos envolvidos: “localização política e intelectual, através do ‘crítico’; o foco mais substantivo em raça e um desejo de desenvolver um relato mais coerente de raça e lei, com o termo ‘teoria’”⁴⁰. Assim, chegou-se ao nome “Teoria Crítica da Raça”.

Como era um campo novo, ainda em formação e conquista de capital científico,⁴¹ a própria participação no evento se deu com aqueles diretamente envolvidos nas primeiras “revoluções” institucionais, mas também por convidados e convidadas desconhecidos do campo, mas que com seus valores mantinham algum grau de identificação, entre eles: Anita Allen, Taunya Banks, Derrick Bell, Kevin Brown,

³⁵ No original: “What is it about the whiteness of CLS that keeps people of color at bay?”

³⁶ CRENSHAW, 2011, p. 1355.

³⁷ No original: “The Minority Critique of CLS Scholarship (and Silence) on Race”.

³⁸ CRENSHAW, 2002, p. 1356.

³⁹ CRENSHAW, 2011, p. 1298.

⁴⁰ CRENSHAW, 2002, p. 1361.

⁴¹ BOURDIEU, 1983.

Paulette Caldwell, John Calmore, Kimberlé Crenshaw, Harlon Dalton, Richard Delgado, Neil Gotanda, Linda Greene, Trina Grillo, Isabelle Gunning, Angela Harris, Mari Matsuda, Teresa Miller, Philip T. Nash, Elizabeth Patterson, Stephanie Phillips, Benita Ramsey, Robert Suggs, Kendall Thomas, e Patricia Williams⁴².

As temáticas eram ainda muito variadas, o que dificultava pensar o movimento como uma escola de pensamento totalmente unificada⁴³. Mas este workshop se apresentava como um espaço seguro para discussões mais livres em relação às várias formas de opressão, à neutralidade, à objetividade, à cegueira da cor, à meritocracia e à igualdade formal, sendo que o consenso da necessidade de uma crítica a estas questões apresentava-se como “sinais específicos de consagração” do campo⁴⁴.

Formava-se, assim, um novo campo de estudo, com as características de disputa com os outros campos, mas que se autoalimentava pelo reconhecimento mútuo de seus membros e pela concorrência que, no mesmo sentido, os reconhecia e buscava deslegitimar.

3. PRINCIPAIS TEMÁTICAS DA TCR

Daniel Solórzano, Miguel Ceja e Tara Yosso⁴⁵ apresentam, de forma didática, apesar de possíveis divergências com outros críticos, cinco princípios compartilhados pelos teóricos da TCR: (a) papel central dos conceitos de raça e racismo; (b) o desafio à ideologia dominante; (c) o compromisso com a justiça social; (d) a centralidade do conhecimento experimental; e (e) a adoção de uma perspectiva interdisciplinar.

Tais princípios norteiam as várias temáticas que têm se mantido constantes ao longo do tempo na produção científica crítica. Delgado e Stefancic⁴⁶ para fazerem uma bibliografia anotada de toda a produção existente até o início dos anos 1990 sobre a TCR, fizeram o levantamento da vasta produção científica norte-americana, em busca de seus temas centrais.

⁴² CRENSHAW, 2002, p. 1361.

⁴³ CRENSHAW, 2002, p. 1362.

⁴⁴ BORDIEU, 1983, p. 10.

⁴⁵ SOLÓRZANO et al., 2000, p. 663.

⁴⁶ DELGADO; STEFANCIC, 1993.

Os trabalhos foram então divididos em dez temáticas, como segue:

1. *Crítica ao liberalismo*. A maioria dos, se não todos, os críticos estão insatisfeitos com o liberalismo como um meio para enfrentar o problema americano sobre a raça. Algumas vezes este descontentamento está apenas implícito na estrutura de um artigo ou em seu foco. Outros/as autores/as tomam como alvo um dos pilares da jurisprudência liberal, tais como ações afirmativas, neutralidade, cegueira da cor [colorblindness], referenciais [role modeling] ou o princípio do mérito [...]
2. *Narrativas e contra-narrativas* e “nomear a própria realidade”. Muitos teóricos críticos da raça consideram que o principal obstáculo para a reforma racial é a mentalidade majoritária – um amontoado de pressuposições, sabedorias recebidas e entendimentos culturais compartilhados que as pessoas do grupo dominante trazem para as discussões sobre raça. Ao analisar e desafiar estas crenças carregadas de energia, alguns escritores empregam contação de estórias, parábolas, crônicas e anedotas com o objetivo de revelar sua contingência, crueldade e natureza egoísta [...]
3. *Interpretações revisionistas das leis sobre os direitos civis americanos e sobre o progresso*. Uma recorrente fonte de preocupação para os acadêmicos críticos é o porquê das leis antidiscriminação americanas se provarem tão inefetivas na reparação à desigualdade racial – ou o porquê do progresso ser tão cíclico, consistindo em alternados períodos de avanço seguidos por outros de recessão. Alguns acadêmicos críticos abordam esta questão, buscando respostas na psicologia da raça, auto interesse da branquitude, as políticas colonialistas e anticolonialistas ou em outras fontes [...]
4. *Um grande entendimento sobre a centralidade da raça e do racismo*. Um número de escritores críticos busca aplicar os *insights* dos escritos em ciências sociais sobre raça e racismo nas problemáticas jurídicas. Por exemplo: entender como as sociedades majoritárias veem a sexualidade da população negra auxilia a explicar o tratamento legal do sexo, casamento e adoção inter-raciais; saber como diferentes configurações encorajam ou desencorajam a discriminação ajuda-nos a decidir se o movimento para resoluções alternativas de disputas tendem a auxiliar ou a prejudicar disputantes desempoderados. [...]

A maioria dos, se não todos, os críticos estão insatisfeitos com o liberalismo como um meio para enfrentar o problema americano sobre a raça.

As comunidades negras são uma ou várias comunidades? Os afro-americanos de classe média e da classe trabalhadora têm diferentes interesses e necessidades? Todas as pessoas oprimidas têm algo em comum? [...]

5. *Determinismo estrutural*. Um número de críticos da TCR foca nos meios em que a estrutura do pensamento jurídico ou da cultura influencia seu conteúdo, frequentemente no sentido de manutenção do *status quo*. Uma vez que estas constrações são entendidas, nós podemos nos livrar para trabalharmos mais efetivamente pela reforma racial e outros tipos de reforma. [...]
6. *Raça, sexo, classe e suas intersecções*. Outros acadêmicos exploram as intersecções entre raça, sexo e classe, buscando questões como se a raça e a classe são fatores de desvantagens independentes, ou até que ponto os interesses das mulheres negras está ou não adequadamente representado no movimento de mulheres contemporâneo. [...]
7. *Essencialismo e anti-essencialismo*. Acadêmicos que escrevem sobre estes temas estão preocupados com a unidade adequada de análise: As comunidades negras são uma ou várias comunidades? Os afro-americanos de classe média e da classe trabalhadora têm diferentes interesses e necessidades? Todas as pessoas oprimidas têm algo em comum? [...]
8. *Nacionalismo cultural e separatismo*. Uma tensão que emerge na TCR é sobre se as pessoas negras podem melhor promover seus interesses por meio de sua separação do *mainstream* americano. Alguns creem que preservar a diversidade e a separação iria beneficiar a todos, não apenas os grupos de pessoas negras. Nós incluímos aqui, também, artigos encorajando o nacionalismo negro, poder e insurreições. [...]
9. *Instituições jurídicas, pedagogia crítica e representação de minorias na advocacia [in the bar]*. Mulheres e acadêmicos negros há muito se preocupam a respeito da representação nas escolas de direito e na advocacia. Recentemente, alguns autores têm começado a pesquisar por novas abordagens a estas questões e desenvolver alternativas, como a pedagogia crítica.
10. *Crítica e autocrítica; réplicas*. Sobre este título nós incluímos trabalhos de significativas críticas endereçadas à TCR, seja por pessoas de fora ou de dentro deste movimento, juntamente com as réplicas a tais críticas. (Tradução nossa)⁴⁷

⁴⁷ DELGADO; STEFANCIC, 1993, p. 462-463.

Crítica ao liberalismo, narrativas e contra-narrativas, interpretações revisionistas dos direitos e do progresso, centralidade do entendimento sobre raça e racismo, determinismo estrutural, interseccionalidade, essencialismo e anti-essencialismo, nacionalismo x separatismo, instituições jurídicas, pedagogia crítica, representação de minorias em espaços de poder e resposta às críticas e autocrítica têm sido as grandes questões enfrentadas pela TCR.

Quase uma década após, em uma obra mais didática, na forma de um curso, os citados autores⁴⁸ repetem estas mesmas temáticas, sem grandes alterações, o que demonstra uma aglutinação e consolidação do campo. Na segunda edição dessa mesma obra⁴⁹, tais temas mantiveram-se inalterados.

O fundamental no pensamento de qualquer um que se envolva com a TCR é manter o foco em três questões essenciais, como apontado por Tara Yosso, Octavio Villalpando, Dolores Delgado Bernal e Daniel G. Solórzano:

O que nós fazemos? Nós focamos nosso trabalho em encarar as várias formas de racismo e suas intersecções com outras formas de subordinação;

Por que nós fazemos isto? O objetivo de nosso trabalho é desafiar o *status quo* e realizar um empurrão em direção ao objetivo de justiça social.

Como nós fazemos isto? Nós trabalhamos ouvindo, lendo a respeito e centrando nas experiências das pessoas de cor⁵⁰. (tradução nossa)

O passo mais além a ser dado para se alcançar a justiça social é o de refletir que a emancipação racial é algo que não pode ocorrer apenas no âmbito do direito, mas que deve decorrer do combate ao racismo em sua interseccionalidade com a matriz de dominação⁵¹, ou seja, com as demais formas de opressão, como o sexismo e as dinâmicas de classe, por exemplo. O resultado dessa compreensão holística dos sistemas de dominação é a própria desracialização da estratificação social, à medida que a raça é apenas um desses mecanismos.

⁴⁸ DELGADO; STEFANCIC, 2001.

⁴⁹ DELGADO; STEFANCIC, 2012.

⁵⁰ YOSSO et al., 2001.

⁵¹ COLLINS, 2002.

Surge a TCR, portanto, como uma proposta bastante radical, com o objetivo de ser, de fato, emancipadora, à medida que “com o objetivo de mudar o lugar da raça no mundo, nós devemos mudar não apenas nosso próprio pensamento, mas também as condições sociais diárias que facilita a crenças na existência das raças”⁵². Ainda, de acordo com Zuberi e Bonilla-Silva, é preciso abandonar uma lógica “branca” e um método “branco”, isto é:

Desracializar nossos métodos de pesquisa é um processo em que duas forças – por definição, opostas umas às outras – culminam com a rearticulação do que signifique ser humano. O primeiro aspecto desse processo refere-se a como e por que as pessoas são racializadas no e entre o nascimento e a morte. O segundo aspecto é que o entendimento mútuo ou a amizade entre grupos raciais não altera as realidades raciais; o apagamento da humanidade trazida pela racialização não pode ser claramente entendido exceto na exata medida em que nós nos envolvemos numa pesquisa social para transformar as bases da sociedade⁵³.

É essa a proposta radical da TCR: transformar as bases da sociedade e que, ainda que não se possa desconsiderar as limitações de qualquer proposta acadêmica, tem aproximado os diferentes ramos das ciências sociais nesse escopo emancipatório.

4. NÓS AQUI E ELES LÁ?

Permanece a questão, no entanto, quanto à possibilidade de utilização desse referencial teórico para pensar e intervir em outras realidades.

Uma preocupação que deve nortear quem se põe a estudar as relações raciais com a utilização de uma ciência que não é de origem do país estudado é o risco de importação de teorias que perpetuem um pensamento subordinante/subordinado. Com a TCR marcadamente forjada no âmbito da sociedade norte-americana, como visto acima, o problema é da “pressuposição de que o resto do mundo é igual aos Estados Unidos, ou, pior ainda, de que deveria ser”⁵⁴.

⁵² ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008, p. 336.

⁵³ ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008, p. 336.

⁵⁴ WARE, 2004, p. 11.

É certo que a realidade brasileira possui contornos diferentes em relação à norte-americana. Por outro lado, a demarcação dessas supostas diferenças, a grande maioria carente de uma comprovação empírica, é um dos eixos articulatórios dos discursos raciais no Brasil⁵⁵, expresso em uma narrativa nacional que silencia o debate sobre o racismo⁵⁶ e que perpetua o mito da democracia racial⁵⁷. Dentro desse argumento, o Brasil seria produto de um excepcionalismo histórico⁵⁸, que o diferenciaria de experiências como a dos Estados Unidos e da África do Sul. No entanto, desde a década de 50, diversas pesquisas não só demonstram a falácia da exceção brasileira⁵⁹, como apontam para as semelhanças históricas e contemporâneas entre a realidade brasileira e a estadunidense⁶⁰. No mesmo sentido, destaca-se a importância do movimento negro brasileiro, ao longo do século XX, para desmistificar os discursos de democracia racial e mestiçagem como constitutivos da identidade nacional⁶¹.

Ademais, é possível pensar no uso translocal dessas teorias, nos moldes propostos pelo projeto coletivo “Translocalitie/Translocalidades: Feminist Politics of Translation in the Latin/a America” (Políticas Feministas de Tradução na América Latina), conforme apontado por Sonia Alvarez:

Constituímos uma política de tradução ao despudoradamente traficarmos teorias e práticas feministas, cruzando fronteiras geopolíticas, disciplinares e de outras naturezas, trazendo insights dos feminismos de latinas, de mulheres de cor e do feminismo pós-colonial do norte das Américas para as nossas análises de teorias, práticas, culturas e políticas do Sul, e vice-versa.

[...]

A noção de translocal dá um passo à frente, vinculando ‘geografias de poder em várias escalas (local, nacional, regional, global) a posições de sujeitos (gênero/sexual, étnico-racial, classe etc.) que constituem o self’⁶².

⁵⁵ SKIDMORE, 1992.

⁵⁶ FARRANHA; DUARTE; QUEIROZ, 2017.

⁵⁷ NASCIMENTO, 1978.

⁵⁸ GONZALEZ, 1984.

⁵⁹ MOURA, 1988.

⁶⁰ HASENBALG, 1982; SKIDMORE, 1992.

⁶¹ NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2000.

⁶² ALVAREZ, 2009, p. 743-744.

Por mais que a autora esteja falando especificamente das teorias e políticas feministas, esse sentido de tradução e translocal que pode ser aplicado a toda e qualquer teoria que possa auxiliar no dimensionamento de problemas locais é que nos interessa. É nesse sentido que Silva e Pires⁶³ identificam determinados aspectos da TCR úteis ao enfrentamento do “mito da democracia racial”, quais sejam:

(a) a ideia do racismo, não como evento extraordinário, mas como característica estrutural da sociedade; (b) crença na meritocracia e na exclusão de negros das posições de poder, acreditando na neutralidade do grupo dominante: sem afastar-se de tal premissa, a sociedade brasileira, em sua grande parte, defende a adoção da igualdade formal, de forma descontextualizada, que é fundada historicamente em uma lógica justificadora da inferioridade de pretos e mestiços, contribuindo para a manutenção de padrões de hierarquização racial; e (c) a noção de construção social da raça, ou seja, são as relações sociais que racializam os grupos minoritários independente de características biológicas e o que influencia esta percepção é a ideologia racial na qual está inserida aquela sociedade: no Brasil, o marco da democracia racial foi a noção de que quanto mais branco melhor e quanto mais preto pior⁶⁴.

Também vários aspectos de manifestação da desigualdade racial são questionados pela TCR, sendo característicos da hierarquização racial no Brasil, como a discussão sobre mérito, que reaparece no contexto do pós-racialismo norte-americano⁶⁵ e que ainda é constante, mormente quando se discutem ações afirmativas para pessoas negras.

Além disso, a perspectiva da TCR vai ao encontro e dialoga com os aportes desenvolvidos por diversos intelectuais negros brasileiros, como o quilombismo, de Abdias Nascimento⁶⁶ e a amefricanidade, de Lélia Gonzalez⁶⁷, podendo “agrupar em um mesmo modelo de investigação [...] dimensões [...] vistas isoladamente”⁶⁸, assim como possibilita uma aproximação mais específica em relação às dimensões jurídicas das relações raciais.

Como será explorado mais adiante, a percepção da convergência de interesses, de políticas antirracistas e da prática crítica entre

⁶³ SILVA; PIRES, 2015, 66-67.

⁶⁴ GUIMARÃES, 2009, p. 51.

⁶⁵ CRENSHAW, 2011, p. 1330.

⁶⁶ NASCIMENTO, 2002 e 1988.

⁶⁷ GONZALEZ, 1980.

⁶⁸ SILVA; PIRES, 2015, p. 72.

[...] torna-se pertinente compreender como a trajetória dos intelectuais estadunidenses pode ser semelhante a de intelectuais de outras nacionalidades.

figuras da diáspora africana, transcendendo às fronteiras nacionais, faz parte também do que Paul Gilroy denominou como Atlântico Negro, conceito empregado para captar a experiência translocal e migratória da política cultural negra na modernidade⁶⁹. Na trajetória comum do enfrentamento aos horrores da escravidão, do colonialismo e do racismo, emerge uma tradição intelectual compartilhada de questionamento, rejeição, apropriação e subversão do legado moderno – perspectiva essa que pode ser utilizada para compreender as dinâmicas e as disputas travadas por acadêmicos negros em diferentes contextos das instituições de ensino e produção científica.

Neste sentido, torna-se pertinente compreender como a trajetória dos intelectuais estadunidenses pode ser semelhante a de intelectuais de outras nacionalidades – não só no sentido das lutas travadas para a criação do campo, mas também no que se refere ao arcabouço teórico produzido. O entendimento dessas semelhanças é fundamental para evidenciar tanto as estratégias e políticas antirracistas desenvolvidas pelos acadêmicos negros, como as estratégias de exclusão, silenciamento e apagamento articuladas pelo supremacismo branco – ambos em uma perspectiva transnacional. Com isso, escapa-se do risco de análises centradas nas “particularidades e excepcionalidades nacionais”, bastante agenciadas pelos discursos raciais da hegemonia branca, para uma compreensão do racismo e da agência negra como fenômenos globais, os quais aproximam espacialidades e temporalidades diversas.

Assim, desde que não se faça uma transposição acrítica do conteúdo da TCR, afigura-se não só possível, mas desejável que se faça a tradução dos postulados dessa teoria para iluminar determinados aspectos da realidade brasileira e potencializar as relações entre intelectuais dos diversos fronts de enfrentamento teórico e prático ao racismo.

5. A PRODUÇÃO CIENTÍFICA NACIONAL E A TCR

Caroline Silva e Thula Pires⁷⁰ fazem um apanhado da produção científica nacional em que a TCR vem sendo utilizada, senão expressamente, ao menos com a aplicação de vários de seus pressupostos. Na história, por exemplo, é apontado o trabalho de Keila Grinberg⁷¹ que se vale da

⁶⁹ GILROY, 2012.

⁷⁰ SILVA; PIRES, 2015, p. 75-76.

⁷¹ GRINBERG, 2010.

investigação de uma das temáticas caras à TCR, qual seja, a *storytelling*, com os relatos dos próprios ex-escravizados em seus processos judiciais, questionando judicialmente a violação a seus direitos.

Na mesma linha, seguem Herculano e Pacheco⁷², com suas discussões sobre racismo ambiental, a partir do conceito proposto pelo teórico crítico da raça Bullard⁷³, com relação à desigualdade de distribuição de empreendimentos de risco ambiental em áreas tradicionalmente ocupadas majoritariamente por população negra.

Numa exemplificação, que não pretende ser enciclopédica, Silva e Pires arrolam os trabalhos desenvolvidos por Lélia Gonzalez, Sueli Carneiro, Conceição Evaristo, Jurema Werneck, Vanda Machado da Silva, Helena Theodoro, Cláudia Pons Cardoso, Giovana Xavier, Vanessa Canto e Ana Luiza Pinheiro Flauzina⁷⁴.

Em um levantamento preliminar, foi possível identificar em estudos de educação no Brasil, os trabalhos de Luís Armando Gandin, Diniz-Pereira, Hypólito⁷⁵, aos trazerem as impressões do pensamento da Professora Gloria Ladson-Billings para superação de modelos conservadores de Educação Multicultural; Ana Cristina Juvenal da Cruz⁷⁶, que discute o significado de educar para as relações étnico-raciais na educação brasileira; Aparecida de Jesus Ferreira⁷⁷, com a análise das narrativas autobiográficas de identidades sociais de raça de professores de línguas e o enfrentamento da raça e etnicidade nas escolas brasileiras, a partir da perspectiva da TCR⁷⁸ e Katemari Rosa⁷⁹, que aborda a pouca presença de minorias étnico-raciais e mulheres na construção da ciência. Todas estas temáticas abordadas no âmbito da TCR.

Especificamente no âmbito do direito, Isis Aparecida Conceição utiliza-se do princípio da convergência de interesses, cunhado por Derrick Bell para analisar as decisões do Tribunal de São Paulo e do STF que aplicam leis de combate ao racismo e de promoção de igualdade

⁷² HERCULANO; PACHECO, 2006.

⁷³ BULLARD, 1990.

⁷⁴ SILVA; PIRES, 2015, p. 76.

⁷⁵ GANDIN; DINIZ-PEREIRA; HYPÓLITO, 2002.

⁷⁶ CRUZ, 2010.

⁷⁷ FERREIRA, 2007, 2010, 2014.

⁷⁸ FERREIRA, 2011.

⁷⁹ ROSA, 2015.

racial⁸⁰; Adilson Moreira discute a noção de cidadania no Brasil e nos Estados Unidos, com base na discussão da jurisprudência sobre as ações afirmativas⁸¹; Thula Pires discute a criminalização do racismo, tomando em conta a premissa da TCR do direito como meio de legitimação do controle social e responsável pela construção do que se entende por raça⁸², além de estudos sobre o racismo institucional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁸³. Por fim, Gianmarco Ferreira discute a lei de cotas raciais no serviço público e seus limites ao combate à desigualdade racial, tomando a TCR como marco teórico para sua análise⁸⁴ e, com Rebecca Lemos Igreja, o uso de narrativas pessoais para o estudo das relações raciais⁸⁵.

Ao fim, cabe assinalar dois trabalhos fundacionais sobre o direito e as relações raciais no Brasil realizado por intelectuais negras que datam da mesma década de surgimento da TCR e que convergem em diversos pontos com a crítica elaborada pelos acadêmicos estadunidenses, sobretudo no apontamento de como o sistema jurídico pode ser agente constituidor das clivagens e hierarquias raciais. O primeiro é o de Eunice Aparecida de Jesus Prudente, primeira professora negra da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e que em 1980 defendeu a dissertação de mestrado *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*⁸⁶, posteriormente publicada como livro. Neste texto, Eunice Prudente procura fazer um percurso histórico da situação jurídica da população negra no país, desde a condição de escravizado até a cidadania precária na república. Sempre articulando o seu argumento por meio de uma análise arguta do princípio da igualdade, a autora explora as diversas facetas do racismo como mecanismo constitutivo do sistema jurídico e de produção das desigualdades entre negros e brancos. Cotejando a análise dos marcos normativos com

⁸⁰ CONCEIÇÃO, 2014. É interessante notar que a tese de doutorado de Isis Conceição foi orientada pelas professoras Eunice Aparecida de Jesus Prudente e Kimberlé Crenshaw, assinalando as histórias cruzadas translocais e as convergências teóricas e políticas que transcendem as fronteiras nacionais, conforme será assinalado mais adiante. Se Crenshaw foi essencial para a articulação da TCR nos Estados Unidos, Eunice foi pioneira nos estudos do entrelaçamento entre racismo e direito no Brasil, ambas com seus primeiros trabalhos de maior destaque na década de 80.

⁸¹ MOREIRA, 2013.

⁸² PIRES, 2013.

⁸³ PIRES; LYRIO, 2014; PIRES; LIMA, 2014.

⁸⁴ FERREIRA, 2017; DUARTE; FERREIRA, 2017.

⁸⁵ FERREIRA; IGREJA, 2017.

⁸⁶ PRUDENTE, 1980.

as dinâmicas e discursos raciais, Eunice foi uma das pioneiras em perquirir como o racismo se expressava nas entrelinhas da prática jurídica nacional – melhor, evidenciava como essa materialização nas entrelinhas era um dos elementos estruturantes do racismo brasileiro e aquilo que o tornava mais difícil de ser combatido⁸⁷. No mesmo sentido, ainda nos anos 80, já apontava para a necessidade de discriminações positivas nas mais diversas esferas – seja direcionada ao sistema educacional ou à mídia e ao mercado de trabalho – objetivando alterar a situação da população negra brasileira a partir de uma concepção material do princípio da igualdade. Por fim, argumentava sobre a juridicidade da criminalização do racismo e da sua importância, ainda que relativa, para a abertura de novas frentes de enfrentamento das clivagens e discursos raciais na sociedade brasileira⁸⁸.

O segundo trabalho é a dissertação de mestrado *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo*, de Dora Lucia de Lima Bertulio, defendida no ano de 1989, mesmo ano de consolidação do nome Teoria Crítica da Raça⁸⁹. Em um texto de fôlego e abordando múltiplos horizontes das dinâmicas raciais, Dora conceitua as diversas formas de manifestação do racismo e como elas constituem a formação social e a identidade nacional no Brasil. Ademais, a partir de uma análise histórica cuidadosa, a autora aponta como a “raça” e os discursos raciais, ainda que materializados paradoxalmente por meio do silêncio, estruturaram o pensamento jurídico, o ordenamento jurídico e o cotidiano do direito e do Estado brasileiro⁹⁰.

Por diversas razões, a obra de Dora Lucia pode ser considerada uma ruptura na teoria crítica do direito, especialmente por discorrer sobre a presença histórica de um arcabouço normativo racista no Brasil; as consequências políticas do silêncio dos juristas; a articulação entre a construção da raça e a elaboração dos conceitos jurídicos na modernidade; e o papel da agência negra nas disputas de sentido dos direitos fundamentais no mundo moderno⁹¹. Dentro desse contexto que a dissertação é tida como marco fundacional do campo de direito e relações raciais para grupos de pesquisa como o

⁸⁷ PRUDENTE, 1980.

⁸⁸ PRUDENTE, 1980 e 1988.

⁸⁹ BERTULIO, 1989.

⁹⁰ BERTULIO, 1989.

⁹¹ QUEIROZ, 2017; QUEIROZ; GOMES, 2017.

Maré – Núcleo de Estudos em Cultura Jurídica e Atlântico Negro, da Universidade de Brasília, coordenado pelo professor Evandro C. Piza Duarte, e para o Programa Direito e Relações Raciais, da Universidade Federal da Bahia, coordenado pelo professor Samuel Vida.

Neste sentido, os textos de Eunice Aparecia e Dora Lucia apontam não só a pertinência dos aportes da TCR para pensar a realidade brasileira, como abrem possibilidades para uma reconstrução mais abrangente da genealogia de teorias críticas das relações raciais e do direito para além do fluxo unidirecional Norte-Sul ou Estados Unidos-resto do mundo. Com isso, também enfatizam a característica transnacional e diaspórica da intelectualidade e da agência negra, bem como do enfrentamento ao racismo. Neste sentido, põem sobre suspeita qualquer narrativa centrada em realidades ou identidades nacionais específicas tendo em vista o caráter migrante e translocal da política cultural antirracista.

Ademais, assim como a TCR fez nos Estados Unidos, esses textos assinalam a necessidade de resgatar as contribuições de intelectuais negros que não circularam pelas instituições acadêmicas, como lideranças abolicionistas ou advogados de escravos⁹², a exemplo de Luiz Gama⁹³, ou de intelectuais negros que, apesar de terem circulado nessas instituições, foram silenciados, apagados e excluídos pela hegemonia branca da teoria social brasileira, como Clóvis Moura, Beatriz Nascimento, Eduardo de Oliveira e Oliveira, Guerreiro Ramos e, os já citados, Abdias do Nascimento e Lélia Gonzalez⁹⁴. Esse resgate deve ser parte de um esforço maior de reelaboração do pensamento, da pesquisa, da crítica e da prática jurídica a partir de outros pilares, tendo como fundamentos a tematização da raça, a compreensão das dinâmicas e clivagens raciais e de como elas se reproduzem por meio do direito e um compromisso com a igualdade racial e o combate ao racismo.

Assim, longe de se pretender uma análise de toda a produção científica no Brasil, este levantamento apenas aponta para as infinitas possibilidades de pesquisa que a TCR oferece, bem como as suas linhas de conexão com desenvolvimentos teóricos e metodológicos já desenvolvidos por acadêmicos e acadêmicas brasileiras.

⁹² AZEVEDO, 2010.

⁹³ FERREIRA, 2011.

⁹⁴ QUEIROZ; GOMES, 2017.

CONCLUSÃO

Tanto Crenshaw⁹⁵, quanto Zuberi⁹⁶ nas conclusões de seus artigos convidam seus leitores e leitoras a buscar ampliar o projeto original da TCR, adotando uma perspectiva interdisciplinar e engajada, visando à mudança da realidade social, principalmente em seu aspecto do humano, para além do indivíduo racializado.

Para que tal objetivo tenha um mínimo de plausibilidade, é necessário compreender como se formou o campo, quais seus fundamentos teóricos e quais as estruturas institucionais envolvidas em seu desenvolvimento. Essa a razão do artigo proceder o resgate da origem da TCR, buscando apresentá-lo como um movimento que não se resumiu ao saber acadêmico, meramente analítico e estanque. As duas trajetórias trabalhadas, ideológica e social, dão mostras da forma dinâmica e de efeitos concretos da aplicação de seus princípios, ao resgatar a narrativas daquelas pessoas até então objeto de estudo e incorporá-las na produção científica, por meio de contra-narrativas ao pensamento dominante, reproduzidor das hierarquias e manutenção da superioridade racial, além dos desafios em enfrentar as estruturas formais de reprodução da supremacia branca, em ambientes supostamente neutros ou progressivamente liberais.

A partir desse entendimento inicial, é que passam a fazer maior sentido as próprias premissas em que se fundou a TCR e as temáticas objeto de investigação em torno do problema da desigualdade racial e de mecanismos para sua possível superação.

Ainda que formulada e desenvolvida em outro contexto, procurou-se estabelecer aproximações entre a realidade estadunidense e brasileira, tendo como foco a hierarquização racial e o supremacismo branco. Buscou-se, assim, identificar os desafios ao enfrentamento do racismo no Brasil com a possibilidade de aplicação teórica das temáticas desenvolvidas pela TCR, sobretudo como enfrentamento à cegueira racial, com a qual nós brasileiros estamos historicamente acostumados e que se tornou tema constante da arena política estadunidense nos últimos anos.

O que é necessário – e possível, portanto – é não se fazer a mera importação de um modelo, mas, sim, o aporte adaptado e útil para se

⁹⁵ CRENSHAW, 2011, p. 1352.

⁹⁶ ZUBERI, 2016, p. 482.

Quando se pensa como o racismo atua criando e reproduzindo a injustiça social, é possível perceber uma dimensão global dessa problemática, que não se limita a fronteiras de países “do Sul”.

pensar na realidade nacional. Nesse ponto, concorda-se plenamente com Silva e Pires⁹⁷, de que “ao levar em conta a realidade racial e o papel do direito na manutenção das desigualdades, a Teoria Crítica da Raça questiona fatos que também são relevantes no Brasil ao se discutir a estrutura racialmente hierarquizada da sociedade e das instituições”. Daí que à medida que o mito da “democracia racial”, embora desgastado, ainda se apresenta frequentemente como eixo de tração dos discursos raciais, a ampla discussão pelos críticos raciais sobre “a cegueira da cor” e o pós-racialismo, na sociedade norte-americana, continuam de grande utilidade para o enfrentamento do racismo no Brasil, em que a transcendência da raça⁹⁸ atua como um obstáculo na conquista da efetiva igualdade.

O estudo apresentou, por fim, alguns exemplos de estudos de questões raciais, em que se aplicou preceitos da TCR aos problemas brasileiros, buscando demonstrar a plasticidade dessa corrente de pensamento crítico. Quando se pensa como o racismo atua criando e reproduzindo a injustiça social, é possível perceber uma dimensão global dessa problemática, que não se limita a fronteiras de países “do Sul”. É, ainda, a translocalidade, como posto por Alvarez⁹⁹, em que o trânsito não é somente de pessoas, mas também de teorias, que possibilita novos *insights* para se refletir sobre poder e construção de hierarquias raciais. Ademais, apontou-se para a possibilidade de uma reconstrução da genealogia de teorias críticas da raça no direito a partir de outras temporalidades e espacialidades, rompendo com a lógica Norte-Sul ou centrada em determinadas realidades nacionais.

Evitando-se a cilada do pensamento binário¹⁰⁰ e do excepcionalismo¹⁰¹ sobre questões raciais e mantendo uma postura intelectual atenta para o fato de que “raramente desafiamos nossas próprias concepções, privilégios e pontos de vista a partir dos quais raciocinamos”¹⁰², a TCR se apresenta como instrumento valioso para a análise das relações raciais no Brasil de forma bastante promissora.

⁹⁷ SILVA; PIRES, 2015, p. 68.

⁹⁸ MOREIRA, 2013.

⁹⁹ ALVAREZ, 2009.

¹⁰⁰ Conforme Delgado e Stefancic: “Aquele paradigma, do binário negro-branco, efetivamente afirma que os grupos minoritários não negros devem comparar o tratamento que recebem aos dos afro-americanos para ganhar reparação”. DELGADO e STEFANCIC, 2001, p. 67.

¹⁰¹ Conforme Delgado e Stefancic (2001, p. 69): “O excepcionalismo sustenta que a história de um grupo é tão distinta, que colocá-la no centro da análise é, de fato, justificável”.

¹⁰² DELGADO e STEFANCIC, 2001, p. 74.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Sonia E. Construindo uma política feminista translocal da tradução. In: *Revista de Estudos Feministas*, v. 17, n. 3, p. 743–753, 2009.

ARTHUR, Paige. Cómo las transiciones reconfiguraron los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional. In: REÁGEGUI, F. (ed.) *Justicia Transicional: Manual para América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia do Ministério de Justiça, p.73-134, 2011.

AZEVEDO, Alciene. *O Direito dos Escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na Província de São Paulo*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2010.

BELL, Derrick; DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *The Derrick Bell reader*. New York: New York University Press, 2005.

BELL, Derrick. Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation. In: CRENSHAW, Kimberlé. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: New Press, 1995a.

_____. Brown v. Board of Education and the interest convergence dilemma. In: CRENSHAW, Kimberlé. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: New Press, 1995b.

_____. Racial realism. In: CRENSHAW, Kimberlé. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: New Press, 1995c.

BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 1989

BOURDIEU, Pierre. O campo científico. In: ORTIZ, Renato. (Org.) *Pierre Bourdieu – Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.

BULLARD, Robert D. *Dumping in Dixie: race, class, and environmental quality*. Boulder, CO: Westview, 1990.

CANTO, Vanessa Santos do. O devir mulher negra: uma proposta ontológica e epistemológica. In: *Lugar Comum* (UFRJ), v. 29, p. 59-79, 2010.

_____. Mulheres negras e relações de poder. In: FONSECA, D. P. R.; LIMA, T. M. O. (Orgs.). *Outras mulheres: mulheres negras brasileiras ao final da primeira década do século XXI*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, p. 39-48, 2012.

COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. New York: Routledge, 2002.

CONCEIÇÃO, Isis Aparecida. *Movimentos sociais e judiciário: uma análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, 2014.

CRENSHAW, Kimberlé. et al. *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. New York: The New Press, 1995.

_____. Critical Race Studies: the first decade: critical reflections, or “a foot in the closing door”. In: *UCLA Law Review*, v. 1343, p. 1–36, 2002.

_____. Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back To Move Forward. *Connecticut Law Review*, v. 43, n. 5, p. 1253–1352, 2011.

CRUZ, Ana Cristina Juvenal da. *Os debates do significado de educar para as relações étnico-raciais na educação brasileira*. Dissertação (Mestrado em Educação), Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Critical Race Theory: An Annotated Bibliography. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 2, p. 461–516, 1993.

_____. *Critical Race Theory: an introduction*. New York: New York University Press, 2001.

_____. *Critical Race Theory: an introduction*. 2. ed. New York: New York University Press, 2012.

DUARTE, Evandro Piza; FERREIRA, Gianmarco Loures. Sub-representação legal nas ações afirmativas: a Lei de Cotas nos concursos públicos. In: *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 17, n. 70, out-dez, p. 199-235, 2017.

FARRANHA, Ana Claudia; DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. Racismo e Constituição: o caráter estrutural da opressão racial e suas consequências jurídicas. In: ÁVILA, Thiago André Pierobom. *Acusações de Racismo na Capital da República: obra comemorativa dos 10 anos do Núcleo de Enfrentamento à Discriminação do MPDFT*. Brasília: MPDFT, Procuradoria Geral de Justiça, 2017.

FERREIRA, Aparecida de Jesus. What has race/ethnicity got to do with EFL teaching? In: *Linguagem & Ensino*, v. 10, n. 1, p. 211-233, 2007.

_____. Histórias de professores de línguas e experiências com racismo: uma reflexão para a formação de professores. In: *Revista Espéculo*, v. 43, nov. 2009 – fev. 2010.

_____. *Addressing race/ethnicity in Brazilian schools: a critical race theory perspective*. Seattle: CreateSpace, 2011.

_____. Teoria racial crítica e letramento racial crítico; narrativas e contranarrativas de identidade racial de professores de línguas. In: *Revista da ABPN*. vol. 6, n. 14, jul-out, p. 236-263, 2014. Disponível em: <<http://www.abpn.org.br/Revista/index.php/edicoes/article/viewFile/477/347>>. Acesso em 14 mar. 2016.

FERREIRA, Gianmarco Loures. *A lei de cotas no serviço público federal: sub-representação legal nas ações afirmativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERREIRA, Gianmarco Loures; IGREJA, Rebecca Lemos. Narrativas como metodologia crítica para o estudo das relações raciais no direito. In: *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, v. 3, p. 62-79, 2017.

FERREIRA, Ligia Fonseca. *Com a palavra, Luiz Gama*. São Paulo, Imprensa Oficial, 2011.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2006.

GANDIN, Luís Armando; DINIZ-PEREIRA, Júlio Emílio; HYPOLITO, Álvaro Moreira. Para além de uma educação multicultural: teoria racial crítica, pedagogia culturalmente relevante e formação docente (entrevista com a Professora Gloria Ladson-Billings). In: *Educação & Sociedade*, n. 79, agosto, pp. 275-293, 2002.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. In: *Revista Tempo Brasileiro*, n. 92-93, jan/jun, pp. 69-82, 1988.

_____. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: *Revista Ciências Sociais Hoje*, Anpocs, 1984.

GRINBERG, Keila. *Liberata: a lei da ambiguidade - as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2010.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio. *Racismo e antirracismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 2009.

HASENBALG, Carlos. Raça, Classe e Mobilidade. In: GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de Negro*. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982.

HERCULANO, Selene; PACHECO, Tania. (Org.). *Racismo ambiental*. Rio de Janeiro: FASE, 2006.

MOREIRA, Adilson. *Racial justice in Brazil: struggles over equality in times of New Constitutionalism*. Mimeo, 2013.

MOURA, Clóvis. *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo: Editora Ática, 1988.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1978.

_____. *O Quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista*. Rio de Janeiro: Fundação Cultural Palmares, 2002.

_____. Quilombismo: um conceito emergente do processo histórico-cultural da população afro-brasileira. In: *Paper apresentado no 2º Congresso de Cultura Negra das Américas*, Panamá, 1980.

NASCIMENTO, Abdias do; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. In: HUNTLEY, Lynn; e GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. *Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica – PUC, Rio de Janeiro, 2013.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LIMA, Kamila Sousa. As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013). In: *O Social em Questão*, a. XVII, n. 32, p. 19-38, 2014.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; LYRIO, Caroline. Racismo institucional e acesso à justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011. In: COUTO, M. B.; ESPÍNDOLA, A.A.S.; SILVA, M.R.F (coord.). *Acesso à justiça I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. O negro na ordem jurídica brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 83, jan-dez, p. 135-149, 1988.

_____. *Preconceito Racial e Igualdade Jurídica*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1980.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

QUEIROZ, Marcos; GOMES, Rodrigo Portela. Clóvis Moura e Teoria Crítica do Direito: apontamentos conceituais a partir do pensamento negro marxista. *Anais do II Seminário Internacional América Latina: Políticas e Conflitos Contemporâneos*. Belém: NAEA, 2017.

_____. *Teoria Crítica do Direito, Pesquisa Jurídica e Relações Raciais: contribuições fundacionais de Dora Lúcia de Lima Bertúlio*. Artigo no prelo.

ROSA, Katemari. A (pouca) presença de minorias étnico-raciais e mulheres na construção da ciência. In: *Paper apresentado no XXI Simpósio Nacional de Ensino de Física, 26 a 30 de janeiro de 2015*, em Uberlândia – MG, 2015.

SILVA, Caroline Lyrio; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. In: *Paper apresentado no XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*. Mesa Direito dos Conhecimentos. 11.11.2015 a 14.11.2015. Belo Horizonte – MG, 2015.

SILVA, Vanda Machado da. *Àqueles quem têm na pele a cor da noite. Ensinações e aprendizagens com o pensamento africano recriado na diáspora*. Tese de doutorado. Salvador: Faced-UFBA, 2006.

SKIDMORE, Thomas. EUA bi-racial vs. Brasil multirracial: o contraste ainda é válido? In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 34, p. 49-62, nov. 1992.

SOLARZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical race theory, racial microaggressions, and campus racial climate: the experiences of African American college students. In: *The Journal of Negro Education*, vol. 69, n. 112, pp. 60-73, 2000.

THEODORO, Helena. Buscando Caminhos nas Tradições. In: Kabengele Munanga. (Org.). *Superando o racismo na escola*. 4ª ed. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, v. 1, p. 77-93, 2005.

WARE, Vron. O poder duradouro da branquidade: “um problema a solucionar”. In: WARE, Vron. *Branquidade: identidade branca e multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 7–40.

YOSSO, T. et al. Critical Race Theory in Chicana/O Education. In: *Paper apresentado no National Association for Chicana and Chicano Studies Annual Conference*, p. 89–104, 2001. Disponível em: <<http://scholarworks.sjsj.edu/naccs/2001/Proceedings/9>>. Acesso em 15.01.2017.

ZUBERI, Tukufu. Teoria crítica da raça e da sociedade nos Estados Unidos. *Cadernos do CEAS*, n. 238, p. 464–487, 2016.

ZUBERI, Tukufu; BONILLA-SILVA, Eduardo. *While logic, white methods: racism and methodology*. New York: Rowman & Littlefield, 2008.

THE HARM IN HATE SPEECH

Fábio Perin Shecaira
Professor do Programa
de Pós-Graduação em
Direito da UFRJ.
fabioперin@direito.ufrj.br

Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

1. A CONTROVÉRSIA

The Harm in Hate Speech apresenta a mesma combinação de eloquência, clareza e erudição que costuma caracterizar os escritos de Waldron. O livro também apresenta argumentos originais que desafiam algumas das convicções típicas dos defensores da liberdade de expressão. Waldron tem como objetivo central reunir argumentos em defesa da implementação de leis que proibam ou restrinjam o *discurso de ódio* (tradução literal de “hate speech”)¹. São leis como aquelas que podemos encontrar

[...] no Canadá, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia e Reino Unido, proibindo afirmações públicas que incitem “ódio contra qualquer grupo identificável quando tal incitação tenha chance de levar a um distúrbio da paz” (Canadá); ou afirmações “com as quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado em virtude de sua raça, cor de pele ou origem nacional ou étnica” (Dinamarca); ou ataques à “dignidade humana de outros, insultando, maliciosamente aviltando ou difamando segmentos da população” (Alemanha) [...]².

¹ O termo “discurso de ódio” é ambíguo. Ele pode ser entendido como *discurso que manifesta o ódio daquele que discursa em relação ao grupo social atacado* ou como *discurso que visa incitar ódio contra algum grupo social entre aqueles que ouvem*. Waldron está mais interessado no segundo sentido da expressão, isto é, ele está mais preocupado com os efeitos sociais do discurso de ódio que com os sentimentos do seu autor.

² Waldron, 2012, p. 8 (minha tradução; as notas de rodapé foram suprimidas).

Note que o objetivo desse tipo de lei não é proibir políticas ou instituições discriminatórias. Seu objetivo é regular a própria defesa – oral ou escrita – de políticas e instituições discriminatórias (sempre que o discurso empregado tenha como alvo a dignidade de algum grupo em função de raça, religião, gênero, orientação sexual etc). O que está em questão é certo tipo de discurso – por exemplo, a expressão pública da ideia de que os imigrantes árabes são todos terroristas –, antes mesmo das práticas visadas pelo discurso em questão – por exemplo, o indeferimento de pedidos de refúgio político feitos por imigrantes árabes.

Há pouca controvérsia filosófica sobre o fato de que a discriminação baseada em raça, religião, gênero etc. é um mal que merece regulação legal. Por outro lado, há muita controvérsia – especialmente nos Estados Unidos, onde trabalha Waldron – sobre se o *discurso* discriminatório também deve ser regulado. Isso não seria antidemocrático? Não seria uma afronta à liberdade de expressão, um de nossos direitos civis mais fundamentais?

2. O DANO GERADO PELO DISCURSO DE ÓDIO

Aqueles que pensam que o discurso de ódio não deve ser proibido frequentemente apelam a alguma versão do famoso “princípio do dano”, formulado por John Stuart Mill: “o único propósito para o qual o poder pode legitimamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos aos outros”.³ Noutras palavras, o princípio indica que o governo (e outros grupos sociais poderosos) só deve impedir ou censurar condutas que gerem algum tipo de prejuízo a outras pessoas. Não há dúvida de que a discriminação em si é danosa: ela impede as suas vítimas de gozar direitos (civis, políticos, econômicos) a que outros têm acesso. Sendo danosa, a discriminação pode ser coibida pelo Estado com aval do princípio de Mill. Mas o discurso que incentiva a discriminação é igualmente danoso? Alguns diriam que não. Alguns diriam que o discurso de ódio é apenas ofensivo, não danoso. Ele gera em pessoas razoáveis – sejam elas o alvo principal do discurso ou meros espectadores de boa-fé – sentimentos negativos como medo, raiva, indignação, repugnância, vergonha etc.

³ Mill, 2003, p. 9 (minha tradução)

No entanto, por piores que sejam essas emoções, senti-las não é o mesmo que sofrer um prejuízo ou ter um direito violado.

Uma maneira comum de mostrar que o discurso de ódio é danoso – e não apenas ofensivo – envolve apontar suas consequências indiretas, graduais e cumulativas. É claro que uma pichação em um muro que diga “Árabes são terroristas” não prejudica ou viola imediatamente os direitos civis dos árabes; mas o problema está no fato de que a pichação ajuda a reforçar um estereótipo que dificulta a integração dos árabes na comunidade. Quanto mais visível e disseminado for esse tipo de discurso, maior é a chance de que árabes tenham dificuldade para estabelecer relações comunitárias, encontrar empregos, conquistar posições de liderança política e desenvolver outros aspectos de sua vida cívica. Sem falar no risco de violência, que cresce na medida em que o discurso discriminatório encontra eco nos preconceitos e apreensões de outros membros da comunidade.

Essa é uma linha de argumentação familiar e plausível, mas não é a linha adotada por Waldron. O autor procura mostrar – e é isso que há de mais original em sua obra – que o discurso de ódio é danoso em um sentido mais certo e imediato. O discurso de ódio não é problemático, segundo Waldron, apenas porque contribui para a gradual degradação de direitos ou porque gera risco de violência. O discurso de ódio também é problemático porque representa um ataque direto à reputação e à dignidade das suas vítimas.

Sistemas jurídicos costumam proibir o discurso calunioso ou difamatório. Quando um indivíduo é difamado ou caluniado, costumamos pensar que ele sofreu um dano. Sua reputação está sob ataque. Ainda que sejam remotas as chances de que sofra algum tipo de exclusão ou agressão em virtude das acusações, o indivíduo é imediatamente prejudicado porque perde a segurança de que continuará sendo visto pela comunidade em que vive como um membro digno de igual respeito e consideração. Aí está o dano, certo e direto (embora imaterial e imensurável em termos pecuniários). Waldron tenta mostrar que grupos também podem ser vítimas de calúnia ou difamação. O discurso de ódio, de modo geral, é um ataque à reputação de cada indivíduo que apresente as características (étnicas, religiosas etc.) distintivas do grupo insultado. A pichação que caracteriza árabes como terroristas, por exemplo, é um ataque à reputação de cada indivíduo que per-

O discurso de ódio, de modo geral, é um ataque à reputação de cada indivíduo que apresente as características (étnicas, religiosas etc.) distintivas do grupo insultado.

tença ao grupo dos árabes. Cada pessoa árabe que se depare com o discurso difamatório testemunhará um ataque a sua reputação. Cada árabe que veja os membros de seu grupo descritos como terroristas deixará de ter a confiança de que ocupa uma posição social análoga à dos demais membros da comunidade, uma posição que lhe dê amplo acesso aos direitos e recursos disponíveis naquela comunidade.

Para todos nós, viver bem significa, entre outras coisas, saber que ocupamos uma posição social que não é menos digna ou merecedora de respeito que a dos demais membros da comunidade. A vítima do discurso de ódio tem essa confiança abalada e, nesta medida, sofre um prejuízo em termos de qualidade de vida⁴.

3. OBJEÇÕES FILOSÓFICAS

O argumento resumido tão brevemente no parágrafo anterior – isto é, o argumento de que o discurso de ódio gera dano imediato à dignidade e reputação de suas vítimas – é minuciosamente explicado e desenvolvido por Waldron em seu livro. Parte do desenvolvimento envolve mostrar que a regulação do discurso de ódio se harmoniza com escolas influentes de pensamento que, a princípio, parecem comprometer-se com concepções fortes da liberdade de expressão. Waldron argumenta, por exemplo, que o discurso de ódio é incompatível com o ideal rawlsiano de uma sociedade bem-ordenada, “onde todos aceitam, e sabem que todos aceitam”⁵ os mesmos princípios fundamentais de justiça. Waldron também argumenta que a noção iluminista de tolerância (tal como formulada por Voltaire, Locke, Bayle e Diderot, autores preocupados especialmente com a questão religiosa) inclui não apenas uma crítica da perseguição ou violência religiosa, mas também de formas de expressão capazes de incitar o ódio contra grupos religiosos.

⁴ Embora Waldron reconheça a gravidade dos efeitos psicológicos do discurso de ódio sobre suas vítimas, ele insiste que o dano à reputação de uma pessoa não é um fato estritamente psicológico, mas diz respeito a aspectos sociais da posição da vítima em sua comunidade (Waldron, 2012, cap. 5). A difamação prejudica a reputação da vítima independentemente da exata forma como ela sente os efeitos da difamação. Se não fosse assim, a punibilidade do ato de difamar teria de variar de acordo com o grau de sofrimento da vítima. Ademais, se o dano à reputação fosse um fato psicológico, seria mais difícil mostrar que se trata realmente de dano, e não de ofensa. Autores que buscam dar suporte empírico ao argumento de Waldron (a exemplo de Gelber e McNamara, 2016), apontando os efeitos psicológicos do discurso de ódio, parecem ignorar a importância da distinção entre dano e ofensa na obra de Waldron.

⁵ Rawls, 2001, p. 8 (minha tradução).

Não é a discriminação por si só que define o discurso de ódio, mas a tentativa consciente de ameaçar, humilhar, ridicularizar e perturbar a paz.

Outra parte do desenvolvimento do argumento de Waldron envolve a tentativa de enfrentar objeções filosóficas associadas à obra de outros autores, como C. Edwin Baker, Ronald Dworkin e Robert Post. Não há espaço aqui para explicar todas essas objeções e as réplicas de Waldron. Menciono brevemente a objeção dworkiniana apenas para fins de ilustração. Segundo Dworkin (tal como representado por Waldron, no Capítulo 7 do livro), a proibição do discurso de ódio tem efeitos nocivos para a legitimidade das leis que proíbem a discriminação, isto é, justamente as leis que regulam as condutas nocivas que mais desejamos coibir. A ideia soa paradoxal, mas o argumento é relativamente simples. Dworkin supõe que a legitimidade de qualquer lei requer que o debate público que a antecede inclua a participação de todos os indivíduos interessados, sejam eles favoráveis ou contrários. A proibição do discurso de ódio, no entanto, é uma forma de excluir do debate público aqueles que defendem algumas das práticas discriminatórias que serão reguladas. Proibir o discurso de ódio é o mesmo que impedir que cidadãos interessados em defender a discriminação participem do debate sobre discriminação. Para Dworkin, proibir o discurso de ódio é minar a legitimidade democrática das leis que combatem a discriminação.

Entre as repostas que Waldron dá ao engenhoso argumento de Dworkin está o esclarecimento de que o discurso de ódio – tal como ele costuma ser definido na legislação de países como Canadá, Dinamarca, Alemanha etc. – não é configurado por qualquer tentativa de colocar em questão o status de alguns membros da comunidade. Não é a discriminação por si só que define o discurso de ódio, mas a tentativa consciente de ameaçar, humilhar, ridicularizar e perturbar a paz. A legislação desses países costuma definir o discurso de ódio de uma forma que não proíbe todo discurso que não seja inclusivo, mas apenas o tipo de discurso especialmente projetado para ferir:

Algumas leis desse tipo também tentam definir um tipo de “espaço seguro” para a expressão moderada [...]. O mais generoso dispositivo desse tipo que eu já vi é a Lei de Discriminação Racial da Austrália que diz que sua proibição básica de ações que ofendam, humilhem ou intimidem um grupo de pessoas [...] “não torna ilegal qualquer coisa feita ou dita razoavelmente e com boa-fé: ... no contexto de qualquer

afirmação, publicação ou debate realizado para qualquer genuíno propósito acadêmico, artístico ou científico ou qualquer outro propósito de interesse público”⁶.

Dworkin talvez esteja certo em dizer que os inimigos da inclusão devem sempre ter a permissão de se pronunciar, mas isso não significa que a única forma de participar efetivamente no debate público sobre inclusão se dê através do discurso de ódio. Waldron não espera que todos reprimam suas ideias sobre o (suposto) status desigual dos diferentes grupos sociais que compõem a comunidade. Exige-se, por outro lado, que ninguém veicule essas ideias de uma maneira calculada para incitar o ódio, a violência, a humilhação etc.

4. AMBIÇÕES E LIMITAÇÕES DO LIVRO

Waldron responde convincentemente à maioria das objeções filosóficas que lhe ocorrem. Há, no entanto, uma objeção mais pragmática que Waldron apenas menciona e que provavelmente ocorrerá a muitos leitores. Por mais bem concebidas que sejam as leis contra o discurso de ódio, por mais bem desenhados os “espaços seguros” de que depende a saúde do debate democrático, será que podemos confiar nas autoridades que aplicarão essas leis? Será que podemos confiar na sua capacidade de distinguir entre o discurso de ódio e o discurso meramente impopular ou heterodoxo? Será que, a pretexto de proteger minorias, as autoridades não acabarão por perseguir pensadores originais ou polêmicos? Um argumento comum entre defensores da liberdade de expressão diz que é melhor sermos obrigados a tolerar ideias que nos desagradam do que convidarmos agentes do governo, com suas limitações morais epistêmicas, a determinar quais ideias merecem circular dentro da comunidade. Essa, aliás, é a base da crítica feita por Michael McConnell em uma resenha sobre o livro de Waldron:

[...] proibições ao discurso que toca temas de interesse público – o que inclui a maior parte do discurso de ódio – podem ser usadas com fins políticos. Waldron pede que seus leitores imaginem o ideal platônico de leis sobre discurso de ódio, mas na realidade essas leis têm um péssimo histórico em que são usadas por facções politicamente poderosas para suprimir o discurso que lhes critica. É difícil achar um caso, em qualquer

⁶ Waldron, 2012, pp. 190-191 (minha tradução).

lugar do mundo, onde o discurso em defesa de ideologias dominantes é punido pelo bem dos vulneráveis⁷.

MacConnel reúne alguns exemplos recentes de aplicação duvidosa da proibição ao discurso de ódio. Ele menciona, por exemplo, a condenação de um parlamentar belga, em 2009, por distribuir panfletos que diziam: “Resistam à islamização da Bélgica”, “Fim à falsa política de integração” e “Mandem para casa os retirantes não-europeus.” Essas frases são todas discriminatórias. Defendem políticas criticáveis do ponto de vista dos direitos humanos. Por outro lado, talvez não tenham sido calculadas para incitar ódio e violência. Casos desse tipo, segundo MacConnel, são frequentes na Europa.

A objeção pragmática de MacConnel é importante, e talvez impeça muitos leitores de serem convencidos pelos argumentos de Waldron. É verdade que Waldron reconhece a importância da objeção, mas ele a discute em poucas páginas, afirmando simplesmente que o risco de abuso é um problema que afeta a aplicação de qualquer lei, não apenas das leis contra o discurso de ódio. Não há, segundo ele, motivo para acharmos que o risco é especialmente alto no campo da liberdade de expressão.

Os defensores da liberdade de expressão não fazem apenas objeções pragmáticas, mas também objeções morais a um tipo de regulação que lhes parece injusto, antidemocrático ou iliberal.

5. CONCLUSÃO

O sucesso (ou fracasso) de uma obra acadêmica deve ser aferido em função de suas ambições expressas. Se o objetivo de Waldron fosse mostrar que leis contra o discurso de ódio têm gerado resultados positivos, então seu livro esbarraria inevitavelmente na crítica de MacConnel. Waldron teria de fazer uma análise empírica mais sistemática sobre a forma como as leis que ele celebra vêm sendo interpretadas na prática. Teria também de discutir se os abusos são comuns, excepcionais, evitáveis etc. Mas as ambições de Waldron são mais filosóficas. Os defensores da liberdade de expressão não fazem apenas objeções pragmáticas, mas também objeções morais a um tipo de regulação que lhes parece injusto, antidemocrático ou iliberal. O objetivo central de Waldron é mostrar que, do ponto de vista filosófico, leis contrárias ao discurso de ódio não merecem tanta resistência assim. Nesse sentido, seu livro é bastante persuasivo.

⁷ Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2012/06/24/books/review/the-harm-in-hate-speech-by-jeremy-waldron.html>>. Acesso em: 10 out. 018 (minha tradução).

REFERÊNCIAS

GELBER, Katharine; MCNAMARA, Luke. "Evidencing the Harms of Hate Speech" *Social Identities*, v. 22, n. 3, p. 324-341, 2016.

MILL, John Stuart. "On Liberty". In: Mary Warnock (ed.), *Utilitarianism and On Liberty*. 2. ed., p. 88-180. Malden: Blackwell Publishing, 2003.

RAWLS, John. *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

INTERVIEW WITH ANÍBAL PÉREZ-LIÑÁN (UNIVERSITY OF NOTRE DAME)

Karina Denari Gomes de Mattos

Ph.D. candidate at the Federal University of Rio de Janeiro and Visiting Researcher at the Kellogg Institute for International Studies, University of Notre Dame, under the supervision of Prof. Aníbal Pérez-Liñán (partly financed by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brazil, Finance Code 001). This interview is an authorized transcription of an informal conversation held on November 27, 2018.

Aníbal Pérez-Liñán is Professor of Political Science and Global Affairs at the University of Notre Dame. His research focuses on democratization, the rule of law, political stability, and institutional performance among new democracies. He is currently researching the political conditions that preclude judicial independence in developing countries and the consequences of political radicalization for democratic survival.

His publications include *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America* (2007); and, with Scott Mainwaring, the award-winning *Democracies and Dictatorships in Latin America: Emergence, Survival, and Fall* (2013).

He is Editor-in-chief of the *Latin American Research Review*, the scholarly journal of the Latin American Studies Association (LASA), and co-editor with Kellogg Institute Director, Paolo Carozza, of the *Kellogg Series on Democracy and Development* at the University of Notre Dame Press.

This interview is divided into three main sections. The first section addresses current research and the challenges to judicial politics field of study. The second section targets Brazilian and Latin American politics focusing on the potential inter-branch crisis. Moreover, the last section summarizes practical suggestions for Brazilian researchers that want to publish in international journals, besides some inspiring reflections about the future of academic research in a global and tech-based society.

SECTION 1 – CURRENT RESEARCH AND JUDICIAL POLITICS FIELD OF STUDY

Karina Denari [KD]. *The first question I would like to address is based on your recent work. Two of them focus on the judicial instability promoted by constitutional reforms in Latin America (PÉREZ-LIÑÁN, CASTAGNOLA, 2016) and the strategic retirement of Justices based on political reasons (PÉREZ-LIÑÁN, ARANA ARAYA, 2017). Can you tell us a bit a little bit more about your current research focus and when you started your broader interest in the field of judicial politics and judicial behavior studies?*

Aníbal Pérez-Liñán [APL]: I was always interested in the executive branch, and that is why I conducted earlier work on impeachment. However, what happened about a decade ago was that my graduate students started to show interest in the judicial politics. There was a whole generation of students at the University of Pittsburgh, like Andrea Castagnola, in Argentina, or Juan Carlos Rodriguez-Raga, in Colombia, or Agustin Grijalva, in Ecuador, who expressed substantial interest in studying democratic institutions from the perspective of the judiciary. I came to this topic because of the excitement that my students were soaring with.

Initially, I was concerned about the relationship between the executive branch and the Supreme Court and the judiciary. That is why we developed this project with Andrea Castagnola on purges in Supreme Courts and institutional reforms that lead to the reorganization of the judiciary and political manipulation of the high courts. However, as I got more involved in this topic, I find it more and more interesting because it is a topic that is at the intersection of political science and law and sometimes international relations. So, it is a fascinating field.

KD. *Very related to this last thing you said about the intersectionality of this field of study, Nancy Maveety (2003, p. 4) says that the study of judicial behavior has been the vehicle by which the field of “public law” connects to the theoretical and methodological development in the discipline of political science. Public law, as we know, was present in the very beginning of political science and now returns as a trendy field of studies, with active courts deciding the political life of countries. How do you see the state*

of the discipline right now and its future development? Do you think that judicial politics is a promising field of study for both scholars in political science and law, and as you also said international relations scholars?

APL: Originally the study of law and politics was connected because scholars studied the State from the perspective of public law. So, their understanding of the State was this idea of the State as law, as created by law. Moreover, of course, this is very clear in Kelsen's view of the State, but it is also evident in the work of some very prominent political scientists who inherited this tradition or were trained in this tradition. For example, here at Notre Dame, Guillermo O'Donnell. If you read his work systematically over time, he shows a consistent concern about the State and the understanding of the State as informed by law.

At present, I think, we have changed our perspective, we do not reduce the State to the logic of the law anymore. We study the role of legal institutions, judiciary prosecutors or control bodies in the relationship with Congress and with electoral incentives of politicians and the politics of the executive branch. We instead see the legal process in the context of a State that is much more complex, that sometimes is regulated by law, or economic interests, sometimes it is regulated by informal institutions that transcend the formal characteristics of the law and the Constitution.

I think this opens a fantastic opportunity for both political scientists and legal scholars.

For political scientists, we have a growing opportunity to understand the law and its influence on society in more sophisticated ways. Also, for legal scholars, we have a growing opportunity to acquire an empirical view.

KD. *In the complex scenario you mentioned, what are the abilities and new tools that law and political science scholars should invest?*

APL: I think acquiring new methodological tools is very important for everybody in political science and law. Not necessarily because people will use them in the research all the time, but because by understanding these methodological tools they are able to read works in

other disciplines and have access to new sources of information and insights that otherwise would be lost.

So in this regard, I think that for legal scholars the development of more systematic training in data analysis is going to be crucial in the future so that they can establish a critical dialogue with the social sciences. For political scientists, I think that there is an expanding set of tools that are now developing in computer science for text analysis that will be increasingly useful to understand legal decisions and how legal decisions have an impact in the behavior of other actors in the society.

It seems that the courts play an increasingly important role as countries become more democratic because multiple issues represent conflicts either between the State and society or between different political parties.

SECTION 2 – BRAZILIAN, LATIN AMERICAN POLITICS, AND JUDICIAL BEHAVIOR

KD. *In Latin America, we note the strengthening of judicial power in the past decades, especially after the third wave of constitutionalism. This pattern can be noted by the growth in the number and the prominence of judicial decisions defining public policies, validating affirmative actions and dealing with corruption scandals or even reframing electoral rules. Do you recognize such a trend in Latin American countries and how do you see judicial empowerment in a long run perspective for the region?*

APL: It seems that the courts play an increasingly important role as countries become more democratic because multiple issues represent conflicts either between the State and society or between different political parties. Moreover, when those conflicts cannot be solved directly through the political process, that is, when political parties are not able to absorb those demands from society and process them, political losers have two options: they can go to the streets or they can go to the judiciary. Also, many times, political actors have taken to the streets in Latin America, we have seen cycles of protests throughout the region. However, the more institutional option is to appeal to the judiciary to settle these conflicts on constitutional grounds.

So for that reason, in Latin America, but pretty much everywhere I think, we have seen a process of judicialization of political conflicts - both conflicts about public policy but also conflicts about the distribution of power among politicians and policy-making.

The judiciary sometimes, quite unwillingly, has been forced to be the referee of some of those conflicts, even if judges sometimes don't want to do it. In practice, what this means is that this judiciary is by default placing a position of power because they are forced to settle disputes that otherwise politicians would solve in the legislature or through negotiations among parties, social movements and officials. As the judiciary has gained power, in my opinion, this is a positive development for democracy because this means that the legal system has become a space to contest power.

There are two risks for the future in this regard. The first risk is that judges, like any other political actor, will abuse their power. So they will use their power in arbitrary ways, for partisan purposes or personal purposes or serve the interests of particular sectors of society which creates a problem for the legal theory because we want the judiciary that is independent. If the judiciary uses that independence improperly, rather than an independent judiciary, becomes a corporatist – protecting its interests.

The other peril, central to the history of Latin America – not so much in Brazil, but crucial in many other countries – is that politicians that anticipates this risk can undermine the independence of the judiciary in a pre-emptive move. They take over Supreme Courts and Constitutional Tribunals either by packing them – they may expand the number of justices in high courts – or sometimes they will dismantle the judiciary progressively by depriving it of resources and forcing the resignation of judges they do not trust. In that case, the judiciary loses independence and society loses space and opportunity to contest the powerful. That is all an adverse outcome for democracy.

KD. *In the case of academic freedom in schools and universities in Brazil, the Brazilian Supreme Court had recently performed a step back in hearing a case that was scheduled in a plenary session after intense pressure by the newly elected Executive and Congress (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018). This strategic docket control is also followed by a declaration from the President of the Brazilian Supreme Court, Dias Toffoli, that it “is the moment for judicial bodies to withdraw from political questions and return to the classic Separation of Powers” (EL PAÍS, 2018). How do you predict that the progressive Brazilian Supreme Court will*

behave in the face of the most conservative Congress since re-democratization? The recent back off in hearing a leading case after political pressure represents a threat to judicial independence or effectively prevent an inter-branch crisis in a polarized society?

APL: The Supreme Courts are always in this peculiar position of enforcing constitutional rights even against the preferences of the majority, so they have this odd role in democracies. They are central leaders in the democratic system, and they have a central role in a democratic system, but they are not elected. They are guardians of a constitution that they need to interpret, at the same time quite often they need to interpret against the will of the majority. It is a tough position for many courts.

It seems that the Brazilian STF is now waiting very carefully, in a strategic perspective. We have a long debate in political science whether justices behave based on their policy preferences or their ideological preferences and if they behave strategically in their relationship with other branches. The prudence of the STF now suggests that they are behaving strategically. They want to avoid a confrontation with a newly elected government, and for as long as possible, to preserve their legitimacy in front of the majority who supported the government.

I would expect that now the government was just elected, but if the government becomes unpopular over time, the court will feel more confident in ruling against the government. So if the majority in Congress dissolves, then the Supreme Court will be more confident in ruling against the government.

KD. *How the Brazilian Congress impacts in these dynamics?*

APL: One of the issues why the STF has been so influential and so important is precise because Congress historically has been so fragmented. If there was a clear majority party in the Brazilian Congress, I think we would see an STF very prudent in most cases, as it is now.

By Latin American standards, the STF has been historically a very stable court. Its members have been quite stable over time which is

The Supreme Courts are always in this peculiar position of enforcing constitutional rights even against the preferences of the majority, so they have this odd role in democracies. They are central leaders in the democratic system, and they have a central role in a democratic system, but they are not elected.

unusual in Latin America, where members of the Supreme Court's quite often have been purged for political reasons.

KD. *Talking more specifically about Brazilian recent elections, how do you think that Jair Bolsonaro represents a very Brazilian phenomenon related to the rise of evangelical groups in Congress and the social reaction against Workers Party (PT) after Lava Jato, or how do you think Bolsonaro is connected to other authoritarian leaders in other democracies?*

APL: I think it is both. What is common to other countries is that many voters are dissatisfied with liberal democracy and they are willing to put the liberal democracy at risk to promote a change of some kind. This has happened for multiple reasons, including the economic crisis in Europe and Latin America. However, I also think this is part of the fact that societies have changed very rapidly over the past 50 years.

If we think about, for example, values about sexuality and gender roles and many other issues, our societies have changed very quickly and sometimes has been easier for parts of society to adapt to that change, but much harder for other parts of society. Similarly, concerning economic globalization, some segments of societies have significantly benefited from it, like us - and probably everybody reading this. However, for many other parts of society, they have been the losers in that process because of age, because of levels of education and training that the economic opportunities have contracted and not expanded.

In this sense, I think societies are pushing back against some of the changes that we have seen in the past 50 years that at some point were presented as inevitable, and they may be inevitable, but that is not useful information for somebody who is caught by those changes.

That is one part of this story. The other part of the story is that, in the past, perhaps many people felt that way and were outraged with the different social transformations. However, mainstream political elites and mainstream media were presented at discourse about these processes that were very nuanced, very complex and they emphasize how inevitable those prospects are to some extent, and how important some of those social changes are concerning transforming our

societies. People complained about those changes and were critical, but they did so in private because the public discourse was not very open to those criticisms.

However, now I think communication technology is such that politicians who say the most outrageous things are the ones who more naturally attract attention in social media. This attention is due either because people feel identified with what they say, is the kind of things that they always thought that they were never able to say, or either because they attract attention from people who feel offended at what they are saying.

[...] now I think communication technology is such that politicians who say the most outrageous things are the ones who more naturally attract attention in social media.

However, for whatever reason, they gain immediate attention, and so moderate politicians are having a tough time capturing the attention and imagination of the public as more radical politicians that criticize liberal discourses on liberal democracy are doing. The radical politicians have an advantage in the media space nowadays, we have seen this in the US, in Eastern Europe and we have seen this in Brazil.

However, other aspects I think are distinctively Brazilian — the fact that Lava Jato undermined the PT and PSDB, of course. And the fact that basically, PSDB made, in my view, a major strategic mistake in supporting impeachment in 2016. If PSDB had not supported the impeachment, the PT would have been very unpopular, and basically, they would have naturally won the next election.

All those factors, that are very characteristic of the Brazilian context, create an opportunity in which the person who is there to rip the benefits of this crisis was this politician who three years ago was a minor player in Congressman politics. Also, I am sure many people who voted for him will regret it soon. However, at this particular moment, he was the expression of dissatisfaction with the existing democratic system.

KD. *Is there a room for a critic of the PT behavior, insisting in Lula as a candidate or not supporting other left-wing parties?*

APL: I think PT is in a problematic situation now which is they have a very loyal following that is large enough, so that they will not give away, for the goal of capturing power, but that flow is not large enough

to form a majority. Also, people either voted for Bolsonaro or PT, but also, I think many people did not vote.

It is was a gamble in polarization, hoping that the division of society would work in your favor. However, for a candidate like Bolsonaro that worked. In a world of moderate politicians, Bolsonaro has no place because he is a minor player. The only way in which he can differentiate himself from the rest is being completely outrageous, and in a moment of crisis and in which people are angry, these politicians feed people's anger, and they exploit it.

SECTION 3 – RESEARCH DIFFUSION AND THE FUTURE OF PUBLICATIONS

KD. *As an Editor-in-Chief of a prestigious Review, how academic research is impacted and disrupted by these new formats for diffusing academic works, mass media, and new interdisciplinary fields and perspectives on social sciences?*

APL: About the format, I think technology is crucial in the way that traditional academic formats are being redefined. The Latin American Research Review (LARR) which is a journal that has more than 50 years, one of the most traditional journals from Latin American studies, for example, is not published on paper anymore. The Latin American Studies Association (LASA) made the decision some years ago that publishing in paper form was unnecessary and therefore that we should publish the journal entirely online, in electronic format, and that the journal should be open access. In that sense, every student in every region of the world with interest in learning about Latin America could read the articles that the LARR publishes. So that was a great decision. The process to publish in the journal continues to be the same: it is a peer-reviewed journal, and the standards of quality and evaluation have not changed, but the impact of the journal is growing.

Concerning that, academic journals talk to a minimal audience, usually trained in the academic field, but the technology allows us now to disseminate the most important findings to broader audiences. So that is another important challenge for academic researchers worldwide and journals, in particular. In the LARR we also have created a

Nowadays we need to reach people and say: “we have this wonderful article, you should read it!”. Also, that is why we have also developed much more presence in social networks, both on Twitter and Facebook, so that readers will identify the articles we published in the Journal and the shorter pieces that we publish in the blog.

blog in which authors publish shorter versions of the articles, connecting their findings with current debates in the news. Journalists and people interested in general in the topic can read the blog without the technical aspects and the jargon of the academic researchers and identify the main findings and connecting them with the current debates.

However, then there is the third challenge: once we have all that information available, how to attract readers and audiences to that material? In the past, people received the journal, the articles in print and they look through the pages of the journal to see if there was something that they wanted to read. Nowadays we need to reach people and say: “we have this wonderful article, you should read it!”. Also, that is why we have also developed much more presence in social networks, both on Twitter and Facebook, so that readers will identify the articles we published in the Journal and the shorter pieces that we publish in the blog.

KD. *If a Brazilian graduate student or a researcher at the beginning of their career would like to publish in an international journal, what would be the main advice that you would tell him/her to start strategically looking for a journal or maybe thinking about how to frame his/her research in an attractive perspective to an international audience.*

APL: I would recommend two things. The first one is academic writing is writing articles or books, and we should think about them as a literary genre. They have specific rules and certain unwritten rules that people who are familiar with them follow - even if they are not written anywhere. It is imperative to identify journals in which the people publish on the subjects we want to publish. Also, read them very carefully to understand how those articles are organized, how they are presented, what makes them successful in a way. That is what reviewers who want to see, first of all.

The other thing I would say, more regarding the substance, is that it is critical when we publish articles to be aware that articles should have a central idea. Moreover, the articles should be structured around the central idea, the central contribution. The central goal

of the article is first to support this idea with evidence, empirical or theoretical, to show that this idea is novel and to show that this idea contributes to current debates in the literature. That makes the article successful.

It is very common for many of us, and I tend to make this mistake as many people do, we have many ideas that we like, as if they were like “pets” we have, and we tend to put multiple ideas in one article, but we never develop those ideas in full. Also, so, that is very frustrating for reviewers because they never know exactly what the article is about, what is the most important idea to defend. Those articles usually fail.

KD. *And the last question is about the future of your research: do you already have the next steps planned?*

APL: About my future research, the topic I would like to cover is about compliance with Human Rights decisions in the Inter-American system. It seems to me that in times when we are observing a backlash against the discourse of human rights, and politicians are increasingly willing to challenge principles of human rights openly that we assumed that they were settled and accepted, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court are going to become more and more critical.

Unfortunately, we see some backlash against the Inter-American system and many states are attacking the system in different ways. So, I think it is going to be very important to understand under what conditions this system can be more effective and how we can work to strengthen it.

POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente dois meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.

3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional (http://acervo.bn.br/sophia_web/).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

