

Ugo Mattei
Laura Nader

Pilhagem

Quando
o Estado
de Direito
é ilegal

gre

Ugo Mattei é professor de Direito Internacional e Comparado da Universidade da Califórnia, de Hastings e da Universidade de Turim. Atua como pesquisador na Accademia Nazionale dei Lincei, em Roma, e no momento se dedica à criação da International University College, de Turim, instituição de pós-graduação especificamente dedicada à reformulação crítica de alguns dogmas jurídicos e econômicos que permeiam as abordagens do capitalismo global.

Laura Nader é professora de antropologia da Universidade da Califórnia, em Berkeley, e talvez seja a maior autoridade mundial em antropologia do Direito. Realizou pesquisas de campo no Líbano, no México e nos Estados Unidos. Sua obra inovadora e pioneira sobre a ideologia da harmonia e o acesso ao Direito, além do vasto número de suas outras publicações, fazem de Nader uma das mais interessantes vozes do cenário acadêmico atual.

PILHAGEM

EXEMPLAR DE DEMONSTRAÇÃO

wmfmartinsfontes

UGO MATTEI E LAURA NADER

PILHAGEM

QUANDO O ESTADO DE DIREITO É ILEGAL

TRADUÇÃO DE JEFFERSON LUIZ CAMARGO

REVISÃO TÉCNICA DE MÁRCIO MANOEL MAIDAME

 **wmf martinsfontes**

SÃO PAULO 2013

*Esta obra foi publicada originalmente em inglês com o título
PLUNDER: WHEN THE RULE OF LAW IS ILLEGAL
por Blackwell Publishing Limited*

Copyright © 2008 by Ugo Mattei e Laura Nader

*Todos os direitos reservados. Tradução autorizada da edição em inglês publicada
por Blackwell Publishing Limited. A responsabilidade pela fidelidade da tradução
é unicamente da Livraria Martins Fontes Ltda. e não de Blackwell Publishing Ltd.
Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida sob qualquer forma sem autorização
por escrito do detentor do copyright, Blackwell Publishing Limited.*

*As designações usadas pelas empresas para identificar seus produtos são consideradas
marcas registradas. Todos os nomes de marcas e de produtos mencionados neste livro
são marcas registradas de seus respectivos proprietários. O Editor não está associado
a nenhum produto ou fornecedor mencionado nesta obra.*

*O Copyright, Designs and Patents Act de 1988 garante a Ugo Mattei e a Laura Nader
o direito moral de serem identificados como autores deste livro.*

Copyright © 2013, Editora WMF Martins Fontes Ltda.,

São Paulo, para a presente edição.

1ª edição 2013

Tradução Jefferson Luiz Camargo

Revisão técnica Márcio Manoel Maidame

Acompanhamento editorial Márcia Leme

Preparação do original Maria Luíza Favret

Revisões gráficas Ornella Miguellone Martins e Adriana Bairrada

Projeto gráfico A+ Comunicação

Edição de arte Katia Harumi Terasaka

Produção gráfica Geraldo Alves

Paginação Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mattei, Ugo

Pilhagem : quando o Estado de Direito é ilegal / Ugo Mattei e Laura Nader ;
tradução de Jefferson Luiz Camargo ; revisão técnica de Márcio Manoel
Maidame. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2013.

Título original: Plunder : when the rule of law is illegal.

ISBN 978-85-7827-589-1

1. Direito e antropologia 2. Direito e ética 3. Estado de Direito I. Nader,
Laura. II. Maidame, Márcio Manoel. III. Título.

12-06235

CDU-342.22

Índices para catálogo sistemático:

1. Estado de Direito : Direito constitucional 342.22

Todos os direitos desta edição reservados à

Editora WMF Martins Fontes Ltda.

Rua Prof. Laerte Ramos de Carvalho, 133 01325-030 São Paulo - SP - Brasil

Tel. (11) 3293.8150 Fax (11) 3101.1042

e-mail: info@wmfmartinsfontes.com.br http://www.wmfmartinsfontes.com.br

SUMÁRIO

Prefácio IX

Introdução 1

1. A PILHAGEM E O ESTADO DE DIREITO 15

Uma anatomia da pilhagem 15

Pilhagem, hegemonia e posição de superioridade 29

Direito, pilhagem e expansionismo europeu 34

Institucionalização da pilhagem: a relação colonial e o projeto
imperial 44

Uma história de continuidade: construindo o império
da (i)legalidade 48

2. NEOLIBERALISMO: O MOTOR ECONÔMICO DA PILHAGEM 59

A prosperidade argentina 59

Neoliberalismo: uma teoria econômica da simplificação
e um projeto espetacular 72

Os programas de ajuste estrutural e a estrutura de
desenvolvimento abrangente 90

Estruturas de desenvolvimento, pilhagem e Estado de Direito 98

3. ANTES DO NEOLIBERALISMO: UM HISTÓRICO DA PILHAGEM OCIDENTAL 109

As raízes europeias da pilhagem colonial 109

A estrutura fundamental do Direito norte-americano
como modalidade de recepção pós-colonial 111
Uma teoria da falta: ontem e hoje 114
Antes do neoliberalismo: práticas coloniais e
estratégias harmônicas – ontem e hoje 131

4. A PILHAGEM DE IDEIAS E OS LEGITIMADORES 141

Hegemonia e consciência jurídica 141
A propriedade intelectual como pilhagem de ideias 145
Os legitimadores: a análise econômica do Direito 154
Os legitimadores: juristas e antropólogos 174

5. CRIANDO CONDIÇÕES PARA A PILHAGEM 197

A pilhagem de petróleo: Iraque e outros casos 197
A nova ordem mundial da pilhagem 213
Não só o Iraque: pilhagem, guerra e ideologias
jurídicas intervencionistas 221
A falta de instituições como condição para a pilhagem:
verdade ou mentira? 229
“Política de dois pesos e duas medidas” e pilhagem 233
Pobreza: justificativa para a intervenção e consequências
da pilhagem 237

6. DIREITO IMPERIAL INTERNACIONAL 245

Instituições reativas de pilhagem imperial 245
O Estado de Direito norte-americano: formas de
dominação global 254
Globalização do modelo norte-americano 258
Uma instituição ideológica de governança global:
o Direito internacional 267
Processos judiciais com base no Holocausto:
de volta ao futuro 276
A apropriação do Direito internacional pelo
Direito norte-americano 281

O poder econômico e os tribunais dos Estados Unidos
como agentes imperiais 292

7. HEGEMONIA E PILHAGEM: O DESMONTE DA LEGALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS 301

Estratégias para subordinar o Estado de Direito
à pilhagem 302
Pilhagem de alto escalão: o caso Enron e suas
consequências 308
Pilhagem de primeiro escalão: política eleitoral e pilhagem 314
Pilhagem da liberdade: a guerra ao terror 319
Pilhagem contínua: o discurso do patriotismo 340

8. PARA ALÉM DE UM ESTADO DE DIREITO ILEGAL? 349

Resumo: pilhagem e transformação global do Direito 349
Estado de Direito imperial ou Estado de Direito do povo? 360
O futuro da pilhagem 376

Sugestões de leitura 387

Documentários 423

Índice remissivo 429

A memória de Edward Said.

PREFÁCIO

Este livro é o resultado de um encontro acadêmico quase casual. De maneira independente e a partir de perspectivas acadêmicas diferentes, cada um de nós produziu textos que abordam de modo amplo a questão das transformações jurídicas e institucionais decorrentes da globalização da economia. Como bons amigos e colegas na Universidade da Califórnia, já há algum tempo trocamos esboços desses textos que produzimos. Ao final da leitura, concluímos que compartilhamos a mesma visão do papel do Direito, no presente e no passado, nas grandes transformações políticas e econômicas, como as que acontecem atualmente. E então decidimos avançar nessa troca de textos, a fim de dar melhor forma a essa visão comum e, talvez, num esforço conjunto, materializá-la.

Em nossas conversas, logo ficou claro que as questões que vínhamos discutindo possuíam amplo significado político e eram potencialmente de interesse geral. Tinham a ver com o papel do Direito e da política na expansão capitalista corporativa. Ideias como o estímulo ao Estado de Direito, um princípio-chave do discurso norte-americano sobre política exterior, parte da "trindade moderna" (democracia, Estado de Direito e cristianismo), cujo fomento Woodrow Wilson considerava uma obrigação do governo dos Estados Unidos, raramente haviam sido tema de debates

públicos. Em geral, a manutenção dessa linha de pensamento jamais fora posta em questão, nem mesmo diante dos dramáticos acontecimentos globais recentes.

Hoje, em nome da democracia e do Estado de Direito, uma intensa onda bélica conduzida pelos Estados Unidos atingiu com violência as populações islâmicas do Oriente Médio. Parece portanto que, enquanto a cristianização não é mais, em si, uma justificativa ideológica suficiente para as guerras de agressão, o Estado de Direito parece ter assumido seu papel de convencer a opinião pública do Ocidente (em particular nos Estados Unidos) sobre a aceitabilidade moral da agressão militar e da ocupação de países estrangeiros. Acreditamos ser importante, para uma discussão acadêmica sobre essas questões cívicas fundamentais, explorar o lado obscuro do Direito, discutindo seu emprego como instrumento de opressão em contextos sociais e históricos diferentes do padrão ocidental.

Desse modo, este livro faz, fundamentalmente, uma comparação do papel do Estado de Direito nas práticas euro-americanas de apropriação violenta (o que chamamos de pilhagem) por agentes políticos internacionais mais poderosos, que vitimizam os mais fracos. Tendo em vista a amplitude do tema, selecionamos nossos exemplos de modo que, com diferentes graus de detalhamento, eles abranjam uma parte significativa do mundo. Como nossa preocupação principal consiste em entender o presente com a ajuda do passado, dedicamos particular atenção ao poder político predominante em nossos dias, os Estados Unidos. Portanto, o Estado de Direito é discutido tanto em âmbito nacional quanto em suas dimensões internacionais. Nossa tarefa fundamental foi retirar o Estado de Direito de seu pedestal de santidade, revelando-o como um construtor de instituições que pode ser usado para o bem ou – muito frequentemente – para o mal.

Entre os inúmeros colegas que nos ajudaram a dar forma a este livro, devemos mencionar Tarek Milleron, Ellen Hertz, Roberto González, Rik Pinxton, Charles Hirschkind, George Bisharat, Richard Boswell, Teemu Ruskola, James Gordley, Duncan Kennedy, Richard Delgado, Meir Dan Cohen, Elisabetta Grande, Mariella Pandolfi, Lucas Pes, Jed Kroncke, George Akerlof, Monica Eppinger, Mark Goodale, Liza Grandia, David Price, Rob Borofsky, James Holston e Elizabeth Colson.

Também temos uma dívida de gratidão relacionada ao processo de escolha de um editor, o que, talvez devido ao grande número de amigos que o Estado de Direito tem na indústria intelectual norte-americana, mostrou-se neste caso particularmente longo e difícil. Queremos deixar nosso agradecimento a Rosalie Robertson e aos avaliadores anônimos da Blackwell Publishing, a Brat Clark e aos avaliadores anônimos e membros da comissão editorial da Monthly Review Press e a Marion Berghahn, da Berghahn Books.

Ao longo do processo de produção, contamos com o generoso apoio de muitos editores e assistentes de pesquisa. Dentre eles, em particular, Bettina Lewis, Hoda Bandeh-Ahmadi e a bibliotecária Suzanne Calpestri, do Departamento de Antropologia da Universidade da Califórnia, em Berkley, e Claire Harvey, Saki Bailey, Zia Gewaalla e, em particular, Linda Weir e a equipe de funcionários da biblioteca de Hastings.

Ugo Mattei contou com o generoso apoio da Accademia Nazionale dei Lincei, em Roma, onde desfrutou de um longo período de licença remunerada de suas atividades acadêmicas na Itália. Também contou com o apoio dos acadêmicos Dean Shauna Marshall e Dean Nell Newton, de Hastings, bem como dos funcionários e colegas do Departamento de Economia, de Cognetti De Martiis, da Universidade de Turim, e do Ministério Italiano da Educação,

da Universidade e da Pesquisa, que contribuiu para o financiamento da pesquisa.

Mattei também deixa aqui seu agradecimento aos colegas da Universidade Los Andes, Bogotá, Colômbia; das universidades Católica e San Marcos, Lima, Peru; da Universidade do Chile, Santiago, Chile; das universidades de Buenos Aires e Torquato di Tella, Buenos Aires, Argentina; da Universidade de Bamako, Mali; das universidades de Havana e de Santa Clara, Cuba; da Universidade de Montreal, Canadá; da Universidade de Macau e da Universidade de Hong Kong, República Popular da China, onde teve a sorte de visitar e trocar ideias com tantos colegas que não seria possível mencioná-los aqui, além de ter apresentado esboços de seu trabalho em diversas ocasiões durante a pesquisa que levou à publicação deste livro.

Laura Nader tirou grande proveito dos debates com muitos colegas em congressos realizados no Instituto Max Planck de Halle, Alemanha; na Universidade de Edimburgo, Escócia; na Universidade de Ghent, na Bélgica; e no Banco Mundial. Ela agradece ao professor Rik Pinxten, de Ghent, por seu apoio inicial a este projeto, e é particularmente grata a Ralph Nader por sua leitura cuidadosa desta obra já em seu primeiro esboço, bem como por seus conselhos relativos a aspectos cívicos fundamentais de questões nela abordadas.

INTRODUÇÃO

A única ação verdadeiramente política [...] é aquela que elimina o nexo entre violência e Direito.¹

[fonte] Giorgio Agamben

Muito se tem escrito sobre imperialismo e colonialismo, e é admirável constatar a pouca atenção dada ao papel do Direito nesse contexto. Enquanto os teóricos do imperialismo euro-americano afirmam reconhecer o Estado de Direito como o princípio fundamental do “processo civilizatório”, seu lado obscuro tem ficado à margem de análises e discussões. O Direito tem sido usado para justificar, administrar e sancionar a conquista e a pilhagem ocidentais, o que tem resultado em imensas disparidades globais. Consideramos, portanto, que o uso imperial – no passado e no presente – do Estado de Direito está por trás de práticas extremamente insatisfatórias de justiça distributiva. São projetos culturais merecedores de atenção teórica explícita, uma vez que constituem um obstáculo estrutural ao uso do Direito para explicar a disparidade da riqueza mundial.

¹ Giorgio Agamben, *The State of Exception* (trad. Kevin Attiell), Chicago: University of Chicago Press, 2005.

Uma configuração etnocêntrica das instituições e dos sistemas de crenças produziu uma poderosa utilização euro-americana da "ideologia do Estado de Direito" como elemento-chave de projetos coloniais e imperiais, executados em nome dos interesses coloniais de ingleses, franceses, norte-americanos, belgas, holandeses, espanhóis, portugueses, alemães ou italianos em busca de enriquecimento. A história que buscamos apresentar neste livro também diz respeito ao período contemporâneo e à apropriação, pelas potências dominantes, de recursos e ideias pertencentes a outros povos, às vezes justificada mediante o uso de concepções de civilização, desenvolvimento, modernização, democracia e Estado de Direito. Nossa história gira em torno do uso crescente do Direito como mecanismo de elaboração e legitimização da pilhagem. Nosso objetivo é examinar a extensão do lado obscuro do Direito e explicar os mecanismos da utilização imperial que se dá a ele.

Outros projetos imperiais, como aqueles representados pelas conquistas chinesa, japonesa, islâmica ou soviética, tiveram e têm suas próprias configurações, que envolvem a apropriação, mas a questão fundamental deste livro não diz respeito a essas outras áreas geográficas, ainda que em alguns momentos possa ser útil comparar as instituições ideológicas que regem a pilhagem feita por povos de épocas e lugares distintos. O que *realmente* nos interessa neste livro são os mecanismos por meio dos quais o Estado de Direito transnacional, como concepção profundamente ocidental, tem levado cada vez mais a modelos de pilhagem global, um processo iniciado com a expansão da sociedade euro-americana por todo o mundo e que, em nossos dias, tem sido por nações – em particular, pelos Estados Unidos – e entidades corporativas multinacionais não associadas ao colonialismo político ou militar explícito.

Este livro acompanha a evolução do papel do Direito em práticas que chamamos de pilhagem, em geral acompanhadas de vio-

lenta exploração à qual os mais fracos são submetidos por agentes políticos internacionais, em duas fases aparentemente distintas da história das relações humanas internacionais euro-americanas: o colonialismo e o atual capitalismo neoliberal empresarial. Apesar de distintos, esses momentos históricos compartilham grande número de elementos comuns, de padrões de continuidade e agentes, ainda que não se possam desconsiderar importantes diferenças existentes entre eles. Tendo em vista que nosso objetivo principal é entender o presente com a ajuda do passado, vamos nos concentrar nos Estados Unidos em particular – o poder político dominante no mundo atual, incomparavelmente maior do que todos que o antecederam.

A retórica a serviço do Estado de Direito tem seguido de perto a expansão euro-americana pelo mundo e, muito frequentemente, tem se prestado ao papel de camuflar a apropriação de terra, água, minerais e mão de obra, como já aconteceu em inúmeros lugares onde vivem povos nativos sob regimes colonialistas. Quando juristas e advogados falam sobre o Direito, em geral se referem à sua finalidade (interpretação teleológica) como um processo argumentativo que visa facilitar e proteger as declarações de vontade, ou como um recurso para resolver graves conflitos sociais, ou ainda como argumento para a manutenção da ordem. O Direito euro-americano, porém, possui outras finalidades menos nobres. As funções execráveis do Direito deixam-se entrever nas pesquisas sobre colonialismo europeu, "orientalismo jurídico", lei e desenvolvimento como mecanismos do imperialismo jurídico e na doutrina construída sobre a "guerra ao terror", que tem gerado efeitos transformadores sobre o Estado de Direito, tanto na arena externa quanto na linha de frente doméstica. Neste livro, construímos nossa argumentação a partir do conjunto desses trabalhos. Consultando

grande variedade de obras e analisando episódios, verificamos que, ao longo da história euro-americana, o Direito justificou a pilhagem praticada por nações hegemônicas ou por outros agentes de grande poder. O Direito, do modo como hoje o concebem a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), as condições impostas pelo Banco Mundial, assim como a natureza etnocêntrica de numerosos discursos jurídicos, justificam a pilhagem a ponto de o próprio Direito tornar-se, paradoxalmente, ilegal. Está em jogo saber se o Estado de Direito, ao operar nos contextos do colonialismo e do imperialismo, resulta mais em desordem do que em ordem, contribuindo para a continuidade da opressão, e não para a interrupção da prática colonialista.

A transformação do *ideal* do Estado de Direito em uma ideologia imperial acompanhou o movimento pela justiça social e solidariedade diante das exigências capitalistas de eficiência e concorrência. Veja-se, por exemplo, o que aconteceu com a Argentina na década de 1990², quando Wall Street ficou mais rica à custa do povo argentino. Outros exemplos de pilhagem legalizada pelo Estado de Direito imperial podem ser encontrados no Iraque. Como observa Tariq Ali: “A força, e não a lei, [...] tem sido usada para impor novas leis e novos tratados”³, reconhecendo, assim, a ilegalidade inerente à justiça privatizada dos decretos de Paul Bremer, por exemplo. Esses decretos não se fundamentam em nenhum órgão legitimador e resultam no aprofundamento da legislação atual sobre hidrocarbonetos, poderosos veículos da transferência da riqueza iraquiana para empresas multinacionais, realizada sob os auspícios das forças de ocupação ilegais.

² O assunto será discutido no Capítulo 2.

³ Ver Tariq Ali, *Bush in Babylon: The Recolonization of Iraq*, Nova York: Verso, 2003, p. 177.

Ideias como o fomento ao “Estado de Direito”, um princípio-chave do discurso norte-americano sobre política externa – parte fundamental do “ônus do homem branco” –, costumam ficar à margem do debate público, porque sua conotação positiva sempre foi dada por certa. Hoje, em nome da democracia e do Estado de Direito, o público norte-americano está convencido da aceitabilidade moral da agressão militar ao Iraque e de sua ocupação, utilizando-se mais uma vez a “doutrina do poder incondicional” de George Kennan para justificar tanto os objetivos extrativistas quanto os ideológicos.

O debate político mais esclarecido sobre as questões cívicas fundamentais deve incluir uma crítica aos usos imperiais do Estado de Direito no Iraque e em todos os outros países. Como foi que o Direito norte-americano se transformou em um Direito imperial? De que maneira essas leis mutáveis sustentam a dominação política e econômica dos Estados Unidos no mundo atual – dominação que é problemática para muitos cidadãos do mundo que sofrem suas consequências? Até que ponto o Estado de Direito funcionou, no passado colonial, e como funciona, em nossos dias, como uma ideologia poderosa que constitui um disfarce para a pilhagem?⁴ Teremos chegado ao ponto em que essa ideologia que alimenta os discursos sobre direitos humanos, noções de democracia, desenvolvimento e Estado de Direito deva ser mostrada em sua verdadeira face e abandonada? Quais são as alternativas a esse Estado de Direito no longo caminho da civilização? E quando ele é ilegal?

A filosofia do Direito é um ponto de partida para apresentar um quadro dos exemplos e descrever o Estado de Direito como

⁴ Um exame interessante dessa questão pode ser encontrado em W. J. Mommsen & I. A. de Moor (orgs.), *European Expansion and Law – The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th-Century Africa and Asia*, Gordonsville: Berg Publishers, 1992.

algo fundamentalmente ilegal, uma vez que conceitos como o de *terra nullius** (terras ociosas que não são ociosas), usados como justificativa para a pilhagem desde o início da expansão europeia, são empregados ainda hoje, como mostraremos adiante (ver Capítulo 3). Trata-se de um claro exemplo da retórica do Estado de Direito, utilizada como disfarce ou camuflagem, ou como propaganda, sempre que há o envolvimento de operações ilegais ou criminosas. Os decretos de Paul Bremmer no Iraque, ou as leis de privatização que permitem transferir o saque para potências estrangeiras, como acontece no Afeganistão e em outros países (ver Capítulo 5), são exemplos contemporâneos daquilo que acontece quando a força e a violência são empregadas para criar o direito do opressor, de modo que os fins justifiquem os meios. O Estado de Direito pode ser considerado ilegal quando é aplicado de maneira criminosa, arbitrária e voluntariosa, vitimando indivíduos mais fracos; ou quando viola o espírito da letra de tratados como a Convenção de Genebra, que tem por finalidade impor limites à pilhagem de guerra; ou ainda quando, intencional e sistematicamente, os detentores do poder não aplicam a lei, ou aplicam-na usando dois pesos e duas medidas, ou de maneira discriminada. Consideramos o Estado de Direito ilegal quando, sem legitimidade, é imposto a um Poder Legislativo impotente, ao qual falta transparência, que não realiza debates ou audiências apropriados, ou quando recorre a promessas ilegais e enganosas de cooptar ou comprar legisladores, como aconteceu quando a OMC e o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Alca) foram implementados. Pode-se afirmar que o Direito é ilegal quando cria-

* Na acepção do texto, esse termo latino (que significa literalmente "terra de ninguém") designa terras cujo modo de apropriação ou uso pelos povos saqueados não segue o padrão ocidental de propriedade e, portanto, estariam suscetíveis à apropriação "legítima" pelos salteadores. (N. do R. T.)

do por legisladores eleitos em eleições fraudulentas impostas ou conspurcadas, das quais só participam minorias insignificantes ou nas quais os eleitores são obrigados a participar do processo eleitoral. Essas são algumas das patologias do Estado de Direito que apresentaremos neste livro e que associamos à ideia de pilhagem como modalidade de Estado de Direito ilegal.

Os países ocidentais identificam-se como cumpridores da lei e civilizados, independentemente do que nos revele a sua verdadeira história. Essa identificação está baseada em falso conhecimento e falsa comparação com outros povos – aqueles dos quais se dizia que “faltava” o Estado de Direito, como China, Japão e Índia, e o mundo islâmico em geral. Hoje também, segundo alguns economistas importantes, nos países em desenvolvimento do Terceiro Mundo “faltam” sistemas institucionais minimamente necessários para a expansão de um mercado global que, como no passado, ajuda a incrementar a construção da superioridade ocidental.

Afirmamos neste livro que as leis de privatização resultantes de imposição estrangeira, e que facilitam transações inescrupulosas à custa do povo, são instrumentos de pilhagem, não de legalidade. A mesma política de “corporativização” e de mercados abertos, atualmente imposta no mundo todo pelo chamado consenso de Washington*, foi usada por banqueiros e pelo meio empresarial na América Latina como o principal instrumento para “abrir as veias” do continente, usando a metáfora criada por Eduardo Galeano, sem nenhuma distinção entre os períodos colonial e pós-colonial. Foi adotada na África para facilitar a transferência forçada de escravos para a América e, na época atual, serve para

* Conjunto de medidas e regras de ajuste macroeconômico discutidas e aprovadas em uma reunião em Washington (1990) por técnicos do FMI, do Banco Mundial e do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos para servir de “cartilha” aos países subdesenvolvidos que pedissem empréstimos a essas instituições. (N. do R. T.)

facilitar a exploração de produtos agrícolas, petróleo, minerais, ideias e artefatos culturais nesses mesmos países. A política de abertura indiscriminada de mercados para o livre comércio (sobretudo de armas), predominante nos dias de hoje no Afeganistão e no Iraque, foi adotada na China, no século XIX, durante a Guerra do Ópio, sendo o livre comércio entendido como obrigação de comprar drogas dos mercadores ingleses. A política de proteção à indústria ocidental, por meio de tarifas e barreiras de ingressos, ao mesmo tempo que forçava as indústrias locais a competirem no mercado aberto, era empregada pelo império britânico em Bengala, exatamente como a OMC faz hoje na Ásia, África e América Latina. Em todos esses contextos, o terrível sofrimento humano produzido por essa pilhagem é simplesmente ignorado. Em todos eles, o Direito desempenhou papel crucial na legalização e legitimação dessas práticas de agentes poderosos contra os impotentes. Apesar disso, esse uso do poder continua praticamente inexplorado no estudo do Direito ocidental.

Consideramos que a imagem dominante do Estado de Direito foi falsa ao longo da história e continua sendo no presente, uma vez que não admite de modo pleno seu lado obscuro. A representação falsa começa com a ideia de que o bom direito (que “falta” aos outros) é autônomo, independente da sociedade e de suas instituições, técnico, não político, não distributivo e mais reativo do que proativo – de modo mais conciso, uma estrutura tecnológica para um mercado “eficiente”. Devido a essas representações falsas, a boa governança que aparentemente caracteriza os objetivos do Direito transforma-se na espinha dorsal de argumentos profissionais incorporados e organizados tendo em vista a legitimação da pilhagem.

Defendemos que o Estado de Direito apresenta um lado positivo e um lado obscuro, e que este último conquista progressiva-

mente novos domínios sempre que o primeiro não possui a força de um instrumento político feito com “alma”. Na falta dessa “vida” política, o Estado de Direito torna-se uma tecnologia fria, o seu lado obscuro pode preencher todo o espaço e, assim, o Direito sucumbe à aceitação da violência bruta. O fortalecimento político do lado positivo do Direito pode decorrer de grande número de circunstâncias, não necessariamente arraigadas na justiça. Durante a Guerra Fria, por exemplo, havia algum incentivo à prática de um Estado de Direito democrático em suas funções positivas de ordem, administração de conflitos e tomada de decisões justas, baseadas em princípios. A mudança no equilíbrio de poder depois dessa guerra alimentou o lado obscuro e eliminou a mordacidade política do Direito. A elite dominante dos Estados Unidos não precisava mais convencer outros países e povos sobre os valores da democracia e a virtude do Estado de Direito depois que o comunismo, em sua modalidade soviética, veio abaixo, em volta com muita corrupção e ilegalidade. Aos poucos, os incentivos às virtudes constitucionais foram perdendo força no Ocidente. Ao longo da década de 1990, seguiu-se uma mudança pública da justiça em relação ao lucro, ao respeito ao roubo, em uma atmosfera de debate político silenciado, soterrado por uma retórica autoidulgente, como o fim da história. Mais tarde, o silêncio político concomitante à pilhagem foi ainda mais banalizado por discursos que versavam sobre patriotismo, “detidos”*, “combatentes inimigos” e tribunais especiais que lembram aqueles dos regimes autoritários dos séculos XIX e XX, os quais incluíam fases antidireito, por exemplo, na “reforma das leis de indenização” ou nas diretrizes

* No original, *detainee*, uma pessoa que, apesar de submetida a detenção, não é nem prisioneira nem acusada, uma vez que sua detenção foge totalmente a qualquer modalidade de controle judiciário. É o caso, por exemplo, dos *detainees* de Guantánamo. (N. do T.)

políticas sobre a tortura. Essa prática posterior ao 11 de setembro, assim como sua contínua transferência de poder a agentes empresariais são fatores que nos distanciam muito de um modelo norte-americano de legalidade e democracia, o qual, apesar de retórico e hipócrita sob vários aspectos, contava com a admiração do mundo inteiro e contribuiu para o fim da Guerra Fria.

Por conta do escopo deste trabalho, selecionamos exemplos que abrangem grande parte do mundo, mas não pretendem ser abrangentes. Em nossos exemplos, o uso do Estado de Direito no passado e no presente é discutido tanto na esfera doméstica quanto em sua dimensão internacional, e é dada a devida consideração ao declínio do papel dos Estados, comparados aos grandes agentes empresariais. Quando esses agentes dominam Estados ou se unem de modo intrínseco a eles, o Direito transforma-se em produto da economia e o que outrora constituiu domínio "ocidental" converte-se em capitalismo empresarial multinacional. Democracia, Estado de Direito, desenvolvimento, direitos humanos internacionais e argumentos sobre a "falta" de bases institucionais constituem, no atual panorama jurídico, parte substancial da retórica de legitimação da exploração corporativa internacional.

A cultura de massa contemporânea opera no curto prazo. Por isso a maioria dos intelectuais do Ocidente não se dá conta de que, por causa dos impérios expansionistas do passado, as culturas interligaram-se e compartilham boa parte da história mundial. Pior ainda, muitos deles não reconhecem que foi exatamente em razão da pilhagem de ouro, prata, biorrecursos etc. que o desenvolvimento se acelerou no Ocidente, de modo que o subdesenvolvimento constitui uma consequência historicamente produzida que atingiu as comunidades mais fracas e mais fechadas e que não se trata de uma "doença" de povos considerados inferiores.

É preciso pôr fim ao oportunismo predominante no momento atual, de visão limitada e centrado em interesses de curto prazo. Existe hoje um número muito grande de povos politizados – como o demonstra a oposição mundial à invasão do Iraque pelos Estados Unidos – para que se continue alimentando o imperialismo norte-americano. Uma narrativa histórica da aventura imperial apresentada em termos jurídicos históricos e contemporâneos abre a possibilidade de uma reconsideração radical do modelo de desenvolvimento definido pelas concepções ocidentais de progresso, desenvolvimento e eficiência. A concepção de uma sociedade justa exige que evitemos uma ideia de liberdade que permita imensas desigualdades, porque o Estado de Direito invariavelmente é usado para proteger o desempenho financeiro. Libertação é palavra melhor que liberdade. Não pode haver libertação sem uma verdadeira democracia, e nenhuma democracia existe sem distribuição de recursos. O Estado de Direito terá ainda um papel a desempenhar na tentativa de estabelecer as condições para a libertação?

Talvez, ressaltando o seu lado positivo e expondo de modo abrangente seus aspectos obscuros, possamos transformar o Estado de Direito em um instrumento de controle neste mundo instável, alimentado por uma dinâmica econômica chamada neoliberalismo. Mas talvez o Estado de Direito não possa ser reestruturado e só a revolução seja capaz de libertá-lo do abraço letal da pilhagem. Em ambos os casos, compreender a pilhagem é condição para a ação. Novas tendências exigem o reconhecimento da configuração que vem acompanhando as diferentes ondas de expansão euro-americanas. Uma reconfiguração significaria, em primeiro lugar, uma clara rejeição à ideologia da superioridade intrínseca da cultura ocidental, que não reconhece que o próprio Ocidente é parte de um contexto muito mais amplo. Afinal, a descoberta da

agricultura e as três grandes religiões do mundo – cristianismo, islamismo e judaísmo – tiveram sua origem no Oriente Médio. Sobretudo, propomos um exame intransigente do que há por trás do Estado de Direito como valor inquestionável do capitalismo atual, dominado pelas grandes empresas.

Muitos pensadores ilustres da atualidade, pertencentes ou não ao meio acadêmico, têm sugerido que os problemas com que deparamos são inerentes a um sistema multissecular de expansão e dominação euro-americanas baseado na extração e na pilhagem e que atualmente foi adotado pela Índia e pela China. A destruição cultural e material prossegue em ritmo acelerado, pelo menos desde o século XVIII. As duas estratégias legitimadoras – uma delas motivada por um conceito universal de justiça, a outra por um conceito universal de eficiência (a primeira comumente associada ao colonialismo, a segunda, ao predomínio avassalador dos Estados Unidos) – encontram-se profundamente deterioradas e deixaram de ser aceitáveis. O argumento da “falta”, pelo qual se inventa uma ausência relativa que só pode ser remediada pela transferência do Direito de alguma matriz ocidental, também revela-se ultrajante ao ser observado em sua verdadeira natureza, como mais um lance imperialista. Igualmente ultrajante é o uso do Direito como instrumento social e político que fortalece as elites locais para que possam interagir com a economia global, a despeito de desigualdades sociais cada vez maiores. Sugerimos que a pilhagem é um conceito importante para unificar e representar, *como regra*, as distorções do modelo de expansão capitalista, mais comumente reconhecidas como exceções.

É possível que a pilhagem como regra, e não como exceção, faça o leitor sentir-se ultrajado. O escândalo da Enron, o escândalo dos fundos mútuos e outros exemplos apresentados como exceções (como a tortura em Abu Ghraib, na Baía de Guantánamo

e na Base Aérea de Bagham, ou o uso de armas ilegais de destruição em massa em Falluja) constituem, na verdade, a regra do desenvolvimento no capitalismo empresarial: trabalhadores são vitimados; pessoas perdem suas economias; inocentes são mortos; camponeses morrem de fome. A distinção entre o legal e o ilegal desaparece em um mundo em que o Estado de Direito se reduz a uma retórica enfadonha ou a uma linguagem ambígua orwelliana. De quanto mais sofrimento precisaremos até nos darmos conta de que tragédias semelhantes são a regra e não a exceção? Quanto tempo ainda será necessário para reconhecermos o fracasso civilizatório do capitalismo empresarial e a necessidade de criar alternativas radicais a seus modelos destrutivos de desenvolvimento?

No Capítulo 1, “A pilhagem e o Estado de Direito”, buscamos esboçar uma anatomia da pilhagem e introduzir a tese e o método principais do livro. Nesse capítulo são apresentados ao leitor os múltiplos significados de “Estado de Direito”, as hegemonias facilitadoras da expansão euro-americana, o projeto colonial associado a seu presente imperial e o modo como o fim do equilíbrio da Guerra Fria facilitou a criação do atual império da ilegalidade. O Capítulo 2, “Neoliberalismo: o motor econômico da pilhagem”, começa com um exemplo concreto de pilhagem na Argentina contemporânea, em cuja origem se encontram agentes institucionais poderosos e respeitados, como empresas de Wall Street e o Fundo Monetário Internacional. Nele também se introduzem as ideias de ajuste estrutural, desenvolvimento abrangente e da correlação entre Estado de Direito condicionalmente imposto e pilhagem. O Capítulo 3, “Antes do neoliberalismo: um histórico da pilhagem ocidental”, trata a questão da continuidade; remonta às raízes das políticas neoliberais correntes e delineia seus rumos até o colonialismo euro-americano. O Capítulo 4, “A pilhagem de ideias e os legitimadores”, começa com um exemplo concreto

de pilhagem – a de ideias, na forma de patentes e direitos de propriedade intelectual ocidentais impostos a recursos pertencentes a povos mais fracos. Também apresenta juristas, economistas e antropólogos como legitimadores das práticas de pilhagem justificadas pelo Estado de Direito. O Capítulo 5, “Criando condições para a pilhagem”, começa com o exemplo concreto da pilhagem do petróleo iraquiano, facilitada pelo sistema jurídico, e em seguida discute diversos outros contextos geográficos e políticos atuais em que a ideologia do Estado de Direito se mostrou eficaz para a criação de condições de pilhagem intervencionista. O Capítulo 6, “Direito imperial internacional”, apresenta uma explicação teórica dos diferentes exemplos até então dados, concentrando-se no papel do Direito. Nesse capítulo também se discute o modo como a concepção anglo-americana de Estado de Direito tornou-se hegemônica e são descritas as transformações jurídicas globais como um desdobramento do direito imperial. Consideramos que essas transformações prepararam a ocorrência de ilegalidades imperialistas em nossos dias. No Capítulo 7, “Hegemonia e pilhagem: o desmonte da legalidade nos Estados Unidos”, é analisado o impacto doméstico do cenário pós-Guerra Fria dentro desse país, considerando as transformações do Estado de Direito norte-americano como uma justificativa ideal da pilhagem. Nesse capítulo também afirmamos que essas transformações, talvez inevitáveis em um contexto imperial, facilitaram aquilo que chamamos de pilhagem da liberdade, um processo de transformação social que criou o terreno ideal para a continuidade da pilhagem corporativa. Por último, o Capítulo 8, “Para além de um Estado de Direito ilegal?”, tenta formular algumas conclusões a partir da constatação de que o uso do Estado de Direito em aventuras imperiais já não atende ao interesse de nenhum povo, lançando portanto um desafio crucial à legitimidade do Direito no século XXI.

A PILHAGEM E O ESTADO DE DIREITO

Uma anatomia da pilhagem

A expressão “Estado de Direito” vem sendo amplamente empregada fora dos domínios especializados do saber jurídico, em que possui uma longa linhagem, remontando à época de Sir Edward Coke, na Inglaterra do final do século XVI. Em tempos mais recentes, alcançou as esferas política e cultural e entrou para o discurso corrente e para a linguagem midiática. Repetida em incontáveis discursos políticos, é presença constante na ordem do dia de agentes privados e públicos e nos projetos e aspirações de muitos ativistas.

Infelizmente, como quase sempre acontece com os modismos de linguagem usados em grande variedade de contextos semânticos, o termo foi aos poucos perdendo clareza, a tal ponto que na época atual cada um o interpreta como bem entende. Em nossos dias, o conceito não se circunscreve de modo algum a um significado técnico e jurídico. Não é específico nem mesmo ao jargão jurídico, muito menos à linguagem do cotidiano. Poucos de seus usuários parecem preocupar-se com essa falta de precisão, que deriva da ampla variedade de novos significados que o conceito assumiu ao longo do tempo, em diferentes espaços e diferentes comunidades de usuários. A expressão “Estado de Direito”

quase nunca recebe a definição criteriosa de um conceito. Seus usuários aludem a significados que consideram claros e objetivos, mas que não o são. O Estado de Direito tornou-se, assim, parte daquela dimensão de conhecimentos tácitos descrita por Polanyi em seu clássico estudo sobre a comunicação humana¹. Não fossem as importantes implicações políticas da expressão em diferentes contextos, esse seria por certo um fenômeno perfeitamente inocente e comum, a salvo da necessidade de aprofundamento teórico².

Podemos começar observando que as conotações da expressão "Estado de Direito" sempre foram implicitamente positivas. Por exemplo, o lendário constitucionalista Albert V. Dicey, do século XIX, afirmava que o "Estado de Direito" era o traço definidor da civilização liberal-constitucional inglesa, em oposição à tradição autoritária francesa, baseada no Direito administrativo. Hoje, o conceito está ligado de modo intrínseco à noção de democracia e tornou-se, assim, um ideal poderoso, quase inquestionável, impregnado de conotações positivas. Quem poderia contestar uma sociedade regida por uma democracia e pelo Estado de Direito? Na verdade, seria o mesmo que contestar o fato de o Direito ser justo, ou de o mercado ser eficiente. Neste livro, não nos move o desejo de argumentar contra o Estado de Direito. Queremos apenas alcançar um melhor entendimento dessa poderosa arma política e questionar seu *status* de quase sacralidade, analisando-o como um produto da cultura ocidental estreitamente

¹ Michel Polanyi, *The Tacit Dimension*, Magnolia: Peter Smith Publisher, 1983.

² Para as implicações de poder dos significados vagos, ou aquilo que ele chama de "palavras plásticas", ver Uwe Porsken, *Plastikwörter: Die Sprache einer internationalen Diktatur*, Stuttgart: Klett-Cotta, 1989. Para uma visão semelhante sobre o Estado de Direito como noção imprecisa, ver G. Ajani, "Navigatori e giuristi: A proposito del trapianto di nozioni vaghe", em *Io comparo, tu compari egli compara: che cosa, come, perché* (Valentina Bertorello, org.), Milão: Giuffrè, 2003, pp. 3-18.

ligado à difusão da dominação política ocidental. Procuraremos dissociá-lo de seu elo com o ideal de democracia; ao contrário, buscaremos identificar sua estreita associação com outra noção, aquela de "pilhagem".

Antes de prosseguir, porém, deixemos claro nosso entendimento sobre o termo "pilhagem". O *American Heritage Dictionary* define o verbo "pilhar" (*plunder*) como "roubar bem alheio por meio da força, principalmente em tempos de guerra; saquear", e o substantivo "pilhagem" (*plunder*) como "propriedade roubada por meio de fraude ou de força". É esta última definição que nos traz à mente, de modo especial, o lado obscuro do Estado de Direito. Examinaremos tanto o saque pela força quanto aquele praticado por meio da fraude, ambos resguardados no Estado de Direito por advogados e juristas ilustres. Acompanhamos o desenvolvimento do papel de suporte crítico que o Estado de Direito tem desempenhado na pilhagem. Mas o que será a pilhagem em si? O termo evoca imagens de soldados enfurecidos tentando apossar-se de baús de ouro séculos atrás. A seguir, ampliaremos o conceito comum de "pilhagem", indo muito além dessas conotações, pois parte do papel de apoio que o Estado de Direito tem desempenhado consiste em restringir o próprio significado da palavra "pilhagem" a certos atos que a maioria de nós se considera incapaz de praticar.

Uma definição bem ampla de "pilhagem" seria a distribuição injusta de recursos praticada pelos fortes à custa dos fracos. O que fazemos, porém, é depurar essa abordagem da questão, de modo que nela sejam incluídas noções de legalidade e ilegalidade. De maneira mais específica, depurá-la até o ponto em que crianças morrem de fome em meio a cenas de violência catastrófica enquanto, a milhares de quilômetros dali (ou mesmo a poucos quilômetros de distância, se considerarmos as privações a que são sub-

metidas as crianças do Vale Central da Califórnia, sem nenhuma cobertura de seguros, por serem consideradas imigrantes “ilegais”), outros jovens e crianças desfilam em carros esportivos e em utilitários que pesam toneladas e consomem enormes quantidades de combustível. Façamos agora a relação entre essas duas cenas e chegaremos à sua síntese: pilhagem. Pensemos também naquele agricultor que perdeu o direito “legal” de usar as sementes que ele e seus antepassados plantaram ao longo de séculos e tracemos uma linha que se estende dessas sementes aos obscenos lucros obtidos atualmente por seus novos proprietários empresariais, e mais uma vez teremos chegado a outra acepção do termo “pilhagem”.

Para começar, procuremos identificar nas próprias raízes da tradição jurídica ocidental a origem da noção de Estado de Direito: o momento extremamente simbólico em que se deu o divórcio entre o Direito e a Política, brindando a humanidade com o milagre de um governo de leis e não de homens. Em um governo de leis, recomendado ainda hoje a países como China e Cuba, o mais poderoso dos governantes também deve submeter-se ao Estado de Direito. Foi Sir Edward Coke, talvez o mais influente juiz do *common law* que já existiu, que empregou o conceito de Estado de Direito (com origens na natureza “constitucional” da monarquia inglesa, conforme estabelecido pela Carta Magna) para impedir a participação do rei nas deliberações dos tribunais do *common law*. Segundo essa antiga concepção, há um domínio do saber que é especializado e pertence aos juristas. O rei (Jaime I, 1603-25), por mais poderoso que fosse, não tinha a legitimidade decorrente desse saber especial, o que não lhe permitia atuar como juiz em “seus próprios” tribunais. O caso “Prohibition del Roy” (1608-12 Coke Rep 63) foi decidido em um período muito difícil da história inglesa, que terminou por levar ao regicídio e ao interregno. Durante essa luta política, os tribunais do *common law* (muito

ciosos de sua jurisdição) estavam aliados aos barões com assento no Parlamento, eles próprios há muito tempo desconfiados de qualquer tentativa de modernização que a monarquia, começando pelos Tudor (em particular por Henrique VIII), tentasse fazer. Na verdade, a modernização era uma ameaça aos privilégios da pequena aristocracia rural, e a aliança com os tribunais do *common law* protegia com sucesso os direitos de propriedade dos ingleses, já há muito tempo estabelecidos³.

Portanto, o nascimento do Estado de Direito, quer o situemos na época da Carta Magna, quer na de Sir Edward Coke, nada tinha que ver com concepções de democracia, a menos que desejemos afirmar que o Parlamento inglês da época era uma instituição democrática! Como a maioria dos historiadores contemporâneos reconhece, o surgimento do Estado de Direito foi, na verdade, o triunfo da estrutura social medieval sobre a modernização. Foi somente a retórica *whig*⁴ subsequente dos eruditos ingleses, com a narrativa dos historiadores católicos romanos do continente europeu, com o objetivo de difamar Henrique VIII, que recriou essa história de maneira bem diversa, convencendo-nos da veracidade da falsa ideia de que o progresso e a civilização estavam protegidos pela aliança entre o Parlamento (democracia!) e os tribunais do *common law* (o Estado de Direito).

Foi desse modo que o Estado de Direito – um antigo instrumento usado por advogados e juristas para reivindicar para si o *status* profissional específico de guardiões de um governo centrado nas leis – na verdade surgiu do papel por eles desempenhado

³ Ver D. Lindsay Keir, *The Constitutional History of Modern Britain 1485-1937*, Londres: Adam & Charles Black, 1947.

⁴ *Whig* é o nome de um partido político inglês existente entre o final do século XVII e meados do século XIX, composto por famílias aristocráticas que tinham como bandeira a luta contra o absolutismo e a defesa de uma monarquia constitucional. (N. do R. T.)

como guardiões de uma modalidade de distribuição social da propriedade que se caracterizava por ser desigual de modo extremo e, sem dúvida, não democrática. É exatamente esse o cenário que emerge com total clareza de *The Federalist* (em particular dos números 10 e 51), em que James Madison procura justificar a necessidade de uma ordem constitucional baseada nos freios e contrapesos, como forma de evitar o facciosismo e a opressão da maioria sobre a minoria. Mais uma vez, aqui, apesar da natureza eleitoral do Congresso norte-americano, o Estado de Direito é acolhido como uma proteção à distribuição desigual da propriedade, favorecendo a minoria dos "privilegiados" contra a maioria dos "despossuídos": "Contudo, a fonte mais durável dos partidarismos têm sido as diferenças e desigualdades na distribuição da propriedade. Os proprietários e aqueles que nada têm sempre tiveram interesses distintos na sociedade."⁴ A proteção à distribuição desigual da riqueza (em grande parte saqueada dos índios americanos, com a apropriação justificada pelo direito natural) encontra-se, portanto, na base da preocupação, por parte dos *founding fathers**, com a possibilidade de que a maioria pudesse de fato decidir redistribuir a propriedade de maneira mais equitativa. Era muito importante que o ideal democrático fosse limitado por uma série de técnicas jurídicas habilidosas (inclusive pelo federalismo e pelo sistema eleitoral), contando, uma vez mais, com o empecilho profissional dos advogados, os guardiões institucionais do Estado de Direito, cuja própria elite tinha assento nos tribunais.

⁴ James Madison, "The Federalist nº 10: The utility of the Union as a safeguard against domestic faction and insurrection", *Daily Advertiser*, quinta-feira, 22 de novembro de 1787.

* É a designação que se dá aos "fundadores" da República norte-americana; dentre os mais famosos estão George Washington, Thomas Jefferson, Benjamin Franklin e James Madison. (N. do R. T.)

Devido a sua longa linhagem como uma das instituições favoritas da elite dominante, o Estado de Direito tem sido representado como uma "coisa boa", e não se espera que uma pessoa se posicione contra ele no discurso político predominante em nossos dias. Sem dúvida, seria possível pensar as concepções jurídicas como uma superestrutura da economia – uma crítica tradicional à ideia de legalidade burguesa. Não obstante, a concepção do Direito como um campo social autônomo (ou, pelo menos, semiautônomo) é tão convincente que, na época atual, tanto os pensadores marxistas quanto os observadores sociais estão de acordo com ela. Assim, imune a qualquer crítica intelectual de peso, a ideia do Estado de Direito vive hoje em um confortável limbo, expandida de modo que atenda às necessidades de qualquer face do espectro político, mais como símbolo ou ícone do que como estrutura institucional da vida real, com seus prós e contras a serem discutidos e compreendidos como aqueles de qualquer outro artefato cultural.

Há pouco tempo, Niall Ferguson, um historiador acadêmico⁵ com grande acesso à mídia dominante e ao discurso público, ofereceu um exemplo desse poder legitimador do Estado de Direito ao introduzir um argumento (moderadamente) revisionista em favor do império britânico. Deveríamos eventualmente observar que o próprio termo *loot*, sinônimo corrente de *plunder* e *pillage**, é um termo hindu introduzido no vocabulário inglês depois da espoliação de Bengala. Observador nostálgico, Niall Ferguson afirma de modo categórico que, como legado do Império Britânico, o Estado de Direito foi um bem tão precioso oferecido à hu-

⁵ Niall Ferguson, *Empire: How Britain Made the Modern World*, Nova York: Penguin Books, 2004.

* Com variações mínimas de significado, as três palavras significam "pilhagem", "espoliação", "saque". (N. do T.)

manidade que a violência brutal empregada ao longo de sua imposição (inclusive a guerra, o tráfico de escravos, os assassinatos em massa, a limpeza étnica e o genocídio) não pode ser objeto de condenação *tout court*. Argumentos revisionistas semelhantes, baseados em concepções muito abrangentes de civilização, têm ressurgido também na França, onde uma lei recentemente aprovada exorta os autores de textos históricos escolares a apresentar o colonialismo sob uma ótica mais equilibrada.

No texto a seguir, examinaremos o Estado de Direito do modo como o utilizaram as potências coloniais europeias em suas colônias e seguiremos o curso de sua evolução e de suas transformações até chegarmos ao reinado da atual potência hegemônica, os Estados Unidos. Não surpreende que o Estado de Direito ocidental, conquanto se defina literalmente como um trem que nunca sai dos próprios trilhos, constitui quase sempre um instrumento de opressão e pilhagem, o que lhe confere, ironicamente, acentuada aura de ilegalidade.

Aquele que se perguntar sobre o significado fundamental da conhecida expressão "Estado de Direito" logo perceberá que o conceito agrega pelo menos dois significados distintos na tradição liberal-democrática dominante, e ambos, na verdade, nada têm a ver com pilhagem. No primeiro, o Estado de Direito refere-se a instituições que protegem os direitos de propriedade contra a apropriação governamental e garantem as obrigações contratuais. É esse o sentido de Estado de Direito invocado, no Ocidente, pelos homens de negócios interessados em investir no exterior. Instituições internacionais como o Banco Mundial ou o Fundo Monetário Internacional (FMI) com frequência acusam a falta de um Estado de Direito como a principal razão da insuficiência de investimentos que os países ricos fazem nos países pobres. Portanto, o Estado de Direito é interpretado como a espinha dorsal institucional da eco-

nomia de mercado ideal. O sinônimo "boa governança" também é usado para expressar esse significado. Desse modo, as receitas normativas para a liberalização do mercado e a abertura dos mercados locais aos investimentos estrangeiros (o que em geral prepara o caminho para a pilhagem) chegam em um pacote embrulhado pela respeitabilidade do Estado de Direito.

A segunda abordagem remete a uma tradição política liberal com raízes no "Direito natural", uma escola de pensamento desenvolvida pelos jesuítas juristas de Salamanca, nos séculos XV e XVI, e que mais tarde se tornou uma teoria do Direito em toda a Europa (inclusive na Grã-Bretanha), na forma mais secular de "Direito racional". De acordo com essa tradição, a sociedade deveria ser governada pela lei, e não por um ser humano que age como um governante (*sub lege, non sub homine*). A lei é impessoal, abstrata e justa, uma vez que aplicada cegamente a qualquer membro da sociedade (daí a venerável imagem da justiça como uma divindade cega). Os governantes podem ser caprichosos, arrogantes, cruéis, parciais – em uma só palavra, humanos. Se a lei não os refrear, seu governo terminará em tirania e corrupção. Segundo essa tradição, da qual se encontram ecos no *Federalist* e que os *founding fathers* tinham em grande apreço, um sistema é devidamente governado pelo Estado de Direito quando seus líderes permanecem circunscritos a suas competências, assim como ele estará ausente quando a autoridade for tão irrestrita que se possa considerar o líder um ditador. Neste segundo sentido, a ausência do Estado de Direito é uma preocupação para os ativistas e as instituições internacionais de Direitos Humanos, temerosos das consequências, para seus respectivos povos, dos governos cruéis e dotados de poderes ilimitados.

Alguns conservadores podem preferir o primeiro sentido, tendo em vista a proteção da propriedade e dos contratos, e utilizar

o segundo quando se trata de obter apoio à intervenção militar. O segundo sentido, garantido de direitos, é o preferido da esquerda moderada e de muitos ativistas internacionais dos Direitos Humanos, que veem o Direito como provedor do bem-estar social (são eles os reformadores sociais bem-intencionados, porém pouco realistas). É possível que um partidário da chamada “terceira via” defenda, com ares de superioridade, ambos os sentidos, que parecem misturados na recente definição do Banco Mundial: “O Estado de Direito exige uma legislação transparente, leis justas, a aplicação previsível delas e um governo que seja responsável pela preservação da ordem, pelo apoio ao desenvolvimento do setor privado e pelo combate à pobreza, e que tenha legitimidade.”⁶

Em ambas as perspectivas, o Estado de Direito é interpretado como um *limite negativo* ao poder de intervenção do Estado. Em consequência, por um lado, o Estado tem de prover e respeitar o Estado de Direito como uma espécie de consideração pela concentração de poder que acompanha a soberania. Por outro lado, ele é concebido como algo acima do Estado, um fator de legitimação do próprio Estado⁷.

Um sistema pode ser regido pelo Estado de Direito tanto em um sentido quanto no outro. Existem sistemas nos quais os direitos de propriedade são respeitados, mas que ainda assim são governados por líderes cruéis, com poderes ilimitados. O Peru do presidente Fujimori ou o Chile de Pinochet são bons exemplos recentes desses tipos de organização política, mas muitos outros

⁶ Ver World Bank, *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, Washington DC: The World Bank, 2004, p. 4.

⁷ Em uma etapa posterior, discutiremos as implicações de conceitos doutrinários desenvolvidos em uma fase histórica de intensa soberania política do Estado. Essas doutrinas passaram então a ser usadas na fase atual de soberania corporativa imperial “moderada”, na qual o Estado é governado por forças econômicas, em vez de manter o controle sobre elas. Ver Capítulo 6.

governos autoritários atualmente no poder, sobretudo na África, Ásia e América Latina, e que seguem as prescrições de “boa governança” do Banco Mundial, também pertencem a essa categoria. Da mesma maneira, os Estados Unidos do presidente Bush, com o atual desequilíbrio de poder que favorece fortemente o Executivo em detrimento de qualquer outro setor do governo, só com muita dificuldade se encaixariam na definição primeira de Estado de Direito (ver Capítulo 7).

Em outros sistemas com boas credenciais no que diz respeito aos direitos humanos, os governos interpretam seu papel como algo significativamente redistributivo. Os direitos de propriedade podem não ser sagrados, e grande número de “teorias sociais” pode limitar seu alcance ou diminuí-los sem reparação. Nesses contextos, com muita frequência, tribunais e pensadores podem elaborar teorias que restrinjam o cumprimento dos contratos em nome da justiça e da solidariedade social. Por conseguinte, eles poderiam adaptar-se à segunda definição de Estado de Direito, mas não à primeira. Os países escandinavos, ao aprimorar atitudes compartilhadas em momentos esporádicos da história por diversas tradições jurídicas europeias, como as da França, Alemanha e Itália (ou do *New Deal* nos Estados Unidos), poderiam oferecer esse modelo às sociedades ocidentais. Talvez o Lesoto atual ou o Chile do presidente Salvador Allende pudessem servir de exemplos concretos ou históricos no Terceiro Mundo.

Os países ocidentais desenvolveram uma forte identidade como nações regidas pelo Estado de Direito, não importa qual seja sua situação atual ou histórica. Essa identidade foi obtida – como quase sempre acontece – por comparação com “o outro”, quase sempre representado como “em falta” no que se refere ao Estado de Direito. Um bom exemplo recente é uma matéria de primeira página do *New York Times* intitulada “Falhas profundas e pouca justiça

o fato de os ideais e valores de seu país serem difundidos pelo mundo todo, enquanto 60 por cento acredita na superioridade da cultura norte-americana¹¹. Conquanto dados comparativos apresentem números bem mais baixos em outros países ocidentais, o fato é que essas atitudes de superioridade favorecem um expansionismo e um imperialismo que só uma visão muito formalista do Direito e da soberania podem considerar como uma ruptura com o período colonial.

As intervenções internacionais lideradas na época atual pelos Estados Unidos, sobretudo no Iraque e no Afeganistão, perderam sua característica de investidas abertamente coloniais. Poderíamos chamá-las de intervenções imperialistas neocoloniais, ou simplesmente de intervenções pós-coloniais. Embora praticamente todos os países coloniais europeus (em particular Portugal, Espanha, Reino Unido, França, Alemanha e inclusive a Itália) se vissem como impérios, para os fins que nos propomos aqui "império" remete à fase atual de desenvolvimento capitalista multinacional, em que os Estados Unidos surgem como a superpotência mais importante e usam o Estado de Direito, quando chegam a fazer isto, para preparar o caminho para a dominação corporativa internacional. O colonialismo remete a uma fase histórica distinta, que terminou com a descolonização formal, em que as potências ocidentais levaram a cabo a apropriação colonial, rivalizando umas com as outras. A essência da continuidade entre as duas fases encontra-se nos usos do Estado de Direito para pôr em prática e justificar aquilo que só pode ser chamado de pilhagem.

¹¹ Citado em J. Rifkin, *The European Dream: How Europe's Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream*, Nova York: Penguin, 2004.

Pilhagem, hegemonia e posição de superioridade

Nossa análise do modo como o Estado de Direito vem sendo usado para justificar a pilhagem requer uma série de instrumentos, inclusive a noção de hegemonia¹², ou seja, o poder alcançado por uma combinação de força e consentimento. O poder não pode ser mantido de maneira indefinida só por meio da força. Mais comumente, é imposto a grupos de indivíduos que, de maneira mais ou menos "voluntária", aceitam a vontade do mais forte. Nas relações internacionais, o papel do consumismo na difusão e na aceitação final dos valores norte-americanos em países como aqueles do ex-bloco socialista exemplifica claramente de que modo se obtém esse consentimento, que é a chave da hegemonia.

Embora a força em geral pertença à esfera de ação de instituições repressivas, como o exército ou a polícia, o consentimento costuma ser produzido por instituições como escolas ou igrejas, ou pela mídia, conforme o ilustra o multibilionário empenho dos Estados Unidos no combate às drogas¹³. Essas instituições são essenciais para a hegemonia e, ao mesmo tempo, transformam a ideologia hegemônica em conceito assimilado por todas as classes sociais, extrapolando assim a concepção marxista de ideologia, a qual, mais estreita, vincula-a especificamente a uma única classe¹⁴. Pelo menos em parte, portanto, a formação da ideologia

¹² A hegemonia é um conceito-chave nas reflexões de Gramsci. Independentemente de qualquer empenho sistemático, foi desenvolvido ao longo de toda a sua obra. Ver Antonio Gramsci, *Quaderni Dal Carcere*, Istituto Gramsci, a cura di V. Gerratana, Torino: Einaudi, 1975. Tradução inglesa de Q. Hoare & G. Nowell Smith (orgs.), *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, Nova York: International Publishers, 1971. Uma boa coletânea da obra de Gramsci pode ser encontrada em D. Forgacs (org.), *An Antonio Gramsci Reader: Selected Writings, 1916-1935*, Nova York: Schocken Books, 1988.

¹³ Ver Louis Althusser, *Lo Stato ed i suoi apparati*, Roma: Editori Riuniti, 1997.

¹⁴ Ver Louis Althusser, *Lenin and Philosophy and Other Essays* (F. Jameson, org.), Londres: NLB Press, 1972. Ver também a reformulação integral da ideia de ideolo-

se dá por meio de uma difusão do poder entre uma pluralidade de indivíduos não restritos a uma só classe. Essa difusão torna-se um conceito-chave para a refutação da ideia de que sua imposição se faz a partir de cima¹⁵.

Contudo, a difusão do poder para criar hegemonia – que, no Direito, acompanhou o desenvolvimento colonial de instituições jurídicas que obedecem ao princípio de confrontação das partes à maneira ocidental – resultou no surgimento de uma *contra-hegemonia*. O exame detalhado do uso do Direito no período colonial¹⁶ mostra que a “concessão de poder” é consequência involuntária do Estado de Direito formal. Os subordinados com frequência viam com bons olhos o advento de juízos em que vigorava o sistema de confrontação das partes, nos quais podiam reivindicar seus direitos e alcançar a justiça. As mulheres, por exemplo, valeram-se dessa nova oportunidade para subverter os padrões de dominação patriarcal por meio dos tribunais coloniais. Devido a esse potencial de “concessão de poder” implícito no Direito, os governantes coloniais costumavam formar alianças com os poderes patriarcais locais, restringindo o acesso ao sistema jurídico modernizado e reconhecendo as estruturas de poder “tradicionais” (muitas vezes inventadas). Esse vínculo ontogênico entre a hegemonia e o poder compensatório é de uma importância fundamental. Na verdade, o Estado de Direito tem uma natureza ambígua e contraditória: pode favorecer a opressão, mas também

já como mecanismo vinculado a uma única classe social em L. Althusser & E. Balibar, *Reading Capital*, Verso Classics Series, Londres: Verso, 1997.

¹⁵ Referimo-nos aqui sobretudo a Michel Foucault, *Archaeology of Knowledge*, Nova York: Harper & Row, 1972. As noções básicas utilizadas no texto, porém, foram desenvolvidas ao longo da vasta produção intelectual de Foucault. Uma coletânea clássica em língua inglesa é P. Rabinow (org.), *The Foucault Reader*, Nova York: Pantheon, 1984.

¹⁶ M. Chanock, *Law, Custom, and Social Order: the Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1985.

pode conceder aos oprimidos o poder que leva à contra-hegemonia. É por esta razão que com tanta frequência agentes poderosos tentam sufocar a contra-hegemonia mediante a adoção de um enfoque “moderado”, com o objetivo de eliminar a resistência potencial oferecida pelos oprimidos, restringindo seu acesso ao sistema judicial de confrontação das partes. Hoje, o movimento mundial denominado “resolução alternativa de conflitos” funciona como um forte mecanismo de enfraquecimento que o discurso dominante torna atraente mediante o uso de uma série de práticas retóricas, como a necessidade de remediar os “excessos” da confrontação judicial, ou de promover a conveniência de uma sociedade mais “harmoniosa”¹⁷. Exatamente como no período colonial, a tradição, inventada ou não, se presta a essa função de enfraquecimento. São esses os tipos de continuidade que focamos.

A generalização e a criação de estereótipos para fins de controle é uma das estratégias mais poderosas para minimizar a complexidade dos diferentes contextos sociais e, em seguida, justificar sua dominação e pilhagem. O “outro” é descrito como simples, primitivo, básico, estático, carente de princípios ou regras fundamentais e necessitado das coisas mais simples e óbvias, o que resulta, desse modo, em uma incapacidade básica de autodeterminação. Esse processo, que é uma dimensão tácita das culturas dominantes, pode ser visto em ação tanto no passado colonial quanto em nossos dias. Por exemplo, o Oriente Médio islâmico, formado por mais de 25 países, com uma variedade muito complexa de leis, culturas, povos e instituições, é constantemente des-

¹⁷ Ver Laura Nader, *Harmony Ideology*, Stanford, CA: Stanford University Press, 1990. A resolução alternativa de conflitos pode ser justificada tanto como um procedimento ditado pelas necessidades de eficiência quanto por uma volta à tradição. Ver também Laura Nader, *The Life of the Law*, Berkeley, CA: University of California Press, 2002.

critico como "o mundo árabe" ou "o mundo muçulmano", como se fossem iguais e não houvesse variações dentro deles¹⁸. Simplificações igualmente infelizes também se aplicam ao contexto de exportação do Estado de Direito.

A exportação do Direito tem sido descrita e explicada de diferentes maneiras, por exemplo, como "norma imperialista/colonialista" ou "imposição legal pela força militar", como acontecia nas conquistas militares. Napoleão impôs seu código civil à Bélgica sob ocupação francesa no começo do século XIX. Da mesma maneira, o general MacArthur impôs ao Japão pós-Segunda Guerra Mundial uma série de reformas jurídicas com base no modelo de governo norte-americano como condição do armistício que se seguiu ao bombardeio de Hiroshima. Hoje, eleições em estilo ocidental e várias outras leis que regem a vida cotidiana são impostas a países sob ocupação dos Estados Unidos, como o Afeganistão ou o Iraque.

Um segundo modelo pode ser descrito como "imposição por barganha", no sentido de que a aceitação do Direito é parte integrante de uma sutil extorsão¹⁹. Os países-alvo são convencidos a adotar estruturas jurídicas que seguem padrões ocidentais para não serem expulsos dos mercados internacionais. Esse modelo, cuja origem remonta aos primórdios do século XX, inclui a China, o Japão e o Egito. Na verdade, também o vemos em prática em operações realizadas atualmente pelo Banco Mundial, FMI, OMC e outras agências ocidentais de desenvolvimento (a Agência Nor-

¹⁸ Infelizmente, esses estereótipos racistas também têm contaminado produtos que se pretendem críticos, como o filme recente de Michael Moore, *Fahrenheit 911*, premiado [com a Palma de Ouro no Festival de Cannes de 2004].

¹⁹ Recentemente também descrito como "contexto de condicionalidade". Ver Sally Falk Moore, "An international legal regime and the context of conditionality", em *Transnational Legal Processes* (M. Likosky, org.), Londres: Macmillan Publishers, 2002, p. 33.

te-Americana para o Desenvolvimento Internacional, ou Usaid, o Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento etc.) nos países em desenvolvimento e no ex-mundo socialista. Esse modelo de imperialismo jurídico é o menos explorado pelos estudiosos, embora seja o mais interessante, devido às complexas motivações individuais e institucionais no exercício do poder.

Um terceiro modelo, concebido como fundado em um consenso absoluto, é o da "disseminação por prestígio", um processo deliberado de admiração institucional que leva à recepção do Direito²⁰. Esse modelo, que muitos veem como o mais disseminado, reduz a dimensão de poder imediato e cultiva um estereótipo de superioridade ocidental que precisa ser analisado em profundidade. De seu ponto de vista, uma vez que a modernização requer grande complexidade de técnicas jurídicas e acordos institucionais, o sistema jurídico receptor – mais simples e primitivo – não tem como enfrentar com êxito as novas necessidades que se lhe apresentam. Falta-lhe a *cultura do Estado de Direito*, algo que só pode ser importado do Ocidente. Todo país que, em seu desenvolvimento jurídico, "importou" o Direito ocidental, reconheceu sua "inferioridade jurídica" ao proceder assim, admirando e tentando importar voluntariamente instituições ocidentais. Exemplos modernos são a Turquia da época de Atatürk, a Etiópia da época de Hailé Selassie e o Japão durante a restauração Meiji. O contexto institucional do país admirador é assim rebaixado à condição de "pré-moderno", inflexível e incapaz de evolução autônoma. É interessante observar que, se a transposição "falhar", como

²⁰ Essa é a teoria clássica de Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens, GA: University of Georgia Press, 1974. Sobre a noção de prestígio, ver também Rodolfo Sacco, "Legal formants: a dynamic approach to comparative law, Part I", *American Journal of Comparative Law* 39, 1991, p. 1; e, de teor mais crítico, Elisabetta Grande, *Imitazione e Diritto*, Torino: Giappichelli, 2001.

no caso das tentativas canhestras de impor a regulamentação, à maneira ocidental, do mercado de ações russo ou das várias iniciativas associadas ao direito e ao desenvolvimento – para não mencionar as eleições em países devastados por guerras –, a culpa será sempre da sociedade receptora. Afirma-se então que as deficiências e “faltas” locais impediram a implantação e o desenvolvimento bem-sucedidos do Estado de Direito. Quando o Banco Mundial produz um relatório sobre o avanço de questões na esfera jurídica, o documento quase sempre demonstra insensibilidade diante das complexidades locais e sugere transposições radicais e universais de concepções e instituições ocidentais. O fracasso inevitável dessas estratégias simplórias, atribuído ao país receptor, reforça a arrogância e as atitudes autogratiﬁcantes do Ocidente, ao mesmo tempo que estigmatiza o país em questão.

Direito, pilhagem e expansionismo europeu

Poderíamos começar com imagens trágicas de pobreza, morte e exploração nas minas de prata de Potosí, onde hoje é a Bolívia, em que cerca de 8 milhões de indígenas escravizados perderam a vida, para compreender as causas e as consequências letais da pilhagem colonial. Os custos humanos e sociais da “abertura das veias” da América Latina²¹ foram tão elevados que somente hoje, depois de meio milênio, a demografia devolveu uma maioria de nativos a esse continente. A obsessão dos conquistadores espanhóis do século XVI por ouro e prata, tragicamente satisfeita com o genocídio nas Américas, é um dos possíveis cenários iniciais. Contudo, o contexto histórico poderia ser facilmente transplantado para duzentos anos depois, na Bangladesh moderna, a

²¹ Ver Eduardo Galeano, *Open Veins of Latin America: Five Centuries of the Pillage of a Continent* (trad. inglesa de Cedric Belfrage), Nova York: Monthly Review Press, 1973.

fim de refutar de imediato a argumentação ocidental revisionista sobre a natureza benigna do Estado de Direito britânico como legado colonial. Bengala foi descrita por Ibn Battuta, um lendário viajante árabe da Idade Média que havia explorado boa parte do mundo no século XIV, como uma das terras mais ricas que ele havia visto em toda a sua vida. Em 1757, o ano da Batalha de Plessey (decisiva para a dominação britânica do subcontinente), sua capital, Dacca, um centro de comércio de algodão e de indústria têxtil, era tão rica, grande e florescente quanto Londres. Uma pesquisa oficial da Câmara dos Lordes mostra que, por volta de 1850, sua população declinara de 150 mil para 30 mil habitantes, que a malária e a febre silvestre se espalhavam rapidamente e que Dacca, “outrora a Manchester hindu”, estava ficando cada vez menor e mais pobre. A cidade nunca se recuperou e hoje é um dos lugares mais miseráveis do planeta. O cenário também poderia ser a África Ocidental, onde os dados quantitativos sobre o declínio populacional provocado pelo tráfico de escravos são estardalosos. Segundo boa parte da melhor historiografia, esse declínio, em um país da África Ocidental que tradicionalmente sofreu de escassez populacional, é a causa mais importante do baixo nível de desenvolvimento e da pobreza.

Por trás das primeiras tentativas coloniais das potências europeias encontra-se a urgência de financiar a imensa necessidade econômica dos novos sistemas centralizados de governo, essenciais para o desenvolvimento capitalista. Sem ouro, prata, algodão e seres humanos provenientes de terras distantes, teria sido impossível financiar o sistema institucional que prepararia o caminho da industrialização e do desenvolvimento²². No início do

²² Da mesma maneira, sem estratégias protecionistas teria sido impossível, para o esforço industrial emergente, desenvolver-se e expandir-se durante a Revolução Industrial. Para uma obra econômica clássica que enfatiza o contexto institucional,

século XVIII, a Companhia das Índias Orientais – uma agência quase privada, pré-colonial – controlava mais da metade do comércio inglês, e as fortunas que amealhou para seus acionistas ficavam além da imaginação²³.

Da perspectiva dos poderosos, a pilhagem é uma maximização racional da utilidade, sendo o saque um retorno dos investimentos em poderio militar e político. Desse modo, a pilhagem engloba uma série de práticas, desde a captura e o comércio de escravos até a extração de ouro e de recursos em longínquas “terras de ninguém”, práticas essas que não foram consideradas ilegais pelo Direito interno e internacional. Esse roubo constitui uma atividade extremamente condenável do ponto de vista moral, pois a busca de lucro ocorre sem nenhuma preocupação com os interesses, direitos e necessidades de outros seres humanos ou grupos mais fracos. Não obstante, quando essas práticas acham-se atreladas a poderosas motivações ideológicas, tornam-se aceitáveis como os padrões morais dominantes de determinada época. Assim, as Cruzadas usaram o fervor religioso para justificar o assassinato em massa e a pilhagem na Arábia oriental. De modo muito semelhante aos cruzados, ao justificarem a necessidade de defender os lugares sagrados, o Estado de Direito apresenta um registro contínuo de justificações de práticas opressivas, como veremos no contexto dos americanos nativos e na utilização do conceito de *terra nullius* – terra de ninguém, como o definia o Direito.

Hoje, o Direito internacional proíbe que as potências ocupantes se envolvam com a pilhagem, tanto direta quanto indiretamente,

mas praticamente deixa passar em branco a pilhagem, ver Douglas North & Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Nova York: Cambridge University Press, 1973.

²³ Ver E. Wolf, *Europe and the People Without History*, Berkeley, CA: University of California Press, 1982.

na sequência de um conflito armado. Procura, assim, impedir que os mais fortes ponham em prática seu comportamento “natural” de abusar dos mais fracos. Examinemos a atual guerra no Iraque. Alguns círculos ainda recorrem ao Estado de Direito, ausente na época de Saddam Hussein, para justificar, nos termos do Direito internacional, a ocupação ilegal do país pelos Estados Unidos, pela Inglaterra e alguns aliados. Portanto, parece que o Estado de Direito, tanto o interno quanto o internacional, pode ser usado para justificar tanto a pilhagem e o abuso dos mais fracos quanto a tentativa de coibir abusos. Desse modo, a busca contemporânea de posições dominantes em áreas ricas em petróleo na Ásia Central e no Iraque é disfarçada pela necessidade de exportar a democracia e o Estado de Direito, revelando um extraordinário padrão de continuidade e, talvez, apenas um nível diverso de sofisticação ideológica, na maneira como o Ocidente domina o resto do mundo. Essa imagem precisa ser examinada em profundidade.

Um dos avanços mais importantes e dramáticos da segunda metade do século XX foi a descolonização. Em 1961, o ano da África, nada menos que dezessete ex-colônias tornaram-se independentes. Hoje vemos claramente que o domínio colonial constitui uma complexa elaboração de leis, práticas, relações econômicas, plataformas políticas e ideologias que tinham na pilhagem seu princípio organizador central²⁴. A própria construção da relação colonial prototípica seguiu uma estratégia por meio da qual a apropriação violenta viria a transformar-se em hegemonia legal por meio de grande número de práticas discursivas e de dominação econômica voltadas para a obtenção de “consentimento” local. Por exemplo, em meados do século XVIII, 90 por cento das forças de ocupação militar na Índia eram formadas por mercenários

²⁴ Ver Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth*, Nova York: Grove Press, 1965.

nativos: dominação indireta. Uma vez que esse tipo de estratégia com frequência apresentava bons resultados, não admira que a força policial local seja o alvo mais comum dos ataques no Iraque atual.

Todavia, poucas práticas colonialistas – apesar da extinção desse modelo obsoleto de dominação formal – foram realmente abandonadas depois da descolonização, o que nos revela uma história de continuidade. As ideias revisionistas que hoje surgem no Ocidente resultam de arrogância, cinismo e frustração, ou de simples falta de entendimento da pilhagem, o mais significativo dos fatores que produzem e sustentam a pobreza no mundo. Um impressionante padrão de continuidade pode ser encontrado por trás da independência formal das ex-colônias, e atualmente presenciamos o ressurgimento de uma nostálgica retórica colonialista, que fala de modernização e Estado de Direito²⁵. Ninguém colocou esse fato com mais clareza do que o jurista tanzaniano Issa Shivji: “A reabilitação moral do imperialismo foi sobretudo ideológica, o que, por sua vez, originou-se de preceitos do neoliberalismo econômico – mercado livre, privatização, liberalização etc., o chamado ‘consenso de Washington’. Misturou-se tudo: direitos humanos, ONGs, boa governança, democracia multipartidária e Estado de Direito. [...]”²⁶ Com a crescente visibilidade das ilegalidades, a retórica do Estado de Direito torna-se cada vez mais onipresente, como nas tentativas anteriores de viabilizar e justificar a apropriação.

A necessidade de justificar a política internacional de domínio da minoria ocidental sobre a população mundial, que resul-

²⁵ Ver Niall Ferguson, *Op. cit.*

²⁶ Issa G. Shivji, “Law’s empire and the empire of lawlessness: beyond the Anglo-American law”, *Law, Social Justice and Global Development* (revista eletrônica de direito), 2003: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2003-1/shivji2/shivji2.rtf>.

tou em uma crescente desigualdade social, produziu uma imensa cegueira social (e individual). Essa cegueira, agravada em âmbito internacional por instrumentos jurídicos progressistas, como a proibição da escravidão, da guerra de agressão, do comércio de armas ou do genocídio, prosperou como poderoso fator político a permitir a perpetuação de quase todas essas atividades oficialmente proibidas, sob o manto ideológico dos ideais ocidentais “democráticos” de decisão e elaboração de políticas legalmente justificadas. Contudo, podemos considerar superficial essa descon-tinuidade entre um passado de violação e pilhagem implacáveis (colonialismo) e a legalidade atual que, na esfera internacional e em tese, respeita os direitos e a independência de todos os povos do mundo. O observador que não quer ser enganado pela retórica dominante deve ver com extrema desconfiança essas narrativas jurídico-formais “bem-sucedidas” como a descolonização ou até mesmo o fim da escravidão. Podemos aprender com o passado, por exemplo, que a escravidão havia sido banida muito antes da partilha formal do continente africano, que teve lugar no final da Conferência de Berlim, em 1889. Na época da proibição geral da escravidão, entre as décadas de 1830 e 1860 (ainda que, na Inglaterra, a Câmara dos Comuns já a tivesse proibido por uma lei apresentada por lorde Wilberforce em 1807), o chamado “continente negro” já estava despovoado a tal ponto que sua recuperação se mostrou impossível até os dias de hoje. Sem dúvida, o comércio de escravos já era, naquela época, um negócio extremamente des-vantajoso para os capitalistas ocidentais, sendo conduzido basicamente por chefes africanos.

A Conferência de Berlim assinalou o começo da “corrida para a África”. As potências ocidentais participantes apresentaram a luta contra o comércio de escravos, ainda praticado por alguns chefes africanos, como o argumento moral mais premente em fa-

vor da missão civilizadora da colonização. De novo, percebe-se uma extraordinária continuidade com relação à argumentação moral dos conquistadores católicos espanhóis, que procuraram civilizar os maias e os incas, acusados da prática de sacrifícios humanos. Fazendo eco a essa história, os ativistas contemporâneos dos Direitos Humanos engajam-se em uma cruzada de boa-fé contra a circuncisão feminina ou a *burqa*, sem levar em conta a possibilidade de se tornarem instrumentos para a justificação da pilhagem que prospera na África ou no Oriente Médio, vitimando exatamente as populações cujas mulheres eles lutam por libertar.

Hoje, a opinião pública mundial está dividida, como talvez nunca tenha estado antes, em sua interpretação do momento presente. Como quase sempre acontece, a divisão ocorre em grande parte entre os que têm e os que nada têm, entre vencedores e vencidos, entre incluídos e excluídos, entre Norte e Sul ou entre direita e esquerda. Contudo, a complexidade do cenário internacional e a multiplicidade das narrativas possíveis aprofundam ainda mais as divisões, envolvendo desde grupos e classes sociais até motivações individuais ou de caráter moral. Um dos lados acredita que o modelo de desenvolvimento dominante, o do capitalismo empresarial – também conhecido como “o fim da história”²⁷ –, é o melhor caminho possível para a prosperidade e a libertação de todos em toda parte. Segundo esse ponto de vista, em grande parte produto de cinismo e autocomplacência²⁸, mas às vezes compartilhado de boa-fé por muitos que nele verdadeiramente acreditam, a solução consiste apenas em fazer que a superioridade do

²⁷ Do bestseller do cientista político conservador Francis Fukuyama, da London School of Economics, *The End of History and the Last Man*, Nova York: Avon Books, 1992.

²⁸ Ver Thomas Friedman, *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalization*, Nova York: Anchor Books, 1999.

modelo capitalista de desenvolvimento seja compreendida por aqueles que ainda não se beneficiam diretamente dele. Os leitores que compartilham tal visão poderiam rejeitar a concepção de pilhagem que estamos articulando sob a alegação de que é estruturalmente incompatível com o Estado de Direito. A pilhagem seria uma contradição íntima, um Estado de Direito “ilegal”, no máximo uma patologia atípica que o Estado de Direito teria condições de sanar, e não de produzir.

O outro lado acredita que é exatamente devido ao modelo atual de desenvolvimento capitalista empresarial que a divisão entre “privilegiados” e “despossuídos” é tão drasticamente irremediável. Assim, a liberdade e a prosperidade para os ricos, com seus exagerados padrões de consumo e desperdício, só se tornam possíveis por meio do esforço consciente de evitar a libertação dos pobres e dos que não possuem direitos civis ou privilégios. De acordo com essa segunda concepção, os ricos e poderosos não apenas usam instrumentos de governança para manter e aumentar seus privilégios, como também recorrem à propaganda para mostrar que, em última instância, todos irão se beneficiar do estado de coisas atual²⁹. Uma anatomia da pilhagem configura um caminho para entendermos se essa prática pode ser sanada pelo Estado de Direito. O caminho do desenvolvimento pode ser alterado por práticas políticas compatíveis com a legalidade, ou a mudança só pode ocorrer fora da ordem jurídica corrente, mediante transformações revolucionárias no espaço político? Poderá surgir uma nova ordem jurídica que seja capaz de exorcizar a pilhagem? Como? Eis algumas perguntas que só podem ser respondidas por

²⁹ Ellen Hertz & Laura Nader, “On Thomas L. Friedman’s *The Lexus and the Olive Tree*”, em *Why America’s Top Pundits are Wrong about the World* (Catherine Besteman & Hugh Gusterson, orgs.); Berkeley, CA: University of California Press, 2005, pp. 133-37.

meio de um exame minucioso dos usos do Estado de Direito, bem como da análise de seu desdobramento histórico atual.

Ao longo da história, o Estado de Direito tem sido fiel servidor da pilhagem, a tal ponto que alguns vestígios de concepções ocidentais de legalidade podem ser encontrados, pelo menos em nível superficial, em quase todos os sistemas jurídicos do mundo³⁰. O fim da Guerra Fria, porém, modificou as condições da concorrência internacional posteriores às condições vigentes durante a Segunda Guerra Mundial, que justificavam a busca do Estado de Direito como uma estratégia ocidental de libertação. O desenvolvimento de um monopólio internacional de violência “legalmente” organizada, que caracterizou o chamado “fim da história” (também conhecido como *Pax Americana*, Consenso de Washington ou, mais simplesmente, império), criou novas condições. A força aparente do Estado de Direito nos Estados Unidos conferiu grande prestígio ao seu sistema jurídico, tornando-o posteriormente hegemônico no mundo inteiro, por meio da Guerra Fria e de suas consequências. Desse modo, o Estado de Direito pôde ocultar sua ligação com a pilhagem, ela própria protegida por seu acompanhante altamente respeitável. Apesar de sua natureza inegavelmente hipócrita, esse estado de coisas conseguiu por vezes atenuar a brutalidade da pilhagem, por meio da contra-hegemonia ou do eventual fortalecimento dos agentes sociais mais fracos, enquanto a pilhagem segue seu curso livre e desenfreado no cenário pós-Guerra Fria.

Na sequência imediata do 11 de setembro de 2001, testemunhamos danos ainda maiores àquela forma já bastante frágil de Estado de Direito que se conhece como *legalidade internacional*.

³⁰ Ver Rudolf B. Schlesinger, Hans W. Baade, Peter H. Herzog & Edward M. Wise, *Comparative Law*, Nova York: Foundation Press, 1998, p. 283.

Inaugurando o estado de exceção como sua nova companhia, com uma hábil manipulação do impacto emocional daquele ato terrorista, os representantes da administração do presidente norte-americano George Bush rechaçaram o Direito internacional e ridicularizaram-no como uma burocracia impotente e dispendiosa. Por exemplo, o campo de concentração de Guantánamo, onde grande número de prisioneiros inocentes, escolhidos sobretudo por critérios de raça, teve seus direitos fundamentais negados, e a vergonhosa atitude da Suprema Corte dos Estados Unidos, que justificou esses horrores, demonstraram a impotência do Direito internacional contra o poder imperial. Para os que ainda se mostram crédulos, o substancial descaso com que foi tratada a decisão do Tribunal Internacional de Justiça, que condenou o muro de Israel, mostra que o estado de exceção imperial também se aplica aos aliados fiéis dos Estados Unidos. A revelação de uma prática sistemática de tortura na prisão de Abu Ghraib, no Iraque, e as ações penais relutantes contra bodes expiatórios de menor importância como única reação oficial a tal prática são fatos que provavelmente infligiram um golpe definitivo ao ideal norte-americano do Estado de Direito³¹.

A destruição e ocupação do Afeganistão e do Iraque pelos Estados Unidos e seus poucos aliados, conquanto tenha produzido um gigantesco retorno econômico aos agentes empresariais dominantes – lucros que vão da promessa de extração de petróleo aos contratos de reconstrução, ao apoio militar, à privatização da segurança e à criação de novos paraísos fiscais –, tornaram praticamente impossível ocultar a *ligação ilícita* entre pilhagem e vigência do Estado de Direito. Portanto, torna-se crucial vasculhar falsas virtudes morais e submeter a um exame implacável as res-

³¹ Ver discussão no Capítulo 5.

ponsabilidades de um modelo de desenvolvimento capitalista que se mostra cada vez mais passível de questionamento.

Qualquer investigação sobre o Estado de Direito não está livre de dificuldades. Poder-se-ia afirmar que, como a hipocrisia é uma comprovação de um senso de limite, é melhor consentir que a pilhagem e o Estado de Direito mantêm uma relação hipócrita do que admitir a ilegalidade brutal e plena, com base no estado de exceção. Expor as práticas do Estado de Direito também é um dever do cidadão. Vale a pena iluminar a relação histórica e atual entre pilhagem e Estado de Direito a fim de restabelecer a civilização fundada nas leis e defender um distanciamento mais radical e revolucionário do modelo atual de "desenvolvimento".

Institucionalização da pilhagem: a relação colonial e o projeto imperial

Na relação colonial, o Direito sanciona um modelo de subjugação das populações carentes de força pelas que são fortes. Essa relação, cujas origens são antigas e variáveis em diferentes áreas geográficas, seguiu abertamente sua trajetória de imposição de sofrimentos ao longo do século XX, gerando tensões entre potências colonialistas que terminaram por causar, entre outras coisas, a deflagração da Primeira Guerra Mundial. Pensadores socialistas do Ocidente, como Friedrich Engels e Karl Marx, analisaram, contestaram e expuseram essa subjugação legal. Ela foi formalmente abandonada, pelo menos como relação sancionada pelo Direito internacional, com o movimento de descolonização que se seguiu à Segunda Guerra, mas deixou cicatrizes permanentes na consciência coletiva de milhões de pessoas afetadas pela dominação.

O Estado colonial foi criado e delineado segundo o modelo europeu, como um agregado de regras jurídicas e instituições de governança. Portanto, fundamentava-se no Direito e também em

uma série de práticas discursivas informais que legitimavam as leis. Os juristas são importantes fornecedores dessas práticas, como às vezes também o são alguns funcionários coloniais estrangeiros (ou antropólogos) e membros das comunidades locais que compartilham com os outros uma formação no exterior. Não é necessário pressupor uma motivação mesquinha em tais legitimadores da dominação colonial, nem a mesma motivação em cada um deles.

Como já mostramos aqui, o Direito tem pelo menos duas dimensões decorrentes da motivação de seus usuários: a opressão e a delegação de poder. As potências coloniais, frequentemente aliadas a missionários e antropólogos (como veremos adiante), pouco importa se dotados de boa ou de má-fé, valem-se do Direito para diminuir a resistência à pilhagem total, buscando legitimidade para a atividade exploratória. Elas usam a propaganda e interpretam o Direito pelo prisma de uma civilização superior, reivindicando recursos como uma questão de direito, e não como fruto de pilhagem. Os recursos devem ser entregues aos estrangeiros em consideração pelo desenvolvimento e pela civilização que trazem aos "seres subdesenvolvidos" que habitam o contexto colonial. Assim, o Direito conquista o apoio das elites locais, educadas no Ocidente, e a partir daí funciona como um mecanismo de centralização do poder. É desse modo que logo se forma uma aliança entre elites locais e corpos de funcionários coloniais, com reforma jurídica e modernização, conceitos em torno dos quais se organizam tais alianças.

Primeiro, houve a necessidade de pacificação social, necessária para a pilhagem sancionada pelo Direito. Sem instituições jurídicas e organizações locais estáveis, teria sido impossível assegurar as vantagens do modelo de apropriação "primeiro a chegar, primeiro a ser atendido", típico do colonialismo em suas origens, porém insustentável no longo prazo. No passado, essas atividades

foram perfeitamente simbolizadas pela brutalidade das práticas extrativas da Companhia das Índias Orientais, já criticadas por Adam Smith em 1776³². O fundador da economia moderna denunciou aquilo que chamava de "a companhia que oprime e domina as Índias Orientais". Ele afirmava que 300 ou 400 mil pessoas morriam de fome todos os anos em Bengala (sob o controle da Companhia das Índias Orientais desde 1757, bem antes da colonização inglesa formal) devido às políticas desse sistema privado de guerra e pilhagem.

A colonização oficial de Estado, legalmente acobertada e baseada na privatização de terras e na concessão de titularidade privada a protegidos locais da potência colonial, era necessária para evitar a disputa ferrenha entre potências coloniais adversárias, o que invariavelmente ocorria na sequência imediata de uma apropriação. Por fim, a elite colonizada, às vezes devido a circunstâncias internacionais, outras vezes em decorrência da mobilização das massas, libertava-se da potência colonial e estabelecia-se na forma de Estados independentes. A independência, porém, é uma ideia formalista que precisa ser entendida em seu contexto. A relação colonial, na forma de neocolonialismo, continua baseada nas elites locais, que impõem um preço aos serviços que prestam como instrumentos de hegemonização. Portanto, tanto a colonização legal quanto a descolonização formal surgem como resultado da concorrência internacional, em que o Direito tinha importante papel a desempenhar. Isso se verifica, por exemplo, na América do Norte, na Oceania e, talvez, na África do Sul, onde os recém-chegados europeus, depois de se engajarem no genocídio, estabeleceram-se como uma nova classe colonizada, eventualmente capaz de libertar-se do domí-

³² A. Smith, *The Wealth of Nations*, Nova York: Bantam Classics, 2003.

nio colonial de seu antigo país de origem. Com mais frequência, sobretudo por razões demográficas (na América Latina e na Índia, por exemplo), uma classe colonial teve de selar um acordo com as populações locais.

Foram desenvolvidos modelos de exploração, cada um exibindo certo grau de cooperação dos povos locais, uma fonte insubstituível de mão de obra barata, necessária para as economias extrativistas (os nativos miseráveis foram abundantemente usados nas atividades de mineração em toda a América Latina espanhola e em outros lugares; e esses contingentes nativos também serviram ao exército e à maioria das instituições coloniais na Índia imperial). Em outros contextos, a mão de obra podia chegar na forma de escravos trazidos da África Ocidental, como nas plantações do Sul dos Estados Unidos, no Caribe e no Brasil, um "triângulo" pelo qual circulavam navios sempre abarrotados. Por exemplo, os navios ingleses partiam de Londres, Manchester ou Liverpool para a costa ocidental africana levando toda espécie de artefatos para as elites africanas que praticavam o tráfico de escravos. De lá partiam carregados de escravos que se destinavam às plantações, voltando à Europa sobrecarregados da pilhagem praticada em terras americanas: metais, fertilizantes, madeira, algodão etc. Atividades semelhantes ocorriam nas rotas de comércio orientais, com pequenas variações, como as que se dedicavam à venda forçada de ópio à China. No auge do império britânico, modalidades de dominação indireta por meio do Direito governavam e extraíam recursos para atender aos interesses de Londres em mais de um quarto da superfície de nosso planeta³³.

³³ O modo de operação desse controle por meio do Direito encontra-se descrito em M. Chanock, *op. cit.*

Uma história de continuidade: construindo o império da (i)legalidade

Por volta do final da descolonização, no cerne dos anos da Guerra Fria, é fácil perceber um padrão de continuidade sob uma imagem de separação. As novas elites locais, "soberanas", mantinham vínculos com as ex-potências coloniais, ou estabeleciam novas relações no mundo político bipolar, auferindo grandes vantagens de sua habilidade no jogo de xadrez da Guerra Fria, ou mesmo, como no caso da Índia de Nehru, aproveitando-se da divisão sino-soviética de fins da década de 1950. Os advogados locais, frequentemente formados tanto nos países ocidentais quanto nos países socialistas, eram figuras proeminentes nesses novos contextos. O debate sobre a natureza benigna ou opressiva do Estado de Direito ocidental era resolvido em favor da primeira, até mesmo por socialistas como Julius Nyerere, da Tanzânia, ou por líderes como Gandhi (ele próprio advogado) na Índia, para não mais serem reabertos. Assim, uma constante – o reconhecimento do Estado de Direito como força benigna no caminho do desenvolvimento – surgiu, fortalecida, nos anos que se seguiram à descolonização. Seu papel na pilhagem colonial parece subestimado inclusive na retórica política mais polêmica dos nacionalistas emergentes e dos intelectuais e romancistas "pós-coloniais".

Ao longo do século XX, por exemplo, a chamada Doutrina Monroe (1823) manteve a América Latina sob forte influência dos Estados Unidos, e o legado colonial europeu esteve submetido a um processo de hegemonia norte-americana. Em tal contexto, organizações como a Agência Central de Inteligência (CIA) respaldavam um poder intransigente e a brutalidade política, enquanto o primeiro movimento de direito e desenvolvimento oferecia uma eloquente retórica do Estado de Direito e da falta deste. A despeito de suas motivações muito distintas, essas forças termi-

navam por apoiar ditaduras fascistas que invariavelmente favoreciam a pilhagem por parte das empresas norte-americanas, como aquela praticada pela notória United Fruit Company.

A Ásia ficou marcada pelas guerras da Coreia e do Vietnã e pela feroz competição tanto dentro do bloco comunista quanto fora dele. Nesse período turbulento, as ideias ocidentais de legalidade – um legado do século XIX que fortalecia a abertura dos mercados por meios econômicos e militares – possivelmente viram-se confinadas a uma camada muito periférica dessa complexa colcha de retalhos. Não obstante, a atitude de desprezo pelas leis que, na China, caracterizou o "Grande Salto para a Frente" e a "Revolução Cultural" nunca chegou a obter hegemonia regional, pois viu-se contraposta pelas concepções socialistas de Krushev e de Brezhnev – a primeira, legalista, e a segunda, burocrática. Ironicamente, foi por meio da implacável propaganda ocidental que a ausência do Estado de Direito acabou sendo incluída entre os fatores responsáveis pelos horrores pós-Guerra do Vietnã no Sudeste Asiático, tornando a retórica norte-americana sobre o Estado de Direito bem-sucedida até nossos dias, mesmo em uma área em que seu violento imperialismo se mostrava na plenitude de sua brutalidade.

O esforço de guerra, a violência, o racismo e o delicado confronto internacional da Guerra Fria caracterizaram a situação no Oriente Médio e, em termos mais gerais, no Norte da África de domínio islâmico. A questão da relação entre o Islã e a modernização das leis já estava há tempos na agenda dos reformadores jurídicos, e sua importância foi confirmada pelo imenso prestígio e influência na área dos mais importantes resultados legislativos de tais empenhês: o Código Civil egípcio de 1949 e o Código Civil iraquiano de 1953. As noções ocidentais de Estado de Direito e de soberania de Estado ajudaram a subverter a relação entre Islã

e governo, colocando este último (o Estado) em posição de controle e dividindo politicamente a comunidade dos fiéis. Enquanto isso, as noções de atraso, rigidez e imutabilidade do Direito islâmico foram fomentadas até mesmo na literatura jurídica mais respeitada. O resultado final foi a eliminação dos aspectos das leis islâmicas (como solidariedade e dever de cuidar dos pobres) que menos interessam à ordem neoliberal.

Um contexto em que se evidencia o desenvolvimento fundamental da continuidade jurídica colonial, pós-colonial e imperial é aquele da região da África subsaariana, que se tornou independente mais recentemente. Ali, uma desconcertante pluralidade de reformas jurídicas acumulou-se, atropelando-se mutuamente e produzindo um grau de estratificação e de pluralismo difícil de encontrar em outro lugar. Além disso, foi ali que, durante a Guerra Fria, a dimensão política do sistema jurídico formal foi amplamente reconhecida e era mais altamente simbólica. Documentos constitucionais sucediam-se uns aos outros com a mesma intensidade de golpes e revoluções. As instituições financeiras internacionais e as mais poderosas agências ocidentais de desenvolvimento aderiram a uma política de "não intervenção no sistema jurídico" que constitui, em si, um reconhecimento da ligação política entre leis locais e concorrência política internacional. Apesar de alguns esforços limitados dos Estados Unidos no campo da educação jurídica, na década de 1960 o Direito foi considerado excessivamente "político" para constituir uma área de intervenção na África durante os anos da Guerra Fria. Quando esta terminou, porém, o Direito nesse continente começou a ser desenvolvido como um mecanismo "meramente técnico", cuja legitimidade deveria basear-se na eficiência econômica, avaliada pela capacidade de atrair investimentos privados. No novo cenário pós-Guerra Fria, os projetos desenvolvimentistas com fundamentação legal

passaram a receber apoio financeiro e floresceu um novo movimento em defesa da lei e do desenvolvimento, que visava facilitar a injusta abertura dos mercados de propriedade intelectual, matérias-primas e mão de obra barata por meio de acordos comerciais intrincados e de grande complexidade jurídica.

O fim da Guerra Fria representou um forte revés para essas áreas pretensamente pós-coloniais. No início da década de 1990, ficou claro que o poder imperial norte-americano não estava disposto a compartilhar o acesso ao petróleo do Oriente Médio, nem a pagar um imposto permanente às classes dominantes locais ou a concorrentes neocoloniais, como a França e outros países ocidentais. A primeira Guerra do Golfo preparou o caminho para a transformação do neocolonialismo, com uma pluralidade de concorrentes (França, Inglaterra e outros), em um contexto monopolista de dominação norte-americana. Os Estados Unidos reivindicavam um novo *status* imperial, enquanto a ordem colonial, em vez de ser substituída por independência, liberdade e igualdade, resultou em uma ordem imperial: os ingleses ainda possuem as minas de diamantes em Serra Leoa; as minas bolivianas ainda estão nas mãos de multinacionais que se opõem ferozmente à nacionalização pretendida pelo presidente Morales; e, na Nigéria, o petróleo ainda é controlado por empresas petrolíferas norte-americanas.

A alta concentração de poder militar nas mãos da superpotência monopolista parece ter transformado as condições competitivas nas quais o Estado de Direito foi desenvolvido nas colônias, bem com aquelas da descolonização formal. As diretrizes econômicas e políticas organizam-se em torno das instituições de Bretton Woods (o Banco Mundial e o FMI) e são conduzidas por outras entidades sem responsabilidade política final, como a Organização Mundial do Comércio ou o G8. O uso intransigente da

força militar, consolidando essa ordem hegemônica neoliberal, faz-se acompanhar cada vez mais por uma retórica centrada em circunstâncias excepcionais (guerra, terrorismo, crise energética etc.), e não em questões de religião ou civilização, ou mesmo de direito – uma retórica mais afinada com o espírito da pilhagem privada dos tempos pré-coloniais, como a praticava a Companhia das Índias Orientais, do que com os ideais que estiveram na base das esperanças de descolonização.

De modo significativo, tanto na África quanto na América Latina, na Ásia Central, na China e em outras partes, o Direito transformou-se em uma mercadoria tecnológica, em um mecanismo que podia ser providenciado por agências de desenvolvimento internacional ou por empresas privadas. A intervenção seria capaz de sanar as deficiências e “faltas” atribuídas à ordem colonial (europeia) e pós-colonial (comunista), ou simplesmente associadas às crenças islâmicas ou confucionistas locais, caricaturadas ou consideradas obsoletas. O poder neoliberal poderia então impor, em extraordinária continuidade com a ordem colonial, uma versão do Estado de Direito que, em vez de restringir ou controlar, fortalece o gigantesco modelo empresarial de atividade econômica. Essa ordem, obtida por um processo implacável de corporativização que recorre a meios legais e ilegais, favorece a transferência fácil de recursos naturais, a preços irrisórios, da propriedade pública para os ricos oligarcas. Os tecnocratas, em particular os economistas, assumem um número cada vez maior de funções – executivos coloniais, advogados, antropólogos e missionários – na criação de legitimidade. As elites locais, outrora formadas na Europa, hoje obtêm sua formação nos Estados Unidos.

Um escritório de advocacia norte-americano pode garantir a seus clientes empresariais sua concepção sobre o Estado de Direito: uma garantia do retorno dos investimentos em um gigantesco

oleoduto que vai transferir petróleo do Mar Cáspio para o Mediterrâneo. Ao negociar contratos e tratados bilaterais, o recém-criado “direito à livre transferência de petróleo” pode ser legalmente aplicado por milícias privadas ou por governos fantoches. Outros escritórios de advocacia especializam-se em contratos de reconstrução: “Tire o capacete de combate e ponha o de construção: reconstruindo o Iraque e o Afeganistão” é o lema de uma grande empresa na área de Washington: pilhagem e Estado de Direito.

Os dez últimos anos do século XX foram cruciais para a depuração dos aspectos imperialistas e hegemônicos do Direito norte-americano. Ninguém colocou isso tão claramente do que o advogado internacional Richard Falk:

A lógica da autoridade hegemônica extrapola as implicações de poder e influência desiguais, incorporando o papel um tanto amorfo, porém importante, de liderança global. Em uma era de conflitos internacionais moderados, esse papel hegemônico tem como premissa o poder militar, mas também inclui, de maneira crucial, a reputação normativa de um agente político quase sempre benfazejo, um garantidor da ordem que favorece o bem público global, e não apenas as ações ditadas pelos interesses nacionais do poder hegemônico.³⁴

A busca de “reputação normativa” permanece em uma plataforma ideológica simples desde a época de Woodrow Wilson. Uma forte ênfase na liberdade, na democracia e no Estado de Direito como valores profundamente norte-americanos acompanhou quase todas as intervenções feitas pelos Estados Unidos em outros países, invariavelmente apresentadas como atos a serviço

³⁴ Richard Falk, “Re-framing the legal agenda of world order in the course of a turbulent century”, em *Transnational Legal Processes* (Michael Likosky, org.), Nova York: Cambridge University Press, 2002. Disponível em <http://www.wilson.princeton.edu/~rfalk/papers/in>.

do bem público, e não como interesse da potência interveniente. Essa visão idealizada, em geral contraposta à face inimiga do nazifascismo, do comunismo, do despotismo oriental etc., conferiu aos Estados Unidos grande prestígio como governante internacional benévolo, a despeito de horrores como os bombardeios de Hiroshima e Dresden, dos quais o "Plano Marshall" costuma ser visto como compensação adequada.

Na verdade, durante a Guerra do Vietnã, o prestígio norte-americano declinou no mundo inteiro. Não obstante, a alternativa totalitarista do comunismo bastou para deixar um número razoável de intelectuais – advogados, na maioria – sempre a postos para acreditar piamente na natureza benévola do Estado de Direito dos Estados Unidos, em sua estreita ligação com a economia capitalista e, em última instância, com a liberdade. A estrutura ideológica atual do mundo islâmico (representada por Khomeini ou Ahmadinejad, ou pelo Talibã) também introduziu um componente racista, mas as fortes acusações contra o "inimigo" não mudaram: a adversidade para os valores norte-americanos de liberdade universal, democracia, Estado de Direito, igualdade entre os sexos e direitos humanos – um extraordinário padrão de continuidade. Sem dúvida, tanto naquela época quanto atualmente, esses valores são apresentados como ligados de modo indissociável ao modelo capitalista de desenvolvimento, o resultado natural de uma verdadeira busca de liberdade³⁵.

Podemos dizer que a década de 1990 assinala a época em que o poder e o Direito internacionais dos Estados Unidos entraram

³⁵ A construção de um novo confronto, substituindo a Guerra Fria pelo islamismo, é a "contribuição" política de Samuel P. Huntington, "The clash of civilizations?", *Foreign Affairs Journal* 72, 1993, p. 22. A partir de uma perspectiva pós-estruturalista, Michel Foucault apresenta uma ideia semelhante em *Politics, Philosophy, Culture and Other Writings*, Nova York: Routledge, Chapman & Hall, 1990.

em uma fase mais acentuada de hegemonia. Como demonstraremos em capítulos posteriores, a hegemonia jurídica e política implica um empenho irredutível de americanizar as instituições internacionais, enfatizando uma imagem ideológica de democracia e liberdade, a fim de convencer o público da natureza benéfica do líder internacional, às vezes por meio da propaganda e da manipulação. Pelo que se vê no começo do novo milênio, as tentativas de governar por meio de "reputação normativa" se retraem sob o peso de um orçamento militar anual de mais de 600 bilhões de dólares (em valores de 2007).

Neste livro não será feito um inventário das inúmeras ocasiões em que a nova ordem mundial, surgida após a Segunda Guerra Mundial e consumada depois da queda simbólica do Muro de Berlim, foi reforçada por um poderio e uma violência militar sem precedentes³⁶. Em consonância com nossos objetivos, mostraremos que na época atual o emprego da força, exatamente como acontecia na época das Cruzadas, de Pizarro e da abertura inglesa dos mercados orientais, é o instrumento mais importante para a imposição dos valores ocidentais, ainda que se faça acompanhar de justificativas de natureza jurídica e de propaganda cerrada³⁷. O desenvolvimento e a consumação do primado explícito da força física estão na origem de boa parte da posição hegemônica dos Estados Unidos³⁸. Hoje, o governo do país gasta mais com seu exército do que o conjunto de nove países abaixo dele na lista dos maiores gastadores. Não obstante, em um projeto de expansionismo a força precisa de ideologia para obter aprovação, tanto no

³⁶ Ver pelo menos A. M. Weisbard, *The Use of Force: The Practice of States since World War II*, Filadélfia: Pennsylvania State University Press, 1997.

³⁷ Para uma posição extrema da direita, ver E. N. Luttwak, "Give War a Chance", *Foreign Affairs*, 78, 1999, p. 4.

³⁸ Ver J. S. Nye, *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, Nova York: Basic Books, 1990.

campo do poder hegemônico quanto entre as vítimas, e é aí que o Estado de Direito desempenha papel crucial.

As transformações que o Estado de Direito sofreu têm acompanhado mudanças significativas na maneira como a superpotência capitalista tenta dominar o mundo. A pilhagem prosperou mesmo durante as fases mais "virtuosas", nas quais o Estado de Direito norte-americano estava no auge de seu prestígio, era espontaneamente seguido e admirado no mundo inteiro como um possível modelo de libertação. Apesar disso, o enfraquecimento e a perda de credibilidade do Estado de Direito norte-americano nos últimos tempos tornou a pilhagem ainda mais possível, ela própria transformada, encorajada e capaz de atingir novas dimensões por meio da configuração corporativa do Direito.

Na década de 1990, como resultado da queda da União Soviética, a maioria dos partidos comunistas e socialistas do Ocidente entrou em um abrangente processo de autocritica. Grande parte da elite intelectual que, durante a Guerra do Vietnã, criticava o imperialismo norte-americano descobriu de repente as virtudes do "mercado livre", enfraquecendo assim a resistência intelectual ao capitalismo feroz das eras Reagan/Thatcher³⁹. De acordo com a nova ortodoxia, rapidamente assimilada, o aparelho político do modelo soviético era simplesmente incapaz de resistir a processos de corrupção interna, porque o projeto era um substituto medíocre do mercado, e a liberdade e o espírito empreendedor fo-

³⁹ A transformação dos paradigmas de esquerda em noções compatíveis com o dogma oficial do neoliberalismo é em geral associada ao "novo trabalhismo" de Tony Blair. A racionalização intelectual dessa evolução encontra-se no bem-sucedido livro de A. Giddens, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Londres: Polity Press, 1998. Contudo, as consequências da recusa a se adaptar à nova política econômica pós-Guerra Fria adquirem maior clareza quando se examina a renúncia forçada do ministro das Finanças alemão, Oskar Lafontaine, em 1998, substituído pelo paradigma da "nova esquerda", representado pelo primeiro-ministro Schroeder, do mesmo partido. Ver Richard Falk, *op. cit.*

ram sacrificados. Quando o fracasso político soviético tornou-se símbolo do fracasso de todas as alternativas possíveis ao capitalismo, um modelo idealizado deste começou a ser comparado à realização histórica e contingente do socialismo. A busca por uma honrosa estratégia hegemônica consistia em comparar um autorretrato favorável com outro idealizado, uma estratégia já bem desenvolvida em uma variedade de formas de "orientalismo" ao longo do período colonial.

As práticas discursivas são necessárias porque, em qualquer sociedade e em qualquer agregado complexo de pessoas, deixando de lado as cínicas, há espaço tanto para os idealistas quanto para os resignados. Em tempos e espaços distintos, a proporção dessas pessoas pode mudar, assim como as instituições jurídicas – como acontece com a mídia e a cultura dominante – podem desempenhar importante papel na determinação de tal proporção. Indivíduos passivos e alienados podem favorecer a hegemonia, a intervenção e a pilhagem, de modo que esse tipo de cidadania contribui para a criação de ambientes cínicos nos quais a pilhagem triunfa. A história dos cruzados no mundo árabe e da pilhagem triunfal que praticaram no final do século XI tem sido explicada como resultado dessas atitudes cínicas e passivas.

Nos capítulos seguintes, apresentaremos as técnicas por meio das quais a pilhagem de recursos e pessoas acontece – um roteiro sobre a evolução de modalidades de pilhagem cada vez mais fortes e tecnicamente sofisticadas, às vezes praticadas sob o disfarce do Estado de Direito, outras vezes mediante o uso do poder, como se este fosse sinônimo de legalidade.

NEOLIBERALISMO: O MOTOR ECONÔMICO DA PILHAGEM

A prosperidade argentina

A criação de um esquema neocolonial é bastante simples: em vez de um navio de guerra e de um sistema jurídico abertamente discriminatório, o que permite a pilhagem legal é a miragem de eficiência e um simulacro do Estado de Direito. A arma ideológica usada pelas novas elites locais e por suas contrapartes em Wall Street é o desejo de criar mercados eficientes, regidos pelo Estado de Direito. Este é o único caminho para o desenvolvimento, conforme o concebe a bíblia das instituições financeiras internacionais, também conhecida como Consenso de Washington ou política neoliberal. Como no caso recente da Argentina, libertada do domínio colonial espanhol pelo libertador das Américas, San Martín, já em 1816, as consequências seguem um padrão estereotipado de continuidade na pilhagem.

A história da pilhagem neoliberal na Argentina começa na fase inicial da explosão do mercado global que se seguiu ao triunfo do capitalismo ocidental na Guerra Fria. Historicamente, esse país deixou de pagar seus empréstimos por quatro vezes, duas vezes devido às crises econômicas de 1890 e 1930, muito antes da própria existência do Banco Mundial e do FMI; depois, em janeiro de 2002, o governo argentino anunciou que não pagaria os 141 bilhões

de dólares da dívida do setor público – a maior inadimplência de um Estado soberano em toda a história.

As duas últimas suspensões do pagamento abriram e fecharam os vinte anos de triunfo do modelo neoliberal inaugurado pela primeira-ministra Thatcher e pelo presidente Reagan, no início da década de 1980. Os vinte anos que separam uma suspensão da outra são particularmente importantes para um estudo da pilhagem porque se caracterizam (1) pelo uso abundante da retórica de democracia e Estado de Direito em um país que fora governado pelo poder militar e tradicionalmente autoritário e (2) pelo importante papel desempenhado pelas instituições financeiras internacionais na garantia da estabilização e do alinhamento do modelo argentino ao modelo imposto pela política neoliberal. É interessante observar que, ao longo desse período, verificou-se um grau sem precedentes de influência das doutrinas econômicas baseadas na Escola de Chicago, simbolizado pelo destino político de um dos filhos diletos das instituições financeiras internacionais, Domingo Cavallo, um economista com grande afinidade intelectual com a Universidade de Chicago que foi ministro da Economia por um longo período e serviu a vários presidentes argentinos.

Foi Cavallo quem decidiu, sob os aplausos do Consenso de Washington, estabelecer uma taxa de conversão fixa de paridade entre o peso e o dólar, em 1991, inaugurando assim a nova fase de hegemonia mais ousada e pós-comunismo dos Estados Unidos. O resultado desse câmbio fixo foi a entrega da soberania econômica argentina a esse país (e, ao mesmo tempo, às instituições globais de capitalismo empresarial, das quais a nação norte-americana é sócia majoritária). As razões desse movimento foram as mesmas dos doze países (em particular do Equador) cujas economias estão hoje oficialmente “dolarizadas” – profunda re-

cessão econômica, alta inflação, grande déficit fiscal e quebra geral de bancos.

Pouco mais de dez anos depois da ousada atitude de Cavallo, sucederam-se cinco presidentes em poucas semanas, e o peso foi por fim “libertado” do dólar. Uma corrida aos bancos seguiu-se à dramática desvalorização do peso, e os depositantes descobriram que as retiradas estavam rigorosamente limitadas, o que provocou protestos de rua e violentos distúrbios, de Buenos Aires a Salta. Os argentinos haviam descoberto que sua economia, inclusive a parte mais valiosa do setor público, e em particular sua poupança, tinham sido pilhadas. Pouco depois, muitos pequenos investidores nos Estados Unidos e na Europa se deram conta do mesmo triste fado das poupanças que haviam investido nos títulos da dívida argentina. Ao longo dos mesmos dez anos, as grandes seguradoras de Wall Street – nomes de prestígio como Morgan Stanley, First Boston, Goldman Sachs ou Merrill Lynch – haviam abocanhado cerca de 1 bilhão de dólares por terem afiançado os títulos do governo argentino. Estavam agrupados como derivativos, em uma grande variedade de formas criativas, com a ajuda compensada com generosidade de escritórios de advocacia de Wall Street, de nomes igualmente conceituados.

Foram muitos os responsáveis pela pilhagem que abalou a vida de 57 por cento do povo argentino, hoje oficialmente pobre, apesar de viver em um dos países mais pródigos em riquezas naturais do planeta. Não estamos aqui preocupados em atribuir culpas ou responsabilidades políticas. Ao contrário, interessa-nos compreender a dinâmica da pilhagem e sua ligação com a ideologia do Estado de Direito, juntamente com o papel hegemônico atual do Direito norte-americano. De fato, uma pilhagem de tal magnitude requer grande aptidão profissional nos campos do Direito e das finanças, além de certa desenvoltura política – uma

atividade realizada mediante o controle do processo político nos Estados Unidos, o país que, depois de 1991 (devido à dolarização), passou a exercer a soberania econômica *de facto* sobre a Argentina. É nesse contexto que os advogados e economistas se convertem em agentes fundamentais da pilhagem global. Trata-se de pilhagem como força motriz e ideologia – e como consequência do desenvolvimento do capitalismo global com raízes no Estado de Direito.

A necessidade básica por trás da política neoliberal de desenvolvimento, por meio das principais instituições financeiras internacionais, consiste em manter a demanda por mercadorias produzidas no Ocidente e a abertura de oportunidades ilimitadas de negócios em setores básicos, como comunicações, sistema de saúde, extração mineral e outros. Para alcançar esses objetivos, as elites dos países alvo na Ásia, América Latina ou mesmo África, comumente muito envolvidas com poderosos interesses corporativistas, se deixem seduzir por índices de consumo insustentáveis, mediante uma série de práticas cuja finalidade consiste em facilitar o processo de desmonte e venda do setor público. Uma vez mais, não há quase nada de novo sob o sol, nem em termos de diretrizes políticas nem dos instrumentos utilizados em sua implementação. Por exemplo, no período em que o ditador mexicano Porfirio Díaz esteve no poder (1876-1910), a orientação política era “permitir que os empresários locais e estrangeiros se beneficiem das leis destinadas a liberar o uso da terra, da mão de obra e dos recursos nacionais”¹. Em espírito, as leis de Díaz são semelhantes àsquelas da reestruturação do mercado aberto, que foram implementadas por representantes do neoliberalismo, começando

com o presidente mexicano Miguel de la Madrid (fundador e presidente honorário da Sociedade Latino-Americana de Direito e Economia). Essas leis “realmente fomentaram o desenvolvimento, mas quase sempre o fizeram à custa de vilarejos e comunidades de todo o México, cujas terras os recém-chegados absorveram, e cujos cidadãos se tornaram trabalhadores miseráveis”².

Hoje, uma das estratégias mais comuns para impor dependência ao Terceiro Mundo consiste na concessão de crédito aparentemente barato às elites, de modo que o consumo luxuoso de *commodities* produzidas por empresas desvinculadas de qualquer investimento produtivo seja a consequência natural de tal prática. Assim que o país se vê dramaticamente endividado, sobretudo com bancos privados ou pequenos investidores, o FMI intervém, “negociando” reformas estruturais que quase sempre beneficiam os credores empresariais mais fortes, deixam os pequenos investidores em situação terrível e a economia local à beira do caos. Poder-se-ia argumentar que são essas as regras do jogo capitalista, um modelo de sobrevivência do mais apto que, por sua própria natureza, tende a beneficiar os jogadores mais hábeis. Não obstante, essa estratégia ainda pode ser vista como pilhagem, pois é o mesmo que incentivar um jogador compulsivo a continuar jogando a crédito em um cassino e depois tirar-lhe a moradia onde ele vive com a mulher e os filhos inocentes, pois não tem mais como pagar o que deve. E, pelos padrões do FMI, isso tudo é perfeitamente legal!

Como este livro pretende mostrar a pilhagem como uma prática desempenhada por um número variado de agentes globais, o exemplo do mercado de futuros da Argentina é em particular apropriado, devido aos sofisticados mecanismos jurídicos e eco-

¹ G. A. Collier, *Basta! Land and the Zapatista Rebellion in Chiapas*, Oakland, CA: Food First, 1994.

nômicos em jogo. No caso da grande inadimplência recente desse país rico em recursos naturais, os perdedores espalharam-se pelo mundo (muitos deles na velha Europa), mas o povo argentino foi quem mais sofreu. O mesmo Direito que produziu a pilhagem tentou remediá-la, confirmando a hegemonia atual do Direito norte-americano.

Para tentarmos compreender essa forma extraordinariamente criativa de pilhagem legal, devemos primeiro nos familiarizar com o conceito de "derivativos". Um derivativo é um instrumento financeiro cujo valor deriva daquele de outra obrigação financeira, como uma ação ou um título da dívida, ou do valor de alguma *commodity*, moeda ou índice. Derivativos são títulos de dois tipos: opções e futuros. Nos mercados financeiros, é possível comprar uma ação, mas também é possível comprar uma opção dessa ação. A opção de "compra", isto é, o *direito* de comprar uma ação em data futura específica e a um preço previamente determinado, é um derivativo, porque seu valor deriva do valor da ação a que o direito se refere. A opção de "venda", isto é, o direito de vender uma ação a um preço predeterminado em data futura estipulada, também é um derivativo, porque, uma vez mais, seu valor depende daquele da ação subjacente. Enquanto as opções conferem *direitos* de comprar ou vender, os contratos para entrega futura criam *obrigações* de comprar ou vender em data futura específica e a um preço predeterminado. Também são derivativos.

Um exemplo prático pode mostrar como isso funciona. Imagine que o mercado anuncia que será lançado um novo modelo de relógio. Você conhece suas características, mas ainda não sabe quanto vai custar. Se não quiser esperar até que ele chegue ao mercado, poderá comprar (por 100 dólares, digamos) o direito de adquiri-lo por 5 mil dólares quando for lançado. Esta é uma *opção de compra*. Se o relógio chegar ao mercado ao preço de 6 mil dó-

lares, sua opção de compra será um bom negócio, pois seu valor será de mil dólares e você só terá pago cem dólares. Se o relógio chegar ao mercado ao preço de 4 mil dólares, sua opção de compra terá sido um mau negócio, pois teria sido melhor você economizar os cem dólares da sua opção e adquirir o relógio ao seu preço de varejo. Tenha em mente que, como as opções criam *direitos*, *não* obrigações, quando você comprar uma opção por cem dólares, o valor dela aumentará conforme o valor do relógio, mas você nunca arriscará mais de cem dólares.

Uma possibilidade diferente, caso você não queira comprar uma opção por cem dólares, é fazer um acordo para *entrega futura*, o que resultará na criação de um direito e de uma obrigação. Nos termos desse contrato, você poderá assumir o compromisso de comprar o relógio por 4 mil dólares. Neste caso, seu derivativo aumentará de valor juntamente com o valor do relógio. Se este chegar ao mercado ao preço de 6 mil dólares, seu contrato futuro terá sido uma boa ideia, pois ele agora valerá 2 mil dólares. Porém, se o relógio chegar ao mercado custando 2 mil dólares, você *terá* de pagar 4 mil dólares por ele, o que significa que terá perdido 2 mil dólares.

Essa é uma explicação bastante simplificada, mas suficiente para entender que os derivativos são, em poucas palavras, apostas no valor futuro do principal³. Este pode ser algo tão complexo quanto a economia de um país, cujo valor é muito mais difícil de prever do que o de um relógio. Na vida real dos mercados financeiros, os derivativos formam uma complexa combinação de futuros e opções que, por sua vez, estão ligados a uma variedade assombrosa de fatores. Entre os fatores que se combinam para

³ É interessante notar que eles não precisam se pautar pelas leis que proíbem o jogo. Ver William Cronon, *Nature's Metropolis: Chicago and the Great West*, Nova York: W.W. Norton & Co., 1991.

formar derivativos podem constar índices econômicos de países estrangeiros, como a taxa de câmbio de sua moeda, a taxa de inflação, a classificação de risco segundo determinada agência, o rendimento de títulos governamentais etc. Sem dúvida, muitos desses fatores não são incidentais, mas podem ser influenciados pelos comportamentos e decisões das elites que controlam a economia, tanto em âmbito local quanto internacional (ou basicamente norte-americanas, no caso de economias dolarizadas como já o foram a Argentina e o Equador). A arte de um bom banqueiro de investimentos consiste em agrupar derivativos de uma forma que seja atraente para os investidores, em particular por meio da tentativa legal de ocultar os verdadeiros riscos envolvidos na aposta e, ao mesmo tempo, apresentar a transação como um risco calculado e limitado, sob proteção legal.

Pode-se afirmar que algumas dessas práticas (ou quase todas) são na verdade ilegais e que uma economia baseada no Estado de Direito não permitiria a ocorrência de pilhagem. O questionamento legal acerca do escândalo argentino já está em curso e, devido a mecanismos técnicos que serão descritos no Capítulo 6, os demandantes cujos processos correm nos Estados Unidos estão em melhor situação do que aqueles com processos que acontecem na Europa ou em outras partes, o que mais uma vez confirma a hegemonia do Direito norte-americano. Não obstante, a pilhagem mantém uma relação ambígua com o Estado de Direito, uma vez que este tem o poder de criar concepções de legalidade e ilegalidade. Em outras palavras, uma linha muito tênue separa o legal do ilegal nessas transações complexas, e a pilhagem prospera exatamente porque essa linha é tão tênue e variável.

Por exemplo, o FMI cometeu a imprudência de fornecer uma fachada de respeitabilidade a uma inserção inacreditavelmente irresponsável da economia local (que, na verdade, era bem frágil)

em um “mercado emergente” inventado. Foi ele que tornou possível, durante a presidência de Carlos Menem, um fluxo de caixa condicionado a medidas que, longe de constituírem ajustes estruturais, só favoreciam uma maior transferência do bem público para as elites. O órgão deu uma contribuição significativa para a criação de um decênio de prosperidade para os agentes de um mercado de jogos de “derivativos” e para uma classe alta local que, graças à paridade entre o dólar e o peso e a outras medidas elaboradas em Washington de modo que os ricos fossem favorecidos vinha adquirindo hábitos ensandecidos de consumo de importados. Ao manter depósitos e investimentos substanciais nos Estados Unidos e mandar seus filhos para universidades de elite nesse país, essa classe de privilegiados foi justamente comparada às *elites coloniais* inventadas pela metrópole¹. Os filhos dessa elite, educados nos Estados Unidos, são naturalmente absorvidos pelos conceituados corpos de funcionários das instituições financeiras internacionais, onde atuam como representantes do “Terceiro Mundo” e demonstram, assim, a diversidade representativa da política de contratações dos países pobres a que servem. Isso é legal? Ou será pilhagem? Ou apenas má política? As linhas são tênues, e devemos aprofundar seu exame.

Seria simplista atribuir toda a responsabilidade às instituições financeiras internacionais. Os bancos de investimentos privados e as agências de classificação de risco também têm sua cota de responsabilidade. Para ajudar o leitor a entender o mecanismo fraudulento que levou à pilhagem do povo argentino (e de pequenos investidores no mundo inteiro), apresentaremos um

¹ Esse aspecto da questão é amplamente discutido em Yves Dezalay & Brian Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists and the Contest to Transform Latin American States*, Chicago Series in Law and Society, Chicago: University of Chicago Press, 2002.

exemplo concreto da "fabricação" dos títulos da dívida de mercados emergentes.

O ex-banqueiro de investimentos e atual advogado Frank Partnoy, que esteve no centro dos acontecimentos que relata, descreve em primeira mão o processo pelo qual o grande negócio financeiro vai "à caça" nos "mercados emergentes"⁵. Seu livro é uma verdadeira mina de informações sobre a maneira como a jogatina de alto risco no mercado de derivativos surge no contexto de um pacote que a faz parecer isenta de riscos para os investidores institucionais do mundo todo. O autor apresenta um exemplo particularmente interessante em um capítulo que tem o significativo título de "Don't cry for me Argentina", no qual descreve uma venda de títulos da dívida argentina, sem valor nenhum, que foram inseridos em um pacote de modo que parecessem atraentes. Essa venda, efetuada em poucas semanas por um corretor de mais ou menos 25 anos de idade, gerou uma comissão de 4 milhões de dólares para o Morgan Stanley e uma grande comissão para um escritório nova-iorquino de advocacia de Cravath, como recompensa por algumas ligações telefônicas. É interessante observar que, em meados da década de 1990, esse tipo de transação nem mesmo era considerado excepcionalmente compensador pelo setor industrial.

Em 1992, o Banco Central da Argentina, implementando uma exigência de "ajuste estrutural" para consolidar a dívida pública, emitiu um gigantesco título de dívida de 5,5 bilhões de dólares. Os títulos eram chamados de *Bonos de Consolidación de Deudas Provisionales*, popularmente conhecidos como Bocons. O difuso débito assim consolidado dizia respeito a governos locais, forne-

cedores, pensionistas, aposentados etc. As características desses títulos tornavam-nos pouco atraentes. Não apenas procediam de um governo em situação de alto risco, como também não pagariam juros durante seis anos. O principal aumentaria de valor a cada mês, em consequência de uma misteriosa alquimia de várias taxas de juros mensais diferentes. Para o investidor, seria impossível saber quantos títulos da dívida ele realmente teria. Além disso, quando, depois de seis anos, algum juro começasse a ser pago, o valor principal começaria a diminuir ao longo dos 48 meses necessários para reaver, por meio de prestações mensais, o principal e os juros vencidos. Durante os 48 meses, os juros, calculados sobre o montante progressivamente menor do principal, também começariam a diminuir.

Se você fosse um pensionista argentino, não iria gostar nem um pouco de viver com zero dólar por mês durante seis anos, a única certeza oferecida por tal esquema. Em consequência, também não lhe agradaria a exigência legal de consolidação, vinculada ao plano de ajuste estrutural concebido pelo Consenso de Washington. Se você não fosse um conhecedor do assunto, ou pelo menos alguém com algumas noções do que era de fato posto em circulação, talvez não quisesse comprar ações de nenhuma empresa. Em decorrência, acabaria não financiando os alucinados índices de consumo da elite argentina dominante em tempos de grandes dificuldades. Em resumo, não participaria de algo que, se considerado ilegal, seria uma conspiração (agentes de Wall Street, instituições financeiras internacionais, elites locais dominantes etc.) para saquear esse belo país.

Não obstante, é aqui que entra em ação o gênio jurídico e econômico do Grupo de Produtos Derivativos da Goldman Sachs (e, mais tarde, da Morgan Stanley). Criou-se uma empresa administradora de bens (*offshore trust*) sediada nas Ilhas Cayman,

⁵ Frank Partnoy, *FIASCO: The Inside History of a Wall Street Trader*, Nova York: Penguin Books, 1998.

onde seriam depositados os Bocons. Qualquer pagamento até a data de vencimento de 2002 seria feito a essa empresa. Um contrato foi então assinado entre a administradora e o Morgan Stanley, determinando que o banco de investimentos receberia todos os pagamentos dos Bocons e, em retribuição, pagaria uma taxa de juros fixa à administradora, começando imediatamente (portanto, emprestando dinheiro a ela por seis anos). A administradora emitiria então "unidades", pagando uma alta taxa de juros parcialmente respaldada pelo Morgan Stanley e agressivamente negociada pelo próprio Morgan Stanley. Esses Bocons simplificados, renomeados como "Repackaged Argentina Domestic Security Trust I", pagariam juros de imediato, pareceriam não ter um principal flutuante, seriam muito seguros à primeira vista, uma vez que respaldados pelo próprio Morgan Stanley, que divulgaria, em notas explicativas de difícil leitura, a informação de que se tratava, na verdade, de derivativos extremamente complexos e de alto risco. É evidente que a retórica do FMI, cujos prognósticos sobre o desenvolvimento da América Latina nos últimos dezesseis anos foram recentemente desmascarados como um grande exagero pelo Centro de Pesquisas Econômicas e Políticas, desempenhou importante papel no convencimento dos compradores potenciais.

Os clientes afluíram para essa transação (o Morgan Stanley vendeu 123 milhões de dólares de unidades desses derivativos) e para muitas outras, nos mercados "emergentes", deixando os bolsos desses espertos engenheiros financeiros cheios de taxas intocáveis, sem nenhuma responsabilidade pelo destino econômico da Argentina ou pelos investidores em seus Bocons inseridos em novos pacotes. Esses produtos eram derivativos, apesar de a política interna consciente ter banido o termo e chegado até a ordenar que se tirasse de circulação e não fosse mais impresso um folheto mais honesto, de data anterior, tão logo os chefões do banco de

investimentos se deram conta de que a palavra "derivativo", nele mencionada, continha forte implicação de riscos. E, a exemplo de todos os produtos derivativos apostando em um país sufocado pela dívida internacional, seu valor não demoraria a cair.

Sem dúvida, era evidente quem eram os ganhadores, e o mesmo se pode dizer dos perdedores – não apenas os investidores, mas também os impotentes habitantes de um país ludibriado em sua economia. Três componentes foram essenciais para essa transação: (1) o uso de um paraíso fiscal para sediar a administradora de bens distante dos controles (improváveis) da Comissão de Valores Mobiliários e Câmbio (Securities and Exchange Commission, SEC); (2) a transação "um peso/um dólar", introduzindo moeda forte em uma economia emergente e, desse modo, tornando-a mais atraente; e (3) a generosa retórica sobre a Argentina e sua classificação como mercado emergente, apesar da política corrupta de Menem e das elites dominantes.

Uma vez mais, a pilhagem mostra-se evidente, assim como sua ligação com o Estado de Direito, na forma de um ambiente jurídico e global em sintonia com a lógica do mercado para o investimento econômico. Sem dúvida, muitos agentes econômicos contribuíram para o desastre econômico que se seguiu a essa década de prosperidade. Não apenas agentes internacionais, mas também boa parte daqueles que, na classe dominante, se beneficiaram dos programas de ajuste estrutural e de outras medidas neoliberais introduzidas pela política das instituições financeiras, para as quais nos voltaremos agora⁶.

⁶ Entre esses agentes, é preciso citar pelo menos os industriais gananciosos que, depois de exportarem moeda forte para os Estados Unidos, abandonaram suas empresas da noite para o dia, para só voltarem mais tarde, com a polícia, e tentar reaver as das cooperativas de trabalhadores que haviam retomado o processo de produção. Esses trabalhadores, como os Trabajadores Desocupados de la Matanza, estão lutando para resistir, física e juridicamente, a outra investida saqueadora. Eles

Neoliberalismo: uma teoria econômica da simplificação e um projeto espetacular

Descrevemos a pilhagem na Argentina como uma prática favorecida pelo Consenso de Washington, ou política neoliberal. Mas o que vem a ser o neoliberalismo? Quais são suas raízes? Quem são os agentes que implementam seu projeto político? Como o neoliberalismo está ligado à pilhagem e ao Estado de Direito?

O neoliberalismo pode ser visto como uma teoria revolucionária acompanhada por uma práxis. Assim como a implementação do socialismo na União Soviética foi produto de uma teoria (o marxismo) e de uma práxis (o leninismo), em reação a uma ordem política solidamente estabelecida (o czarismo russo), o neoliberalismo é produto de uma teoria e de uma práxis contrárias a uma ordem anterior, o Estado de bem-estar social. Essa comparação simples é suficiente para mostrar que a revolução Reagan/Thatcher, que difundiu a práxis neoliberal, pode ser vista como um movimento reacionário. A revolução neoliberal tinha por alvo os contextos sociais e políticos progressistas. Posicionou-se contra um marco do desenvolvimento institucional, o chamado Estado assistencialista. Foi contra toda a tentativa de criar, em uma sociedade complexa, uma estrutura capaz de responder, pelo menos em parte, às necessidades de seus membros mais fracos. A teoria neoliberal acusava o Estado assistencialista

são os heróis de um modelo diferente de desenvolvimento, empenhado em fazer a justiça assumir a forma de uma distribuição equitativa de recursos nas economias "emergentes." Ao assumirem com sucesso as atividades comerciais abandonadas por seus antigos proprietários, fugindo de um modelo hierárquico, mas dentro de um esforço cooperativo, eles são a prova viva de que a pilhagem não precisa ser a única força por trás da prosperidade econômica e que, uma vez exposta, é possível opor-lhe resistência. Recomendamos ao leitor que assista ao documentário *The Take* (2002), de Naomi Klein e Avi Lewis.

⁷ Uma obra recente sobre esse assunto é de David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

de ineficiência. A práxis neoliberal tem por base a privatização, a desregulamentação, o enxugamento de pessoal, a terceirização e os cortes tributários.

Consequentemente, o neoliberalismo pode ser visto como algo além de uma revolução, uma retomada do contexto político burguês do século XIX em uma sociedade que, nos três primeiros quartos do século XX, tinha se voltado, em todo o mundo, para modelos de desenvolvimento mais preocupados com as questões sociais. Na verdade, as teorias do "social" no pensamento jurídico e político começaram a tomar corpo nos finais do século XIX, tornando-se um modelo dominante de pensamento jurídico e político ao longo de toda a segunda década do século XX⁸. Esses modelos sociais colocavam no centro do quadro o grupo social (ou o Estado), mas para melhor servir ao indivíduo na sociedade: direitos afirmativos, em vez de liberdades individuais. Foram desenvolvidos sobretudo por pensadores jurídicos e políticos e pela práxis escandinava, mas difundiram-se para muito além da tradição jurídica ocidental, criando as bases intelectuais do Estado de bem-estar. Podemos encontrar essas teorias no pensamento solidário católico, no imaginário intelectual da Segunda Internacional, nas tentativas egípcias de modernização, na retórica revolucionária mexicana, no peronismo argentino e, sem dúvida, nas plataformas sociais de Teddy Roosevelt e Franklin Delano Roosevelt. São teorias que revelam um notável componente de ambiguidade, de modo que, frequentemente, intelectuais e pensadores com preocupações sociais são úteis para fomentar regimes autoritários, quando não fascistas. Na Argentina, por exemplo, Perón foi considerado mentor dos Montoneros para a extrema-

⁸ Ver Duncan Kennedy, "Two globalizations of law legal thought 1850-1968," *Suffolk Law Review* 36, 2003, p. 631.

-direita. Não obstante, depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial, as teorias sociais foram depuradas de suas deformações; foram enriquecidas por toda uma nova dimensão de sensibilidade econômica pela economia keynesiana, apresentando o ideal de uma sociedade avançada e progressista para todo o bloco capitalista.

A teoria política e econômica do neoliberalismo pode ser considerada produto de uma ideologia econômica conservadora, tornada acessível a não economistas por seguidores da Escola Austríaca, como Friedrich von Hayek. Uma variedade de princípios configura essa crítica da ordem anterior. O Estado assistencialista, em vez de ser visto como uma das conquistas mais avançadas da civilização humana com a qual o capitalismo poderia deparar, é considerado uma organização burocrática perdulária que deve ser abandonada o mais rapidamente possível. A regulamentação do Estado – um sistema de legislação que organiza a estrutura do Estado assistencialista, preside a relação entre o indivíduo e a organização pública e cuida da sociedade por meio da regulamentação da distribuição da riqueza – é acusada de corrupta, de ser dominada por interesses especiais. É vista como um fator de corrupção no interior de um ordenamento jurídico natural, espontâneo e fundado na jurisprudência, que protege os direitos de propriedade e está baseado nos tribunais como órgãos passíveis de resolver com neutralidade os conflitos privados que surgem em um mercado livre⁹. Ao explorar a relação ambígua entre o socialismo e as teorias sociais, políticas e econômicas que sustentam o Estado assistencialista, o neoliberalismo enfatiza o valor da liberdade individual e representa o Estado, mais uma vez, como um leviatã inato, inimigo da propriedade privada e da

⁹ Ver Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Nova York: Little, Brown & Co., 1986, para uma reafirmação dessa posição do modo como a defende o movimento de análise econômica do Direito nos Estados Unidos.

autodeterminação. Como na época de Sir Edward Coke, um governo ativista, progressista e proativo que tenta distribuir uma parte do bem público entre as classes sociais, tendo em vista o interesse dos mais fracos, é apresentado como uma violação ao Estado de Direito.

Essa plataforma simplista, baseada em concepções de santidade da propriedade, da livre iniciativa e da recompensa pelo ato de correr riscos, ressuscitou, de fato, noções de “liberdade de contrato” como um limite à intervenção do Estado que os tribunais já consideravam obsoletas desde a década de 1930, inclusive nos Estados Unidos. Nenhuma teoria intelectual pode impor-se e transformar-se em uma revolução capaz de descartar tantos aspectos anteriores do mundo civilizado – livre acesso ao sistema de saúde, assistência jurídica, financiamento da educação e garantia de emprego – sem uma ação política forte e autoritária, capaz de colocá-la em prática. Essa ação política foi originalmente implementada por Reagan e Thatcher. Acabou sendo assumida como algo natural, um “componente estrutural” do mundo livre, transformada em uma filosofia bipartidária por Clinton e Blair e adotada por uma série de governos europeus “de esquerda”, ávidos por participar dos triunfos do “fim da história”.

Em um contexto de exploração do medo, por meio do exagero deliberado da ameaça soviética, a conquista do Estado assistencialista começou a ser tratada como “demasiado onerosa” e ineficiente, em particular durante a crise do petróleo de meados da década de 1970. Dois conservadores, a primeira-ministra inglesa Margaret Thatcher e o presidente republicano dos Estados Unidos, Ronald Reagan, apoiados pelo complexo industrial-militar, converteram-se nos defensores de gigantescas transferências de recursos públicos do sistema de bem-estar social para os aparelhos repressivos do Estado. Essas transferências permitiriam que o

Ocidente sobrepujasse os soviéticos na corrida pela estocagem de armas de destruição em massa e, ao mesmo tempo, forneceria as bases para a superação do estado de depressão econômica geral que se seguiu às crises do petróleo dos anos 1970. A corrupção e os gastos militares descomunais não só forçaram o bloco soviético rival a uma derrocada econômica, como também reafirmaram ideais imperiais (a Guerra Malvinas-Falkland), superaram humilhações como a crise dos reféns em Teerã e, mais importante, criaram as bases de uma nova ordem mundial sob a hegemonia dos Estados Unidos (Pax Americana).

A revolução precisava de uma práxis para se impor e, acima de tudo, de instituições que lhe permitissem superar o risco de ser subvertida pela mudança seguinte dos partidos no poder. Os *tories**, no Reino Unido, e o programa partidário de Reagan continuariam no poder ao longo da década de 1980, mas seu legado revolucionário não foi de modo algum contestado quando os partidos conservadores finalmente tiveram de deixar o poder. Tanto Clinton, nos Estados Unidos, quanto Blair, no Reino Unido, aceitaram o neoliberalismo como uma receita jurídico-econômica bipartidária, uma verdadeira constituição econômica da afirmação internacional de poder pós-Guerra Fria, conhecida como Consenso de Washington. Por quê? Como? A resposta provavelmente se encontra na renovação e na reestruturação totais das instituições de estabilidade financeira global – o FMI e o Banco Mundial –, que os vencedores anglo-americanos da Segunda Guerra Mundial haviam criado em Bretton Woods, em 1944. Essa reestruturação, transformando as instituições financeiras internacionais em legisladores globais, precisava de uma modificação teórica cabal da própria ideia de Direito, que então passaria

* Nome histórico do Partido Conservador no Reino Unido. (N. do R. T.)

de um artefato político a uma tecnologia neutra. Sem essa mudança, teria sido impossível legitimar a intervenção da instituição de Bretton Woods nos sistemas jurídicos visados, tendo em vista o fato de que seus estatutos proibiam expressamente as intervenções políticas. Veremos, no próximo capítulo, que os advogados e economistas não demoraram a fornecer as ferramentas intelectuais para a consumação dessa transformação teórica¹⁰.

O abandono radical da teoria econômica que havia guiado Lorde Keynes em sua concepção do Banco Mundial e do FMI e a reestruturação destas instituições, transformando-as em legisladores globais informais, fizeram da política econômica neoliberal uma espécie de ordem econômico-constitucional global. Alguns observadores chamam a atenção para a ironia de que o Banco Mundial e o FMI, fruto da imaginação de Keynes, constituem hoje os principais obstáculos à adoção da política econômica keynesiana em todo o mundo, mesmo à luz dos fracassos gritantes de modelos neoliberais, como o demonstra claramente a inadimplência argentina, da qual já tratamos. Devido à nova configuração econômica global, atualmente nenhum Estado pode reivindicar, no gerenciamento da economia, um papel que seja grande o suficiente para poder levar adiante a iniciativa econômica e tornar-se um grande empregador. A tendência, imposta pelas instituições de Bretton Woods, consiste em desregulamentar, enxugar a máquina administrativa, terceirizar e privatizar. Essa ironia – a de que as políticas keynesianas foram descartadas das criações keynesianas de Bretton Woods – é fácil de explicar, uma vez que o neoliberalismo é uma política econômica expansionista que precisa muito do poder institucional para abrir os mercados mun-

¹⁰ Ver Capítulo 3 e A. Santos, "The World Bank's uses of the 'rule of law' promise", em *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (D. M. Trubeck & A. Santos), Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006, p. 253.

diais à pilhagem corporativa. Devido a seu centrismo estatal, as políticas de Keynes ou eram de natureza local (criação de infraestrutura etc.) ou, como modelos de desenvolvimento internacional, eram dependentes de Estados relativamente fortes e bem estruturados. Daí sua ênfase na modernização jurídica dos aparelhos de Estado no Terceiro Mundo, um objetivo que as agências de desenvolvimento abandonaram bem antes de colocá-lo em prática. Além disso, nascido da Grande Depressão, o conjunto de complexas políticas econômicas keynesianas não apenas era contextualizado, como também não demonstrava grande otimismo em relação aos potenciais da expansão capitalista ilimitada, em grande escala.

A filosofia do neoliberalismo é oposta à de Keynes. Para começar, ainda em seus primeiros passos, as políticas neoliberais produziram um colapso significativo do modelo keynesiano, de modo que se desenvolveram, na maior parte de sua existência, dentro de uma concepção extremamente otimista e autocongratatória dos méritos da expansão capitalista corporativa. Além do mais, o neoliberalismo beneficiou-se da derrocada do socialismo soviético e da aparente disposição do bloco chinês de adaptar-se a modelos capitalistas ocidentais (o avanço da China para o capitalismo socialista, sob Deng Xiaoping, data de 1978), o que lhe permitiu sobreviver às pressões da concorrência econômica dominada pelo Ocidente. Por conseguinte, o neoliberalismo é uma política econômica monopolista, no sentido que, durante a maior parte de sua existência, não sofreu nem a concorrência nem a oposição de políticas alternativas. A tentativa radical de desacreditar a economia keynesiana, em sua maior parte seguida pelos monetaristas da Universidade de Chicago, e a ideia generalizada de que a tomada tecnocrática de decisões era mais eficiente do que o processo político são fatores que explicam, em seu conjunto, as

mudanças de postura intelectual e da função política das instituições de Bretton Woods. Na verdade, o cenário jurídico mundialmente criado pela imposição dessa filosofia jurídica e econômica constitui o ambiente ideal para a pilhagem.

Durante a Guerra Fria, os proponentes do capitalismo empresarial tinham de levar em conta os efeitos sociais de suas políticas econômicas, uma vez que precisavam da legitimidade que provém da crença pública de que, do ponto de vista social, esse sistema era mais desejável do que sua alternativa socialista. Depois da Guerra Fria, nenhuma alternativa revolucionária parece disponível para as massas despossuídas no Ocidente, de modo que a aprovação da sociedade de consumo, apesar de sua injustiça, pôde ser assumida pelas novas lideranças sem nenhuma necessidade de obter aprovação por meio de políticas de bem-estar social. Um exemplo interessante dessa preocupação com a legitimação do capitalismo no período da Guerra Fria pode ser encontrado na Finlândia, onde o modelo capitalista, em constante e estreita comparação com a alternativa comunista, produziu algumas das mais avançadas instituições de bem-estar social até hoje conhecidas – instituições cujo desmonte começou rapidamente, depois do colapso da alternativa soviética.

Nos antigos países socialistas, além disso, a retórica de “transição” – outrora usada pelo partido para justificar as falhas do socialismo e apresentada como mera fase de transição para o comunismo – foi transferida, com grande cinismo, para o campo adversário. Agora, os pobres e oprimidos, literalmente morrendo por falta de moradia, por doença e fome, em Moscou e em todas as outras partes, são informados por líderes cínicos que o sofrimento é inevitável durante a transição para o capitalismo pleno e que as políticas de choque neoliberal têm por objetivo abreviar a fase de transição. Desnecessário dizer, esse cenário favorece a pi-

lhagem corporativa, hoje de grande visibilidade em todo o mundo graças aos novos magnatas russos do gás, do petróleo e de outros recursos naturais, ostentando uma riqueza tão grande que se pode considerá-la simplesmente como pilhagem *per se*.

Devido a esses acidentes históricos, em particular à autopercepção de que constitui o melhor caminho e o único possível, o neoliberalismo exibe a arrogância típica dos monopólios ideológicos. As políticas de dois pesos e duas medidas que se instalam no campo econômico são os melhores exemplos de tal arrogância. Os países desenvolvidos (em particular os Estados Unidos) praticam grande número de políticas protecionistas (como a não importação de medicamentos do Canadá, por exemplo), ao mesmo tempo que defendem a existência dos mercados abertos. As leis que permitem a mobilidade transnacional de bens e ativos também são bons exemplos de tais práticas.

O mais importante a observar é que esses altos níveis de autoconfiança e presunção terminam por criar uma atitude universalista que nega a especificidade dos contextos. O neoliberalismo visa à expansão para além de sua pretensão universal de oferecer o melhor dentre os modelos de desenvolvimento possíveis. O universalismo e a duplicidade de padrões refletem-se no desdobramento da concepção de Estado de Direito. Na busca do mundo neoliberal, o Estado de Direito é considerado um sistema jurídico universal mínimo, capaz de um rigoroso controle do indivíduo que ameaça os direitos de propriedade e incapaz de limitar os agentes empresariais. O controle sobre os fracos foi criado pelos fortes, tanto internamente, na relação entre Estado e indivíduo, quanto em âmbito internacional, na relação entre Estados. As instituições de Bretton Woods, transformadas em órgãos legislativos por meio do poder contratual de que desfrutavam, converteram-se nos instrumentos ideais da busca de uma nova onda de expansão ca-

pitalista global. Foram as únicas que se mostraram capazes de transformação. Depois de assumirem uma nova forma, a revolução Reagan/Thatcher converteu-se em uma nova práxis – explicada por leis naturais, universalizada e fora do alcance de seus opositores.

Ao condicionarem por meio de contrato a ajuda financeira – da qual muitos países necessitavam desesperadamente – à reforma jurídica interna, essas instituições desempenharam papel fundamental na transformação do Estado de Direito em instrumento de pilhagem a serviço exclusivo dos grandes investidores internacionais. Embora a inadimplência argentina ofereça um bom exemplo disso, muitos outros serão apresentados mais adiante. Por ora, é suficiente pensar na transformação global das leis trabalhistas, suprimindo as garantias e proteções dos trabalhadores em nome da flexibilidade e do pleno emprego; no desmonte progressivo da proteção ambiental em áreas habitadas por grupos enfraquecidos; no desmonte das mesmas medidas de proteção ao pequeno comércio local e aos agricultores que, no mundo capitalista, tinham assegurado (e ainda asseguram) o desenvolvimento e a sustentabilidade; na aplicação rigorosa da lei de propriedade intelectual, que é sustentada pelo grande capital e sufoca o desenvolvimento da criatividade local, impondo sofrimento e morte (devido ao monopólio das patentes médicas).

A economia keynesiana, que é a principal doutrina por trás do Estado assistencialista e tem forte ligação com a legislação e a regulamentação de bases políticas, tornou-se alvo de ataques a partir do momento em que uma concepção do Direito como conjunto de normas jurídicas técnicas e neutras, a serem avaliadas em termos de eficiência econômica, e não de justiça com princípios substantivos, estava se tornando dominante nos Estados Unidos. Como consequência dessas mudanças de paradigma intelectual e

como a ex-União Soviética não podia mais controlar suas áreas de hegemonia política no Terceiro Mundo, o Direito e as instituições tornaram-se novos alvos para a intervenção do Banco Mundial e do FMI, quebrando um tabu tradicional de não intervenção no campo jurídico, que era visto como um aspecto fundamental do processo político dos países beneficiários. O Direito passou a ser neutro e técnico. Podia ser escolhido como fim ou objetivo, modificado e estabelecido, direta ou indiretamente, da mesma maneira como é possível intervir para reparar um sistema de esgotos ou um hospital.

Os economistas e advogados com formação em Direito e Economia transformaram-se nos conselheiros mais poderosos do Banco Mundial e do FMI, formulando suas receitas de "boa governança". Uma vez que dismantelar é mais simples do que construir, esses conselheiros demonstraram, dia após dia, como era simples modificar conjuntos complexos de instituições locais em favor de instituições sintonizadas com a lógica do mercado. O conceito de Direito que domina o discurso dos economistas é, de fato, simples a ponto de ser universal. Eles sempre se mostraram impacientes com as complexidades de que se ocupam os advogados. Consideram que a complexidade jurídica como um agregado de diferentes estruturas institucionais e políticas, todas elas com especificidade contextual, nada mais é do que uma fonte de custos comerciais. A ideologia é "desinteressante do ponto de vista intelectual", como um importante economista italo-americano afirmou recentemente ao autor-advogado deste livro. O Direito, acreditam os economistas, deveria facilitar as transações de mercado, e não opor-lhes obstáculos. O processo político e legal local, que do ponto de vista deles é corrupto e não confiável, aumenta os custos das transações ao desestimular investimentos e a eficiente alocação de recursos. Em outras palavras, "distorções"

políticas restringem o livre fluxo dos recursos de quem quer que lhes atribua menos valor para quem quer que os valorize mais. Portanto, do ponto de vista da Escola de Chicago – onde Domingo Cavallo fez sua formação –, os contextos institucionais locais devem ser "ajustados" para facilitar esse fluxo. Volta à cena, assim, a concepção de Estado de Direito como uma garantia de retorno de investimentos, como já discutimos. Como no caso dos contratos futuros argentinos, o Estado de Direito, arquitetado em megaempresas nova-iorquinas, garante a translocação de recursos dos fracos para os fortes.

Nesses exercícios de ajuste, coletivamente conhecidos como programas de ajuste estrutural, o processo político não desempenha papel algum. Na verdade, a estratégia consiste exatamente em focar a natureza "meramente técnica" das mudanças simples que são necessárias para assegurar as transferências de propriedade para seus usuários mais eficientes.

É difícil deixar de perceber que essas transferências eficientes têm profundas ligações com a dotação inicial de recursos. De fato, a "disposição de pagar" por um recurso, o critério usado pelos economistas para verificar se determinado recurso realmente está nas mãos de quem mais o valoriza, é uma função da "capacidade de pagar", que, por sua vez, depende da quantidade de recursos já disponíveis para cada um dos agentes da transação. Por conseguinte, os ricos são de modo sistemático favorecidos quando as diretrizes políticas são avaliadas em termos de eficiência, o que explica o enorme aumento do abismo entre ricos e pobres sob a globalização neoliberal. O neoliberalismo global aplica a lógica da "disposição de pagar" a todos os recursos, onde quer que se encontrem. O petróleo, por exemplo, deve ser transferido dos que o valorizam menos para os que o valorizam mais, aos menores custos de transação possíveis. Claro está que os países ricos,

com suas taxas de consumo mais elevadas, demonstram maior disposição de pagar. Manter o petróleo fora do mercado é uma prática que se considera ineficiente, o que, devido à estrutura de direito natural que inspira essa concepção econômica, beira a imoralidade – uma acusação comumente usada contra os países da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (Opep). Da mesma maneira, o “conhecimento” deve ser transferido para o Ocidente, pois aqui é mais valorizado em termos econômicos. No esquema neoliberal, todos os recursos e conhecimentos, toda terra e mão de obra – onde quer que se encontrem – devem estar disponíveis a quem se dispõe a pagar por eles. Qualquer medida para defender o processo de decisão política local é condenada como tentativa de fechar o mercado, um anátema para a política neoliberal, “constitucionalizada” na ordem neoliberal. Como na lógica “autoaplicável” da OMC, qualquer tentativa de fechar o mercado justifica a retaliação econômica e política. Isso não passa de continuidade das retaliações praticadas no passado para “abrir” mercados, por exemplo, na Guerra do Ópio, na China, ou nas guerras britânicas pós-coloniais na América do Sul.

As políticas econômicas que se encontram na base do ajuste estrutural são, portanto, implementadas como resposta a necessidades e padrões universais mais elevados, aqueles da eficiência e do desenvolvimento econômico oligárquicos, definidos como instâncias constitucionalmente superiores àquelas dos interesses locais, que o processo político (local) em geral tenta atender. É quando se atribui ao processo político (local) sua primeira prioridade: a implementação de condições institucionais “simples”, capazes de estabelecer um mercado eficiente para os agentes empresariais. Uma vez que tais condições são consideradas universais, são impostas por agentes universais como as instituições financeiras internacionais de Bretton Woods. Os programas de

ajuste estrutural, recentemente sob a nova designação de *estruturas de desenvolvimento abrangente*, elaborados por essas instituições, são implementados e aplicados por meio de condicionamento econômico direto (mais recentemente, “participativo”), o que os faz chegar ao processo político local com irresistível poder. Por estarem ligados ao dinheiro tão necessário, ficam muito além tanto do governo quanto dos partidos de oposição. Na verdade, só podem ser avaliados e julgados por índices de macrocrescimento e outros afins, interpretados pelos gurus financeiros do FMI e de agências classificadoras de risco a ele aliadas.

Essas políticas, porém, são fundamentadas em formulações legais extremamente simplistas, porém de alto teor intervencionista. Eis o que se lê, por exemplo, no *World Development Report* produzido pelo Banco Mundial em 1999:

Sem a proteção dos Direitos Humanos e do direito de propriedade, e sem uma estrutura jurídica abrangente, nenhum desenvolvimento justo será possível. Um governo deve assegurar que tenha um sistema eficiente de propriedade, contrato, trabalho, falência, códigos comerciais, leis sobre direitos pessoais e outros elementos que configuram um sistema jurídico abrangente. [...] ¹¹

Portanto, nada ficará fora do alcance dos novos legisladores globais. A concepção do Banco Mundial de nada menos que “um sistema jurídico abrangente” não pode ser seriamente contestada, em termos políticos, por nenhum partido de oposição com alguma reivindicação futura a ser votada pelo governo, uma vez que indispor-se com a fonte internacional de sobrevivência econômica seria um ato de irresponsabilidade política. Nesse sentido, a concepção de desenvolvimento abrangente é capaz de transfor-

¹¹ Ver World Bank, *World Development Report 1999: Entering the 21st Century*, Washington, DC: World Bank, 1999.

mar o neoliberalismo em uma estrutura constitucional estreitamente ligada à lógica da política eleitoral. Com essa estratégia, os legisladores técnicos globais reivindicam sua soberania sobre as diretrizes políticas locais.

É importante enfatizar que, conquanto essa chave para a estratégia neoliberal seja mais visível e direta nos países em desenvolvimento e em fase de transição, ela não fica de modo algum restrita a eles. Mesmo em contextos tradicionalmente de centro, como a Alemanha, a lógica do neoliberalismo não foi menos influente em determinar plataformas políticas vitoriosas no período posterior à Guerra Fria. O líder social-democrata Oskar Lafontaine, por exemplo, relutante em adotar as políticas estruturais ditadas pelo FMI, foi vencido por um político mais "realista", Gerhard Schröder, exatamente por causa da falta de credibilidade internacional de Lafontaine, em decorrência de suas posições críticas diante dos planos do FMI. Desse modo, o Partido Social-democrata conseguiu suceder o governo conservador de Kohl, bastando-lhe, para tanto, oferecer garantias plenas de respeito aos ditames das instituições de Bretton Woods. Uma história muito parecida pode ser contada acerca da vitória de Blair, do Partido Trabalhista Britânico, e da transformação de muitos líderes políticos ambiciosos, tanto de esquerda quanto de direita, que renunciaram a suas "plataformas sociais" anteriores em nome das prescrições do Consenso de Washington. Na esquerda, podemos citar exemplos de ex-comunistas como o primeiro-ministro Massimo D'Alema, na Itália, ou Vladimir Putin, na Rússia. Na direita, o exemplo mais conhecido é o ex-primeiro-ministro espanhol Aznar, que repudiou seu passado "social" como partidário do ditador fascista Francisco Franco para tornar-se um aplicado defensor do Consenso de Washington.

As políticas neoliberais, exatamente pelo fato de privilegiarem as necessidades universais da ordem do mercado sobre as neces-

sidades locais do eleitorado, são com frequência impopulares e geram resistências. Apesar da retórica vazia do "desenvolvimento equitativo", os perdedores nos processos neoliberais de globalização são as camadas mais fracas da população, agricultores já empobrecidos, forçados a comprar sementes geneticamente modificadas que só funcionam por um ciclo, pequenos comerciantes à margem das cadeias globais de distribuição, operários de produção obrigados a aceitar cortes de salários para não perderem seus empregos. Como sempre acontece, esses vastos contingentes de perdedores são alienados do processo político dominado pelos ricos e por investimentos empresariais. Nos Estados Unidos, a soma investida em política pelo 0,25 por cento mais rico da população é maior do que a investida por 80 por cento dos contribuintes individuais; além disso, nesse modelo de democracia, os gastos dos agentes empresariais superam mais de dez vezes os dos sindicatos e outras organizações sem fins lucrativos. Na lógica econômica da democracia, as contribuições ao processo político são vistas como investimentos, de modo que é *natural* que seus lucros favoreçam quem quer que os tenha feito. O que se infere disso é a irrelevância do processo eleitoral para os que não podem investir nele, porque a alternativa neoliberal entre partidos conservadores e partidos de terceira via reduz ao mínimo o impacto social da transformação política. Nesse cenário, é irracional dar atenção à política eleitoral, o que, por sua vez, ajuda a explicar o baixo comparecimento às urnas e a atitude despolitizada da maioria das pessoas.

Uma vez mais, isso não fica de modo algum restrito à política norte-americana. Uma relação inversa entre o grau de implementação das políticas neoliberais e a participação popular no processo eleitoral é fácil de perceber no mundo todo. Desnecessário dizer, a multidão impotente e solitária assim criada poderia às

vezes reagir com violência, em particular nos contextos nos quais o que está em jogo é conseguir viver dentro do próprio orçamento, como no caso das revoltas de rua na Argentina logo depois que se desfez a paridade entre o peso e o dólar. É por isso que o neoliberalismo é quase sempre acompanhado por normas autoritárias e pela polícia de Estado, fenômenos cujos exemplos mais infames foram o Chile de Pinochet ou o Peru de Fujimori, para ficarmos em dois filhos diletos da Escola de Chicago. As elites dominantes, elas próprias executantes impotentes de políticas criadas em outros países pelos agentes da globalização econômica (FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio), não podem responder com decisões políticas às necessidades do povo e, por esse motivo, respondem com o uso de violência. Também é preciso dizer que, por serem os únicos beneficiários dos recursos públicos dos processos que estamos discutindo, os aparelhos repressivos do Estado – militares, policiais, sistemas penitenciários – estão sempre preparados e dispostos a reprimir qualquer voz que destoe do coro dos contentes. Não admira que, nos Estados Unidos, de 1972 até hoje, a população carcerária (graças também ao processo de privatização das prisões, que cria incentivos para manter as pessoas presas) passou de 326 mil para mais de 2,3 milhões (em números de 2005). Admira menos ainda que, a partir de 1999, em Seattle, não tenha ocorrido mais nenhuma reunião dos chamados líderes do “mundo livre” (aí incluído o processo de constituição europeia, já então um fracasso) que não ocorresse por trás de uma cortina de ferro policial com o objetivo de excluir a participação popular, silenciar a oposição e reprimir os protestos.

A repressão pura e simples não é o único meio a que recorrem os poucos vencedores do processo neoliberal para lidar com a dissidência dos numerosos perdedores. Outra estratégia eficaz,

que precisa ser examinada para colocar em algum contexto político as receitas “meramente técnicas” do processo de globalização neoliberal, tem por objetivo silenciar a oposição antes mesmo que ela surja. O conjunto de tais estratégias explora sentimentos de medo e insegurança a fim de evitar comportamentos não homogêneos. Durante a Guerra Fria, o medo do comunismo nas sociedades ocidentais era explorado dessa maneira, por meio de grande variedade de práticas ideológicas. Hoje, o medo do terrorismo islâmico desempenha papel semelhante. Combinado com a insegurança no trabalho, o resultado é a produção de indivíduos dóceis e amedrontados, dispostos a seguir o líder seja qual for sua orientação política. A imposição de harmonia pela “obrigatoriedade” de uso da verdadeira indústria dos meios alternativos de resolução de conflitos (*alternative dispute resolution*), bem como a interpretação de qualquer dissidência como falta de patriotismo, são fenômenos que as sociedades ocidentais modernas estão vivenciando em nossos dias, mas que, em outros contextos autoritários – como no Japão da Era Meiji, no início do século XIX –, constituem a regra há muito tempo¹².

O neoliberalismo é, portanto, um conjunto de práticas sociais, políticas, econômicas, jurídicas e ideológicas levado a cabo por uma variedade de agentes influenciados pelo que chamamos de “formidável lógica de mercado”. A redução da esfera pública e a grande dimensão do setor privado, com privilégio exclusivo dos agentes empresariais mais fortes, é a força que move essa diretriz política. O expediente jurídico pelo qual essa estratégia é implementada em contextos secundários é a noção de “desenvolvimento abrangente”, que invariavelmente enfatiza a necessidade de incrementar a “boa

¹² Ver Eric Feldman, *The Ritual of Rights in Japan*, Nova York: Cambridge University Press, 2000.

governança e o Estado de Direito” aos quais aludimos e que descreveremos de modo mais detalhado na seção seguinte.

Os programas de ajuste estrutural e a estrutura de desenvolvimento abrangente

Um analista, Vincent Tucker, colocou as coisas da seguinte maneira:

Desenvolvimento é o processo por meio do qual outros povos são dominados e têm seus destinos moldados de acordo com um modo essencialmente ocidental de conceber e perceber o mundo. O discurso desenvolvimentista é parte de um processo imperial por meio do qual outros povos são usurpados e transformados em objetos. É uma parte essencial do processo por meio do qual os países “desenvolvidos” administram, controlam e até mesmo criam o Terceiro Mundo em termos econômicos, políticos, sociológicos e culturais. É um processo por meio do qual as vidas de alguns povos, seus planos, suas esperanças e sua inventividade são moldados por outros povos que frequentemente não compartilham nem seus estilos de vida, nem suas esperanças, nem seus valores. A verdadeira natureza desse processo é dissimulada por um discurso que apresenta o desenvolvimento como um processo necessário e desejável, como o próprio destino humano.¹³

A bem da verdade, poderíamos substituir o termo “desenvolvimento” por “colonização” na citação anterior, extraída de Tucker, um pensador africano. A descrição se adaptaria a ambos os fenômenos, produzindo assim a ideia e os mecanismos de continuidade que exploramos neste livro.

¹³ Vincent Tucker, “The myth of development: a critique of Eurocentric discourse”, em *Critical Development Theory: Contributions to a New Paradigm* (R. Munck & D. O’Hearn, orgs.), Londres: Zed Books, 1999. Ver também S. Latouche, *Sopravvivere allo sviluppo*, Torino: Bollati Boringhieri, 2005.

O ajuste estrutural tem uma longa história como instrumento usado na implementação política aliada à exigência de condicionalidade. Mais recentemente, o ajuste estrutural – um conceito que nunca soou bem aos ouvidos dos países tomadores de empréstimos – mudou de nome, passando a chamar-se *desenvolvimento abrangente*, o que ampliou ainda mais a questão da intervenção não estritamente financeira. A condicionalidade também mudou de nome, em mais um movimento na direção do politicamente correto, e hoje atende pelo nome de *abordagem participativa*, embora seja difícil identificar mudanças políticas concretas. A ideia original, apresentada por Keynes em Bretton Woods com o objetivo de assegurar a estabilidade econômica e o crescimento ordenado mundiais, com cobertura de um banco e de um fundo com poder de intervenção para socorrer as economias em dificuldades, só foi modificada uma vez, em 1980, convertendo-se em um modelo de governança global sob o comando de agentes políticos transnacionais, inimputáveis e legiferantes.

Uma vez mais, para compreender essa evolução, é preciso situá-la em seu contexto histórico e político. A ascensão dos Estados Unidos como país capitalista hegemônico depois da Segunda Guerra Mundial e o eixo incontestável entre esse país e a Grã-Bretanha, que caracterizam a ordem mundial contemporânea, foram arquitetados muito antes do fim das hostilidades. A ideia dos Estados Unidos e do Reino Unido tinha por finalidade “evitar a anarquia econômica que decorre da desvalorização competitiva, de múltiplas taxas de câmbio e outras políticas comerciais restritivas. O plano colocado em prática por essas duas nações foi concebido de modo que introduziu disciplina internacional e estabilização das taxas de câmbio”¹⁴. No fim das negociações for-

¹⁴ Giles Mohan, Ed Brown, Bob Milward & Alfred B. Zack-Williams, *Structural Adjustment Theory, Practice and Impact*, Londres: Routledge, 2000.

mais em Bretton Woods, o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), mais conhecido como Banco Mundial, a Corporação Financeira Internacional (International Finance Corporation, IFC) e o FMI foram criados. Os países participantes concordaram em submeter-se a determinado grau de disciplina econômica internacional, mas receberam garantias de não intervenção em assuntos políticos internos¹⁵. Na verdade, eles delegaram ao FMI (especificamente encarregado de assegurar a estabilidade cambial) certas prerrogativas de soberania econômica nacional. O FMI foi criado para oferecer ajuda de curto prazo no balanço de pagamentos aos membros que estivessem em dificuldades com seus pagamentos externos. O Banco Mundial foi habilitado a oferecer ajuda financeira temporária aos países que precisariam se recuperar da devastação da Segunda Guerra Mundial e, de maneira mais permanente, a presidir o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento, concedendo-lhes empréstimos de longo prazo.

Duas questões históricas sobressaem aqui. Em primeiro lugar, embora os países em desenvolvimento fossem mais numerosos do que as nações industrializadas em Bretton Woods, eles "não exerceram influência alguma sobre as negociações ou o resultado final, uma vez que os termos do debate já haviam sido estabelecidos nas transações bilaterais entre os Estados Unidos e o Reino Unido"¹⁶. A razão disso talvez esteja no poder dessas duas nações,

¹⁵ Ver, por exemplo, o art. IV, 3, b, do instrumento de contrato que fundou o FMI, disponível em www.imf.org, e também o art. VI, seção 10, do contrato que estabeleceu o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - Bird, que previam "atividade política" como "proibida", disponível em <http://siteresources.worldbank.org/ibrd/>.

¹⁶ T. Ferguson, *The Third World and Decision Making in the International Monetary Fund: The Quest for Full and Effective Participation*, Londres: Pinter Publishers, 1988, p. 26.

na falta de visão comum dos países em desenvolvimento (quase todos, na época, ainda colônias), ou simplesmente no problema habitual de eficácia participativa por conta da limitação de recursos, como acontece atualmente na Organização Mundial do Comércio, em Genebra.

Em segundo lugar, ao serem criadas, as instituições financeiras internacionais (e, sem dúvida, ao longo da crise de setembro de 1971, quando os Estados Unidos declararam a não conversão de dólares em ouro, deixando praticamente todas as moedas mundiais com taxa de câmbio flutuante) desfrutavam de imenso prestígio no Terceiro Mundo, onde eram vistas muito mais como agências de libertação do que de opressão. A condicionalidade, o ajuste estrutural e a busca fundamentalista de políticas neoliberais foram necessárias para mudar essa percepção a partir do final da década de 1970. Em certo sentido, a própria mudança de atitude perante essas instituições, no Terceiro Mundo, resultou do uso claramente político dado a elas, fortalecendo, no período que se seguiu à revolução Reagan/Thatcher, seu objetivo de promover a pilhagem sistemática dos recursos do Terceiro Mundo.

Seria injusto culpar de modo incondicional as instituições financeiras internacionais por esse estado de coisas. Sem dúvida, outros atores tiveram sua cota de responsabilidade, dentre eles o setor bancário privado e a chegada ao poder, em parte do Terceiro Mundo, da chamada "cleptocracia" (gerais como Suharto, Mobutu e Noriega, os quais, mediante o uso de suborno e violência, conseguiram transformar recursos públicos em fortunas pessoais). Não obstante, embora a ninguém surpreenda encontrar esse tipo de comportamento em mercadores vulgares de armas ou diamantes, aventureiros do petróleo, tiranos, serviços secretos, ou mesmo em estruturas privadas de poder empresarial, fica mais difícil aceitá-lo quando praticado por agentes investidos do

enorme prestígio que decorre do *status* de organizações internacionais ligadas às Nações Unidas por fortes laços institucionais. Em particular, esse tipo de coisa ocorre devido ao *uso sistemático da ideia de Estado de Direito como arma para obter consenso para as práticas de pilhagem*.

Mais uma vez, a evolução histórica anteriormente descrita tem que ver com o petróleo. Em 1973, ao limitar a oferta do petróleo, a Opep impôs um enorme aumento do preço do barril. O preço quadruplicou nessa ocasião, voltando a triplicar no segundo choque de 1979, quando a oferta tornou-se ainda mais limitada. O resultado da primeira alta do petróleo foi o aumento estável do preço das matérias-primas, o que beneficiou muitos países do Terceiro Mundo. Além disso, as instituições financeiras internacionais e o setor bancário privado vinham recebendo enorme quantidade dos chamados "petrodólares", o que lhes permitiu emprestar a países em desenvolvimento a taxas de juros relativamente baixas (uma média de 1,3 por cento entre 1973 e 1980) e com pouca ou nenhuma preocupação com o efeito deletério desses fluxos de caixa sobre sistemas econômicos e institucionais muito frágeis.

A segunda alta dos preços do petróleo provocou uma recessão mundial, devido às políticas praticadas pela revolução Reagan/Thatcher em resposta à situação emergencial (e para vencer a Guerra Fria). Esse estado de coisas era simultâneo à chamada "receita monetária", em grande parte justificada pelo medo da inflação. As políticas monetaristas incluíam medidas de austeridade econômica e uma série de cortes nos gastos públicos, provocando grande aumento do desemprego e a depressão da demanda. Portanto, as economias industriais reduziram as importações de matéria-prima; as taxas de juros subiram dramaticamente (a uma média de 5,9 por cento entre 1980 e 1986), o que fez que os países

do Terceiro Mundo não pertencentes à Opep, com enorme dependência da extração e exportação de matéria-prima, fossem literalmente lançados em estado de falência. As economias fortes obtiveram lucros ainda maiores graças às condições das economias mais fracas no Terceiro Mundo, impondo regras de comércio tão desfavoráveis que a situação dos balanços de pagamentos tornou-se rapidamente insuportável. Contudo, os sucessivos empréstimos a taxas de juros muito mais altas eram inevitáveis, de modo que grande parte das receitas cambiais (elas próprias reduzidas pela retração das importações nas economias ricas) foi direcionada para o serviço da dívida. Não é difícil imaginar o destino dos gastos sociais – ideologicamente contestados, junto às políticas keynesianas tradicionais, pelos monetaristas de Chicago – nos países pobres com dívidas esmagadoras. Como sempre, os agentes sociais mais fracos foram os que mais padeceram em tal situação.

Esse cenário dramático, de desespero para as populações pobres do mundo, pode ser entendido, fora do contexto de noções econômicas abstratas, mediante uma simples comparação com o que se passa em uma família. Imagine uma família sul-americana composta por pai, mãe, três filhos e seus avós. A família produz café e vende-o no mercado internacional. De repente, devido a contingências internacionais, o preço do café aumenta e os lucros maiores, ao lado da possibilidade de uma hipoteca a uma taxa variável muito baixa, convencem os pais a comprar uma casa e mudar para um local mais urbano, onde seus filhos poderão ter uma educação melhor. Nesse novo local, a vida é mais cara, porque os hábitos de consumo tornam-se mais sofisticados, de modo que a mãe, que antes cuidava dos avós, começa a trabalhar na empresa de cafeicultura da família. Contrata-se uma empregada para cuidar dos avós e dos filhos mais novos. De repente, uma crise restringe o consumo de café e o preço cai. Ao mesmo tempo,

as taxas de juros da hipoteca aumentam de tal maneira que simplesmente não há mais dinheiro suficiente para chegar ao fim do mês sem estourar o orçamento. Para cuidar das crianças e dos avós, a família agora busca um novo empréstimo. Ao tomarem conhecimento de um conceituado plano de financiamento com garantia estatal, eles se candidatam a um empréstimo. Depois de assinarem os papéis, fica claro que a instituição credora, com a qual contavam para superar o momento difícil, cobra uma taxa de juros exorbitante, ilegalmente alta. Agora, a família toda está nas mãos do credor. Este, com medo de não receber o principal, decide que as crianças devem sair da escola e ir trabalhar e que a empregada deve ser demitida; os avós passam a maior parte do dia entregues a si próprios.

É evidente que, em tal cenário, a instituição credora, que por um momento parecera oferecer a solução para as dificuldades, passa a ser detestada, vista como uma agência predatória e impiedosa. As mudanças vêm aos poucos: a família se desintegra e seus membros mais fracos – os avós e as crianças – são os que mais sofrem.

Essa história é uma alegoria das consequências da crise do petróleo e das políticas econômicas monetaristas nos países menos desenvolvidos. E, de fato, em meados da década de 1980 as instituições financeiras internacionais “se deram conta de que as perspectivas de recuperação dos pagamentos do principal e dos juros estavam se tornando cada vez mais improváveis, devido à deflação das economias industriais e de sua falta de supervisão das estratégias de investimento dos países tomadores de empréstimos, nos quais boa parte do dinheiro era usada para financiar projetos de baixa produtividade”¹⁷. Sem dúvida, na esperança de

¹⁷ Bob Milward, “What is structural adjustment?”, em G. Mohan *et al.*, *Structural Adjustment Theory, Practice and Impact*, Londres: Routledge, 2000, p. 26.

uma eventual recuperação do principal, as instituições de Bretton Woods, agora controladas com mão de ferro pelos governos anglo-saxões conservadores, continuaram a emprestar – desta vez, porém, aplicando condições duríssimas, muito semelhantes àquelas exigidas, em nosso relato imaginário, para tirar as crianças da escola e deixar os avós entregues à própria sorte.

O ajuste estrutural é essencialmente o acordo contratual por meio do qual os países em desenvolvimento abrem mão de sua soberania econômica e jurídica em troca de financiamentos. Como a necessidade desesperadora de financiamento no Terceiro Mundo sempre foi criada por agentes econômicos e políticos poderosos que também determinavam as políticas econômicas das instituições de Bretton Woods, esses acordos contratuais são abalados por um desequilíbrio de poder¹⁸. Em consequência, eles moldam as leis de acordo com os interesses dos agentes mais fortes, ajudando, assim, a transformar o Estado de Direito em um facilitador da pilhagem e em um instrumento de opressão social. Sem dúvida, a retórica do Estado de Direito desempenha seu poderoso papel ideológico, e dela não se abre mão em hipótese alguma.

Hoje, o FMI e o Banco Mundial condicionam seus empréstimos a economias subdesenvolvidas a certos pré-requisitos. Em teoria, essas condições deveriam habilitar o país em processo de ajuste a mudar a estrutura de sua economia de tal modo que, no longo prazo, ele pudesse atender às necessidades de utilização eficiente dos fatores de produção para assegurar o crescimento uniforme. Na prática, essa descrição extensa significa que, uma vez que a economia foi entregue às instituições financeiras internacionais, a economia política de um Estado *deve* ser reestruturada

¹⁸ A melhor descrição dos SAPs encontra-se no filme *Life+Debt* (2001), de Stephanie Black, em que se discute o SAP e a política neoliberal na Jamaica.

segundo os ditames da ortodoxia neoliberal. Isto implica que "o papel do Estado, em todas as suas funções progressistas e de bem-estar social, está sendo fortemente reduzido e que as próprias economias foram abertas, por meio do comércio e da liberalização financeira, às forças desimpedidas da concorrência mundial dos mercados"¹⁹.

Com essa clara estratégia no mundo em desenvolvimento, e uma estratégia semelhante – ainda que mais sutil – para as economias ocidentais, as instituições financeiras internacionais exercem hoje enorme poder político em todo o mundo, à margem de qualquer tipo de controle, a não ser a vontade de seu acionista majoritário. É preciso levar em consideração, para evitar que a discussão fique restrita a um nível de abstração sem sentido, que as instituições financeiras internacionais – não concebidas como agentes políticos cabais na época de sua criação em Bretton Woods, em julho de 1944 – não são estruturadas para funcionar como instituições políticas. Por conseguinte, e de modo muito natural, elas não reservam nenhum espaço para a legitimidade política. Organizadas como hierarquias que seguem o modelo da empresa pública anglo-americana, um diretor-executivo e uma equipe de executivos encarregam-se da tomada de decisões estratégicas, que é então implementada por uma estrutura hierárquica, atuando em conjunto com alguns comitês consultivos, como em qualquer outro tipo de organização econômica complexa.

Estruturas de desenvolvimento, pilhagem e Estado de Direito

O empréstimo, tanto para fins de desenvolvimento quanto de pagamento do serviço da dívida, atualmente é oferecido dentro

¹⁹ J. L. Dietz, "Debt, international corporations and economic change in Latin America and the Caribbean", *Latin American Perspectives* 55, 1987, p. 509.

de um contexto de condicionalidade mais ou menos rigoroso. Embora o rigor das políticas impostas ao "ajuste estrutural" ou, como hoje se diz, "desenvolvimento abrangente", possa apresentar variações significativas de um lugar para outro, dependendo de uma série de fatores políticos, sugerimos que alguns aspectos que em geral caracterizam as intervenções institucionais do Banco Mundial se encaixam, mais ou menos expressamente, na definição de pilhagem.

Para começar, todos os países de Terceiro Mundo já se viram encurralados na longa estrada do ajuste estrutural²⁰. Em segundo lugar, essas reformas impostas pelas instituições financeiras internacionais aos países pobres são reformas que, apesar da retórica do mercado livre, "regulam" a acumulação de capital em nível mundial, beneficiando as elites econômicas e políticas dominantes, ao forçarem a abertura de mercados mais frágeis, ao mesmo tempo que mantêm os mais fortes extremamente protegidos. Em terceiro lugar, esses planos têm por fundamento uma versão intransigente da chamada concepção econômica neoclássica ortodoxa, em particular a irrefutável "eficiência dos mercados livres" e dos produtores privados, bem como os benefícios da concorrência e do comércio internacionais, sem levar em consideração as disparidades de poder. Em quarto lugar, o Direito interno dos países endividados é usado como veículo da aplicação das obrigações internacionais e do controle da inquietação social, privando assim os países alvo de uma quantidade significativa de soberania e intervindo de maneira ilegal em suas escolhas políticas internas.

²⁰ De modo característico, a descolonização deixou muitos países recém-independentes em necessidade desesperadora de dinheiro, devido à pilhagem colonialista. É aí que entram em cena os empréstimos de curto prazo e com juros altíssimos do FMI. A crise do petróleo da década de 1970 produziu inadimplências e uma segunda rodada de empréstimos condicionais.

Embora não seja nossa intenção reproduzir aqui os resultados de um sem-número de obras especializadas que analisaram, defenderam, contestaram ou expuseram essas políticas, precisamos pelo menos dizer mais algumas palavras sobre a política econômica imposta pelas instituições financeiras internacionais por meio das condições estabelecidas para a concessão de empréstimos. Tal política usa o Direito para transformar as instituições de Bretton Woods, em sua origem mecanismos de estabilização financeira, em agentes de desestabilização política a serviço do projeto de governança mundial, contratualmente imposto pelo neoliberalismo. Por trás de uma neutralidade e tecnocracia falsas, igualmente a serviço de interesses universais, essa política oculta uma plataforma política reacionária de defesa dos interesses dos poucos países ricos que detêm a maioria dos votos no FMI e no Banco Mundial. Na época atual, essas duas instituições guardam ligações com a OMC, as Nações Unidas e outras organizações internacionais que ostentam uma imagem de interesse geral quando, na verdade, o que fazem é servir aos interesses de seus acionistas majoritários, sem nada que as diferencie de qualquer outra entidade corporativa privada com a finalidade exclusiva de obter lucro. O Consenso de Washington fez as instituições de Bretton Woods passarem de Robin Hood a Shylock. Para ter uma imagem realista, é preciso levar em consideração o fato de que o Consenso de Washington liga de maneira estreita os interesses norteamericanos e europeus por meio de organizações mais ou menos formais e burocráticas, como a OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento), a Otan ou o G8. A tarefa fundamental desse contexto “legal” é abrir mercados lucrativos às empresas dominantes, por meio de agências de desenvolvimento ocidentais. Embora às vezes exista competição entre elas, essas poderosas agências compartilham o objetivo comum da domina-

ção capitalista global, que consiste em difundir o Consenso de Washington tanto por meio da ideologia do Estado de Direito quanto – o que não é raro – pelo uso de uma violência esmagadora.

Finalmente – e esta é uma informação que se deve ter sempre em mente –, a descrição da ligação formal entre os agentes institucionais do Consenso de Washington não faz justiça ao vínculo muito estreito, substancial e ideológico entre o “processo de naturalização” do neoliberalismo e os agentes empresariais transnacionais. Na verdade, as mesmas forças estão em jogo, por exemplo, na prática de *lobby* no Congresso dos Estados Unidos ou na Comissão Europeia (o que envolve a formulação de leis), na seleção e no controle de altos membros das instituições de Bretton Woods ou na garantia de sucesso eleitoral para grande número de políticos (o que afeta de modo direto os processos políticos internos). O resultado dessa dinâmica complexa é uma transformação radical do Estado de Direito. Longe de limitar os interesses de agentes poderosos (políticos ou econômicos), permitindo que os fracos busquem a ajuda da lei para afirmar seus direitos, como em sua justificação tradicional e extremamente positiva, o Estado de Direito converte-se em instância opressiva de pilhagem que esmaga os perdedores dos processos sociais. O Estado de Direito abandona sua face de escudo dos mais fracos e se transforma na espada dos mais fortes.

A teoria econômica neoclássica ortodoxa (inclusive seu entendimento do Estado de Direito) é a aliada mais poderosa a legitimar o Consenso de Washington e é apresentada como “prova” indefectível do quanto são corretos e judiciosos os programas de ajuste estrutural impostos sob severas condições ou os planos de desenvolvimento abrangente elaborados com a “participação” dos países alvo. Esses programas e planos, impostos e fortemente apoiados pelo Consenso de Washington, baseiam-se, na verdade,

no conceito essencial de equilíbrio entre oferta e demanda. O mercado livre e o livre comércio empresariais (que não são livres, mas sim administrados pelas empresas) são vistos como os melhores métodos para a obtenção do equilíbrio ideal. Para chegar a esse resultado, dois tipos de reforma são impostas, as externas e as internas. Essas reformas são sustentadas pelo modelo de oferta e demanda empiricamente falido que se usa para mostrar como os mercados livres – isto é, mercados aos quais se permite encontrar equilíbrio por meio da perfeita interação de oferta e demanda – vão obter o resultado mais eficiente não só para um produto específico (o petróleo, por exemplo), mas, em termos gerais, para a economia como um todo.

As reformas internas interpretam a legislação e a participação do Estado na economia como um obstáculo à conquista de equilíbrio eficiente, pois a legislação introduz práticas que restringem a livre concorrência. No mercado de trabalho, por exemplo, a exigência de um “salário mínimo” mantém os salários acima do ponto de equilíbrio, produzindo desemprego. Ao cortar salários – demonstra-se por meio de gráficos –, a produção migrará para produtores de mão de obra mais intensiva, o que reduzirá o desemprego (não deveríamos, porém, começar a aplicar “salários máximos” para os executivos das empresas, tendo em vista as distorções que a obscena distribuição de opções de compra de ações produz nos mercados mundiais?).

No modelo neoclássico, as barreiras para ingressar em determinada indústria ameaçam em particular o alcance natural de um ponto de equilíbrio eficiente. O pressuposto, uma vez mais, é o de que a concorrência é a melhor receita para o equilíbrio eficiente. Essa teoria fornece os fundamentos lógicos dos programas de privatização e liberalização. Portanto, o ajuste estrutural contém, invariavelmente, medidas para desagregar o lado da oferta por

meio da desnacionalização, da redução de subsídios estatais e da privatização desenfreada. Isso, por sua vez, permite o corte de impostos, pois a redistribuição administrada pelo Estado em nome da justiça social é ineficiente em si própria, e as funções de bem-estar social são privatizadas. Portanto, o Estado precisa de menos receita fiscal.

Os custos sociais dessa política podem ser fatais. Por exemplo, a privatização do serviço de estradas de ferro de Dakar (Senegal) a Bamako (Mali), adquirido por uma multinacional canadense, provocou o fechamento de grande número de estações ao redor das quais pequenos mercados e vilarejos locais haviam se desenvolvido ao longo dos anos. Em consequência, essa economia informal, crucial para a sobrevivência de muitas pessoas, entrou em colapso, deixando milhares de camponeses famintos diante da impossibilidade de usar o trem para transportar seus produtos aos mercados maiores.

As reformas da política externa também são visadas. Nesse caso, o modelo neoclássico desenvolve (e também demonstra por meio de gráficos) a chamada “teoria da vantagem comparativa”, que evidencia “cabalmente” a superioridade do livre comércio irrestrito e espontâneo. Em poucas palavras, a ideia é que, se as barreiras ao comércio internacional forem eliminadas, cada país acabará por se especializar naquilo que produz com mais eficiência (por exemplo, mão de obra barata, café, belezas naturais ou madeira). Os países acharão mais barato adquirir produtos no mercado internacional usando a receita bruta das vendas internacionais dos produtos que produzem com mais eficiência. Em outras palavras, de acordo com essa ideia, não faz sentido tentar a produção de café na Finlândia. Os finlandeses devem comprar o café da Colômbia, ao mesmo tempo que se especializam na produção de arenque enlatado e telefones celulares. Ainda que o

raciocínio pareça convincente, ele acaba por se mostrar tão simplista quanto a perda de qualquer potencial político no mundo real, sobretudo por causa das políticas de dois pesos e duas medidas praticadas pelos países desenvolvidos, que oferecem uma justificativa imoral da exploração humana da mão de obra barata (a qual não difere de modo substancial da escravidão assalariada), obrigando bilhões de pessoas a trabalhar por salários que não lhes proveem a subsistência. Uma vez que a história é importante, como o reconhecem muitos dos novos paradigmas atuais, é preciso levar em consideração que o caminho para o desenvolvimento capitalista empresarial no Ocidente não foi aberto apenas pela pilhagem colonial, mas também por muitas práticas protecionistas que deram cobertura à acumulação original.

Em sua infância, as economias não têm condições de competir com as que já se encontrem em pleno desenvolvimento, de modo que a abertura das economias do Terceiro Mundo a investimentos estrangeiros irrestritos resulta na assinatura de um cheque em branco para predadores empresariais transnacionais que simplesmente expulsam do comércio todas as atividades econômicas locais. Desnecessário dizer, a teoria da vantagem corporativa enfatiza muito mais os objetivos de crescimento seletivo, aos quais se atribui muito maior importância, do que as políticas de distribuição de renda, e elimina, de maneira imoral, a diferença nos pontos de partida. A história da América Latina descolonizada, "aberta" pelo comércio britânico, mostra, mais do que qualquer gráfico, a equação fundamental entre liberalização de mercado no contexto de um desequilíbrio de poder e pilhagem. O florescimento das "zonas de livre comércio" no Terceiro Mundo atual é a perfeita contraparte econômica das minas de Potosí nos contextos econômicos nos quais a única coisa a ser exportada é a mão de obra barata.

O conjunto de programas de reforma interna e externa, que é a governança de mercados alvo em seu funcionamento interno e em seu grau de "abertura" à concorrência internacional, impõe a redução do tamanho do setor público, com duras consequências para os pobres²¹.

Para conseguirem esse resultado final, uma espécie de paraíso neoliberal em que poderosos agentes de mercado podem transformar todas as pessoas do mundo em consumidores e todo trabalhador não especializado em bem de consumo, os programas de desenvolvimento indicam cinco áreas e imperativos principais de reforma:

- 1 Permitir que os mercados livres determinem os preços.
- 2 Diminuir o controle estatal dos preços.
- 3 Transferir os recursos mantidos pelo Estado para o setor privado.
- 4 Reduzir o orçamento do Estado ao máximo possível.
- 5 Reformar as instituições estatais (tribunais e burocracia) a fim de facilitar o setor privado (boa governança e Estado de Direito).

Esses cinco imperativos, acompanhados por prescrições políticas detalhadas – como a abolição do salário mínimo e o fim dos subsídios alimentares (por exemplo, o milho mexicano), a abolição dos programas de controle de aluguéis, a redução de padrões de segurança no trabalho, a entrega, mediante contrato, de serviços públicos (transporte, educação, aposentadoria por problemas de saúde etc.) ao setor privado e a transferência de recursos e operações públicas a agentes empresariais – são invariavelmente visados pelos programas de ajuste estrutural por meio de uma estratégia que envolve duas fases. Uma fase de estabilização, baseada

²¹ Bob Milward, "What is structural adjustment?", em G. Mohan *et al.*, *op. cit.*, p. 33.

na negociação de um empréstimo por doze a dezoito meses, ou de uma linha de crédito de longo prazo por cerca de três anos, é implementada para financiar um plano de austeridade. Em seguida a essa primeira fase, introduz-se um acordo de mais longo prazo, o verdadeiro empréstimo para ajuste estrutural do Banco Mundial ou o verdadeiro programa de ajuste estrutural do FMI. O ingresso na segunda fase, em geral acompanhado por um significativo influxo de fundos de outras agências (União Europeia ou Suíça, como no caso do Benin), é condicionado a cortes radicais de gastos do governo, à diminuição da burocracia, ao fim dos subsídios, à desvalorização, à desregulamentação das taxas de câmbio e do controle de preços e ao fim do monopólio do Estado nas exportações ou na distribuição de produtos de primeira necessidade, como o arroz. Tudo isso a serviço dos interesses expressos do reembolso da dívida.

Só uma ínfima minoria de países chega a essa fase, pois o desemprego em massa, a recessão econômica, a hiperinflação e a inquietação social constituem, na maioria dos casos, o resultado daquilo a que se dá, ironicamente, o nome de fase “de estabilização”. Em geral, as atividades de segurança privada prosperam nesse período. Disponibilizam-se fundos para suavizar esses problemas, mas sempre sob novas condições impostas pelos agentes financeiros internacionais, limitando ainda mais o poder dos governos locais para lidar com a situação. Devido a esse círculo vicioso econômico, o sistema jurídico tem de ser usado para cumprir sua função mais básica e opressora: o controle e a repressão das pessoas vitimadas por essa atividade de exploração legalizada, que de forma pacífica sofrem suas consequências e a ela resistem. A inevitável instabilidade econômica, jurídica e política cria condições propícias àquilo que só pode ser descrito como “empreendimento conjunto para a pilhagem”, envolvendo agentes

empresariais internacionais e oligarquias locais em seu objetivo de transferir os bens públicos a empresas privadas que em geral se ocupam dos negócios relativos a segurança privada, detenção e encarceramento²². Os tribunais e as instituições estatais empobrecidos, na verdade sobrecarregados por uma tremenda carga de novas funções que se seguem à corporatização, só podem funcionar como agências de aplicação das leis, protegendo a distribuição desigual da propriedade contra trabalhadores e camponeses. Eles não têm nem a autoridade nem os meios para contestar a legalidade das “economias ajustadas”, transformadas pelo clube de campo de Bretton Woods nos ambientes ideais para a pilhagem legalizada.

²² Ver Elisabetta Grande, *Il terzo strike*, Palermo: Sellerio, 2007.

ANTES DO NEOLIBERALISMO: UM HISTÓRICO DA PILHAGEM OCIDENTAL

As raízes europeias da pilhagem colonial

Alguns textos recentes sobre a globalização e, em particular, sobre a globalização do Direito reconhecem a americanização da ordem jurídica internacional ou, pelo menos, a presença do forte poder decisório dos Estados Unidos em tudo que diz respeito a ideias e práticas associadas ao Estado de Direito. Esse reconhecimento, porém, é a-histórico em sua maior parte, associando a americanização do Estado de Direito internacional à ascensão das hegemonias neoliberais contemporâneas.

Uma visão mais histórica sugere que esse processo de americanização não começou há pouco tempo, nem mesmo se originou nos Estados Unidos. Ao contrário, suas origens remontam às transferências de direito e de pessoas ao longo dos séculos. Para tentar reconstruir esse quadro, nos concentraremos sobretudo nas raízes intelectuais e políticas do imperialismo norte-americano. Em razão de tal enfoque, nossa atenção se voltará basicamente para as raízes inglesas, deixando de lado as raízes da pilhagem ocidental praticada por portugueses, espanhóis, franceses e holandeses. Livros influentes, como *Commentaries* (1765)¹, de Blackstone,

¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), fac-símile da primeira edição, Chicago, University of Chicago Press, 1979.

já admitem que as doutrinas europeias e o *common law* inglês eram de aceitação e uso correntes nos primórdios das Américas de língua inglesa. Portanto, qualquer histórico da americanização do Estado de Direito transnacional precisa levar em consideração sua genealogia europeia e seus fundamentos filosóficos. Na verdade, quando nos referimos à americanização do Estado de Direito, talvez seja mais exato ressaltar que se trata de uma euro-americanização, tanto na dimensão política quanto na econômica. Vem daí o interesse em discutir as duas, em suas relações mútuas e na relação de ambas com os contextos de recepção do Estado de Direito e da pilhagem intrínseca que as acompanham.

Tanto os europeus quanto os norte-americanos usaram o Direito como parte de seu domínio imperialista, e as potências colonizadoras impuseram suas próprias concepções jurídicas a suas colônias. Hoje, a imposição do Direito é mais resultado de iniciativas transnacionais de homogeneização para fins de expansão capitalista, mas ele ainda é o veículo de legitimação da pilhagem. O Estado de Direito constitui, sem dúvida, um dos mais poderosos mecanismos "civilizadores" jamais usados, e a pilhagem, tanto ontem quanto hoje, pode muito bem ser vista como a força mais poderosa por trás do desenvolvimento da ideologia ocidental do Estado de Direito. O mais provável é que seu poder decorra do convencimento de outras sociedades de que elas carecem do princípio do Estado de Direito, uma estratégia com frequência acompanhada da promoção da harmonia como outro valor fundamental da civilização.

O pensamento cultural dominante atribui a muitos contextos pós-coloniais a culpa pela "falta" do Estado de Direito, mas ao mesmo tempo não se ocupa da história desse princípio em sua associação com a pilhagem. Neste capítulo, tentaremos recontar essa história a partir de outro ponto de vista, aquele que introduz

a dimensão histórica no contexto da compreensão da hegemonia norte-americana, por meio da ideologia jurídica, no mundo contemporâneo.

A estrutura fundamental do Direito norte-americano como modalidade de recepção pós-colonial

No começo do século XX, o Direito norte-americano já havia recebido da Europa, e assimilado de maneira verdadeiramente original, os componentes fundamentais de sua estrutura jurídica. A tradição do *common law* inglês tinha transmitido à ex-colônia o ideal dos juizes como oráculos da lei, bem como o de um Judiciário forte e independente como estrutura constitucional em que os juizes poderiam desempenhar melhor seu papel de guardiães dos direitos de propriedade. O direito norte-americano desenvolveu a tal ponto o legado de Sir Edward Coke que chegou a criar o controle judicial de constitucionalidade. Os juizes norte-americanos não são somente os oráculos da lei e líderes máximos do sistema jurídico profissional; eles também têm, no processo judicial, o poder de declarar a inconstitucionalidade das decisões tomadas pelos poderes políticos do Estado². Essa importante extensão do poder judicial no Direito norte-americano levou à crença (já assinalada por Tocqueville³) de que qualquer problema político poderia, mais cedo ou mais tarde, ser decidido por um tribunal, dentro da lógica *neutra* do Estado de Direito. Essa crença foi levada a extremos nos julgamentos de Nuremberg, e possivelmente ao seu limite em *Bush vs. Gore*, caso que discutiremos no Capítulo 7.

Portanto, a colônia funcionava como um espelho da Inglaterra, e a América do Norte, ainda revolucionária, reagiu contra o po-

² Ver *Marbury vs. Madison*, 5 US 137 (1803).

³ Ver A. de Tocqueville, *Democracy in America* (R. D. Heffner, org.), Nova York: Signet Classics, 2001.

der colonial sobretudo devido a sua intromissão em questões relativas a direitos de propriedade e juros. Uma Constituição escrita, a mais antiga do Ocidente, foi a reação contra os mistérios do sistema constitucional britânico, não fundado em leis escritas. A Inglaterra era um sistema jurídico e político profundamente centralizado. Por sua vez, o sistema jurídico norte-americano tornou-se o mais descentralizado de que até então se tinha notícia.

A tradição jurídica da Europa continental (*civil law*) também legou aos Estados Unidos algumas modalidades fundamentais de pensamento que foram ativamente incorporadas e transformadas ao longo dos séculos XIX e XX. A tradição do direito natural de extração francesa legou a esse país a ideia dos direitos individuais universais, uma vez mais arraigados no ideal absoluto da santidade dos direitos de propriedade, típico do Estado burguês. Essas liberdades públicas de natureza "negativa", consideradas mais como proteção do indivíduo perante o governo do que como fonte de obrigações governamentais de prover a subsistência do indivíduo, foram entronizadas na Constituição norte-americana em razão da influência que exerceram sobre a maioria dos *founding fathers*⁴. O ideal universalista não apenas foi levado ao extremo, como nos dão testemunho, entre outras coisas, as noções de universalidade da jurisdição dos tribunais dos Estados Unidos na garantia de tais direitos⁵, mas os direitos negativos, na falta de noções consistentes de soberania de Estado, como aquelas desenvolvidas pelos jacobinos, converteram-se em verdadeiro limite à atividade redistributiva do governo norte-americano. A noção de independência diante das intromissões do Poder Executivo orientou a atividade

⁴ Uma discussão recente e fascinante sobre seu credo e sua ideologia pode ser encontrada em Joseph J. Ellis, *Founding Brothers: The Revolutionary Generation*, Nova York: Random House Publishers, First Vintage Books Edition, 2002.

⁵ *Id.*

judicial constitucional durante toda a história dos Estados Unidos. A rigorosa imposição de limites a qualquer governo proativo pode ser vista como resultado dessas importações passadas da Europa.

A Alemanha também transmitiu aos Estados Unidos uma de suas características fundamentais: a presença de instituições acadêmicas fortes e independentes como mais um circuito de controle profissional do processo político. Somente porque o Direito tinha o *status* de ciência considerava-se natural a argumentação a favor de seu ensino nas universidades. Se assim não fosse, nos Estados Unidos o Direito talvez não tivesse perdido a característica de uma prática comercial, como aconteceu na Inglaterra até bem depois do período vitoriano. As faculdades de Direito norte-americanas (escolas profissionais cujos corpos docentes viam a si próprios como pensadores do meio acadêmico) são as únicas no mundo (com a exceção recente do Japão) que oferecem educação jurídica básica em nível de pós-graduação. Em consequência, e de modo paradoxal para um sistema baseado em uma "escola profissionalizante", o advogado norte-americano médio deve submeter-se a mais anos de formação acadêmica do que quaisquer outros de seus colegas em todo o mundo. Além disso, devido a essa maior amplitude dos estudos jurídicos, comparados com a maior duração dos cursos de graduação em Direito europeus, e devido à força econômica de instituições privadas como as faculdades de Direito da *Ivy League*^{*}, hoje a universidade norte-americana pode ser vista como a pós-graduação por excelência dos advogados de todo o mundo, pois os mais ambiciosos vão para os Estados Unidos complementar seus estudos com uma pós-graduação⁶.

^{*} Termo usado para designar o conjunto das oito universidades particulares mais tradicionais dos Estados Unidos. (N. do T.)

⁶ Ver W. Wiegand, "The reception of American law in Europe", *American Journal of Comparative Law* 39, 1991, p. 229.

Assim, pelo menos quatro características da noção “global” de Estado de Direito podem remontar à experiência norte-americana: (1) uma Constituição escrita; (2) o sistema de controle judicial de constitucionalidade; (3) uma retórica individualista baseada nas liberdades públicas; e (4) os profissionais de Direito como “engenheiros sociais” que atuam em um sistema altamente descentralizado, organizado de modo que proteja os direitos de propriedade.

Uma teoria da falta: ontem e hoje

A face imperial do Direito tem uma longa história, mesmo ao delimitarmos nossa análise aos Estados Unidos. De fato, já estava presente antes da Revolução Americana de 1776. Já estava presente no pensamento doutrinário dos primórdios da pilhagem, quando os colonizadores britânicos chegaram à América do Norte e depararam com as comunidades americanas nativas.

O Estado de Direito justificou o genocídio desde o início. Basta lembrar que as doutrinas norte-americanas do princípio de descoberta sustentam que “a descoberta de terras nas Américas pelos exploradores europeus deu aos países europeus que as descobriram – e aos Estados Unidos como seu sucessor – a propriedade legal do solo americano, reduzindo as tribos indígenas à mera condição de ‘inquilinos’”⁷. Fundamentado na justiça natural, o Estado de Direito foi usado para justificar e convalidar a apropriação de terras, e o princípio de descoberta continua sendo, em nossos dias, uma das mais arraigadas doutrinas jurídicas a dar sustentação à política indigenista federal, em prejuízo dos índios⁸. Isso diante da Declaração de Independência de que “todos os homens são criados iguais”.

⁷ David Wilkins, *American Indians Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking Justice*, Austin: University of Texas Press, 1997.

⁸ Laura Nader & Jay Ou, “Idealization and power: legality and tradition in Native American law”, *Oklahoma City University Law Review* 23, 1998, p. 3.

A convalidação da apropriação também era inerente à filosofia dos *Dois tratados sobre o governo* (1698), de John Locke⁹. As propriedades dos americanos nativos podiam ser apropriadas por determinação do Deus cristão: “ao homem, toda terra que ele puder lavrar, plantar, cultivar e usar”. Mais tarde, o erudito e estadista suíço Emerich de Vattel foi igualmente explícito em seu livro *Law of Nations* (1797), obra que também deu justificação legal à apropriação colonial de terras:

A terra pertence a toda a humanidade [...]. Todos os homens têm o direito natural de nela viver [...]. Todos têm um direito igual às coisas que ainda não pertencem a ninguém. Portanto, quando uma nação descobre um país desabitado e sem proprietário algum, tem o direito legítimo de tomar posse dele. No que diz respeito à descoberta do Novo Mundo, pergunta-se se uma nação pode, legitimamente, ocupar qualquer parte de um vasto território no qual só se encontram tribos nômades, cujo pequeno número não será capaz de povoar o país inteiro [...]. Não estamos nos afastando das intenções da natureza ao restringirmos os selvagens a limites mais estreitos.¹⁰

Como os Estados Unidos foram criados a partir de uma revolução anticolonialista, essa origem influenciou não apenas o apagamento, na consciência nacional, da pilhagem colonial sofrida pelo próprio país, mas também serviu para caracterizar o estilo imperialista norte-americano, em contraste com o colonialismo europeu. Assim, por exemplo, na fase inicial de suas relações com a China, embora os países europeus favorecessem o controle territorial por meio de apreensão física (os ingleses em Hong Kong, os

⁹ John Locke, *Two Treatises of Government*, Londres, 1698.

¹⁰ Emerich de Vattel, *The Law of Nations*, Londres: G. G. & J. Robinson, 1797 (reimpresso em 2005 por Clarke, NJ: Law Book Exchange Ltd.).

portugueses em Macau), os Estados Unidos privilegiaram as políticas unilaterais, “de portas abertas”, do século XIX e primórdios do XX, conscientes de que traziam vantagem econômica para eles próprios na concorrência expansionista internacional com os europeus. Ao fazê-lo, os Estados Unidos puderam, por um lado, legitimar-se como defensores do anticolonialismo e estigmatizar a ocupação física europeia como colonialista; por outro lado, puderam explorar plenamente, para fins de pilhagem, a venerável política de liberalização do mercado. No contexto dessa política de portas abertas, o Estado de Direito, na forma da santidade dos contratos e da segurança dos direitos de propriedade, era crucial para os interesses dos investidores norte-americanos, o que o levou a ser “promovido” pelo governo dos Estados Unidos mediante a imposição de acordos de extraterritorialidade e imunidade à jurisdição chinesa. Essa prática calculista foi ideologicamente promovida como a oferta de um modelo “civilizador” para a reforma do Direito local, condição para a eventual admissão da China à “família das nações civilizadas”, sujeitas ao Direito Internacional¹¹. Esse episódio pode ser visto como uma pré-estreia centenária da atual admissão da China à Organização Mundial do Comércio (OMC), embora a correlação de poder pareça dramaticamente alterada.

A política de usar a liberalização forçada dos mercados, em vez do controle colonialista sem rodeios, foi também o elemento-chave do sucesso britânico em toda a América Latina, tanto durante a colonização espanhola e portuguesa quanto depois de San Martín e Bolívar terem conquistado a independência formal na primeira parte do século XIX. Ao longo da era de colonização, na verdade, a pilhagem espanhola e portuguesa de matérias-primas

(principalmente de metais) era praticada sobretudo para o pagamento do serviço da dívida que a Coroa tinha junto a banqueiros londrinos. Depois da independência formal, a Grã-Bretanha envolveu-se muitas vezes em guerras, diretamente ou por procuração, a fim de assegurar a abertura dos mercados a suas empresas, permitindo que a continuidade da pilhagem de matérias-primas gerasse lucros astronômicos e impedindo o desenvolvimento de mercados internos, que simplesmente não podiam competir com os produtos mais baratos, de fabricação britânica. As poucas medidas dos governos locais que ousavam proteger o comércio local, na esperança de evitar a trágica falência de uma jovem e promissora indústria, eram de modo sistemático denunciadas como oposição ao Estado de Direito, em mais uma manobra para proteger os direitos globais de atividade comercial lucrativa das empresas britânicas¹². Os poucos líderes locais que tentavam resistir – limitando a “santidade” dos extorsivos contratos de trabalho ou dos “direitos de mineração” privados, adquiridos a preço irrisório de seus antecessores políticos corruptos, ou da estrutura do latifúndio, favorecendo uma classe alta local, conhecida por seus hábitos de consumo extravagantes e muito caros – simplesmente perdiam seus cargos por meio da força e tinham seu legado convertido em objeto de desprezo oficial por séculos. Dentre esses líderes, é preciso lembrar pelo menos de José Artigas, do Uruguai, que se atreveu a tentar implementar uma reforma agrária em 1815; Juan Manuel de Rosas, da Argentina, derrotado pelas esquadras britânica e francesa em 1852; ou Francisco Solano López, do Paraguai, assassinado em 1870 depois de cinco anos de uma heroica guerra de resistência contra Argentina, Uruguai e Brasil, os quais,

¹¹ Teemu Ruskola, “Law’s empire: the legal construction of ‘America’ in the ‘District of China’”, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=440641.

¹² Há uma discussão clássica em Eduardo Galeano, *Open Veins of Latin America: Five Centuries of the Pillage of a Continent* (tradução inglesa de Cedric Belfrage), Nova York: Monthly Review Press, 1973. (Reimpresso em 1997).

em nome do capital anglo-americano, travaram uma guerra por procuração contra o país que, na época, atingira um grau de civilização e independência jamais vistos na América Latina¹³.

A política de portas abertas continuou sendo o credo oficial até bem depois do estabelecimento da Doutrina Monroe (1823), ainda envolta em retórica anticolonialista e aparentemente criada para evitar uma competição ferrenha entre as potências europeias por novas colônias na América do Sul. Na verdade, como se sabe, a doutrina na realidade funcionou como uma reivindicação eficaz para reduzir a América Latina a um quintal dos Estados Unidos, assegurando às empresas norte-americanas (como a United Fruit) o monopólio comercial na região. Sem dúvida alguma, a expressão "portas abertas" jamais significou livre concorrência.

Um exemplo esclarecedor vem da história recente do Brasil, em que o presidente Getúlio Vargas ousou ameaçar os interesses da indústria siderúrgica dos Estados Unidos em 1954, comportando-se como um agente econômico racional que preferia vender o metal a preços muito mais altos para os governos da Polônia e da Checoslováquia, e não ao preço que as companhias norte-americanas queriam pagar. Ele foi quase literalmente levado ao suicídio, como se depreende de sua última carta, em que atribuiu sua trágica decisão às pressões internacionais que não lhe permitiam servir aos interesses do seu país. O principal beneficiário da morte de Vargas foi a mineradora norte-americana Hanna Mining, que pôde continuar com a exploração do Vale do Paraopeba, onde se encontravam as mais ricas reservas de ferro do planeta (algo em torno de 200 bilhões de dólares). Afinal de contas, os advogados da Hanna Mining poderiam argumentar que sua cliente havia pago quase 6 bilhões de dólares (!) pelo controle acionário

¹³ Esse e muitos outros episódios são discutidos em Eduardo Galeano, *op. cit.*

da companhia britânica St Johns, que vinha explorando as minas brasileiras há muito tempo. Pouco importava o fato de que a St Johns não tinha autorização legal para extrair e comercializar o minério. Novos títulos de propriedade foram criados. A exploração pôde então continuar até 1961, quando o presidente Jânio Quadros assinou uma lei que anulava os direitos ilegais da Hanna Mining e devolvia ao estado de Minas Gerais a reserva nacional que lhe pertencia. Quatro dias depois, o presidente Quadros foi forçado a renunciar pelas forças armadas. Em seu dramático discurso de despedida, acusou a enorme pressão internacional de forçá-lo a deixar o governo. O vice-presidente João Goulart foi empossado, mas, de forma inesperada, manteve a política de seu antecessor. A Hanna Mining contestou a lei de Quadros no Judiciário brasileiro, mas sua validade foi confirmada. Em seguida, o Brasil explorou a possibilidade de enviar e vender seu ferro diretamente para a Europa (tanto socialista quanto capitalista), mas isso foi demais para os interesses norte-americanos, que tomaram medidas mesmo antes de essas vendas acontecerem. Em março de 1964, um golpe derrubou Goulart e colocou na presidência o marechal Castelo Branco, um ditador assassino e anticomunista fanático. Em dezembro de 1964, a Hanna Mining obteve de Castelo Branco a anulação da lei de Jânio Quadros, ficando com plenos poderes para explorar as minas e, inclusive, com um rico subsídio governamental para construir seu próprio porto e uma ferrovia que o ligava às minas. A US Steel, outra grande empresa do mundo desenvolvido, recebeu direitos semelhantes nas minas da Serra dos Carajás. O ditador afirmou que o Brasil não tinha o capital necessário para explorar suas riquezas. Eduardo Galeano reproduz alguns comentários¹⁴:

¹⁴ *Id.*

- *Fortune*: "A revolução que derrubou Goulart na última primavera chegou como um socorro [para a Hanna Mining] prestado, no último minuto, pelo Primeiro Regimento de Cavalaria."
- Lincoln Gordon, embaixador dos Estados Unidos: "O sucesso da conspiração poderia ser incluído, ao lado do Plano Marshall, do Bloqueio de Berlim, do malogro da agressão comunista na Coreia e da solução da crise dos mísseis cubanos, entre os momentos de mudança mais importantes na história mundial de meados do século XX."
- *The Washington Star*: "Eis uma situação na qual um bom e infalível golpe à moda antiga, liderado por militares conservadores, pode ajustar-se como uma luva aos mais altos interesses de todas as Américas."
- Presidente Lyndon Johnson, dos Estados Unidos (em mensagem de congratulações a Ranieri Mazzili, presidente interino): "O povo norte-americano acompanha com ansiedade as dificuldades políticas e econômicas pelas quais sua grande nação vem passando e vê com admiração o decidido esforço da comunidade brasileira de resolver essas dificuldades em um contexto de democracia constitucional, sem desavença civil."

Embora o último comentário supere todos os outros em hipocrisia, o que temos aqui é um coro de saudações à pilhagem decorrente da "política de portas abertas", uma versão dissimulada do livre mercado. Ao observarmos o debate atual sobre o papel do Direito no desenvolvimento econômico, a continuidade se revelará desconcertante demais para não ser notada. O Estado de Direito moderno, uma garantia fundamental dos mercados abertos, ainda é apresentado como promotor da modernidade e da racionalidade, um "processo civilizatório". Os "civilizados" ainda exigem a garantia da lei para fazer negócios em países distantes.

De modo significativo, o Estado de Direito contribui para a justificação *ex post* de lucros ilimitados para o Ocidente, os quais se constituem em sinônimo de pilhagem. O que mudou, quando muito, foi só a política de explicação e justificação por trás do preenchimento, pelo Ocidente, daquilo que equivale a uma "falta" local, ideologicamente construída.

A mesma estratégia parece ter sido usada durante muito tempo para impor o Estado de Direito ocidental a contextos econômicos mais fracos e, desse modo, "abrir" os mercados à pilhagem: graças ao uso ideológico do argumento da "falta", cria-se uma necessidade comparativa que só pode ser remediada pela possibilidade única de transferir o Direito da fonte ocidental dominante (seja o Direito alemão ou norte-americano na China, ou a tendência atual de "Direito e Economia", como base da reforma jurídica na América do Sul). Além disso, uma vez que o Estado de Direito, garantido por padrões civilizatórios internacionais, sancionados por leis, é elaborado como um instrumento social e politicamente neutro, as oligarquias locais são fortalecidas por um instrumento transcultural de autocapacitação, tornando-se capazes de interagir com a economia global (introduzindo reformas de portas abertas), ao mesmo tempo que mantêm as desigualdades sociais tradicionais.

Os exemplos contemporâneos de apropriação de bens culturais evidenciam essa dinâmica. Ativistas como Vandana Shiva observam que os principais argumentos atualmente usados para justificar a patenteação de saberes locais coletivos ainda se fundamentam em ideias de Locke e Vattel sobre o Estado de Direito como uma proteção dos direitos de propriedade e da "falta" de um conhecimento tradicional. Como instrumento universal, o Direito invoca esse princípio fundamental de controle – a noção de falta – para justificar legalmente a pilhagem. Os indígenas carecem de

modernidade e desenvolvimento; falta-lhes a capacidade e o conhecimento que permitem a plena utilização de seu ambiente; falta-lhes o Direito, faltam-lhes os tratados e a cultura jurídica. Em termos mais gerais, na esfera internacional, o pensamento jurídico dominante utilizou uma estratégia semelhante nos anos que se seguiram ao estabelecimento da hegemonia norte-americana na América Latina, no que diz respeito à tradição jurídica local, herdada da tradição do *civil law* (sistema romano-germano-canônico do Direito). Os países latino-americanos, sucessores das potências coloniais europeias, são desse modo representados como imitadores medíocres de um estilo jurídico europeu tornado obsoleto. Essa atitude não poupa nenhum contexto jurídico periférico; todas as características jurídicas locais são descritas como empecilhos ao desenvolvimento baseado no mercado.

Hoje, é comum ouvir dizer que não há Direito na China, que o país foi ou é refratário à lei. Em geral, tais afirmações fazem-se acompanhar por argumentos sobre a dificuldade de introduzir o Estado de Direito nesse país. Um advogado norte-americano afirmou: "Basicamente, a advocacia deve ser inventada como profissão sem qualquer orientação da tradição chinesa ou da história recente da China."¹⁵ Além da falta de Direito, os chineses são agora acusados de ignorar o Direito que tinham: para a concepção ocidental dominante, o *Li*, fundado em dois mil e quinhentos anos de tradição confuciana, não é Direito, mas apenas um conjunto de regras de boas maneiras, enquanto o *Fa*, seu equivalente legal, que também conta com mais de dois milênios de existência, é visto como mera sanção coerciva e penal, um instrumento demasiado primitivo para que se possa considerá-lo como verdadeiro conjunto de leis e de normas jurídicas. Portanto, o apagamento

¹⁵ Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China After Mao*, Stanford: Stanford University Press, 1999, p. 198.

torna-se parte da política de criação da necessidade do Direito ocidental, neutro e profissional, de preferência com base em noções do *common law*. A estratégia é transcultural. O Direito islâmico, em si mesmo uma venerável tradição erudita, é descrito como mera *religião*, não como conjunto de leis¹⁶. Como tal, afirmou Max Weber, é irracional, imutável e incapaz de oferecer uma estrutura eficiente para o desenvolvimento econômico. Portanto, o que tem sustentado o campo de atuação hegemônica do Direito é uma lógica cultural interna, baseada em uma falta ou em um vazio cujo poder sobreviveu a séculos de dominação euro-americana, ainda que a percepção do que seja "falta" possa alterar-se conforme mudam os sistemas jurídicos hegemônicos.

No contexto da escalada da interpretação econômica do Direito, predominantemente norte-americana, essa teoria da falta é explicada como falta de eficiência ou de instituições "profissionais", substituindo, assim, a justiça "natural" (típica do antigo Direito natural, dominado pelo sistema do *civil law*) pela eficiência econômica como um novo, prestigioso e legitimador instrumento ideológico da pilhagem¹⁷.

Essa dinâmica torna-se particularmente evidente quando se examinam os movimentos de Direito e desenvolvimento do século XX, patrocinados por instituições norte-americanas pode-

¹⁶ R. David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporaine*, Paris, 1966, Tradução inglesa de R. David & E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 2ª ed., Londres: Stevens, 1978.

¹⁷ De importância particular, nesse contexto, há uma recente bibliografia sobre Direito e finanças patrocinada pelo Banco Mundial e dedicada às "fontes do Direito". Esse campo de estudos, em grande parte desenvolvido no renomado Departamento de Economia de Harvard, apresenta como causa principal do subdesenvolvimento o formalismo das fontes do Direito, no âmbito da *civil law*. Ver La Porta, F. Lopez de Silanes, A. Schleifer & R. Vishny, "The quality of government", *Journal of Law Economics and Organization* 25, 1997, p. 1, e R. La Porta, F. Lopez de Silanes, A. Schleifer & R. Vishny, "Law and finance", *Journal of Political Economy* 106, 1998, p. 6.

rosas, como a Fundação Ford e as principais faculdades de Direito, em uma época em que o prestígio do Estado de Direito norte-americano estava no auge. A “falta” continua sendo uma característica central. Por exemplo, os países latino-americanos careciam de instituições acadêmico-jurídicas sofisticadas. A cultura jurídica latino-americana não dispunha de instrumentos de engenharia social, algo que só se poderia encontrar no meio acadêmico norte-americano, justificando-se, desse modo, as transferências de sistemas jurídicos. James Gardner já havia levantado essa questão em sua obra pioneira, *Legal Imperialism*, de 1980¹⁸. Essa obra estava à frente do seu tempo porque, na década de 1980, os norte-americanos não queriam admitir que, na verdade, o movimento de Direito e desenvolvimento nada mais era que imperialismo disfarçado de ajuda ao desenvolvimento ou ao progresso:

Os paladinos da democracia às vezes acabam por revelar-se paladinos de uma ditadura ou de um Estado autoritário. [*Ibid.*, p. 281] [...] Ficou claro que os “missionários do Estado de Direito” enviados pelos Estados Unidos estavam envolvidos em um processo que era etnocêntrico em origem, caráter e implementação, e que a assistência jurídica e o apoio ao desenvolvimento do Terceiro Mundo eram medidas insignificantes, voltadas para a transferência implícita de modelos jurídicos dos Estados Unidos [...]. A questão fundamental continua sem resposta: por que esses “missionários” norte-americanos se interessam pela assistência jurídica e pela transferência de modelos jurídicos de seu país? [*Ibid.*, p. 283]

A estratégia de despolitização do Direito, apresentada como uma tecnologia de valor neutro, e não como um instrumento po-

¹⁸ James Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1980.

litico nas mãos das elites do poder local e internacional, permitiu que o “trabalho de desenvolvimento” fosse realizado sem levar em consideração o contexto local. Na América do Sul, a atuação jurídica e desenvolvimentista voltou-se para o Estado autoritário do Brasil, para o Chile socialista de Allende e para a “democracia” da Colômbia, e não era muito diferente dos projetos atuais de reforma jurídica. Os grandes projetos desenvolvimentistas concebidos pelo Banco Mundial (os ajustes estruturais) têm como alvo os governos de viés esquerdista de Brasil, Equador e Uruguai, bem como a administração autoritária da Colômbia. Seria impossível entender esses fenômenos sem levar em conta que muitos desses assessores jurídicos estavam sinceramente imbuídos de considerações de justiça, embora tenham se esquecido de perguntar, como de praxe entre os especialistas “neutros”, quem é que pagava seus salários.

A crítica recente retomou a análise anterior do Direito e desenvolvimento e participa de sua ressurreição atual¹⁹. O trabalho de advogados norte-americanos ligados às atividades desenvolvimentistas – profissionais que tentaram transplantar instituições dos Estados Unidos para o Brasil, o Chile e outros países, com o objetivo de fomentar a democracia por vias legais – ilustra como, trinta anos depois, ocorreram mudanças enormes na educação jurídica, resultando no remanejamento de membros dos corpos docentes das Escolas de Direito e da administração pública, na reprodução das elites dirigentes com boa formação cultural e na criação de novas hierarquias no interior dessas próprias elites, as quais, em última análise, têm grande afinidade com os projetos neoliberais e com a dominação norte-americana. Essa nova clas-

¹⁹ Y. Dezalay & B. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contests to Transform Latin American States*, Chicago: University of Chicago Press, 2002.

se de advogados constitui o elo entre o local e o internacional, atuando ora como porta-voz de um, ora de outro, sem jamais abrir mão da dependência dos estilos norte-americanos de legitimação: "a importação e a exportação de nosso *know-how* soberano têm profundas ligações com a história do país e seu projeto político." Portanto, a elite cosmopolita utiliza a "bagagem linguística e cultural necessária para o acesso a novos lugares privilegiados na (re)produção internacional de conhecimento e poder"²⁰.

Os advogados e professores de Direito da América Latina adquirem capital social em seus países de origem (porque preenchem a "falta") por meio de doutorados e conhecimentos especializados que obtêm nos Estados Unidos. O Direito é um aspecto essencial para o estudo e a descrição da história do expansionismo norte-americano e o entendimento de seu imperialismo, uma vez que "o Direito e as instituições jurídicas dão cobertura a atividades que não podem ser explicitadas nos círculos cosmopolitas culturalmente sofisticados"²¹. Descrevemos essas atividades como pilhagem. Novas atividades jurídicas voltam-se para os Estados Unidos, a serviço da economia neoliberal. Esse discurso exclui o debate sobre o Direito a serviço da justiça. A serviço do capitalismo empresarial, ele se transforma em um componente estrutural, econômico ou tecnológico, jamais adquirindo configuração moral ou cultural, menos ainda política. A eficiência predomina em nossos dias, mas a descontinuidade é só aparente. A pilhagem ainda continua sendo a motivação e o resultado.

Para a concepção neoliberal contemporânea do Direito, as economias menos desenvolvidas são vistas como se lhes faltasse alguma coisa muito simples e universal. Elas carecem de um sistema

²⁰ Y. Dezalay & B. Garth, *Dealing in Virtue*, Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 199.

²¹ *Id.*, p. 267.

institucional mínimo, simples e universalmente válido, necessário para o desenvolvimento de um mercado eficiente. Em um seminário para banqueiros importantes, Richard Posner, que é juiz do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos em Chicago e importante autor de obras sobre Direito e Economia, além de responsável pelo triunfo desse movimento na universidade norte-americana, expôs os fundamentos teóricos da estratégia neoliberal. Segundo ele, três coisas muito simples são imprescindíveis para se desenvolver o sistema institucional necessário para o funcionamento do capitalismo: segurança dos direitos de propriedade; liberdade dos contratos; e um sistema de tribunais independentes, como agências de aplicação e de jurisprudência. Nesse mesmo seminário, outro importante autor norte-americano, o professor Bernard Black, do Texas, acrescentou que poderia ser muito difícil implementar até mesmo um sistema de tribunais independentes, tendo em vista a "falta" fundamental de profissionalismo jurídico e de organização que caracteriza as economias em desenvolvimento. Para Black, o Banco Mundial deveria cogitar a criação de um sistema jurídico "autoaplicável", algo que inclusive excluísse a necessidade de ter de lidar com essa falta fundamental e contextualizada.

Os economistas trabalham há tempos com modelos jurídicos universais que nunca existiram em qualquer sistema jurídico real. Esses modelos de propriedade, contratos e aplicação de leis fundamentados em Deus ou na razão, mas nunca na história, foram herdados diretamente do pensamento jusnaturalista do século XVIII, conforme o defendia Adam Smith, o criador da economia como profissão, e sua discussão raramente foi retomada pelas gerações subsequentes de economistas de peso²². Essas

²² Essa perspectiva é apresentada em Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

ideias foram defendidas por pensadores jusnaturalistas como Vattel e Locke, legitimadores do genocídio colonial praticado na América no século XVIII.

A retomada do naturalismo nas principais faculdades de Direito norte-americanas tem, portanto, importante papel: os países em desenvolvimento carecem de algo muito simples e universal. Essa posição, enfatizada por documentos muito influentes e de grande circulação, como os Relatórios do Desenvolvimento Mundial²³ produzidos pelo Banco Mundial, atende a uma dupla finalidade. Para começar, enfatiza a inadequação e a qualidade inferior das elites periféricas, rotulando-as como incapazes de criar algo tão básico e natural como o capitalismo empresarial de mercado. Os países periféricos são, assim, intelectualmente humilhados, criando-se as condições psicológicas para a aceitação da hegemonia estrangeira. Por conseguinte, essas elites precisam ser treinadas pelas principais agências de hegemonia cultural do Ocidente, as grandes instituições acadêmicas dos Estados Unidos. Uma vez treinadas, as elites do Terceiro Mundo são cooptadas como quadros funcionais das instituições financeiras internacionais, criando-se assim certa diversidade que, não obstante, apresenta grandes limitações em termos práticos. Em sua obra clássica²⁴, Frantz Fanon identificou um fenômeno muito semelhante na trágica relação colonial entre a França e a Argélia.

Hoje, as instituições de Bretton Woods possuem os meios para implementar uma estratégia bem definida: criar um Estado de Direito simples e universal, capaz de estimular transferências eficientes de propriedade dos que as valorizam menos para os que as valorizam mais. Esse exercício inclui a abordagem dos direi-

²³ Esses documentos, que apresentam prioridades políticas em uma grande variedade de campos, são publicados anualmente pela Oxford University Press.

²⁴ Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth*, Nova York: Grove Press, 1965.

tos de propriedade (por exemplo, os direitos de propriedade intelectual, que precisam ser ocidentalizados), das liberdades contratuais (por exemplo, a eliminação das restrições contratuais que favorecem a segurança no trabalho) e das estruturas institucionais (mediante a reprodução de modelos de "legalismo litigioso", que chamamos de instituições reativas, ou na exploração aparentemente contraditória de técnicas de "soluções alternativas de conflitos").

Embora os argumentos a favor do neoliberalismo permeiem um complexo de instituições diferentes, o Direito é central. No campo da prática jurídica, os escritórios de advocacia dos Estados Unidos conseguiram definir o papel dos advogados internacionais que atuam no mercado global de serviços jurídicos. Na discussão da transferência bem-sucedida dos escritórios de Direito empresariais, é importante mencionar que eles têm garantido seu espaço extrajurídico e pseudogovernamental por governos fracos, que "terceirizam" suas obrigações de governo ao setor privado²⁵. O estilo empresarial dos advogados norte-americanos também está transformando as culturas jurídicas da Europa Ocidental, ainda que, tradicionalmente, os europeus minimizem o uso de advogados como lobistas políticos e negociadores de empreendimentos comerciais. No atual clima competitivo, afirma-se que franceses carecem de competência em procedimentos e requisitos legais. O mesmo movimento incluiria a "Nova Europa" e o bloco dos países pós-soviéticos como locais propícios ao novo imperialismo jurídico.

Estudos recentes tratam da lógica jurídica norte-americana, que abalou todo o sistema jurídico japonês porque "o floresci-

²⁵ Atitude que Aihwa chama de "soberania graduada". Ver A. Ong, *Flexible Citizenship: The Cultural Logic of Transnationality*, Durham, NC: Duke University Press, 1999.

mento das abordagens econômicas do Direito incentiva os burocratas e juristas a dedicar mais atenção a conceitos do *common law*, o que tem tido implicações para a estruturação das hierarquias no âmbito do ensino do Direito²⁶. Isso não quer dizer que esses princípios “universais” ou “globais” não estejam sujeitos a interpretações locais, mas, ao mesmo tempo, a difusão mundialmente bem-sucedida do estilo norte-americano de advogar levou a uma maior atenção ao Direito internacional, pelo menos como “estratégia de marca” das universidades dos Estados Unidos. A Faculdade de Direito da Universidade de Nova York transformou o Direito internacional no item principal de seu programa de “direito global”, que tem por objetivo específico o estímulo à “exportação de ideias e conceitos jurídicos norte-americanos no mundo todo, indicando maior intensificação da ‘americanização’ e do internacionalismo dentro dos próprios Estados Unidos”²⁷.

Os estudiosos tentam hoje entender a posição central do Direito nos processos de globalização e os mecanismos que orientam sua difusão. A descrição de advogados a serviço das elites do poder reflete a realidade. O que estamos afirmando aqui é o papel da pilhagem como uma força poderosa por trás da difusão do Direito. Todavia, a conscientização do papel da pilhagem na difusão do Estado de Direito não deveria, necessariamente, favorecer o jogo da crença na inevitabilidade. O Estado de Direito poderia trazer consigo hoje, como o fez no passado colonial, certo grau de contra-hegemonia²⁸.

²⁶ A. Riles, *The Transnational Appeal of Formalism: the Case of Japan's Netting Law*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=162588.

²⁷ F. Cownie (org.), *The Law School – Global Issues, Local Questions*, Aldershot, UK: Ashgate Publishing, 1999.

²⁸ Convém lembrar que os grupos de americanos nativos nos Estados Unidos perseveraram durante os séculos XIX e XX até o momento em que, com o Movimento Vermelho da década de 1960, puderam forçar a implementação de direitos defini-

A possibilidade de contra-hegemonia certamente deve ser levada em conta para se tentar fazer uma avaliação do Estado de Direito e de sua relação com a pilhagem. Como mostraremos na seção seguinte, parece claro que essa possibilidade produziu mais um nível de transformações impulsionadas pela pilhagem, tanto no passado como no presente.

Antes do neoliberalismo: práticas coloniais e estratégias harmônicas – ontem e hoje

Como já mencionamos aqui, os modelos acusatório e conciliatório desempenham papéis importantes nas estratégias de globalização atuais, exatamente como também o fizeram ao longo da construção da legalidade colonial. Na verdade, situamos as origens da concepção ocidental de Estado de Direito na proteção aos interesses de propriedade da aristocracia rural dentro do modelo acusatório de atividade judicial do *common law* que caracteriza os tribunais de Westminster. Hoje, uma alternativa a essa ideia, baseada na conciliação e na harmonia, e não na atividade judicial e no conflito, vem se expandindo de maneira rápida nos sistemas fundamentais do Ocidente e, ao mesmo tempo, tem sido exportada para o mundo em desenvolvimento como componente de pacotes de reforma jurídica. A pilhagem não é estranha a essa notável mudança estrutural do Estado de Direito. Consequentemente, precisamos também remontar às origens dessa história.

dos nos tratados. Os sioux lakotas, por exemplo, desenvolveram uma ideologia centrada nesses direitos, que levou ao reconhecimento de sua soberania e singularidade como parte de sua reivindicação legal pela devolução das Colinas Negras, em Dakota do Norte. Por meio da concessão de poderes assegurada pelo Estado de Direito, um esforço transnacional, o movimento contra a exploração abusiva do trabalho fabril ([*anti-sweatshop movement*]), seria um caso em que os ativistas recorreram ao Direito norte-americano para lidar com práticas trabalhistas injustas em outros países. Discutiremos mais exemplos dessa prática no Capítulo 8 desta obra.

As explorações ocorridas entre os montanhese zapotecas de Oaxaca, no México e em outras partes²⁹, nos levaram, em um primeiro momento, a compreender o uso da ideologia da harmonia no sucesso das táticas de colonização global *não militares* dos europeus. A harmonia coercitiva é uma modalidade de controle cultural. Os contextos institucionais não belicosos sempre funcionaram bem para os projetos de colonização, tanto para os do passado quanto para os atuais. As ideologias de harmonia podem ser usadas para eliminar a resistência dos povos, socializando-os por meio de mecanismos geradores de consenso que possam torná-los receptivos, tolerantes, passivos e dóceis, ao mesmo tempo que fazem calar as vozes discordantes. O uso da harmonia coercitiva está presente nos Estados Unidos e em cenários internacionais. Portanto, os modelos jurídicos de harmonia, como a arbitragem ou outros meios de soluções alternativas de conflitos, provavelmente fazem parte de um sistema de controle hegemônico que se difundiu pelo mundo com a colonização política europeia e as missões cristãs durante o colonialismo – uma forma primitiva de globalização –, um contexto em que o medo de resistir por meio da violência tornava atraente a administração extrajudicial dos conflitos.

Já vimos (no Capítulo 1) de que maneira, onde quer que o Direito moderno pudesse eventualmente fortalecer os colonizados, desenvolvia-se de modo rápido uma aliança entre a potência colonizadora e as elites tradicionais, evitando-se, assim, o recurso aos tribunais. A pilhagem requer que se evite a contra-hegemonia que poderia resultar do Estado de Direito. Portanto, o entendimento da difusão dos modelos norte-americanos de harmonia jurídica – às vezes chamados de soluções alterna-

tivas de conflitos, às vezes de acordo sobre litígios internacionais* e, em outros momentos, classificados como extrajudiciais – deve fazer parte de qualquer estudo sobre a pilhagem. Esses procedimentos informais aplicam-se tanto fora como dentro dos limites da justiça comum, em ONGs, na administração de litígios com as instituições financeiras internacionais³⁰, em estratégias de pacificação, conciliação e manutenção da paz³¹ e em projetos de colonização³². Procedimentos informais também são usados na decisão de litígios ambientais, como nas questões relativas à demarcação de rios internacionais³³, ou na solução de controvérsias comerciais, ou ainda, de maneira talvez mais evidente, em diversos acordos comerciais, como o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt) e o Área de Livre Comércio das Américas (Alca). Todos esses exemplos mostram que a governança funciona ao largo da atividade judicial, independentemente da existência de implicações legais, e que costuma ser justificada por referência a crises políticas ou econômicas. Contudo, seu poder e suas implicações para a pilhagem podem ter sido subestimados de modo extremo. Tendo em vista que as soluções alternativas de conflitos costumam ser vistas como um procedimento benéfico, a exemplo do que acontece com o Estado de Direito, é necessário submetê-las a um exame inflexível.

* Em inglês, *international dispute settlement*, IDS. (N. do T.)

²⁹ M. Goodale, "Legal ethnohistory in rural Bolivia: documentary culture and social history in the norte de Potosí", *Ethnohistory* 49 (3), 2002, pp. 583-609.

³⁰ R. Wilson, "Reconciliation and revenge in post-Apartheid South Africa", *Current Anthropology* 41, 2002, pp. 157-85.

³¹ S. Merry, *Colonizing Hawaii: The Cultural Power of Law*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.*

³² Laura Nader, *The Life of the Law*, Berkeley, CA: University of California Press, 2002.

²⁹ Laura Nader, *Harmony Ideology*, Stanford: Stanford University Press, 1990.

Os modelos jurídicos baseados no sistema de confrontação das partes (*adversarial system*)* são impregnados de juízos de valor em relação ao fato de fazerem parte de um caminho para o progresso e o desenvolvimento, mas isso também se pode dizer dos modelos de harmonia jurídica. De fato, esses dois modelos desempenham um importante papel na difusão dos valores norte-americanos de eficiência e pragmatismo, pois as soluções alternativas são apresentadas, tanto internamente quanto no exterior, como alternativa pragmática que permite superar os possíveis excessos dos procedimentos contenciosos. Sob essa perspectiva, o Estado de Direito, uma vez plenamente desenvolvido e profissionalizado, poderia sofrer uma crise de proliferação que às vezes se apresenta como uma “explosão de litígios” que as soluções alternativas são capazes de solucionar a um baixo custo social, constituindo-se, portanto, em eficiente alternativa à ação judicial.

O pensamento dominante considera benéfica a adoção de sistemas de resolução alternativa de conflitos nos países menos desenvolvidos que, devido à “falta” de um alto nível de profissionalismo jurídico, talvez encontrassem dificuldades para organizar de modo adequado um mecanismo de atividade judicial de confrontação. Portanto, o Banco Mundial (que, na verdade, torna obrigatório o uso da mediação para resolver conflitos nos países aos quais presta assistência) promove a conciliação e a mediação

* Sistema jurídico de tradição anglo-saxã em que a responsabilidade pelo adequado desenvolvimento do processo, em especial no que tange à prova, é exclusiva das partes, aparecendo o juiz como figura neutra na condução do litígio. É um sistema ligado a uma visão “privatista” do processo (o processo como mecanismo de resolução de problemas privados das partes). Contrapõe-se ao sistema da *civil law*, também denominado sistema inquisitório, no qual o juiz tem responsabilidade pelo adequado desenvolvimento do processo e poderes para colher provas independentemente da iniciativa das partes. Este é um sistema que enxerga o processo como um mecanismo de natureza pública, e o conflito entre as partes, como um problema social. (N. do R. T.)

de conflitos como uma alternativa pragmática para o desenvolvimento. Além disso, a adoção da resolução alternativa de conflitos é comumente apresentada como opção dotada de maior “sensibilidade cultural” perante as diferenças de mentalidade nos países que “carecem” do Estado de Direito. Em grande parte, o pensamento ocidental dominante também percebe os sistemas jurídicos não ocidentais como caricaturas do Qadi, juiz islâmico que, com desenvoltura e presteza, fazia julgamentos informais sentado sob uma árvore, imagem que se tornou famosa graças a Max Weber e por ter sido usada até mesmo por Felix Frankfurter, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. A resolução alternativa de conflitos, portanto, com sua ênfase na informalidade e na qualidade da decisão proferida por conta do grau de especialidade dos julgadores na matéria discutida no caso concreto, é tida como apropriada às necessidades locais, por ser mais próxima do estereótipo “mentalidade oriental”.

Embora esses modelos de “harmonia” tenham pouco que ver com concepções norte-americanas de justiça e não sejam muito correntes, costuma-se vê-los como infalíveis e benéficos, dando pouca atenção ao fato de que a disparidade de poder é ainda mais perniciosa na justiça informal do que naquela que resulta da atividade judicial. Devemos ter em mente o papel pacificador dos missionários cristãos e sua retórica de harmonia social, sob condições de dominação colonial ou de conquista imperialista, na América do Sul e na África. Nesses lugares, as noções de resignação cristã diante da vontade superior de Deus eliminaram a resistência efetiva, favorecendo a pilhagem. Portanto, a exemplo das ideologias da eficiência e do Estado de Direito, a ideologia da harmonia é equivalente à pilhagem.

Hoje, as reformas jurídicas no mundo todo padronizam cada vez mais as hipóteses de resolução alternativa de conflitos, como

a arbitragem ou os acordos sobre litígios internacionais, para ajustá-los às estratégias de poder global de maneira que *eliminem as diferenças* resultantes de desigualdades de poder ou de estilos culturais antagônicos. No processo de padronização da resolução alternativa de conflitos, a reflexão sobre o conflito mostra-se limitada e técnica, e o contexto perde densidade. Desse modo, a resolução alternativa de conflitos torna-se apenas mais um sistema técnico e profissional de justiça, com seus especialistas e seus profissionais, enfraquecendo o fator de soberania (que poderia ter uma tendência de neutralizar a diferença de poder em prol da parte mais fraca) decorrente do uso de tribunais públicos potencialmente contra-hegemônicos. A resolução alternativa de conflitos converte-se, então, em um fórum de justiça privada no qual "escritórios de advocacia nas transações comerciais internacionais, a Rodada Uruguai do Gatt e a formação da Organização Mundial do Trabalho, [...] agências de avaliação de crédito etc."³⁴ desempenham um papel central. Passa-se dos tribunais públicos para os painéis privados, da atividade judicial formal para a justiça informal ou negociada, como parte de um movimento mais geral que consiste em privatizar tudo, de prisões a instituições de bem-estar social, eliminando assim a possibilidade de exercício da soberania pelo Poder Judiciário local e a contra-hegemonia potencial, que às vezes resulta da confrontação das partes no processo judicial. Não surpreende, portanto, a existência de cláusulas de resolução alternativa de conflitos na maioria dos contratos comuns, com bancos, companhias de seguros, empresas de teleco-

³⁴ S. Sassen, *Globalization and its Discontents*, Nova York: New York University Press, 1995. Ver também Laura Nader, "The globalization of law: ADR as 'soft' technology", em *Proceedings of the 93rd Annual Meeting, American Society of International Law on Violence, Money, Power and Culture: Reviewing the International Legacy*, 24-27 de março, 1999.

municações e funcionários de empresas ávidos por oferecer a seus clientes sua própria "justiça privada".

Um regime de direito comercial transnacional, uma hegemonia de conceitos neoliberais de relações econômicas basicamente estruturadas segundo o estilo empresarial norte-americano eliminam, de modo sistemático, as proteções constitucionais e institucionais e o acesso ao Direito, junto aos quais as vítimas da pilhagem talvez pudessem reclamar e, eventualmente, sair vitoriosas. Nessa arena, a arbitragem internacional e as novas especialidades em solução de conflitos constituem mecanismos fundamentais de controle jurídico. Contudo, nenhum desses acontecimentos existe de modo isolado, e a dialética entre pilhagem, atividade judicial e resolução alternativa de conflitos é variável e tem fluxo constante. Parece haver uma tendência, como qualquer história da OMC pode demonstrar. Originalmente, a OMC parece ter sido redigida no espírito do legalismo; ela "demandava um vigoroso processo de resolução de conflitos, que levasse em consideração o uso efetivo da arbitragem [...] e até mesmo, em certas circunstâncias, o recurso ao Tribunal Mundial"³⁵.

As estruturas que regem o comércio internacional podem mudar de uma década para outra. É elucidativo, portanto, arrolar as mudanças significativas na solução de conflitos desde a década de 1940, do Estado de Direito ao pragmatismo, aos painéis independentes e às decisões de consenso, e nas primeiras demandas por procedimentos jurídicos democráticos. Os mecanismos preferenciais de disputa deixam entrever as manobras para a obtenção de poder³⁶. Hoje, o poder da OMC encontra-se em seus painéis

³⁵ J. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MA: MIT Press, 1989.

³⁶ K. Dam, *GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago: University of Chicago Press, 1970.

de resolução de conflitos, permitindo que qualquer um de seus países-membros conteste as leis internas de qualquer outro membro. Esses painéis são realizados em segredo e não permitem a participação de cidadãos ou autoridades subnacionais, como os procuradores-gerais do Estado, e as decisões dos painéis são adotadas de modo automático, sem nenhum recurso independente, sem registro escrito e aplicação seletiva. Não é leviana a observação de que, ao assim procederem, os Estados estão concedendo algumas de suas prerrogativas a entidades supranacionais. Ainda que as mudanças de um tipo de estilo de litígio para outro nunca sejam absolutas, o simples fato de ocorrerem já é digno de nota, pois demonstra quão flexíveis são os modelos de resolução de conflitos inseridos na denominação única de "Estado de Direito".

As tendências de reforma global parecem objetivar ordenações flexíveis na resolução de conflitos, a fim de aumentar a vantagem dos parceiros com maior poder de barganha. É imprescindível entender a constituição das tecnologias jurídicas "moderadas" ou *soft*, como a resolução alternativa de conflitos, e de que modo elas atendem aos objetivos da pilhagem. Contudo, também é importante entender que a ideologia obscura do Estado de Direito contemporâneo pode englobar tanto a atividade judicial quanto a resolução alternativa de conflitos, às vezes de modo aparentemente contraditório. Por exemplo, o chamado Consenso de Washington exorta a China a respeitar as patentes internacionais ou a criar um sistema judiciário que faça cumprir os contratos comerciais, mas ao mesmo tempo insiste em que Bangladesh mantenha com a Índia negociações sobre o rio Ganges, em vez de levar para o Tribunal Mundial suas demandas sobre os direitos ao uso da água. Como Charlene Harrington observou, "os negócios e as finanças globais parecem enfrentar uma gigantesca contradição: por um lado, empenham-se em eliminar restrições legais em uma

parte do mundo, aquela das sociedades mais ricas; por outro, exortam os países mais pobres a adotar restrições legais que protejam a propriedade privada de interferências políticas"³⁷. Contudo, a realidade e suas variações são ainda mais complexas, pois o processo de globalização resulta em interações de poder variáveis que, em geral, se ocultam à sombra do Direito de inspiração norte-americana e costumam ser determinadas pela pilhagem³⁸.

³⁷ Charlene Harrington, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Westport, CT: Greenwood Press, 1985.

³⁸ W. Greider, *The Manic Logic of Global Capitalism*, Nova York: Simon & Schuster, 1997, p. 34.

A PILHAGEM DE IDEIAS E OS LEGITIMADORES

Hegemonia e consciência jurídica

A hegemonia jurídica norte-americana pode ser mais bem compreendida (com o que se tornará muito mais importante do ponto de vista político) como uma mudança de consciência jurídica e política, e não como um modelo de transferência de normas jurídicas e instituições formais. A recepção do Direito é uma atividade extremamente criativa, e as transferências dele seriam muito mal compreendidas se só as abordássemos como um exercício mecânico de importação-exportação de códigos ou instituições legais. Uma abordagem mais adequada consiste em avaliar a difusão dos modos profissionais de pensar o Direito e examinar, no contexto colonial ou no imperial, as principais transformações intelectuais ocorridas nas elites. Observar a globalização do Direito sob uma ótica estatal voltada para a produção de normas (concentrar-se na difusão do Direito francês, alemão e norte-americano) não ajuda a perceber a natureza da ordem jurídica posterior à Guerra Fria. Esses modos de ver estão também estritamente ligados à territorialidade e não permitem levar ao entendimento do poderoso papel das instituições transnacionais de governança global (o Banco Mundial, o FMI e a OMC), bem como o papel dos agentes empresariais transnacionais na produção pri-

vada do Direito. Da mesma maneira, o projeto colonial talvez seja mais bem avaliado como uma relação – inicialmente e, com frequência, de modo violento – que envolve uma variedade de agentes colonizadores, tanto públicos como privados, e não uma relação discreta entre uma metrópole e uma colônia. Uma percepção territorial da relação colonial que tivesse por base apenas a concepção de Estado seria demasiado estreita. Iria concentrar-se nas instituições formais e, ao fazê-lo, perderia a dimensão internacional tanto do empenho colonizador quanto das forças de resistência.

Tanto a relação colonial quanto a atual globalização hegemônica incluem uma dimensão ideológica de natureza persuasiva. Os subordinados, ou pelo menos parte significativa deles, devem ser convencidos da natureza superior da ordem e da civilização dominantes em comparação com as deles. Sem esse componente ideológico, a opressão seria um exercício muito mais dispendioso. Uma demonstração expressa de violência física não é uma estratégia viável no longo prazo. O poder moderado é muito mais eficiente do que o poder opressivo, e o estabelecimento dos aparelhos ideológicos que sustentam sua construção é aspecto crucial de qualquer projeto de pilhagem.

Enquanto o poder às vezes usa a propaganda explícita, o profissionalismo mostra-se mais eficiente em convencer os setores mais cultos da população. Certas elites profissionais adquirem, no nível internacional, a influência necessária para fornecer legitimidade ao poder hegemônico. Seu papel consiste sobretudo em escolher intelectuais locais e um discurso público para usar o prestígio de uma classe social com influência local e, desse modo, reduzir os custos da dominação física, ao mesmo tempo que mantém o controle externo e, em última análise, a pilhagem. Esse apoio intelectual interno e externo permite que o projeto imperial conquiste credibilidade junto às populações locais, que passam a

acreditar em suas promessas de civilização, riqueza, desenvolvimento e libertação. A invisibilidade da pilhagem e a aceitação, por parte da maioria, das práticas que a sustentam e que aparentemente são de natureza benévola constituem um exercício ideológico, a esfera de domínio de ideólogos das correntes de pensamento dominantes.

A função de prover legitimidade às vezes é institucionalizada, como no caso das missões católicas nos períodos coloniais. Outras vezes é mais descentralizada, como no caso de um pensador muito admirado que, sozinho, realiza todo um circuito de conferências a convite dos departamentos das universidades locais. A postura acrítica dessas pessoas em relação a seu próprio sistema jurídico e político pode funcionar, por si só, como uma poderosa justificativa ideológica do estado de subordinação, uma vez que fornece, em última instância, os modelos conservadores apreciados pelas elites locais.

Programas como os das bolsas Fulbright* para lecionar no exterior ou grande variedade de iniciativas semelhantes, com frequência dignos de louvor, são exemplos do que estamos querendo dizer. Na verdade, nesse caso, nada impede que o conferencista ou o professor viajante adote uma postura crítica. Não obstante, o processo de seleção e a psicologia do papel a desempenhar tornam altamente improvável o exercício da autocritica. Em 2005, o professor John Yoo, autor do infame memorando sobre a tortura**, era professor Fulbright na Universidade de Trento, na Itália.

* Programa de financiamento de atividades educacionais em nível universitário criado pelo senador norte-americano J. William Fulbright em 1946 que patrocina a remessa de professores americanos para lecionar em outras universidades do mundo e também a recepção, nos Estados Unidos, de alunos para realizarem cursos de pós-graduação. (N. do R. T.)

** Memorando jurídico (parecer) escrito para o Congresso Nacional norte-americano, em março de 2003, que sustentava que a prisão e tortura e a espionagem reali-

É difícil saber se as conceituadas ideias de progresso social de Henry Sumner Maine eram compatíveis com o projeto colonial, porque ele as expressava como autoridade colonialista, ou se ele aceitou o cargo porque já defendia tais ideias.

Da mesma maneira, é difícil determinar se um conhecido especialista – em análise econômica do Direito, digamos – torna-se mundialmente famoso porque já defende pontos de vista compatíveis com a ideologia neoliberal dominante ou se absorve tal ideologia por serem essas as expectativas dos departamentos de economia em que ele vai dar cursos pelo mundo afora. É possível que a questão nem mesmo seja interessante. Contudo, a verdade é que a grande maioria dos mais importantes intelectuais de centro defendem concepções imperialistas (ou colonialistas) e que, por causa delas, suas vozes são amplificadas pelo conjunto de fatores institucionais que poderíamos chamar de aparelhos ideológicos da governança global. Renomadas como são, essas concepções conferem legitimidade profissional ao projeto imperialista.

Neste capítulo, portanto, discutiremos alguns “legitimadores”, um grupo diversificado de intelectuais que ajudam a construir uma consciência jurídica coerente com o imperialismo. Esses intelectuais não precisam compartilhar nenhuma motivação específica, a não ser, talvez, algum “projeto profissional” ditado pela lealdade à disciplina que ensinam. Como indivíduos, suas motivações podem ser diferentes.

Começaremos nossa discussão com informações sobre a pilhagem no domínio das ideias. Em seguida, discutiremos o modo como sua legalização é favorecida pelo desenvolvimento de uma

zadas pelo governo dos Estados Unidos em decorrência dos atentados de 11 de setembro encontravam-se imunes ao controle do Direito internacional, dos parlamentares e da Suprema Corte. Tais documentos foram bastante combatidos por parcela da intelectualidade norte-americana. (N. do R. T.)

consciência jurídica comum aos intelectuais de elite, esses criadores de grande variedade de estratégias em causa própria. Em primeiro lugar, apresentaremos os economistas que hoje atuam nos Estados Unidos, em estreito contato com advogados e estrategistas políticos, buscando verificar de que maneira seus projetos profissionais colonizaram o pensamento jurídico norte-americano, em um primeiro momento, e depois reivindicaram um papel global no provimento de legitimidade à exploração e à pilhagem. Para discutir a questão da continuidade, passaremos então ao exame dos antropólogos, sobretudo daqueles que, por seu papel de extrema importância na legitimação da pilhagem colonial, têm afinidades com o universo do Direito.

A propriedade intelectual como pilhagem de ideias

A sequência imediata da Guerra Fria foi inaugurada pela invenção do protocolo da rede de alcance mundial (*world wide web protocol*) na internet. Basta navegar uma vez pela internet para se dar conta do predomínio cultural desse país. A vantagem quantitativa e qualitativa dos *sites* em inglês norte-americano é mais um sinal da forte hegemonia cultural dos Estados Unidos nessa rede, o grande símbolo da globalização e do progresso. A chamada “exclusão digital” demonstra o espantoso aumento da diferença entre países ricos e pobres, criada e dramaticamente ampliada por intermédio da internet, pelo que se pode considerar outro aparelho ideológico da governança global: a propriedade intelectual. A informação talvez seja hoje a mais importante fonte de riqueza. A propriedade intelectual, do modo como se encontra arraigada em uma concepção de direito de propriedade essencialmente ocidental, é incompatível com as modalidades de propriedade existentes e com os valores comunitários fundamentais de muitas sociedades. Os conceitos ocidentais de propriedade intelectual são

difundidos mundialmente pela Internet e aplicados pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Trips), a "extensão" de propriedade intelectual da poderosa OMC. A propriedade intelectual formaliza a disparidade de riqueza e poder que a tecnologia cria, concedendo à minoria global que domina o mercado uma vantagem aparentemente impossível de superar. A natureza não territorial da propriedade intelectual, que tem na internet seu símbolo, ao lado da alegação de universalidade e objetividade de sua justificação são responsáveis pelo aumento do imperialismo institucional¹.

A legitimidade global da propriedade intelectual tem raízes na ideia de que a criatividade individual deve ser premiada e os direitos de propriedade exclusiva constituem esse prêmio. Estamos de volta a Locke e às justificativas jusnaturalistas da propriedade individual, a mesma linha de pensamento, já discutida neste livro, que conferiu legitimidade aos primeiros genocídios e saques nas terras "desocupadas" dos americanos nativos dos Estados Unidos. Ninguém cultivaria a terra sem a garantia de propriedade exclusiva sobre os frutos de seu trabalho. Ninguém teria incentivos para criar se não houvesse regras de propriedade intelectual que assegurassem o monopólio dos benefícios de sua criatividade. Ninguém modificaria sementes geneticamente sem a garantia de que o sistema jurídico imporá essa tecnologia a agricultores de todo o mundo, forçando-os a abandonar práticas comunitárias de compartilhamento e permuta de sementes². Essa retórica sete-

¹ Ver discussão sobre ativismo judicial nos tribunais norte-americanos no Capítulo 5.

² Um excelente artigo sobre essas concepções: Keith Aoki, "Neocolonialism, anti-commons property and biopiracy in the (not-so-brave) new world order of international intellectual property protection", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 6, 1998, p. 11.

centista, atualmente reforçada por modelos econômicos e jurídicos simplistas de viés neoclássico, nega as concepções de alienação e exploração e o fato concreto de que, com muita frequência, os direitos de propriedade intelectual podem cristalizar o *status quo*, em vez de promover inovações e mudanças.

A filosofia universalista e centrada no indivíduo, alardeada pelos direitos de propriedade intelectual e pelas instituições criadas para fazê-los cumprir em todo o mundo (a Organização Mundial de Propriedade Intelectual e o Trips)³, atende às necessidades de agentes empresariais poderosos. Patentes e direitos autorais são monopólios. Em nome da eficiência e da inovação, essa filosofia estimula a noção de que as ideias, como qualquer outro recurso, devem ser colocadas no mercado para tornar-se propriedade de quem quer que se disponha a pagar mais por elas, aumentando, desse modo, a riqueza social. Essa justificativa aparentemente neutra oculta a relação entre a disposição de pagar e a capacidade de fazê-lo, incorporando, assim, a vantagem cada vez maior dos agentes mais poderosos do mercado⁴.

Os aspectos hegemônicos da revolução da propriedade intelectual são muito fáceis de perceber, tanto em seu componente de poder (pressão econômica e política para forçar os países não oci-

³ Ver Michael Blakeney, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the Trips Agreement*, Londres: Sweet & Maxwell, 1996.

⁴ As noções territoriais de Estado e soberania (do Kuwait), a exemplo daquelas inicialmente proclamadas e defendidas por ocasião da primeira guerra contra o Iraque (e das que foram esquecidas pela Otan durante as greves na Bósnia), são, sem dúvida, enfraquecidas pela filosofia não territorial universalista que justifica a propriedade intelectual como um prêmio à criatividade (tecnológica). Por que o Golfo territorial e os Estados africanos deveriam possuir o petróleo que, por acaso, se encontra em seus limites territoriais? Por que o petróleo do mundo todo não deveria ser distribuído como um prêmio aos que têm condições de extrai-lo e usá-lo como fonte de energia? A soberania territorial do Estado não deveria capitular diante das necessidades da humanidade, do modo como as interpreta a economia global?

dentais a aceitar os acordos de proteção à propriedade intelectual internacional) quanto em seu componente ideológico, indispensável para a obtenção de consenso (a propriedade intelectual justificada como uma concepção jusnaturalista universal e como uma ideia modernizadora e eficiente, necessária ao desenvolvimento). Sem dúvida, como no caso de todas as instituições de hegemonia, a propriedade intelectual usa dois pesos e duas medidas não apenas em sua justificativa intelectual, mas também em seu uso concreto. Na primeira perspectiva, apresenta o monopólio como uma prática eficiente, sendo sua ausência um anátema para os economistas. Na segunda, é suficiente comparar a saga dos medicamentos genéricos contra a aids na África do Sul (uma doença que mata, por semana, um número de pessoas igual ou superior ao das vítimas dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001) com o tratamento e o respeito que a propriedade intelectual da Bayer, indústria farmacêutica multinacional alemã, recebeu da administração Bush na sequência da "crise do antraz" no outono de 2001⁵. Como nossos leitores talvez lembrem, a administração Bush tinha permitido, isoladamente, a produção genérica dos antídotos cuja patente pertencia à Bayer, e a indústria farmacêutica, forte diante da fraqueza da África do Sul, mas fraca diante do poderio dos Estados Unidos, teve a generosidade imediata de não fazer caso de suas patentes e dispor-se a cooperar com a administração norte-americana.

Nossa discussão sobre a pilhagem de ideias precisa voltar, mais uma vez, às raízes europeias do direito norte-americano, porque

⁵ Fica evidente que a grande derrota que a África do Sul impôs às concepções imperialistas de propriedade intelectual ocorreu dentro do paradigma cultural "baseado em grupos", em que a ideologia individualista tem menos capacidade de convencimento. Ver K. Brown, "Globalization and cultural conflict in developing countries: the South African example", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 7, 1999, p. 225.

a nossa história, aqui, diz respeito à apropriação euro-americana – e não islâmica ou asiática – dos recursos e ideias de outros povos. Os exemplos que usamos pertencem à área de propriedade intelectual, uma legislação ocidental de direitos autorais, patentes, marcas registradas e segredos comerciais que, ao individualizarem o conhecimento global, o tornam apropriável e transferível a quem quer que se disponha a (e tenha condições de) pagar mais por ele. Os pressupostos básicos que facilitam a função do Direito como técnica de apropriação ficam claros quando, ao transcenderem as fronteiras nacionais, essas ideias entram em choque com pressupostos não ocidentais, contestando, por exemplo, as noções de que não se podem patentear velhas ideias a serviço do grupo, e não do indivíduo. Para entender plenamente as questões contemporâneas sobre propriedade intelectual, convém fazer uma comparação transcultural.

O caso dos caiapós, no Brasil, está muito bem documentado. O artigo 27 das Trips sustenta que, para uma invenção ser patenteada, ela deve ser "não óbvia" (substancialmente diferente de seu estado natural), útil e inédita, e deve ser produto de um indivíduo específico. A concepção caiapó daquilo que constitui uma invenção humana é radicalmente diversa. Para eles, o conhecimento é um produto da natureza do mundo, não da natureza humana. Além disso, consideram que o conhecimento nem sempre se traduz na forma de "produtos úteis". Embora o acordo das Trips estipule que a invenção não pode ser objeto de conhecimento prévio, o conhecimento indígena é transmitido de geração a geração. Qualquer caiapó pode conhecer um método de cura, pois esses métodos são de domínio público. O critério final, de que o remédio seja visto como produto de um indivíduo específico, não se aplica ao contexto caiapó, uma vez que seu conhecimento é comunitário e difícil de atribuir a uma única pessoa, o que dificulta

sua comercialização. Portanto, os direitos de propriedade intelectual ocidentais não são compostos por valores que expressam a plenitude das possibilidades humanas, mas sim por crenças que refletem os interesses da minoria ocidental que domina os mercados, sendo, portanto, universais. Observe-se que exatamente a mesma história poderia ser contada sobre a individualização da propriedade nas terras cultivadas em comum no oeste africano, uma sobreposição de concepções ocidentais individualistas compatíveis com a livre transferibilidade para os que podem pagar mais. Invariavelmente, as políticas de individualização e privatização, defendidas por organizações financeiras internacionais, favorecem a Monsanto e outras empresas multinacionais interessadas na compra de terras que, de outro modo, não estariam disponíveis no mercado para as experiências com a tecnologia dos organismos geneticamente modificados (OGMs).

Os caiapós são apenas um exemplo. A literatura está cheia de episódios de expedições de coleta de dados em que cientistas ocidentais observam, em campo, práticas ou expressões culturais baseadas em um conhecimento local secular. Não apenas cientistas, mas também “caçadores de tendências”, que observam comunidades jovens em busca de inspiração a partir de ideias comuns sobre o que é “descolado” (tatuagens e *piercings* no Amazonas, ou os símbolos do *hip hop* do gueto afro-americano, como os bonés, seriam bons exemplos). Eles então voltam para seus locais de origem em busca de “novos” direitos de propriedade para fins de exploração global dessas ideias comuns na música, na moda ou na indústria farmacêutica. Em geral, quando a estrutura da propriedade individual se sobrepõe a esse conhecimento, surge um mercado global para as matérias-primas, aumentando os preços e, por conseguinte, privando os habitantes locais de qualquer possibilidade de manter o uso tradicional, sim-

plesmente porque eles não têm capacidade de pagar pelo novo preço “ocidentalizado”.

O exemplo mais famoso é a árvore hindu *neem* (conhecida como “farmácia da aldeia”), tradicionalmente usada pelo grande número de propriedades medicinais que possui. Os cientistas ocidentais “descobriram” o princípio ativo e logo o patentearam na Flórida, para uso em higiene oral. Sua ampla aplicação comercial no Ocidente (como creme dental) fez os preços subirem tanto que os produtos dela derivados ficaram demasiado caros para seus usuários tradicionais, cuja higiene oral vem se deteriorando drasticamente. Na África Ocidental, há uma história muito parecida sobre a manteiga de caritê, hoje cobiçada pela indústria ocidental de cosméticos (que com frequência finge atuar segundo os princípios do justo comércio)⁶. Além desses, poderíamos apresentar vários outros exemplos. Depois de muitos anos de estudos e sacrifícios, os cientistas africanos veem-se diante de uma dramática alternativa: ou permanecem pobres e desocupados, trabalhando, na melhor das hipóteses, para instituições e laboratórios públicos, privados de quaisquer recursos, devido aos cortes em educação e pesquisa determinados pelos programas de ajuste estrutural, ou aceitam trabalhar em expedições de coleta de dados da iniciativa privada ocidental, em laboratórios com ar condicionado e equipamentos de última geração. Esses laboratórios privados nos quais se “aperfeiçoa” a manteiga de caritê, bem como outros processos e ideias tradicionais, quase sempre os únicos subsidiados por países ocidentais doadores, acabam patentando suas invenções. Sem dúvida, ao aceitarem

⁶ Um documentário importante, *Le beurre et le prix du beurre*, foi apresentado em 2007 no Festival Panafricano de Cinema e Televisão – Fespaco, na cidade de Ouagadougou em Burkina Faso, expondo a fraude das “práticas justas de mercado” que a indústria de cosméticos afirma adotar.

essa última alternativa, esses cientistas renunciam a toda e qualquer reivindicação de suas "invenções", que muitas vezes são fruto de um conhecimento comunitário compartilhado por suas aldeias de origem.

Cantores africanos criativos e pobres, cujos ritmos atualmente enriquecem a indústria da mídia no Ocidente, ou mesmo criadores de tatuagens, colares e *piercings* que hoje são copiados e comercializados em todos os *shopping centers* do mundo ocidental, não auferem lucro algum, apesar de serem os verdadeiros inventores. Esses indivíduos buscam apenas recursos mínimos que lhes permitam expressar sua criatividade, os quais em geral são produto do acúmulo de conhecimentos locais: gravadoras, laboratórios de arte etc. Para conseguir trabalhar e expressar-se, eles "transferem" para as empresas que lhes oferecem essas condições mínimas todos os direitos de propriedade intelectual, muitas vezes originários das comunidades locais: pilhagem.

Enquanto a natureza ideológica da concepção de que a propriedade intelectual estimula a criatividade é demonstrada por esses fatos, podemos observar que as instituições ocidentais fomentam ativamente os instrumentos dessa pilhagem. Por exemplo, a União Europeia, um importante "doador" na República do Mali, condiciona a pesquisa e outros subsídios culturais ao governo malinês à aprovação de novos direitos de propriedade cada vez mais rigorosos. Esse condicionamento, que atende às necessidades da indústria ocidental, é descaradamente detalhado por escrito, pois se dá por certo que o direito de propriedade intelectual traz benefícios ao desenvolvimento.

Propuseram-se soluções para a tensão fundamental entre as concepções individualistas e o saber comunitário, como os novos conceitos jurídicos baseados na representação culturalmente mais inclusiva da propriedade intelectual, que reconhece os direi-

tos coletivos dos povos indígenas como "inventores coletivos"⁷. Outras soluções, mais condizentes com a equação propriedade/criatividade intelectual, sugerem o uso de contratos entre o extrator e o sujeito da extração, ou estimulam ideias de *creative commons*⁸. Houve uma explosão de publicações propondo soluções para esses problemas (como a proposta de James Love de quebra do sistema de patentes), mas não é nosso objetivo, aqui, analisar as propostas ou passar em revista essa literatura. Em vez disso, precisamos entender melhor a importância do atual desafio para elucidar os meios pelos quais as leis comerciais recentes foram legitimadas e por que os interesses comerciais não se apoderam simplesmente do que querem por meio de força ou persuasão, mas, ao contrário, inventam expedientes legais.

Desenvolveu-se uma ideologia poderosa em torno da propriedade intelectual, o que lhe permitiu tornar-se um sofisticado instrumento de pilhagem. As ideias e condições são universalizadas, consideradas indiscutíveis e incorporadas por essa ideologia que é criada sobretudo pelas diversas elites intelectuais, assunto que discutiremos nas próximas seções. Por exemplo, a concepção jusnaturalista de "primeira posse" de espaços desocupados, às vezes expressa pela ideia de "o primeiro a chegar é o primeiro a ser atendido", é usada, de modo quase incontestável, na alocação dos "nomes de domínio" na internet. Por um preço razoável, qualquer pessoa pode ocupar um nome de domínio livre. Depois da ocupação, o nome só pode ser usado, como em qualquer outra for-

⁷ Ver Darrell A. Posey & Graham Dutfield, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa: International Development Research Centre, 1996.

⁸ A expressão *creative commons*, também conhecida pela sigla CC, significa tanto um conjunto de licenças para gestão aberta, livre e compartilhada de informação e conteúdos, quanto a entidade homônima, criada com o objetivo de dar maior flexibilidade à utilização de obras protegidas por direitos autorais. (N. do T.)

ma de propriedade individual, com seu consentimento. Isso cria um mercado eficiente de nomes de domínio, assegurando a todos a igualdade de possibilidades nessa nova fronteira da riqueza humana. O que poderia parecer mais natural, justo e eficiente a qualquer um que disponha de um computador, de acesso à internet e de dinheiro para pagar por ele?

Essas condições, porém, não são naturais nem universais. Não surpreende que empresas norte-americanas na época atual "possum" o nome de domínio "yanomami.com" ou "southafrica.com", tornando-se, desse modo, legalmente habilitadas a reivindicar ganhos sobre os usos futuros desses nomes. Pessoas e países em posição de desvantagem devido à exclusão digital poderiam ter de pagar para usar seus próprios nomes no espaço global da internet. Assim como o povo ianomâmi e outros perdedores gerais nos processos de globalização terão de pagar por necessidades de subsistência recém-patenteadas, que são de propriedade privada, como as sementes geneticamente modificadas desenvolvidas em terras cultiváveis pertencentes a empresas: pilhagem.

Os legitimadores: a análise econômica do Direito

Na época atual, há uma crença quase unânime de que a economia é a "rainha das ciências sociais". É a única oficialmente reconhecida como "ciência verdadeira", a tal ponto que, entre as chamadas ciências sociais, a nenhuma outra se concede um prêmio Nobel. Sir Karl Popper, um dos gurus do liberalismo, reconheceu a economia como ciência, ao mesmo tempo que negou esse *status* à Sociologia, ao Direito, à Antropologia ou à Psicologia. Não surpreende que, no contexto do projeto neoliberal, os economistas tenham se tornado cada vez mais influentes na elaboração de diretrizes políticas, oferecendo "neutralidade", "conhecimento científico", "objetividade" e, em última análise, uma

poderosa justificativa intelectual da exclusão da redistribuição de riquezas na sociedade. Um economista austríaco, Friedrich von Hayek, pode ser considerado o mentor intelectual da revolução Reagan/Thatcher.

Embora os economistas possam divergir muito entre si no que diz respeito a posições políticas, quase todos compartilham a crença no positivismo. Eles acreditam que é possível distinguir uma dimensão descritiva de uma descrição prescritiva ou normativa. Por conseguinte, admitem divisões políticas no mundo do "devia ser", ao mesmo tempo que seu projeto profissional consiste em descrever, explicar e prever o mundo do "tal como é". Além disso, consideram a "motivação do lucro" (descrita como maximização da utilidade) como a única motivação humana capaz de tornar-se objeto de "estudo científico". Portanto, veem até o altruísmo como maximização da utilidade individual. O altruísta é alguém que extrai utilidade interesseira do fato de ser generoso. Desse modo, a motivação de justiça reduz-se a uma subforma do comportamento de maximização da riqueza.

A universalidade é um aspecto importante das "leis" comportamentais que os economistas descrevem, o que permite pensar que a economia é a mesma em Nova York, Paris ou Bombaim. É bem verdade que alguns economistas afirmam que as instituições ou as tendências cognitivas têm importância, o que os leva a prestar mais atenção ao contexto institucional – ou mesmo cultural – de suas prescrições*. Não obstante, prevalece a percepção de que as diferenças locais, que são de importância fundamental, não comprometem a validade das "leis universais" em consonância com as quais os mercados funcionam. Na dimensão normativa,

* Ver Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Development*, Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1990.

pode-se lidar com as diferenças institucionais por meio da harmonização, a fim de alcançar algumas condições universais de eficiência. Por outro lado, as diferenças podem ser “exploradas” no âmbito de um modelo competitivo, ele próprio voltado para a aquisição de eficiência. Os conceitos de “boa governança” e “ajuste estrutural” compartilham a crença em um padrão evolutivo de desenvolvimento segundo o qual os países pobres devem se empenhar em alcançar as “condições ótimas” do capitalismo de mercado. As ideias que os antropólogos defendiam há um século, e depois abandonaram, constituem hoje a crença coletiva da rainha das ciências sociais.

Não pretendemos ironizar o trabalho dos economistas. Sua disciplina acadêmica é extremamente sofisticada e padronizada, de modo que os não profissionais nem mesmo entendem boa parte de seu conhecimento. Não obstante, como já afirmamos em seção anterior, suas prescrições políticas (pensemos, por exemplo, nos *Chicago Boys* do Chile*), por serem políticas, em última instância, devem ser discutidas e criticadas em termos políticos. Mesmo quando de boa-fé e abertos à vanguarda dos avanços da disciplina (e atentos às tendências institucionais e cognitivas), os economistas invariavelmente apresentam os países periféricos como tão fracos que nem mesmo são capazes de pôr em prática as receitas mais básicas para o sucesso e o desenvolvimento econômicos⁹. Devido a sua axiologia utilitarista, portanto, a corrente principal da profissão econômica incorporou de maneira profunda tanto a atitude auto-complacente do Ocidente quanto sua atitude condescendente, humilhante e com frequência racista diante do resto do mundo.

* Nome dado aos principais assessores econômicos do ditador chileno Augusto Pinochet, quase todos com pós-graduação em Chicago. (N. do R. T.)

⁹ Hernando de Soto é o mais conhecido representante dessa vertente simplista de pensamento.

Igualmente simplistas são as ideias comuns à profissão econômica diante da realidade do sistema jurídico, tanto nos contextos ocidentais quanto, *a fortiori*, nos países periféricos. Apesar disso, como quase sempre acontece, longe de serem entendidas como um limite disciplinar, as análises simplistas e as prescrições pouco complexas constituem a chave para o sucesso de um gênero literário. Desse modo, os luminares da economia – aqueles que introduzem essas abordagens dominantes e simplórias no debate geral por meio de jornais e outros veículos da mídia – são importantes, aqui, como planejadores políticos e legitimadores do “Estado de Direito” global como instrumento de pilhagem. O que nos interessa nesta seção são as raízes desse influente diálogo profissional nos Estados Unidos.

O choque de interesses entre as profissões do Direito e da Economia aconteceu no auge da Guerra Fria, quando a modalidade antiformalista de raciocínio jurídico conhecida como *realismo jurídico norte-americano* passou a dominar a cultura jurídica dos Estados Unidos. O realismo jurídico norte-americano pode ser descrito como uma abordagem que reconhece, sem rodeios, que o Direito é sobretudo o produto das decisões políticas tomadas pelo estrategista político, originando-se em geral de sua concepção política da sociedade. Essa abordagem contrastava de modo profundo com concepções formalistas anteriores do Estado de Direito, que o viam como uma ordem jurídica preexistente na qual o intérprete descobre o que é o Direito por meio da aplicação quase mecânica da lei e dos precedentes às situações concretas da vida cotidiana¹⁰. Para a concepção realista, o jurista deveria atuar

¹⁰ Para avaliações da hegemonia realista no Direito norte-americano, ver Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven, CT: Yale University Press, 1977; e Bruce Ackerman, *Reconstructing American Law*, Boston: Harvard University Press, 1984.

como um engenheiro social, equilibrando conflitos de interesses e “criando”, desse modo, a estrutura jurídica para a interação social futura – um dramático distanciamento da tradição “textual” do Direito que ainda predomina fora dos Estados Unidos, mas ainda assim um claro reconhecimento da natureza “normativa” do raciocínio jurídico. Um dos mais importantes realistas jurídicos, Herman Oliphant, criou um famoso lema para essa abordagem jurídica antiformalista de origem norte-americana, ao sugerir que os juristas deveriam “cair fora das bibliotecas”. Segundo essa concepção, os operadores do Direito deveriam mergulhar no estudo da interação social em busca das melhores soluções institucionais possíveis. Foi preciso abandonar a crença – que há muito tempo constituía todo o universo dos juristas ocidentais mais influentes – de que as normas podem ser “descobertas” em leis e precedentes anteriores.

Com esse objetivo em vista, os advogados precisavam da orientação de outros cientistas sociais, como sociólogos, antropólogos ou economistas. Karl Llewellyn, por exemplo, outro importante realista jurídico, foi bater à porta do antropólogo E. Adamson Hoebel quando quis explorar formas de “existência jurídica” fora das bibliotecas¹¹. Muitos outros advogados adeptos do realismo jurídico também passaram a crer que especialistas sem formação em Direito precisavam fazer parte dos corpos docentes, a fim de desenvolver modelos de pensamento não textuais. Entre esses especialistas que, apesar de não terem formação jurídica, passaram a lecionar nas Faculdades de Direito de maior prestígio na década de 1950, encontramos muitos dos criadores da “análise econômica do Direito”, economistas importantes da Universidade de Chicago, como Aaron Director ou Ronald Coase.

¹¹ Ver Laura Nader, *The Life of the Law*, Berkeley, CA: University of California Press, 2002.

Na verdade, os advogados não se limitaram a usar a orientação desses pensadores para fazer uma viagem intelectual para além dos limites do raciocínio textual. Poucos dentre eles estavam em busca de abordagens progressistas que pudessem desafiar o *status quo* do Direito. Poucos buscavam, com as ferramentas do Direito, encontrar abordagens melhores, que lhes permitissem examinar os “pontos obscuros”. Nos países ocidentais, dominados pela retórica da democracia, quando os advogados desempenham com imparcialidade seu papel frequentemente contestado de formuladores de leis, e o fazem sem ocultar suas próprias plataformas políticas, eles passam pela experiência de uma perda de legitimidade. Como exemplo público recente, de grande interesse, podemos citar as audiências de sabatina de John Roberts, presidente da Suprema Corte. Este experiente advogado usou com sucesso a metáfora do juiz como um “árbitro neutro” que se limita a aplicar o Direito tal como ele existe, tornando-se assim aceito por negar qualquer plataforma política pessoal.

Muitos juristas norte-americanos, sobretudo aqueles que pendem para o lado mais conservador do espectro político, achavam que décadas de predomínio de realismo jurídico exigiriam uma reestruturação da legitimidade do operador do Direito como um árbitro neutro. O Direito, diziam eles, precisava ser reformulado, recuperando alguma objetividade e neutralidade, caso os juristas e juízes pretendessem conservar seu papel social de “legisladores ocultos” em um sistema de governo representativo, politicamente organizado. Considerar o Direito como preferência política do último tomador de decisões, como fazem os realistas, expõe os profissionais dessa ciência a um desafio fundamental: se o Direito é tão tendencioso quanto as preferências políticas do tomador de decisões, por que motivo o juiz deveria ser operador do Direito, e não um político, um médico ou um vendedor de carros?

Como já discutimos, na filosofia do Direito ocidental o Estado de Direito – sancionado como ciência jurídica e uma forma especial de conhecimento – serviu para afirmar o papel especial dos juristas, tomadores de decisões sem legitimidade política, pelo menos desde a época de Sir Edward Coke. Se sucessivas décadas de realismo jurídico tornaram sem serventia a venerável metáfora do jurista como um biólogo (que teria nos repositórios de jurisprudência seus espécimes de laboratório) que descobre um sistema jurídico preexistente e, em seguida, aplica-o aos fatos, utilizando um raciocínio dedutivo geométrico, o truque legitimador poderia agora ser feito pela “ciência social”. E a primeira dentre as ciências sociais era a economia, em cujo DNA encontra-se a negação de qualquer legitimidade dos discursos normativos, como aqueles que são típicos dos operadores do Direito.

Ao mesmo tempo, a economia poderia oferecer uma boa diretriz fora dos princípios básicos do Direito, bem como uma nova e poderosa fonte de legitimidade. Afinal, os economistas lidavam com incentivos, e estes significavam um enfoque no comportamento dos destinatários de preceitos legais – algo que ocorria fora da esfera dos textos legais. Além disso, a partir da década de 1950, eles passaram a aplicar sua análise “científica” ao comportamento de políticos e outros agentes institucionais. Ao afirmarem que os políticos são maximizadores racionais de suas possibilidades de reeleição, desenvolveram uma abordagem conhecida como “escolha pública”, afirmando-se capazes de prever o conteúdo da legislação e da atividade reguladora, concentrando-se, para tanto, na ligação entre legisladores e interesses especiais. Ao fazê-lo, ainda tinham por foco algo extrínseco ao texto legal, entendido como o resultado do processo político. Sua preocupação maior era a produção de normas no Direito em processo de criação, nos processos e nas forças que determinam seu conteúdo (o cha-

mado “rentismo”, estudado pelo prêmio Nobel James Buchanan). Ainda que tradicionalmente os juristas se concentrassem em normas e preceitos jurídicos *como eles são* (ou como deveriam ser), os economistas afirmavam que a ênfase deveria se voltar para aquilo que vem antes (as escolhas públicas) e depois (o comportamento proativo-reativo) do preceito legal. A ênfase deve incidir no *processo* e nas consequências sociais de seu desenvolvimento.

No que diz respeito à legitimidade, os manuais de economia estavam cheios de uma retórica baseada na ciência e na objetividade. Portanto, o sucesso precoce do raciocínio econômico em questões jurídicas pode ser justificado por dois fatores: (1) como a ênfase incide no processo, então todos admitiriam que este deve ser eficiente; e (2) eficiência requer objetividade, algo essencial em uma estratégia de legitimação. Enquanto a justiça é o domínio dos sentimentos subjetivos, a eficiência é o domínio da objetividade, baseada apenas em poucos critérios simples e claramente especificados¹².

Os economistas também tinham uma agenda, de modo que o diálogo com os juristas não atendia apenas à necessidade de oferecer legitimidade ao papel deles, mas também poderia incrementar seu papel político, levando-os a envolver-se com legislação e interpretação das leis. E a agenda era comum a conservadores e progressistas. Os economistas de mente mais aberta, como Ronald Coase (prêmio Nobel de economia), em sua fase inicial achavam que a segregação entre as duas disciplinas era absurda. Afinal, em seus primórdios, o Direito e a Economia nem mesmo eram áreas de conhecimento distintas: o fundador da economia moderna, Adam Smith, era professor de Direito.

¹² Para uma complementação sobre o tema, ver Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1997.

Foi só o positivismo – uma abordagem que, ao final do século XIX, havia conquistado as duas disciplinas – que quase criou, de maneira paradoxal, um impasse cultural à comunicação entre elas. Para os economistas, como sabemos, o positivismo significava a separação absoluta entre fatos e valores, entre o “tal como é” e o “devia ser”, entre os discursos positivo e normativo¹³. Por muito tempo, eles simplesmente não tinham como se comunicar com os juristas, dada a confusão constante que reinava entre esses níveis de discurso e que caracteriza o modo como os operadores do Direito falam sobre a justiça. Os poucos economistas, como Thorstein Veblen ou John R. Commons, que tentaram dominar a lógica do positivismo econômico, ao manterem um diálogo com advogados e instituições, estes também envolvidos com questões de distribuição, foram acusados de socialismo e marginalizados pela ortodoxia econômica.

Para os operadores do Direito, ao contrário, o positivismo significava a total separação entre o domínio dessa ciência e aquele da moral, da política, da sociedade e do que quer que estivesse “fora” daquilo que a autoridade *proclama* como Direito. Nos termos difundidos pelo importante jurista austríaco Hans Kelsen (ele próprio, como Hayek e Popper, um refugiado na Inglaterra), o positivismo significava uma *teoria pura* do Direito. Sob essa perspectiva, os economistas eram indivíduos contaminados pela constância de seus discursos políticos, algo além da ideia pura do sistema jurídico¹⁴. Naturalmente, a teoria pura do Direito, ao con-

¹³ Ver Avery Katz, “Positivism and the separation of law and economics”, *Michigan Law Review* 94, 1996, p. 2229.

¹⁴ Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law* (trad. inglesa de Max Knight), Berkeley, CA: University of California Press, 1967 (em português: *Teoria pura do Direito*, trad. João Batista Machado, 8ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009) e *General Theory of Law and State* (trad. inglesa de Anders Wedberg), Nova York: Russell & Russell, 1961.

terir legitimidade ao Estado de Direito apenas porque se trata do Estado de Direito, não critica retrospectivamente seu uso, por mais opressivo que este possa ser. Desse modo, introduz a ideia de que o Direito, uma vez afirmado e atuante, legitima-se por si próprio e não pode nunca ser “ilegal” ou servir à pilhagem, um termo que evoca de maneira intrínseca a ilegalidade, não o Estado de Direito.

Essa separação entre pensamento jurídico e econômico cobrou um alto preço, que se tornou muito evidente quando a crise do petróleo da década de 1970 forçou uma reformulação das prioridades. Do lado jurídico, o Estado assistencialista fora construído com muito pouca atenção aos efeitos econômicos de suas regulamentações, de modo que, por ocasião da crise do petróleo, a sustentabilidade começou a ser questionada com êxito cada vez maior, em particular na Inglaterra e nos Estados Unidos. Do lado econômico, a política keynesiana, tão crucial para a recuperação da crise dos anos 1930, foi desenvolvida sem levar em consideração a estrutura jurídica de sua implementação, em particular a autonomia e os poderes da estrutura jurídica e burocrática, capazes de frustrar, por complexos padrões de resistência, qualquer macrorreforma.

Por conseguinte, enquanto alguns economistas estavam ansiosos por entender melhor o panorama jurídico, superando, assim, os custos de décadas de incomunicabilidade, outros usavam o novo credo de Chicago para atacar a política keynesiana devido a sua ênfase no papel do Estado. Eles também esquadrihavam o processo político dentro de um modelo de escolha pública, reivindicando para “o mercado” (para a esfera privada) aquilo que o keynesianismo havia transferido, com êxito questionável, para o nível da esfera pública da intervenção estatal (redistributiva) na economia. Os teóricos da escolha pública que acompanhavam de perto as distorções do processo político (em particular, da legis-

lação e regulamentação) vinham encontrando seus aliados naturais nas primeiras obras de defensores da tradição do *common law*, como Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e jurista indicado por Reagan para o Judiciário federal. Sob tal aliança, em nome da eficiência e da objetividade, as questões de distribuição e justiça substantiva – tão cruciais para a análise jurídica tradicional e para o legado realista do New Deal – foram simplesmente deixadas para trás¹⁵. A dimensão normativa foi deslegitimada no discurso jurídico que viria a se tornar “positivo”, como o de qualquer outra ciência social.

A abordagem econômica do raciocínio jurídico não teria chegado a um papel global se não tivesse sido estimulada, a partir dos anos Reagan, por um projeto político de amplo alcance, uma verdadeira indústria, capaz de distribuir fortunas a qualquer movimento que desse prestígio à desregulamentação e a outras políticas reacionárias da época. Basta um rápido exame da calorosa recepção inicial dessas novas ideias na Europa para compreender até que ponto os operadores do Direito estavam dispostos a resistir à eficiência e à privatização em nome da justiça e da distribuição. Mas a multiplicação de departamentos acadêmicos, a oferta diversificada de recursos destinados à pesquisa, as bolsas de estudos etc., em um contexto de prestígio como o da academia norte-americana (a atual pós-graduação global), representaram uma receita infalível de sucesso mundial, difundindo-se por países como China, Índia e vários outros.

Em termos históricos, o modo como um novo e potencialmente poderoso paradigma de pesquisa tem condições de assumir uma posição de liderança em grande variedade de contextos cul-

¹⁵ Ver Kenneth Boulding, “In praise of inefficiency”, discurso à *National Trustee Workshop of the Association of Governing Boards*. Disponível em *AGB Reports*, jan.-fev., 1978, pp. 44-8.

turais implica quase sempre a desqualificação de abordagens anteriores, que passam a ser consideradas obsoletas e primitivas¹⁶. Foi essa, sem dúvida, a estratégia por meio da qual a abordagem econômica do Direito conseguiu desempenhar um papel global, ao oferecer um modelo de abrangência universal que se expressa em inglês (a nova língua franca) e se apresenta como a modalidade mais recente de ordem jurídica da era global.

A partir desses pressupostos, descarta-se como obsoleta qualquer abordagem do Direito que ainda pretenda vê-lo como uma instituição política que não pode ser compreendida e descrita por meio de gráficos e números. Qualquer abordagem que exija algo além de uma mínima filosofia reativa de governança (a teoria política de Hayek) caiu em total desuso desde a derrubada do muro de Berlim. Qualquer abordagem que reivindique para o Direito um papel normativo e claramente baseado em valores serve apenas para afastá-lo ainda mais da companhia muito mais preciosa das ciências sociais.

A abordagem econômica vê o Direito como um criador de incentivos para os agentes de mercado. As habilidades do jurista e do planejador político não serão apreciadas se as sugestões deles exigirem dos governos uma postura ativista, proativa e dispendiosa, menos ainda se defenderem a redistribuição econômica por meio de tributação ou de outras medidas keynesianas obsoletas. O jurista só pode contar com a existência natural dos mercados: seu papel consiste em produzir um conjunto correto de incentivos de mercado. O exemplo fundamental dessa atitude

¹⁶ Foi o que aconteceu com a metodologia exegética francesa, considerada obsoleta pela abordagem alemã, esta muito mais elegante e “científica”, que predominou até a Segunda Guerra Mundial. É bem possível que tenha sido esse o caso da “abordagem social” do Direito, de inspiração franco-alemã, alardeada como um avanço civilizatório, em comparação com os extremos de individualismo e darwinismo social até então vigentes.

é o célebre modelo de reforma empresarial "autossuficiente" produzido para a Federação Russa por Bernard Black, importante pensador norte-americano¹⁷.

Não há nada de natural em tudo isso. Como vimos, a relação entre economistas e juristas tem uma história e é contingente, motivada em termos políticos e historicamente conduzida. É importante levar isso em consideração ao criticar a narrativa de necessidade e evolução natural que caracteriza grande parte do projeto imperial, que, ao contrário disso, é hoje – como o foi no passado colonial – um *projeto deliberado*.

Embora fosse um grande exagero afirmar que a argumentação sobre a eficiência tem papel predominante como abordagem da erudição jurídica em todo o mundo, é preciso ter em mente que se trata do principal veículo intelectual usado para difundir as concepções jurídicas expansionistas e universalistas dos Estados Unidos, inclusive as noções intransigentes de propriedade intelectual¹⁸. Os novos produtores do Direito global, as instituições internacionais públicas e privadas de governança global (OMC, Banco Mundial, FMI, megaescritórios de advocacia, agências classificadoras de riscos etc.) implementam diretrizes políticas baseadas no valor da eficiência jurídica. Além disso, a mistura de Direito e Economia gerou a concepção, hoje muito difundida, do *Direito como tecnologia* (uma estratégia reformulada por conta de sua despolitização), como o atesta o grande número de "cen-

¹⁷ Ver Bernard Black & Reinier Kraakman, "A self-enforcing model of corporate law," *Harvard Law Review* 109, 1996, p. 1911.

¹⁸ É muito importante mencionar que, atualmente, os principais adeptos da economia pura contestam o conceito de propriedade intelectual, vendo-a como um monopólio sobre a renda e, como tal, inimiga da inovação. Ver, por exemplo, o livro de Michele Boldrin & David Levine, *The Case Against Intellectual Property*, Londres: Centre for Economic Policy Research, 2002; e Michele Boldrin & David Levine, "Intellectual property: do we need it? – The case to XXXX intellectual property," *American Council Review* 92, 2002, p. 209.

tros para o estudo de Direito e tecnologia" criados por advogados e economistas nas principais escolas de Direito dos Estados Unidos, em geral financiados por grandes escritórios de advocacia especializados em propriedade intelectual.

Uma preferência clara pela eficiência do *common law* atribui aos tribunais e (de maneira muito paradoxal) à resolução alternativa de conflitos o papel principal no quadro de um sistema jurídico reativo, estruturalmente incapaz de redistribuir recursos em favor dos fracos. A privatização de todas as áreas possíveis, inclusive a das ideias, e as reformas estruturais sustentadas pelas instituições internacionais de governança global fazem do raciocínio econômico no Direito um dos mais importantes veículos de difusão, em todo o mundo, dessa ideologia exclusivamente norte-americana.

Criaram-se estruturas governamentais poderosas, geradoras de uma vastíssima literatura profissional que transfere para a Europa, a América Latina e outras partes do mundo a ideia de que o Direito deve ter por base a eficiência econômica, e não a justiça social. Organizações como a Associação de Direito e Economia da Europa, da América Latina e do Caribe iniciaram suas operações já na década de 1980. Uma vez transposto para além das fronteiras norte-americanas, o raciocínio da análise econômica do Direito exibe o alto nível de ambiguidade que, na verdade, permite seu florescimento. Os pensadores de viés conservador admiram sua elegância intelectual e compartilham suas tendências políticas. Os mais progressistas e liberais veem seu potencial para subverter o caráter extremamente formalista e fundamentalista das concepções locais de Direito (ainda baseadas no positivismo jurídico) e afirmam que a tendência política conservadora é algo que pode ser deixado do outro lado do Oceano Atlântico. Devido a essa força despolitizadora (muito embora o ex-presidente de La Madrid, do México, tenha sido presidente honorário da Associa-

ção Latino-Americana de Direito e Economia), a abordagem econômica do raciocínio jurídico conseguiu convencer muitos profissionais de Direito "globalizados" de que seria mais proveitoso lidar com as questões de distribuição por meio da tributação do que da atividade judicial e que, em decorrência disso, a eficiência devia tornar-se o princípio condutor da interpretação jurídica. Esses juristas estavam preparando o terreno para um modelo de pensamento subversivo da relação tradicional entre Direito e mercado, que enfatizava a necessidade que o primeiro tem de regulamentar e fiscalizar os agentes do segundo.

Desde a década de 1990, a relação entre Direito e mercado começou a ser gradualmente subvertida na teoria jurídica norte-americana. O Direito, tal como se postulava, não deveria conter valores, deveria ser eficiente e atender à função de facilitar as transações, e não de dificultá-las. Como resultado dessa filosofia, deveria ser "orientado para e pelo mercado", isto é, limitar-se a proteger os direitos de propriedade, liberdade de contratos e empreendimentos. Ele deveria adaptar-se às necessidades do mercado, tanto internamente quanto, em particular, nos chamados "mercados emergentes" – a versão atual do conceito colonial da Índia, simbolizado pela Companhia das Índias, tanto oriental (Ásia) quanto ocidental (América). Devido a essa revolução ideológica, conduzida por importantes ideólogos norte-americanos e financiada por fundações conservadoras, o que temos hoje é o Direito dominado pelo mercado a serviço das empresas, e não o contrário. Além disso, devido ao ressurgimento de ousados discursos desenvolvimentistas, o raciocínio centrado na eficiência do Direito passou a ser exportado por meio de uma imposição rigorosa (por exemplo, os empréstimos condicionais), não sendo, portanto, livremente escolhido por juristas de todo o mundo, como uma abordagem prestigiosa do Direito. No Terceiro Mundo, portanto,

o desenvolvimento de sistemas jurídicos eficientes (empresariais), em sintonia com as políticas de mercado, tornou-se uma nova missão civilizadora na qual se engajam, ansiosamente, muitos reformadores sociais irrealistas, ou agentes ainda mais cínicos, com o generoso apoio financeiro de poderosas fontes de fundos. Essa estratégia de despolitização do Direito é necessária para as instituições financeiras internacionais que, por conseguinte, financiam-na com recursos abundantes. Nos estatutos de diversas instituições do grupo do Banco Mundial, por exemplo, há uma proibição explícita de intervenção política; ao longo da Guerra Fria, tal postura era interpretada como uma circunscrição de sua atividade a questões estritamente econômicas – e não jurídicas, portanto –, em razão do conteúdo político destas últimas. Hoje, o conceito de "desenvolvimento abrangente", que é a nova prioridade do Banco Mundial, atrai o Direito (governança por oposição a governo), que foi convenientemente despolitizado por sua transformação econômica, para o cerne do desenvolvimento econômico. Em consequência, a intervenção em sistemas jurídicos em desenvolvimento não é proibida, mas sim estimulada¹⁹.

Não é surpresa que, na era do pensamento único global, com o triunfo dos agentes empresariais transnacionais sobre o Estado, a relação entre Direito e mercado tenha sido invertida. As concepções positivistas da soberania onipotente do Estado, cujos valores e prioridades, refletidos no Direito, poderiam ser implementados a qualquer preço (ou sem dar atenção alguma a esses preços), já não têm força alguma. A ideia do Direito como um conjunto de incentivos e não uma pirâmide de ordens compulsórias, como uma recompensa e não um castigo, foi decisiva para privar a cen-

¹⁹ Ver Luca Pes, *Law and Development*, tese de doutorado, Universidade de Turim, 2007; e A. Santos & D. M. Trubek, *The New Law and Economics Development: A Critical Appraisal*, Nova York: Cambridge University Press, 2006.

tralidade do Estado de seu *status* de criador do Direito. A ideia de que as forças de mercado produzem o Direito tornou-se aceita. Por um lado, os economistas adeptos da teoria da escolha pública “demonstram” o modo como a regulamentação e a legislação são “capturadas” pelos interesses especiais que sustentam as campanhas políticas, descritas como maximizadores racionais das chances eleitorais dos políticos. Por outro lado, os especialistas em Direito e Economia aplicam todos os tipos de teorias evolucionistas darwinistas a fim de demonstrar como o “investimento” em recursos para litígios apresenta “retornos” em termos da sobrevivência exclusiva das regras mais eficientes. Visto sob essa perspectiva, o Direito, produzido pelo Poder Legislativo ou pelos tribunais no processo de atividade judicial, favorece “naturalmente” os interesses comerciais que “investem” no Estado de Direito. Esse novo conceito não tem a menor dificuldade de afirmar não apenas que o Direito está à venda, como também que isso é “natural” e assim é que deve ser.

Portanto, uma abordagem econômica do Direito insere-se na corrente conservadora principal, reafirmando as habituais platitudes cinicamente ideológicas. O que vocês esperam? O processo político é mantido sob controle e a atividade judicial reflete os investimentos! Depois de conquistar a posição de ideologia dominante, marginalizando todos os argumentos francamente normativos e redistributivos, a apologia da eficiência transformou a opção pela honestidade, típica da atividade judicial realista, em uma opção ainda mais radical pelo cinismo. Abandonaram-se os discursos sobre distribuição e valores. A transformação da abordagem econômica do Direito em uma indústria intelectual, organizada e financiada por grandes empresas, expulsou qualquer preocupação distribucional da linha de frente do discurso acadêmico e político. As pessoas preocupadas com valores, com a justa distribuição dos recursos, que têm dificuldades para aceitar de

forma incondicional o paradigma do *homo oeconomicus*, são hoje representadas como idealistas sensíveis ao extremo ou como calouros ingênuos dos cursos de Direito, simplesmente incapazes de compreender a lógica “científica” que explica o modo de funcionamento das coisas.

Claro está que podemos questionar o ganho, em termos da legitimidade da profissão jurídica, do reconhecimento cínico de que o Estado de Direito está à venda e de que todo aquele que puder investir mais em educação jurídica e legislação (inclusive contratando advogados e lobistas mais experientes) irá beneficiar-se “naturalmente” dos retornos de tais investimentos, seja ganhando uma causa ou a luta por um ambiente jurídico afinado com as práticas comerciais. O Estado de Direito deveria tornar-se menos atraente tanto pelo fato de ser controlado por forças políticas quanto por interesses comerciais. Não obstante, só a primeira distorção, imputada à legalidade socialista e a outras concepções não ocidentais, é interpretada como *falta* do Estado de Direito. A segunda distorção é compreendida pelos agentes empresariais fortes como o modo de ser das coisas, em nome da eficiência econômica e da expansão e do desenvolvimento dos mercados.

Portanto, não é no Direito, mas sim em uma (má) política econômica que conceitos universais como o de propriedade intelectual vão encontrar sua força legitimadora. Eles são desterritorializados, situados “naturalmente” além do alcance do Estado, cujo único papel é o de fazê-la cumprir, e não o de traçar seus limites e enquadrar seu conteúdo, a fim de refletir as necessidades das pessoas. É muito comum que, com a ajuda de advogados astuciosos, as empresas norte-americanas transfiram sua propriedade intelectual, suas patentes, marcas registradas e até mesmo seus logotipos a outras entidades constituídas em paraísos fiscais, como as ilhas Cayman ou as Bermudas. Na sequência, elas pagam *royalties*

pelo uso de sua própria propriedade intelectual. Por lei, podem deduzir esses eficientes pagamentos de *royalties* de sua renda tributável, ocultando, assim, grande parte de sua renda bruta: pilhagem. E podem fazer tudo isso porque legisladores de ambos os partidos, cinicamente descritos como "maximizadores naturais" de suas possibilidades de reeleição, comportam-se de acordo com a previsão dos economistas. A eficiência é o fator poderoso que confere legitimidade a formulações intelectuais, como a propriedade intelectual, e a sua expansão para além de limites razoáveis.

Na verdade, a retórica da propriedade transmite uma sensação de perpetuidade, de modo que os limites temporais configuram de forma implícita a exceção, não a regra. Por exemplo, o pequeno editor *on-line* Eldritch Press tentou contestar a excessiva duração dos direitos autorais (de cinquenta a setenta anos após a morte do autor), que tendem a aumentar de maneira constante e gradual, acompanhando o aumento do poder da indústria de entretenimento. A iniciativa de Eldritch, que tinha por objetivo o resgate de certas formas de conhecimento para a esfera pública, foi derrubada pela poderosa indústria de Hollywood, que investiu no processo político e judicial em consonância com as previsões do Direito e da Economia²⁰. Primeiro, um investimento em *lobby* no Congresso resultou na chamada Lei "Sonny" Bono de Extensão do Período de Direitos Autorais (Sonny Bono Copyright Extension Act*), também conhecida como Lei Mickey Mouse

²⁰ Ver *Eldred vs. Ashcroft*, 537 US 186 (2003), ação que contestou a Sonny Bono Copyright Extension Act. [A ação foi julgada pela Suprema Corte americana em 15/1/2003 e, por maioria de votos, a lei foi considerada constitucional. O placar foi de sete a dois. (N. do R.)]

* O cantor, ator e político norte-americano "Sonny" Bono foi casado com a cantora Cher, com quem formou a dupla Sonny & Cher na década de 1960. Como deputado, apresentou a lei que leva seu nome, a fim de beneficiar a indústria musical. (N. do T.)

(Mickey Mouse Act*), pois tinha por objetivo cuidar da expiração dos direitos autorais de Mickey Mouse, do Mágico de Oz e de outras propriedades valiosas da indústria de Hollywood. Em segundo lugar, maiores investimentos em ações judiciais (inclusive a contratação de consultorias econômicas) ajudaram a proteger a lei de uma ação que impugnava a constitucionalidade dessas normas na Suprema Corte. Sem dúvida, a decisão da Suprema Corte, favorável à indústria do entretenimento, coloca questões estratégicas fundamentais sobre a possibilidade e a exequibilidade do uso de tribunais para fins progressivos. Fica muito claro que os instrumentos da pilhagem de propriedade intelectual possuem aliados poderosos nas altas esferas.

O raciocínio econômico no Direito chegou a países periféricos nos quais uma elite tecnocrática detém o poder. Hoje, associações profissionais de advogados e economistas encontram-se em plena atividade da América Latina até a Ásia e a Oceania. Os principais livros para advogados, escritos por economistas norte-americanos, são traduzidos para muitas línguas, e os exemplos da enorme influência mundial de seus modos de pensar são numerosos demais para que possamos mencioná-los aqui. Economistas de países menos desenvolvidos que fizeram seus estudos nos Estados Unidos atuam localmente como consultores e legitimadores, garantindo o prestígio de elites poderosas e com frequência corruptas. Na esfera internacional, ocupam cargos em instituições financeiras e políticas ansiosas por demonstrar sua receptividade a profissionais oriundos dos países periféricos. Porém, essas elites – da Ásia, África e América Latina – pensam como ocidentais, porque, em seus prestigiosos estudos acadêmicos, absorveram a re-

* Na verdade, *Mickey Mouse Copyright Extension Act* (Lei "Mickey Mouse" de Extensão do Período de Direitos Autorais), que também teve Walt Disney entre seus principais patrocinadores. (N. do T.)

tórica do elitismo tecnocrata ocidental. Portanto, servem ao projeto ocidental de opressão e, em última análise, pilhagem, por meio de um Direito "eficiente" do qual a propriedade intelectual é apenas mais um exemplo.

A história se repete. Assim como a Igreja (como instituição colonial que se ocuparia da educação de determinada classe local) e os antropólogos (que providenciariam o necessário grau de prestígio intelectual ao projeto colonial) facilitaram a pilhagem colonialista, hoje as instituições acadêmicas norte-americanas educam as classes dominantes locais. Os economistas fornecem o grau de prestígio intelectual indispensável para a prática da pilhagem por meio de um Direito eficiente, que atende às necessidades de inovação e desenvolvimento.

Os legitimadores: juristas e antropólogos

Os legitimadores são ativos tanto no centro quanto na periferia. Estão presentes no cenário atual do mesmo modo como estavam no passado colonial, quando talvez os antropólogos – e não os economistas – eram a elite intelectual mais influente, determinando as concepções de Direito e a estratégia política de diferentes culturas. Além disso, os antropólogos forneceram informações cruciais sobre culturas não ocidentais. Muitas vezes, eles estão presentes quando práticas, produtos e ideias valiosos são "descobertos" para se tornarem, posteriormente, objetos protegidos pelas leis de propriedade intelectual ocidentais. Também podem estar presentes como estudiosos de culturas em cujas terras se deposita lixo tóxico ou se descobre petróleo. Portanto, é importante examinar o papel dos antropólogos anglófonos desde as origens da disciplina, tanto no centro quanto na periferia. É interessante notar que com frequência o potencial crítico de uma disciplina é esquecido assim que ela se institucionaliza e se transforma

em uma "indústria". O desenvolvimento do projeto antropológico nos Estados Unidos e na Inglaterra é em particular significativo quando se examina a ligação entre conhecimento antropológico e poder colonial, o que demonstra a continuidade com relação ao papel atual dos economistas, conforme o descrevemos na seção anterior.

Em termos gerais, o desenvolvimento da antropologia norte-americana pode ser dividido em três fases: do final da Guerra de Secessão à última década do século XIX; do final desse século ao começo da Segunda Guerra Mundial; e o período industrial-militar, abrangendo um período aproximado de sessenta anos, da Segunda Guerra ao presente²¹. A antropologia refletia os eventos históricos de sua época, fornecendo suporte ideológico às práticas dos Estados. No século XIX, ao comprovar a sobrevivência e a superioridade dos contextos sociais mais aptos (o Ocidente), o evolucionismo social darwinista foi elaborado basicamente por antropólogos-advogados muito úteis às conquistas do Estado. No segundo período, chamado de período das reformas liberais, as teorias antropológicas enfatizavam a flexibilidade e a plasticidade humanas, o que foi útil para as políticas de assimilação que pretendiam suprimir as diferentes culturas. E na fase mais recente – o período industrial-militar –, os antropólogos têm reagido com incertezas e equívocos no que diz respeito ao poder.

Apesar das dissidências no âmbito da disciplina, a principal corrente da antropologia, seja ela evolucionista, liberal ou militarizada, teve consequências. A antropologia foi a primeira das "novas" ciências, uma ciência ao mesmo tempo flexível e rigorosa, humanista e científica, a meio caminho entre natureza e cultura,

²¹ Sobre as três fases da antropologia norte-americana, ver E. Wolf, "American Anthropologists and American Society", em *Reinventing Anthropology* (D. Hymes, org.), Nova York: Vintage Books, 1972, pp. 251-63.

passado e presente – e, como tal, capaz de buscar novas maneiras de entender as condições humanas com maior amplitude. Ela podia questionar o conceito de desigualdade como algo inato. Em outras palavras, tinha condições de fazer a crítica das premissas aceitas. Quando os antropólogos do século XX passaram dos estudos teóricos de gabinete para o trabalho de campo, em geral entre povos colonizados, as teorias do relativismo cultural questionavam as teorias evolucionárias de sua época²². Ao longo do século XX, eles observaram o desenvolvimento da ciência e da tecnologia como medidas de valor²³. Alguns reconheciam a natureza ideológica das crenças, como o progresso. A rápida globalização do mercado tornou inevitável a reflexão sobre os sistemas alternativos de conhecimento.

O conceito de progresso exerceu poderosa influência tanto sobre o pensamento inconsciente quanto sobre o consciente. Em que medida o progresso é contínuo e inevitável? De que maneira o definimos – como progresso social ou tecnológico? Essas questões são do interesse daqueles que ainda refletem sobre a direcionalidade de nosso mundo, que buscam saber se o desenvolvimento

²² Sobre a passagem da teoria ao trabalho de campo, ver F. Boas, *Introduction to the Handbook of American Indian Languages, Part I*, Seattle: Shorey Book Store, 1971; F. Boas, *The Shaping of American Anthropology, 1883-1911: A Franz Boas Reader*, Nova York: Basic Books, 1974; B. Malinowski, *Coral Gardens and their Magic: A Study of the Methods of Tilling the Soil and of Agricultural Rites in the Trobriand Islands*, Nova York: Dover Publications, 1978; e G. Stocking, *Observers Observed: Essays on Anthropological Fieldwork*, Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1983.

²³ Para maiores informações sobre a base ideológica da ciência e tecnologia e sobre os modos de conhecer ocidentais, não ocidentais e combinados, ver H. Gusterson, *Nuclear Rites: A Weapons Laboratory at the End of the Cold War*, Berkeley, CA: University of California Press, 1996; R. Gonzalez, *Zapotec Science: Farming and Food in the Northern Sierra of Oaxaca*, Austin: University of Texas Press, 2001; Laura Nader (org.), *Naked Science: Anthropological Inquiries into Boundaries, Power and Knowledge*, Nova York: Routledge, 1996; e S. Traweek, *Beam Times and Lifetimes: The World of High Energy Physicists*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1988.

tecnológico deve ser equivalente ao progresso e quem deve ter o poder de decidir o que constitui desenvolvimento²⁴.

A “atitude antropológica” que valoriza o desprendimento e a participação, como um modo de repensar pressupostos existentes, não mudou muito de um século para cá, assim como também não mudaram os preconceitos sociais que tal atitude contestou ou sancionou: etnocentrismo, racismo, sexismo e o uso de avaliações inadequadas do valor humano²⁵. Fatores extrínsecos à profissão tornaram-se mais visíveis durante a Guerra Fria e merecem ser lembrados²⁶. Por influência do macarthismo, nos Estados Unidos, e de perseguições semelhantes ocorridas na Inglaterra, os antropólogos sociais foram hostilizados e atacados por sua postura diante das desigualdades raciais e econômicas²⁷. Novas tecnologias também passaram a fazer parte do cenário. Apesar de úteis para os antropólogos, os Sistemas de Informações Geográficas (Geographic Information Systems, GISs) foram utilizados para localizar posições e bombardear pessoas que os antropólogos sociais estudavam. Alguns antropólogos físicos, como Earle

²⁴ Sobre a noção de progresso e para uma crítica antropológica que insiste em que ele seja considerado mais como um objeto a ser analisado do que como algo inquestionável, ver, de A. Kroeber, a obra fundamental *Anthropology: Race, Language, Culture, Psychology, Prehistory*, Nova York: Harcourt Brace, 1948.

²⁵ Para outras informações sobre a história da antropologia, ver E. Leach, “Glimpses of the unmentionable in the history of British social anthropology”, *Annual Review of Anthropology* 13, 1984, pp. 1-24.

²⁶ Para a concepção de um antropólogo inglês sobre a antropologia inglesa, ver A. Kuper, *Anthropology and Anthropologists: The Modern British School*, Londres: Routledge & Kegan, 1983; para uma visão mais geral, ver A. Kuper, *Culture: The Anthropologists' Account*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

²⁷ Sobre a antropologia no período macarthista, ver D. Price, *Threatening Anthropology: McCarthyism and the FBI's Surveillance of Activist Anthropologists*, Durham, NC: Duke University Press, 2004. Ver também D. Price, “Gregory Bateson and the OSS”, *Human Organization* 57 (4), 1998, pp. 379-84; e L. Nader, 1999, “The phantom factor: impact of the Cold War on anthropology”, em *The Cold War and the University: Toward an Intellectual History of the Postwar Years* (N. Chomsky, org.), Nova York: The New Press, 1997, pp. 107-45.

Reynolds, que trabalharam na Comissão de Vítimas da Bomba Atômica (Atomic Bomb Casualty Commission), tornaram-se ativistas antibomba, protestando em alto-mar contra testes atômicos realizados pelos Estados Unidos e, mais tarde, tentando chegar à cidade portuária de Vladivostok, em protesto contra testes nucleares realizados pela ex-União Soviética²⁸. A Associação Americana de Antropologia, de tendência conservadora, não aprovava seu papel ativo nem apoiava seus membros hostilizados. Ao mesmo tempo, alguns antropólogos que trabalharam para a Agência de Serviços Estratégicos (Office of Strategic Services, OSS) durante a Segunda Guerra Mundial deram continuidade a seu trabalho quando, depois da guerra, essa agência transformou-se na CIA²⁹. Os antropólogos em atuação durante o período colonial raramente tinham consciência da complexidade das circunstâncias em que estavam enredados – eles estudavam os colonizados, não os colonizadores. Nesse contexto em que prevalecia o pressuposto geral da superioridade ocidental, a disciplina como um todo padecia de uma cegueira normativa que não lhe deixava perceber as implicações gerais dos dados que ela própria trazia à luz.

Nos Estados Unidos, um caso clássico de cegueira normativa é o de Cahokia – “escondida diante dos olhos”, como afirma um arqueólogo³⁰. Cahokia é a terceira maior estrutura da América do

²⁸ Para a história do trabalho de Earle, ver E. Reynolds, *The Forbidden Voyage*, Nova York: D. McKay Co., 1961.

²⁹ Como exemplo de obra antropológica produzida como contribuição para o esforço de guerra, ver R. Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, Boston: Houghton Mifflin, 1946. Para uma etnografia produzida depois da Segunda Guerra como resultado de pesquisas de campo, em um contexto em que o antropólogo trabalhava ao mesmo tempo para a inteligência militar britânica, ver E. Leach, *Political Systems of Highland Burma*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.

³⁰ Sobre cegueira normativa e Cahokia, ver R. Silverberg, *Mound Builders of Ancient America: The Archeology of a Myth*, Greenwich, CT: New York Graphic Society, 1968.

Norte pré-industrial. Ocupa uma área de 83 hectares – uma cidade com cerca de 20 mil habitantes. A hipótese de uma “raça de selvagens” desaparecida deixa implícita a ideia de que, a despeito desses indícios, as primeiras nações da América do Norte nunca atingiram um nível de civilização comparável ao dos conquistadores. A ideologia do destino manifesto exigia o rebaixamento dos habitantes que competiam pela terra com os colonizadores. A terra que os colonizadores brancos procuravam precisava ter ficado desocupada.

Na autocrítica dos anos 1960 e 1970, os antropólogos começaram a levar em consideração as condições nas quais seus conhecimentos tinham sido adquiridos: a desigualdade política e administrativa entre antropólogos colonizadores e informantes colonizados³¹. A exploração dos efeitos da desigualdade colonial sobre as perspectivas etnográficas tornou-se a investigação dos efeitos deturpadores da escrita antropológica. Como a antropologia poderia ter estudado os povos colonizados sem estudar os colonizadores e os missionários? Como os antropólogos da vertente científica podiam ter deixado tanta coisa de fora de seu estudo holístico: mulheres, crianças, o poder, o difusionismo e o contexto mais amplo? Com o tempo, a descrição antropológica ampliou-se, passando a incluir o poder, a história e a comparação. Com a entrada da história e da comparação, o colonialismo, os movimentos passados de coisas e ideias e as grandes migrações de povos começaram a fazer parte do quadro. Entender como o poder funciona requer comparação com aspectos como resistência, capitulação, desintegração e integração, todos nos níveis locais e globais. A Guerra Fria colocou questões de raça, guerra, genocídio, repres-

³¹ O grito de guerra para a autocrítica dos antropólogos foi dado por L. Nader, “Up the anthropologist: perspectives gained from studying up”, em *Reinventing Anthropology* (D. Hymes, org.), Nova York: Vintage Books, 1972, pp. 284-311.

são, recursos naturais e os usos ambíguos da antropologia. Metodologias passaram por uma revolução graças ao acesso à tecnologia militar. As redes que conectam o contexto acadêmico ao contexto político do Estado de segurança nacional significaram a perda da inocência da antropologia. Sob essa perspectiva, as teorias evolucionistas, as metodologias positivistas e o posterior interpretivismo eram tentativas de evitar as implicações do poder, de examinar o modo como ele é produzido e exercido e suas consequências.

A antropologia tem a capacidade de gerar o tipo de introspecção que pode influenciar o futuro papel dos seres humanos em nosso planeta. Por que os antropólogos não conseguiram obter esse resultado? Ou, para colocar as coisas de outro modo, como foi que os antropólogos, talvez de modo involuntário, contribuíram para a legitimação da pilhagem, apesar de suas significativas descobertas?

A autocensura e o silêncio evidenciam-se em momentos importantes. Em alguns casos, o próprio silêncio se justificava: silêncio sobre os colonizadores, não apenas porque os antropólogos poderiam compartilhar, de maneira implícita, a possibilidade de "progresso", do projeto civilizatório ou da "mão amiga". Eles silenciaram sobre os testes nucleares tanto nos Estados Unidos quanto no Pacífico, tanto por estarem com medo quanto por acharem que o silêncio era patriótico. Além disso, o positivismo exerce uma influência despolitizadora.

Um dos primeiros exemplos clássicos de censura é o caso do trabalho de campo de James Mooney entre os *sioux*³². Na década de 1890, Mooney – um antropólogo autodidata – foi financiado

³² Um século depois de sua publicação, a extraordinária obra de Mooney continua a ser um modelo de pesquisa e a inspirar perspectivas surpreendentes. Ver J. Mooney, *The Ghost Dance Religion and the Sioux Outbreak of 1890*, Chicago: University of Chicago Press, 1896.

pelo Bureau of American Ethnology (BAE), do Smithsonian Institution, para realizar pesquisas de campo entre os *sioux*. Ele não era um evolucionista social para quem as pessoas se classificam como selvagens, bárbaras ou civilizadas. Suas pesquisas, financiadas pelo governo, aliadas à sua formação cultural independente, resultaram em uma obra extraordinária, *The Ghost Dance Religion and the Sioux Outbreak of 1890*. Nela, Mooney estudou em profundidade o "culto" da dança dos espíritos entre muitas tribos americanas nativas nas últimas décadas do século XIX, que culminou no massacre de mais de duzentos *sioux* em Wounded Knee, em 1890. Ele documentou a maior retomada de valores indígenas que o país jamais presenciara e que prometia o retorno a um tempo em que o homem branco não existia. Com empatia e compreensão, Mooney fez a ligação entre a revitalização religiosa e a alienação, a decadência cultural, as condições trágicas e o desespero de um povo que havia sofrido perdas enormes – terra, pessoas, história – nas mãos dos invasores brancos de suas terras.

Como agência governamental, o Smithsonian agiu como censor, temeroso de que a obra de Mooney pudesse criar problemas entre o Bureau of Indian Affairs (BIA) e o Congresso dos Estados Unidos, com o qual precisava trabalhar. Os superiores de Mooney no Smithsonian preferiam que ele não tivesse feito nenhuma relação entre a dança dos espíritos e as condições de miséria e que tivesse evitado comparações com movimentos europeus de revitalização religiosa, que ansiavam pela chegada de um profeta que lhes traria uma forma de redenção.

Os indígenas norte-americanos de Mooney não eram pagãos ou bárbaros, eram parte do conjunto da raça humana, aí incluída a raça humana "civilizada". Sua obra abrangia um período no qual as teorias sociais revolucionárias que provavam a superioridade dos brancos não eram apenas uma questão de antropologia, mas

de política de Estado e prática político-religiosa. Mais adiante, Mooney foi impedido de realizar novas pesquisas nas reservas pelo comissário de assuntos indígenas, que não via com bons olhos as referências à liberdade religiosa e às verdades científicas como justificativa para sua pesquisa³³. Seu superior imediato no Bureau of American Ethnology, John Wesley Powell, adotava a postura do cientista apolítico, neutro e racional, para quem Mooney era uma permanente dor de cabeça. Foi uma época em que os índios eram representados como nômades e mendigos, sem quaisquer vínculos com a propriedade privada, uma afirmação usada para justificar a pilhagem governamental das terras indígenas. Ideias poderosas no conjunto da sociedade estavam presentes na antropologia – evolucionismo social, noções de “progresso” e assimilação – e tudo isso teve consequências para os índios americanos que, agora no século XXI, têm a opção de ganhar a vida como proprietários de cassinos ou usando suas reservas para receber lixo tóxico.

Depois do Dawes Allotment Act de 1887, uma lei de demarcação de terras indígenas, o Congresso norte-americano empenhou-se em resolver reivindicações de nações indígenas acerca de violações nos tratados que regiam sua rendição. Em 1946, por fim, a Comissão de Reivindicações Indígenas (Indian Claims Commission, ICC) foi autorizada a cuidar desses casos. Um movimento progressista, que começou em 1933 com a nomeação de John Collier como superintendente de assuntos indígenas, buscou resolver algumas demandas judiciais pendentes. A oposição a essas demandas baseava-se em argumentos extraídos do Direito e das Ciências Sociais. A ICC havia determinado que as reivindicações podiam ser feitas por tribos, grupos e nações indígenas.

³³ Sobre a história de Mooney, sua pesquisa e as consequências para os povos que ele estudou e para si próprio, ver L. G. Moses, *The Indian Man: A Biography of James Mooney*, Urbana, IL: University of Illinois Press, 1984.

Talvez por desconhecimento dos autores das intenções originais do Congresso dos Estados Unidos, criou-se uma classe de índios norte-americanos que não se ajustava a nenhuma das três categorias arroladas na determinação da ICC – uma sociedade demasiado primitiva para satisfazer os critérios de um “bando”, uma sociedade que se poderia ver como desorganizada. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos apresentou esse argumento. Seu perito judicial era ninguém menos que o famoso antropólogo norte-americano Julian Steward, um evolucionista cuja obra parte do legado dos juristas-antropólogos do século XIX³⁴.

Os paiutes, uma tribo shoshone da Grande Bacia*, eram parte interessada de uma das reivindicações³⁵. As terras em questão estendiam-se por cerca de 130 mil km² adquiridos pelos Estados Unidos sem compensação ou acordo regido por tratado. A estratégia do governo consistia em negar o direito de propriedade aos demandantes indígenas com base na alegação de que eles não eram sociedades organizadas, não podendo, portanto, ser proprietários de terras. Segundo a classificação dos *shoshones* feita por Julian Steward, eles correspondiam exatamente à imagem que deles fazia o Departamento de Justiça. A lógica evolucionista de Steward

³⁴ A história de parte significativa das relações – e de certa cumplicidade – da antropologia com o genocídio norte-americano é apresentada em N. Scheper-Hughes, “Coming to our senses: anthropology and genocide”, em *Critical Reflections, Section V: Anthropology and the Study of Genocide in Annihilating Difference*, A. L. Hinton (org.), Berkeley, CA: University of California Press, 2002, pp. 348-81.

* Região semiárida dos Estados Unidos que ocupa quase todo o estado de Nevada e parte dos lagos circundantes. (N. do R. T.)

³⁵ Ver, especificamente, a documentação de M. Pinkoski & M. Asch, “Anthropology and indigenous rights in Canada and the United States: implications in Steward’s theoretical project”, em *Hunter-Gatherers in History, Archaeology, and Anthropology* (A. Barnard, org.), Oxford: Berg Publishers, 2004, pp. 187-200. Para uma atualização recente, ver Jerry Reynolds, “Bush signs Western Shoshone legislation”, em *Indian Country Today*, 9 de julho de 2004, sobre “um dos maiores confiscos de terras indígenas dos tempos modernos”.

era uma linha de raciocínio muito utilizada no direito colonial dos ingleses. Essa doutrina é um desmembramento da doutrina da *terra nullius* do direito natural (já mencionada aqui) – território desocupado que, em consequência, podia ser livre e legalmente apropriado pelos colonizadores. Assim considerada, a teoria evolucionista social de Steward transformava-se numa questão de importância jurídica e política, uma teoria que legitimava a negação dos direitos indígenas à posse coletiva de terras. No caso em questão, os *paiutes* do Norte não eram considerados uma sociedade “organizada”, pois seriam demasiado primitivos para pertencerem a uma das três categorias que podiam possuir um território: bando, tribo ou nação.

As teorias de Steward³⁶ procuravam associar meio ambiente a desenvolvimento cultural, um esquema para avaliar o “nível” de uma sociedade específica segundo uma ordenação que vai do simples ao complexo. Segundo Steward, o nível mais baixo de integração sociocultural era o nível familiar, uma situação em que cada família é independente e autossuficiente. Estagnados no nível familiar (sem constituir um bando ou tribo, muito menos uma nação), os *shoshones* não haviam atingido um patamar de integração sociocultural em que houvesse instituições que os habilitassem a possuir terras, uma posição favorável àquela defendida pelo Departamento de Justiça e compatível com a doutrina da *terra nullius*.

A reputação do projeto de Steward fundava-se no pressuposto de que sua obra era científica e objetiva, e não ideológica ou interpretativa. As preocupações recentes com a ciência e a objetividade de Steward decorrem da constatação de que seu modelo teórico foi desenvolvido enquanto ele atuou como perito judicial

³⁶ J. Steward, *The Theory of Cultural Change: The Methodology of Multilinear Evolution*, Urbana, IL: University of Illinois Press, 1955.

do Departamento de Justiça por um período de sete anos, sugerindo que seu projeto teórico pode ter sido influenciado por suas estreitas ligações com uma das partes de grande número de processos judiciais. Por volta de 1950, Steward defendeu o ponto de vista de que o direito à propriedade só existia quando a forma de posse de terras se adequasse de maneira explícita às características da condição de proprietário de terras, conforme a definição do direito norte-americano.

Segundo pesquisas contemporâneas, a história não termina aí. A posição de Steward sobre a doutrina da *terra nullius* também é objeto de questionamento no Canadá. Em julgamento de 1979 sobre os direitos dos inuítes do Lago Baker, as partes indígenas deviam demonstrar que viviam em uma sociedade “organizada” no período anterior à colonização. Apesar do empenho de alguns, como o ex-juiz Thomas Berger, da Suprema Corte da Colúmbia Britânica, nos casos canadenses atuais sobre direitos aborígenes a influência das ideias de Steward é evidente – uma interpretação dos fatos à qual um arqueólogo se referiu como “um mecanismo ideológico de acatamento de privilégios”. Não há dúvida de que as ideias antropológicas exercem uma influência contínua que extrapola a disciplina, legitimando as premissas da ideologia jurídica colonial, apesar do empenho de antropólogos e juristas em reconfigurar os direitos dos povos indígenas.

O fato de que a apresentação da história da antropologia deva fazer distinção entre política interna e eventos extrínsecos é irônico, tendo em vista que o pensamento antropológico, sobretudo do modo como foi articulado na América do Norte, nasceu de uma tradição jeffersoniana de forte compromisso entre o cientista e o mundo exterior. Jefferson tinha interesse tanto pelas pessoas equivocadamente chamadas de “índios” quanto pelos afro-americanos e europeus que haviam migrado espontaneamente ou forçados

para o Novo Mundo. Em suas *Notas sobre o Estado da Virgínia*, de 1785, Jefferson escreve: "É lamentável [...] que tenhamos levado tantas tribos indígenas à extinção [...] sem[...] [resgatar] os rudimentos gerais pelo menos das línguas que elas falavam."³⁷ Sob a liderança de Jefferson, a Sociedade Filosófica Americana, sediada na Filadélfia, tornou-se um importante repositório desses estudos, e, por meio de expedições do governo, grande quantidade de dados foi coletada durante o período anterior a 1840. Nem todas foram realizadas com fins exclusivamente científicos.

Seguindo a liderança de Jefferson, muitos dos primeiros etnólogos e antropólogos foram levados a agir devido às complexidades de uma fronteira em expansão, sobretudo porque elas diziam respeito à "questão indígena". Um novo e prolongado contato com o "outro", como hoje dizemos para nos referir a grupos menos conhecidos, garantiu a esses primeiros cientistas um lugar no debate governamental sobre as questões de assentamento, reassentamento, água, minérios e assimilação nas terras indígenas³⁸.

Sem dúvida, *quais* etnólogos conseguiriam a atenção e, em última análise, o dinheiro de administradores e políticos dessa época era algo que dependia de como eles achavam que a população indígena devia ser controlada e, por conseguinte, quais eram as teorias que aceitavam. A versão do evolucionismo de Henry Lewis Morgan, tida como progressista, foi usada para justificar o contínuo reassentamento de índios, em toda a parte final do século XIX e no século XX, pelos manda-chuvas do período de Teddy Roosevelt³⁹. O evolucionismo progressista também era útil às ins-

³⁷ Citado em J. Mark, *Four Anthropologists: An American Science and its Early Years*, Nova York: Science History Publications, 2005.

³⁸ Edward Said, *Orientalism*, Nova York: Pantheon, 1978.

³⁹ O "evolucionismo progressista" de Henry Lewis Morgan é apresentado por seu biógrafo C. Resek em *Louis Henry Morgan: American Scholar*, Chicago: University of Chicago Press, 1960.

tuições de apoio da época, principalmente ao BAE, subordinado ao já criado Smithsonian Institution. John Wesley Powell, que fundou o BAE em 1879, estava determinado a usar obras de antropólogos para aprofundar o entendimento das populações indígenas e transformar o BAE no "braço informacional do Congresso e do povo americanos". O BAE foi responsável pela primeira pesquisa antropológica permanente patrocinada pelo governo⁴⁰. Powell subestimou as complexidades do papel dos antropólogos, o que lhe trouxe alguns problemas⁴¹. Ele impediu a publicação de obras dos pensadores do BAE em desacordo com as teorias de Morgan, que eram usadas para justificar o reassentamento e a assimilação, iniciando, assim, uma longa história em que os confrontos dos antropólogos com as crenças sociais dominantes seriam evitados ou desvirtuados por outros antropólogos, editores ou agências governamentais. Por exemplo, os estudos do etnólogo Charles Royce sobre a concessão de terras indígenas nos Estados Unidos, concluídos em 1885, utilizavam teorias não evolucionistas para defender com veemência a remoção dos brancos dos territórios indígenas. Powell prometeu publicá-los, mas a obra permaneceu inédita até 1895⁴². Finalmente, foi publicada em 1895.

⁴⁰ Para um histórico sobre John Wesley Powell e a criação do Bureau of American Ethnology no Smithsonian Institution, em 1879, ver Curtis Hinsley, "Anthropology as science and politics: the dilemma of the Bureau of American Ethnology, 1874", em *The Uses of Anthropology* (W. Goldschmidt, org.), Washington, DC: American Anthropological Association, 1979, pp. 11-27.

⁴¹ Powell parece ter se sentido incomodado com a obra de alguns etnólogos, entre eles Frank Hamilton Cushing, que questionou a ética de fechar os olhos às condições de vida das reservas do povo zuni, além de James Mooney, já mencionado, que foi censurado por seu papel como ativista. O comentário de Cushing sobre as condições de vida do povo zuni e/ou o incômodo de Powell são abordados em A. Tozzer, *Social Origins and Social Continuities*, Nova York: Macmillan, 1931.

⁴² Charles Royce, "Indian land cessions in the United States", em *Eighteenth Annual Report of the Bureau of American Ethnology to the Secretary of the Smithsonian Institution 1896-97* (J. W. Powell, org.), 1899, pp. 521-997.

Powell representava a concepção dominante, que tinha a legitimidade como ponto de partida:

Apesar dos casos lamentavelmente frequentes de injustiças pessoais e temporárias cometidas contra a raça mais frágil, em termos gerais as diretrizes políticas têm se orientado por um reconhecimento profundo dos princípios de justiça e direito de ambos os povos. [...] A justiça para com os peles-vermelhas se reveste, hoje, de uma benevolência muito maior do que aquela de uma década atrás.

Royce era uma voz dissonante:

Há dois séculos, arrasta-se uma controvérsia sobre sua própria existência como povo, contra a rapinagem inescrupulosa da civilização anglo-saxã.

Antropólogos críticos, como Frank G. Speck, desmascararam as políticas de Teddy Roosevelt, que presidiu o novo desmantelamento de terras indígenas da época e que, como evolucionista, referia-se ao nomadismo dos povos indígenas⁴³. Roosevelt e seus amigos, talvez legitimados (ainda que de modo involuntário) pelo evolucionismo de Morgan e, mais tarde, pelo de Julian Steward, representavam os índios como "nômades e mendigos", sem ligações com a propriedade privada, uma observação sem consistência alguma usada para justificar a pilhagem governamental. Os poderosos evolucionistas eram porta-vozes da corrente de pensamento dominante, e ainda hoje estão entre nós, disfarçados de neoliberais.

Com o surgimento do movimento "Red Power" na década de 1960, introduziram-se novos avanços econômicos nas reservas in-

⁴³ Mais informações sobre as críticas de Speck podem ser encontradas em H. A. Feit, "The construction of Algonquin hunting territories: private property as moral lesson, policy advocacy, and ethnographic error", em *Colonial Situations: Essays in the Contextualization of Ethnographic Knowledge* (G. W. Stocking, org.), Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1993.

dígenas: os jogos de azar e o "emprego" dos americanos nativos como supervisores de lixo tóxico. Hoje identificamos prontamente uma linha divisória muito sutil entre coerção e consentimento informado, e o conhecimento antropológico, quando a serviço da pilhagem legalizada, pode torná-la ainda mais indistinta⁴⁴. Por exemplo, os componentes institucionais das políticas federal, estadual e das reservas incluem a indústria do lixo nuclear, um protagonista que não tem visibilidade alguma nos textos etnológicos do passado.

Algumas questões se colocam quando analisamos os antropólogos como legitimadores e garantidores do consentimento a partir do momento em que os europeus dirigiram-se para o Novo Mundo. Na América do Norte, a disciplina recebeu uma nova configuração devido a condições específicas:

Uma diferença profunda entre a história de nossa disciplina na Europa, por um lado, e no hemisfério ocidental, por outro, é intrínseca ao simples fato de que nossos objetos de estudo, nossos povos "primitivos", eram nossos vizinhos – nossos vizinhos maltratados e, na verdade, quase sempre perseguidos. Nesse caso, como em outros, a antropologia que praticamos é condicionada pela história e pelas características sociais da sociedade da qual nos originamos.⁴⁵

A base histórica da antropologia norte-americana estava no próprio país. Para os ingleses e, em termos mais gerais, para os

⁴⁴ A exploração da relação entre antropologia e pilhagem é apresentada em J. Ou, "Native Americans and the monitored retrievable storage plan for nuclear wastes: late capitalism, negotiation, and controlling processes", em *Essays on Controlling Processes* (L. Nader, org.), Berkeley, CA: Kroeber Anthropological Society Papers, 1996. Ver também Winona LaDuke, *All Our Relations: Native Struggle for Land and Life*, Boston: South End Press, 1999; e Thomas R. Berger, *A Long and Terrible Shadow: White Values, Native Rights in the Americas*, Vancouver: Douglas & McIntyre, 1991.

⁴⁵ S. Mintz, *Sweetness and Power: The Place of Sugar in Modern History*, Nova York: Penguin, 1986.

européus, a base histórica estava longe de casa. Os antropólogos ingleses na África também estudavam povos e recursos que eram objeto de pilhagem colonial. Max Gluckman escreveu sobre o processo judicial entre os barotses* – para enfatizar suas semelhanças com os sistemas jurídicos europeus, em particular com o Direito romano-holandês, deixando de examinar mais diretamente o impacto colonial sobre o Direito africano. Sua mensagem era clara: os nativos não são “selvagens”⁴⁶. Sua necessidade política consistia em afirmar a semelhança. Muitos anos depois, coube a Martin Chanock, um historiador do Direito, mostrar que em geral o Direito consuetudinário é inventado pelo colonialismo missionário e político, contestando, assim, o significado da semelhança dentro de um desequilíbrio estrutural de poder⁴⁷. Hoje, todo lugar é longe de “casa”, mas a justificação intelectual da pilhagem continua, e a “semelhança”, na forma de uma “convergência” evolucionária, típica das concepções universalistas de desenvolvimento e progresso jurídicos, ainda se esquece de levar em consideração os desequilíbrios de poder⁴⁸.

* Povo e país localizado no centro-sul do continente africano, antiga colônia portuguesa, depois britânica (a partir de 1891). Após diversos tumultos, une-se a outras nações, em 1963, para fundar o que hoje é a Zâmbia. (N. do R. T.)

⁴⁶ A obra de Max Gluckman, em que o autor enfatiza as semelhanças entre os sistemas jurídicos da África e da Europa como uma base implícita para uma afirmação das afinidades e equivalências entre africanos e europeus, encontra-se, *inter alia*, em M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Glencoe, IL: Free Press, 1955; e M. Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, New Haven, CT: Yale University Press, 1965.

⁴⁷ Em seu livro *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1985, M. Chanock (*Custom, and Social Order: the Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1985) descreve o Direito consuetudinário como produto do colonialismo missionário e político.

⁴⁸ Ver Ugo Mattei & Lucas Pes, “Civil law and common law. Towards convergence?”, em *Oxford Handbook of Law and Politics* (K. E. Whittington, R. D. Kelemen & G. A. Caldeira, orgs.), 2008.

Em um ensaio sobre os direitos indígenas às terras tradicionais, o antropólogo Richard Reed conta a história da criação de um parque (ou reserva) nacional no Paraguai, onde, de início, os povos indígenas esperavam ter acesso a suas próprias terras para realizar suas atividades tradicionais e participar da administração e manutenção do parque. É um contexto de poder desigual. Nos termos da definição da Nature Conservancy*, os povos indígenas “aculturados” foram excluídos. Para os povos indígenas, esta agência é mais um *latifúndio* em uma longa história de grandes propriedades monocultoras pertencentes a estrangeiros. O futuro das florestas é mais importante do que as pessoas. Não obstante, foi a Nature Conservancy, que tinha relações importantes em Washington, que entrou com uma grande soma em dinheiro quando se procedeu à negociação das terras. Na pior fase dos conflitos acerca de recursos, as agências de proteção ambiental dispõem das armas econômicas e políticas que lhes permitem confrontar empresas poderosas e governos nacionais. Os novos desenvolvimentistas são os grupos de proteção ambiental. A luta feroz por terras continua, como a pilhagem de terras indígenas para fins privados.

Os antropólogos desempenharam muitos papéis em seu trabalho nos Estados Unidos, mas a autorreflexão, onde existe, concentra-se mesquinamente na exclusão de grande número de relações, como a desapropriação de terras ou outros recursos, inclusive o conhecimento. Em resumo, o conhecimento antropológico é produzido por indivíduos com motivações diferentes, que desempenham uma multiplicidade de papéis. Esta multiplicidade pode incluir os papéis de intelectual, defensor (às vezes dos colonizadores, outras dos colonizados), negociador entre partes, tradutor

* The Nature Conservancy é uma agência internacional criada em 1951 e voltada para a conservação dos recursos naturais. (N. do T.)

de visões de mundo, educador preocupado com a superação de concepções preconceituosas, político ou cidadão a serviço da criação de diretrizes políticas, perito judicial (que comparece formalmente perante um tribunal) ou observador silencioso. A antropologia parece avançar de maneira autônoma, ainda que já tenhamos tido tempo suficiente para documentar o contrário. Trata-se de parte de um projeto profissional, até mesmo de uma estratégia, que permite que os antropólogos, na condição de praticantes de uma ciência neutra, prestem seus serviços aos legitimadores. Nada muito diferente, portanto, do Direito ou da Economia.

Os projetos de recolonização e império nas novas colônias do Afeganistão ou do Iraque podem ser compreendidos se os abordamos com todo o arsenal da antropologia, dando a devida atenção ao fato de que essas ferramentas foram desenvolvidas ao longo de uma muito antiga tradição na qual, como vimos, a censura e a intolerância cobraram seu preço. Ao fazer qualquer comparação, é preciso observar o silêncio em relação a grande parte do planeta comumente chamada de Oriente Médio ou Oriente Próximo. O mundo islâmico, em geral, e o mundo árabe, em particular, constituem uma parte do mundo que ainda se encontra entre as menos conhecidas do ponto de vista etnográfico, a respeito da qual a desinformação e os equívocos são imensos. Desde a Segunda Guerra Mundial, os antropólogos chegam a demonstrar certa predisposição em alimentar o silêncio e calar a opinião crítica sobre essa área. Alguns sugerem que trabalhar no mundo árabe não é uma boa estratégia profissional para acadêmicos ambiciosos. Isto se aplica particularmente à produção acadêmica sobre a Palestina. Um autor explicou que o silêncio se deve à enorme expansão das universidades públicas, querendo dizer que os intelectuais foram absorvidos pelo Estado, com a incapacidade concomitante, por parte dos intelectuais públicos, de avaliar de maneira crítica gran-

des eventos políticos, como a Guerra do Golfo de 1991⁴⁹. Outro autor concluiu que a antropologia tem muito pouca contribuição a oferecer "em um mundo dominado pela *realpolitik*"⁵⁰.

Os mundos árabe e islâmico talvez sejam as únicas regiões do globo que carecem de antropólogos capazes de estabelecer relações. O que escrevemos sobre o impacto dos interesses econômicos ocidentais sobre o Golfo? O que escrevemos sobre as relações entre as nações fornecedoras de petróleo e o apoio ocidental a regimes ditatoriais? Alguém poderia pensar que um estudo da apropriação, por Israel, de água e solo arável do Líbano, interrompida aqui e ali pelo bombardeio esporádico de centrais elétricas, seria uma contribuição à antropologia do imperialismo. Quantos antropólogos que documentam as zonas de guerra em outras partes do mundo incluem o mundo árabe em seus trabalhos? Não pode haver um conhecimento sério sobre uma região do mundo em relação à qual os tabus prevalecem e os mitos são abundantes. Em 2003, a paz foi o tema do encontro nacional dos antropólogos norte-americanos. Contudo, não houve debate algum sobre o Iraque, a guerra mal foi mencionada e, mesmo assim, somente a propósito da pilhagem de sítios arqueológicos. Por outro lado, houve certa justificação à política externa dos Estados Unidos e não se tratou nada que dissesse respeito a essa questão crucial, tão importante para a paz no Oriente Médio e na Palestina.

Recentemente, várias iniciativas de estudos sobre o Islã retomaram antigas questões sobre os muçulmanos. Essa retomada concentrou-se no estudo do ordenamento jurídico oriental e dos

⁴⁹ Patrick Wilcken, *Anthropologists, the Intellectuals and the Gulf War*, Cambridge, UK: Prickly Pear, 1994.

⁵⁰ Para uma visão das contribuições potenciais da antropologia, bastante derrotista e baseada nos pressupostos da *realpolitik*, ver Z. Mir-Hosseini, citado em Patrick Wilcken, *Anthropologists, the Intellectuals and the Gulf War*, Cambridge, UK: Prickly Pear, 1994.

seguidores de Max Weber, o fundador desse tipo de estudo. O uso por Weber de categorias ou tipos ideais faz lembrar o evolucionismo de Julian Steward. Sua taxonomia dos sistemas jurídicos com duas dimensões, composta de quatro partes – formal/substantiva e racional/irracional –, produz quatro categorias. A hierarquia está mais uma vez presente. O Direito europeu continental ajusta-se ao tipo ideal formal/racional, enquanto o Direito islâmico contém “preceitos tradicionais e tomadas de decisões arbitrárias, estas últimas atuando como substitutos de um regime de regras racionais”⁵¹. Apesar de aparentemente inócuo, o trabalho dos estudiosos que aplicam a tipologia de Weber na prática tem implicações que podem ser tudo, menos inócuas. Os cientistas sociais atuais continuam usando a caracterização weberiana do excêntrico juiz *qadi*, usando a metáfora do bazar para descrever um mundo caótico, insinuando a existência, entre os árabes, de apreço pela regularidade, pelo espaço e pelo tempo. A exploração de injustiças decorrentes de uma grande irracionalidade torna o Direito ocidental o paradigma de avaliação, preparando o terreno para os planos atuais da política externa norte-americana no Iraque e no Afeganistão. Imagina-se que, graças à imposição do moderno Direito euro-americano “moderno”, neoliberal, a política externa dos Estados Unidos conseguirá livrar os países orientais da irracionalidade e ilegitimidade, bem como de sua longevidade contumaz. Neste caso, a usurpação será legalizada não pela *terra nullius*, mas pela *lex nullius*. A percepção de que esses países carecem de algo que o mundo civilizado possui transforma-se em uma justificativa para as invasões. E agora temos o rótulo de “terrorismo”. Apesar de seu potencial genuíno, a miopia da antropologia

⁵¹ Ver M. Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Berkeley, CA: University of California Press, 1968, p. 1041.

logia costuma ser a guardiã do convencionalismo proveniente dos juristas-antropólogos do século XIX. As exceções são relegadas a contextos periféricos ou evitam as questões prementes por meio de epistemologias abstratas ou, ainda, abandonam o campo de batalha⁵².

⁵² Para exceções notáveis, ver L. Nader, *op. cit.*, pp. 107-45, e R. Gonzalez, *Anthropologists in the Public Sphere: Speaking out on War, Peace, and American Power*, Austin, TX: University of Texas, 2004.

CRIANDO CONDIÇÕES PARA A PILHAGEM

A pilhagem de petróleo: Iraque e outros casos

A pilhagem, tanto interna quanto externa, foi o meio mais importante da primitiva acumulação de capital, uma acumulação que, depois da Idade Média, possibilitou uma nova etapa da evolução econômica do mundo. Com o desenvolvimento da economia monetária, os estratos sociais e as regiões do mundo passaram a se ver cada vez mais envolvidos em uma troca desigual.¹

E. Galeano

Se a pilhagem atual nem sempre precisa fazer uso de violência explícita, recorrendo, em vez disso, ao Direito como fachada para seus negócios escusos, há casos em que ela lembra muito as condições primitivas de sua antiga versão colonial, assumindo a forma de uma verdadeira guerra de conquista.

¹ Eduardo Galeano, *Open Veins of Latin America: Five Centuries of the Pillage of a Continent* (tradução inglesa de Cedric Belfrage), Nova York: Monthly Review Press, 1973 (reimpresso em 1997), p. 28. Ver também N. Klein, "Bomb before you burp: the economics of war", *Seattle Journal for Social Justice*, primavera/verão 2004; e Lewis Lapham, que em uma análise perspicaz da Guerra do Iraque como um sucesso econômico afirmou: "a transformação de um deserto esquecido por Deus em um Jardim do Éden para fornecedores militares" (Lapham, "Lionhearts", *Harper's Magazine*, setembro de 2006).

Na atual fase do capitalismo empresarial, a presa de guerra não é necessariamente a pilhagem direta de valiosos recursos locais. Muitas vezes, como no Afeganistão contemporâneo, a presa de guerra libera a economia e introduz um Estado de Direito capaz de prover as necessidades das grandes empresas. Como já afirmaram observadores tão diferentes como Adam Smith e Karl Marx, as empresas capitalistas vivem em busca permanente de novos espaços e são implacáveis quando se trata de abri-los, em geral mediante a arregimentação de estados-nações.

Há bem pouca coisa nova sob o sol, inclusive, por exemplo, a Primeira Guerra do Ópio na China (1839-42). Em nome da liberdade de mercado, o governo britânico declarou guerra para manter o direito da Companhia das Índias Orientais de trocar ópio por chá chinês. De acordo com os britânicos, as autoridades chinesas não tinham o direito de proteger sua população contra a dependência de drogas ao declarar a ilegalidade do comércio de ópio. Da mesma maneira, segundo os Estados Unidos, os atuais governos europeus, países signatários da OMC, não têm o direito de proteger a saúde de suas populações ao proibirem as sementes geneticamente modificadas pela Monsanto. A Guerra do Ópio foi igual a muitas outras campanhas semelhantes que os governos britânico e norte-americano promoveram para proteger os interesses comerciais nacionais, representados por empresas como a United Fruit (mais do que bananas) ou a Union Carbide (gás, petróleo e minérios) em toda a América Latina. Ninguém expressou melhor a lógica dessas guerras do que o presidente norte-americano (e, em outra ocasião, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos) William H. Taft, em 1912: "O hemisfério todo será nosso de fato, uma vez que, em virtude da superioridade moral de nossa raça, já o possuímos moralmente [...]" Nos termos de determinada concepção, hoje parte do Consenso de

Washington, a política externa dos Estados Unidos "pode perfeitamente incluir a intervenção ativa que assegure, para nossas mercadorias e nossos capitalistas, a oportunidade de investimentos lucrativos"².

Hoje, como no passado, a ideologia – em uma variedade de formas e de modo mais ou menos verossímil – é utilizada tanto *ex ante* quanto *ex post* para ocultar a pilhagem, com graus variáveis de sucesso. O colonialismo também fez uso abundante da ideologia para justificar uma prática moralmente inaceitável. Modernização, civilização, harmonia e desenvolvimento têm sido explicados dessa maneira. É bem verdade que os Estados Unidos, em competição com as potências europeias, sempre desempenharam um papel anticolonialista, mas, quando se trata da prática de privar países estrangeiros de sua soberania, a diferença não é assim tão óbvia, pois há compartilhamento de boa parte da retórica e da utilização de dois pesos e duas medidas. Por exemplo, o Haiti nunca foi "colonizado" pelo governo norte-americano, mas foi ocupado por mais de vinte anos, durante os quais a segregação racial e o trabalho forçado foram reintroduzidos, trabalhadores insurgentes foram mortos aos milhares e houve, inclusive, a suspensão dos salários do presidente e de ministros enquanto eles não concordaram em transformar o Banco Nacional em uma subsidiária do New York City Bank³. Uma advertência aos governos do Afeganistão e do Iraque!

Portanto, enquanto o fundamental no Iraque é a recolonização, a forma de ideologia é mais criativa, começando com a deslegitimação intelectual das razões óbvias para a guerra. "Tudo gira em torno do petróleo" é algo que ninguém pode afirmar em

² Eduardo Galeano, *op. cit.*, p. 107.

³ Eduardo Galeano, *op. cit.*, p. 108.

círculos intelectuais sofisticados se não quiser ser tachado de demagogo simplório. A revolta contra a estratégia justifica o título desta seção. Descobre-se então uma variedade de formas pelas quais a guerra, apesar de seus horrores e de sua natureza intrinsecamente não civilizada, é orgulhosamente apresentada como uma espécie de exposição de tecnologias. Além do mais, a recente formulação do “estado de exceção” permite que um grau de horror ainda maior seja rotulado de “maçã mais podre” de um mecanismo que, de outro modo, é funcional e, em última análise, eficiente. A tortura espetacular – e objeto de espetacularização – que foi praticada contra os prisioneiros iraquianos é apresentada como exceção, como forma de exorcismo e de transformação do assassinato de milhares de civis inocentes em algo relativamente “respeitável” (segundo estimativas conservadoras, cerca de 900 mil baixas civis diretas – inclusive aqueles mortos por esquadrões da morte, carros-bomba etc. – resultaram da Guerra do Iraque desde março de 2006)⁴. Portanto, a exposição pública do escândalo das torturas pela mídia corporativa estimula, de modo paradoxal, a ideia de uma atividade de outro modo benéfica na área. Os sábios repetem o absurdo de que a tortura é uma iniquidade, mas que, apesar de sua natureza homicida, sua utilização na “guerra em nome da democracia e do Estado de Direito” não compartilha o mesmo grau de imoralidade. A prova oferecida é o “processo constitucional” e o referendo sobre a Constituição é intrinsecamente melhor do que o regime de Saddam. O escárnio de um julgamento organizado pelas forças de ocupação contraria qualquer noção básica do devido processo legal, e a subsequente execução de Saddam Hussein e de seus principais assessores acrescenta

⁴ Ver Institute for Policy Studies and Foreign Policy in Focus, *A Failed “Transition”: The Mounting Costs of the Iraq War*, disponível em www.fpiif.org/papers/049iraqtrans.html.

uma trágica nota de ironia ao papel da propaganda jurídica utilizada no Iraque.

Nos dias que se seguiram aos ataques de 11 de setembro, os americanos aliaram-se patrioticamente aos planos do presidente Bush de retaliação militar e a sua exortação para que aumentassem seus níveis de consumo por razões patrióticas. Contudo, poucos meses depois, na esteira da Enron, WorldCom e outros escândalos empresariais – que por fim levaram a certa perda de fé na natureza benigna do capitalismo empresarial –, muitos norte-americanos começaram a questionar se a retaliação era positiva para a segurança do país ou se era usada para acobertar objetivos diferentes. A pilhagem de petróleo passou a fazer parte dessas indagações.

De início, os olhares se voltaram para uma empresa petrolífera californiana, crucial para a construção de um grande oleoduto na região do Mar Cáspio – a Union Oil Company of California, Unocal –, cuja oferta fora anteriormente rejeitada pelo governo afegão em favor de concorrentes europeus. Esse oleoduto levaria petróleo do Mar Cáspio ao Mar de Omã, atravessando o Turcomenistão, o Afeganistão e o Paquistão. A Unocal foi recolocada rapidamente depois do 11 de setembro, ilustrando a estreita ligação entre interesses comerciais e a intervenção estrangeira dos Estados Unidos. Para estudiosos como Michael Klare⁵, essa ligação entre negócios e política externa norte-americana era uma causa de transformações políticas – naquele momento, o acesso a recursos como petróleo e gás passou a ser considerado um aspecto fundamental da segurança dos Estados Unidos. Na verdade, tratava-se do ressurgimento de um velho modelo. O atual presidente do Afeganistão,

⁵ M. Klare, *Resource Wars: The New Landscape of Global Conflict*, Nova York: Holt, 2002.

escolhido pela administração norte-americana e “democraticamente eleito” em outubro de 2004, havia trabalhado para a Unocal.

Desde o século XIX, as empresas petrolíferas existem para extrair petróleo e transportá-lo a um lugar onde possa ser vendido com lucro. Nossa preocupação tem a ver com a utilização de dinheiro público para sustentar os lucros da indústria petroleira, por meio de subsídios diretos, estimados em 11,9 bilhões de dólares por ano, e de subsídios indiretos, estimados em 36,2 bilhões de dólares por ano, para a defesa militar de regiões ricas em petróleo que vão do Golfo Pérsico à Colômbia. Governo e empreendimento comerciais estão interligados em uma política de consumo. Os Estados Unidos representam 4,5 por cento da população mundial, ao mesmo tempo em que consomem 25 por cento do petróleo existente. Até pouco tempo, quando entraram em cena países de maiores dimensões, como a Índia e a China, o palco era ocidental. O petróleo era o símbolo do progresso e a produção e o desenvolvimento dos recursos energéticos, o meio de fortalecer a superioridade ocidental, tendo como suporte mais de 700 bases militares norte-americanas em cerca de 130 países do mundo.

Embora as sociedades industriais sempre tenham dependido muito do petróleo e do gás e a produção de petróleo claramente alimente a degradação ambiental, coloca-se agora uma ameaça específica ao planeta: o “aquecimento global”. O quadro se complica ainda mais porque, no passado, a segurança nacional era mantida por meio de sistemas de alianças abrangentes. Hoje, o poder dos Estados Unidos é associado a um poderoso efetivo militar e ao unilateralismo, o que invariavelmente leva à proliferação daquilo que se tem descrito como *guerra por recursos*⁶. A segu-

rança econômica, e não política, é o que leva à proteção de recursos por Estados industrializados de olho na pilhagem. Os pesquisadores do Banco Mundial descobriram que países com “recursos potáveis” significativos “sofrem quatro vezes mais risco de enfrentar guerras do que um país com produtos primários”⁷.

Às vezes, as emoções por trás desses “recursos potáveis” desmascaram toda uma conversa sobre segurança e patriotismo. A rainha Noor, da Jordânia⁸, relata um encontro entre o rei Hussein e o presidente George H. W. Bush em Kennebunkport, no Maine, quando Bush expressou o direito dos “povos civilizados” a apropriar-se do petróleo. Falando sobre Saddam Hussein, ele disse: “Não permitirei que esse ditadorzinho controle 25 por cento do petróleo do mundo civilizado.” Sem dúvida, para os árabes, as palavras-chave são, nesse caso, “mundo civilizado”, um rótulo cuja linhagem colonial remonta a um passado muito distante. Sob tais circunstâncias, para os norte-americanos as considerações de segurança nacional sempre prevalecerão sobre os acordos negociados, que poderiam ser interpretados como renúncia a interesses nacionais cruciais. Quando a economia domina os conflitos políticos ou ideológicos, a incidência de guerras unilaterais certamente se torna maior. Basta pensarmos nos ataques norte-americanos ao Afeganistão e nas duas guerras contra o Iraque a partir de 1991.

Afirma-se que a ligação direta entre petróleo e política militarista teve início com a transição do carvão para o petróleo nos navios ingleses na Primeira Guerra Mundial e como resultado dos veículos de combate movidos a gasolina, também usados para

⁶ M. Klare, *Blood and Oil: The Dangers and Consequences of America's Flowing Petroleum Dependency*, Nova York: Metropolitan Books and Holt, 2004.

⁷ Paul Collier & Anke Hoëfller, “Justice-seeking and loot-seeking in war”, texto inédito, Banco Mundial, 17 de fevereiro de 1999, p. 15.

⁸ Rainha Noor, *Leap of Faith: Memoirs of an Unexpected Life*, Nova York: Miramax Books, 2003.

manobras de reconhecimento e logística. O petróleo como necessidade vital para o combate, que, depois do chamado “embargo árabe ao petróleo” de 1973-74, deu mais impulso ainda à ideia de usar a força para proteger fontes vitais de suprimento de petróleo em tempos de paz. A associação entre lucro e poder converteu-se no complexo industrial-militar mencionado pelo presidente Eisenhower em seu discurso de despedida. A ascensão da presidência imperial e do Pentágono, bem como o advento do Estado guerreiro, significaram que política e economia haviam se transformado em uma coisa só.

Os norte-americanos foram divididos pelo petróleo – sua superabundância e sua suposta escassez –, bem como pelo poder sobre as fontes da China, Índia e Japão. A contestação ao uso contínuo de fundos públicos para financiar e fomentar a indústria do petróleo e do gás conduz o debate a um uso mais racional dos dólares dos contribuintes, a uma transição dos combustíveis fósseis para fontes de energia renovável e mais limpa. Outros defendem o consumo desenfreado de gasolina como algo patriótico, e os proprietários de utilitários esportivos se viram no fogo cruzado de argumentos e demonstrações entre os defensores e opositores da Guerra do Iraque.

Como os executivos do setor petrolífero e os diretores gerais de empresas e organizações acham-se tão profundamente integrados na administração Bush, a alguns pode parecer que, sob George W. Bush, a busca por petróleo é um dos fundamentos da política externa. Não é preciso dizer que isso não começou com Bush. Com Clinton, tivemos o Plano Colômbia, aparentemente para proteger o oleoduto Caño Limón, um duto que transporta petróleo colombiano até a costa caribenha para a Occidental Petroleum, empresa com sede em Los Angeles, e outras companhias. Uma vez mais, a lição é clara: a extração transnacional de recursos naturais

do Terceiro Mundo promove não a estabilidade econômica ou política, mas a violência e a ilegalidade. Para ninguém isso fica tão claro quanto para os povos indígenas.

A resistência indígena à extração de petróleo na Colômbia oferece um claro exemplo. O líder indígena do povo *u'wa*, Roberto Perez, afirma sem meias palavras:

Eles dizem que você não pode se opor à exploração do petróleo. É um modo ocidental de pensar [...], e as empresas transnacionais que eles nos impõem em nosso próprio território, mas o desenvolvimento por eles mencionado não trará benefícios aos camponeses, mas sim aos setores públicos. Os únicos beneficiados são alguns grupos que detêm o poder econômico [...]. Se o povo colombiano tivesse sido beneficiado, não estaríamos presenciando a injustiça social em que vivemos na Colômbia [...]. Esses irmãos indígenas cometem um erro ao negociar, pois o governo nunca cumpre suas promessas. Reunimo-nos com membros do governo em duas ocasiões, mas, enquanto expunhamos nossos pontos de vista, eles davam às empresas a permissão para prosseguirem com suas atividades de exploração do petróleo.⁹

As mesmas reclamações aparecem no Peru, México e Equador. No Peru: “Em meio ao processo de proteger nossos direitos [...], 12 mil quilômetros quadrados de Madre de Dios foram entregues à Mobil, Exxon e Elf para exploração de petróleo.” E no México: “Vinte anos atrás, a Pemex chegou e invadiu nossas terras [...]. Chegamos antes da Pemex. Nossos documentos o comprovam.”

⁹ Rainforest Action Network, *Drilling to the Ends of the Earth: Voices from the Old Frontier*, San Francisco: Rain Forest Action Network, 1998, p. 20. Patricia Urteaga-Crovetto, *Identities and Hydrocarbons: Territorial Claims in the Southwestern Peruvian Amazon*, tese de doutorado, Berkeley, CA: University of California, 2005. Suzanne Sawyer, *Crude Chronicles – Indigenous Politics, Multinational Oil, and Neoliberalism in Ecuador*, Durham, NC: Duke University Press, 2004.

E no Equador: "Já sabemos o que está acontecendo com nosso território [...]. Não precisamos que nenhuma empresa nos informe a respeito. Ao contrário, somos nós que precisamos dizer a vocês o que está se passando."¹⁰

A Venezuela é o terceiro maior fornecedor de petróleo aos Estados Unidos e, juntamente com a Colômbia e o Equador, fornece mais petróleo ao país do que o próprio Golfo Pérsico. Todavia, as guerras ocorrem no Oriente Médio. Pelo menos até o momento, uma tentativa de golpe, e não uma guerra, esteve na linha de frente das relações com o presidente Chávez. No "triângulo estratégico" – do Golfo Pérsico, no Ocidente, ao Mar Cáspio, no Norte, e ao Mar do Sul da China, no Oriente – encontram-se as maiores concentrações de petróleo do mundo, cujo controle no futuro é ainda mais crucial do que sua extração no presente. O próprio Golfo Pérsico possui aproximadamente 65 por cento das reservas petrolíferas mundiais de que se tem conhecimento. Com todas as dificuldades que envolvem as atividades política e comercial, não surpreende que a Guerra do Iraque ocupe uma posição central e, apesar da satisfação decorrente da bárbara execução do presidente Saddam Hussein, o fim disso tudo não se encontre à vista.

A crença da administração Bush de que o petróleo importado é uma ameaça à segurança nacional é alimentada pela Independent Petroleum Association of America, Ipa, com afirmações como: "Nossa economia está nas mãos de governantes estrangeiros" (*La Zeaby*, 2000) e "Saddam Hussein continua sendo o regulador de mercado, capaz de manter os mercados petrolíferos mundiais como reféns" (*Oil Online*, 29 de março de 2000). Isso foi antes da invasão do Iraque pelos Estados Unidos em 2003. Desde a invasão, houve propostas e prognósticos. Um ex-executivo da

Chevron Corporation (*E. C. Chow*, 2003) não admite a espera pelo momento de financiar os megaprojetos de extração de petróleo no Iraque, na expectativa das rendas petrolíferas que daí podem advir. Ele prefere que as empresas petrolíferas internacionais invistam na exploração de novos campos e na construção de novas instalações. Contudo, conclui seus argumentos com uma observação impressionante: um investimento desse tipo só seria viável se houvesse um sistema político estável (e amigável?) no Iraque, um sistema político que respeitasse o *Estado de Direito*! Porém, como bem observa Tariq Ali, a história ensina: "A força, e não o Direito, é o que sempre determinou as relações entre o Ocidente e o mundo árabe. E a imposição de novas leis e tratados sempre teve por fundamento o uso da força ou a ameaça de sua aplicação"¹¹. Neste caso, os eventos passados constituem o melhor indicador do que está por vir.

O interesse ocidental pelos recursos petrolíferos do Oriente Médio começaram nos primórdios do século XX. A Anglo-Persian Oil Company já vinha extraindo petróleo do Irã antes da Primeira Guerra Mundial. No começo da Segunda Guerra, o Iraque também era um dos maiores exportadores, com concessões feitas à Turkish Petroleum Company (posteriormente Iraq Petroleum Company). O conhecimento do petróleo do Oriente Médio inspirou as potências ocidentais a ajudar a configurar a região. Na fase inicial da produção, as empresas estrangeiras privadas aproveitaram-se do poder absoluto das famílias dominantes para obter acordos de concessão que terminaram por resultar em um equilíbrio desigual de poder financeiro e político. As concessões incluíam direitos de exploração, produção, refino e exportação em grandes áreas e por longos períodos, sujeitas ao pagamento de

¹⁰ *Id.*

¹¹ Tariq Ali, *Bush in Babylon: The Recolonization of Iraq*, Londres: Verso, 2003, p. 134.

royalties irrisórios aos governos hospedeiros, e o fornecimento de quantidades limitadas de petróleo para seu próprio uso¹². Todas as cartas estavam nas mãos das maiores empresas petrolíferas. Yosuf Sayigh, importante economista árabe e especialista em petróleo, observa que o peso combinado de todos esses componentes de dominação deu às empresas o poder de colonizar, intimidar e influenciar o funcionamento dos governos árabes no Golfo, uma situação que, em grande parte, permaneceu inalterada até meados da década de 1950 – cerca de trinta anos após a assinatura do primeiro acordo.

Na década de 1950, com o despertar do movimento nacionalista pan-arabista, houve pressões no sentido de que os países produtores tivessem reconhecidos seus direitos de verdadeiros proprietários dos recursos petrolíferos, cabendo-lhes também, portanto, o direito de receber uma maior receita bruta. Depois da fundação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo, Opep, nos anos 1960, houve uma nova contestação da supremacia das grandes empresas petrolíferas, o que levou a um período de confrontos, principalmente entre o Iraque e as empresas petrolíferas. Em 1972, a Iraq Petroleum Company foi nacionalizada, e pouco depois seguiu-se a nacionalização do petróleo na Líbia e na Argélia. Os árabes viam a luta travada pelas empresas petrolíferas e seus governos como prova da voraz exploração de recursos pertencentes ao Oriente Médio e, a partir de 1973, o Ocidente começou a dedicar uma atenção cada vez maior ao petróleo médio-oriental em relação às necessidades ocidentais. Não é preciso dizer que o uso árabe do petróleo como arma na Guerra Árabe-Israelense de 1973

¹² Gerard Butt, "Oil and Gas in the UAE," em *United Arab Emirates: A New Perspective* (Peter Hellyer, Ibrahim Al-Abed, orgs.), UAE: Trident Press, pp. 231-48. Também Rashid Khalidi, *Western Footprints and America's Perilous Path in the Middle East*, Boston: Beacon Press, 2004.

terminou em fracasso, deixando o povo árabe sem poder revolucionário e igualmente privado de qualquer distribuição apropriada das riquezas geradas pelo petróleo. No Golfo, os interesses das elites dominantes voltavam-se preferencialmente para o mundo ocidental. A década que se seguiu a 1973 testemunhou a voracidade das companhias ocidentais por contratos lucrativos. Como de costume, a pilhagem estrangeira contava com os préstimos das elites locais.

O motivo oficial para os Estados Unidos declararem guerra ao Iraque em 2003 foi a eliminação das armas iraquianas de destruição em massa. Ao não se encontrar nenhuma delas, a justificativa para a guerra passou a ser a necessidade de pôr fim à ditadura de Saddam Hussein para levar a democracia e o Estado de Direito ao país e à região. Na linguagem de duplo sentido, agressão transforma-se em libertação, uma tática comum ao velho estilo do colonialismo europeu¹³. Atualmente, os cálculos são transparentes. A privatização dos poços de petróleo iraquianos ajudaria a enfraquecer a Opep. Estão em andamento os planos para impor a privatização do petróleo iraquiano graças a um governo pró-americano fantoche, em Bagdá, o que é apresentado ao mundo como um processo constitucional bem-sucedido. A instalação de um regime fantoche em Bagdá pode, porém, ser mais difícil do que em Cabul, mas os fundamentos do Estado de Direito já foram preparados pelos decretos de Paul Bremer, que totalizam cerca de quinhentas páginas. Algumas dessas leis, cujo espírito rege a legislação autônoma subsequente, são de grande importância para o processo por meio do qual se legaliza a pilhagem.

¹³ Para uma comparação com Napoleão, ver Al-Jabarti, *Al-Jabarti's Chronicles of the First Seven Months of the French Occupation of Egypt, June-December 1798* (trad. inglesa de S. Moreh), Leiden, Holanda: E. J. Brill, 1975.

A invasão política e econômica e, agora, a ocupação do Iraque pelos militares e por empresas norte-americanas, com o pleno apoio da administração Bush, viabiliza-se em forma de cem decretos impostos por Paul Bremer, chefe da hoje extinta Autoridade Provisória da Coligação antes da "retirada que não houve"¹⁴. Os decretos de Bremer davam preferência às empresas norte-americanas no desenvolvimento da economia iraquiana, que pretendia transformar o país de uma economia de planejamento central em uma economia de mercado. Para nossos objetivos aqui, é importante notar que o Decreto 39 não se constrange em afirmar abertamente esse objetivo: determinações econômicas que buscam estabelecer a estrutura jurídica fundamental para o funcionamento de uma economia de mercado, com reformas nas áreas de "reforma fiscal, reforma do setor financeiro, comercial e jurídico", além de mudanças nos modelos de regulamentação e privatização.

Uma amostra de alguns dos decretos mais importantes pode começar com o número 39, que permitiu a privatização de todas as empresas públicas iraquianas, a posse de 100 por cento dos negócios iraquianos por empresários estrangeiros, o "tratamento nacional" de empresas estrangeiras, a irrestrita remessa não tributada de todos os lucros e outros fundos e licenças de propriedade com validade de quarenta anos. O Decreto 40 transfere o setor bancário do sistema estatal para o de mercado, permitindo que bancos estrangeiros comprem até 50 por cento dos bancos iraquianos. O Decreto 17 dá aos empreiteiros total imunidade contra as leis iraquianas. As partes lesadas devem instaurar processo nos tribunais dos Estados Unidos, sob as leis do país, como na época do Tribunal Norte-Americano para o Distrito da

¹⁴ Antonia Juhasz, "Foreign policy in focus", *FPIF Policy Report*, julho de 2004. Ver também A. Juhasz, "Whose oil is it, anyway?", *New York Times*, 13 de março de 2007.

China* ou de acordos semelhantes no Egito colonizado. Em termos corriqueiros, os decretos de Bremer negam ao Iraque a capacidade de dar preferência às empresas ou aos trabalhadores iraquianos na reconstrução. De fato, as empresas iraquianas estatais estão proibidas de participar de licitações. Permite-se que produtores estrangeiros inuntem o mercado iraquiano, o que forçou os produtores locais a abandonar suas atividades comerciais. No que diz respeito ao petróleo iraquiano, um decreto emanado do Poder Executivo dos Estados Unidos, de número 13.303, de maio de 2003, posteriormente reafirmado, revogava a proteção ambiental para o vazamento de petróleo e outros desastres ecológicos, assegurando imunidade geral às empresas norte-americanas que adquirem a posse ou o controle de petróleo ou produtos iraquianos.

Os decretos de Bremer eram ilegais, de acordo com o Direito internacional, porque violavam os regulamentos de Haia de 1907 (equivalentes àqueles das convenções de Genebra de 1949, ambas ratificadas pelos Estados Unidos). Para o Direito internacional, uma nação ocupante não pode moldar uma sociedade derrotada à sua própria semelhança. E, como se tudo isso não bastasse, sabe-se que nenhuma lei ou decreto presidencial conferiu tal autoridade a Bremer, que foi pessoalmente indicado pelo presidente Bush. Em seguida, o secretário-geral da ONU, Kofi Annan, resumiu a situação (21 de setembro de 2004) com um ataque surpreendentemente enérgico à decisão norte-americana de ir à guerra sem a aprovação da ONU: "Aqueles que procuram conferir legitimidade devem, eles próprios, incorporá-la, e os que invocam o Direito internacional devem, eles também, submeter-se a ele. [...] Precisamos partir do princípio de que ninguém está acima da lei

* Corte do Poder Judiciário americano que funcionou de 1906 a 1943 com competência para julgar civil e criminalmente os americanos residentes na China, nas Filipinas e na ilha de Guam. (N. do R. T.)

e de que a ninguém se deve negar sua proteção.”¹⁵ Não obstante, por volta de fevereiro de 2007, uma comissão de ministros iraquianos aprovou um projeto de lei que mudaria o equilíbrio de poder da administração do petróleo e do gás do país, transferindo-o do governo central para as diferentes regiões. Também incluiria acordos de partilha de produção com empresas petrolíferas internacionais, vistos por alguns como essencialmente privatizadores, uma mudança radical na produção petrolífera do setor público iraquiano. Segundo Rashid Khalidi, esse projeto de lei “inverte tudo que aconteceu no Oriente Médio desde 1901”¹⁶.

De novo, a continuidade com relação ao modelo de Direito colonial é surpreendente: “Em sua maior parte, a história jurídica do contato indígena/colonial descreve este modelo: em seu nível mais simples, os povos indígenas têm suas terras tomadas pelo direito colonial [...] e são vítimas de todo tipo de violência jurídica, fraude e roubo.”¹⁷ Não obstante, o Estado de Direito é hoje considerado por muitos um legado civilizador do colonialismo¹⁸, apesar do fato de um texto muito admirado, a *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, que proíbe expressamente a violação dos direitos indígenas, estar em vigor na época em que somente

¹⁵ Kofi Annan, *British Columbia News*, 21 de setembro de 2004.

¹⁶ David R. Francis, “Why Iraq’s new oil law won’t last”, *Christian Science Monitor*, 5 de março de 2007.

¹⁷ Sydney Harring, *White Man’s Law: Native People in Nineteenth Century Canadian Jurisprudence*, Toronto: University of Toronto Press, 1998, p. 10. A propósito das primeiras nações no Canadá, o mesmo autor vai direto aos fatos: “Para ser bem claro, o Direito canadense é com frequência ilegal. Há, por exemplo, uma extensa bibliografia sobre a interpretação jurídica da linguagem dos tratados, e nela se requer que essa linguagem seja interpretada a favor das tribos [...] as primeiras nações. A história jurídica está cheia de exemplos de ilegalidade no tratamento dispensado pelo Canadá a seus povos indígenas” (*ibid.*, p. 275).

¹⁸ W. J. Mommsen & J. A. De Moor (orgs.), *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in the 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford: Berg Press, 1992.

no Cerro Rico de Potosí imaginava-se haver cerca de 8 milhões de mineiros indígenas “protegidos” pelas leis. Em 1685, o arcebispo Linan y Cysneros negou o genocídio, explorando a ligação ideológica entre liberdade e Estado de Direito como justificativa para a pilhagem: “A verdade é que eles se escondem para não pagar tributos, abusando da liberdade de que desfrutam e que jamais lhes foi concedida pelos incas”¹⁹. Essa é a mesma liberdade jurídica que, segundo a opinião dominante, os iraquianos nunca tiveram com Saddam, ainda que no país houvesse liberdade de ensino e assistência médica.

A nova ordem mundial da pilhagem

Convém dizer algumas palavras sobre a ordem política global instaurada após o fim da Guerra Fria, o pano de fundo da pilhagem atual. Com o “inimigo número um” derrotado, tornou-se evidente, quase de imediato, que o socialismo não era a única alternativa radicalmente incompatível com os contextos institucionais ocidentais. Apesar das tentativas coloniais, o Islã nunca foi eliminado como concepção fundamentalmente diferente da sociedade, do desenvolvimento e da moral. Portanto, o fim dos confrontos associados à Guerra Fria abriu uma caixa de Pandora de tensões que a descolonização havia reprimido apenas de modo superficial. Uma vez mais, a política externa norte-americana não precisou passar por grandes mudanças. Sua presença tecnológica²⁰ ainda era necessária aos seus aliados europeus, cujo cenário político

¹⁹ Citado em Eduardo Galeano, *op. cit.*, p. 39.

²⁰ Essa estrutura mental é refletida por paradigmas “realistas” no Direito internacional. Para um aprofundamento da questão, ver Richard Falk, “Re-framing the legal agenda of world order in the course of a turbulent century”, em *Transnational Legal Processes* (Michael Likosky, org.), Nova York: Cambridge University Press, 2002, disponível em <http://www.wws.princeton.edu/~rfalk/papers/in>.

interno voltava-se aos poucos para a direita²¹. Nos primeiros anos da década de 1990, os socialistas foram derrotados na França, Itália, Espanha e Grécia. Nos países escandinavos, a experiência social-democrata, justificada como o foi pelas situações de confronto inerentes à Guerra Fria, viu-se diante de uma tremenda e talvez irreversível crise. Na Rússia, os comunistas foram literalmente forçados a aceitar um confronto eleitoral espetacular, no qual eles não teriam como adquirir as aptidões técnicas e o auxílio internacional com os quais seus opositores podiam contar²². Os conceitos de "terceira via" ou "novo trabalhismo" foram criados quando o panorama político europeu passou a apresentar grandes afinidades com seu equivalente norte-americano. Nos Estados Unidos, pelo menos em comparação com a "grande sociedade" da década de 1960, eliminou-se o diferencial de representação de classes entre os democratas e os republicanos.

O presidente Clinton e o primeiro-ministro Blair tornaram-se ícones do *establishment* político, e a longa duração da revolução conservadora Reagan/Thatcher foi muito além da plataforma política dos *tories* e republicanos que lhe deram origem. Uma cultura de exclusão e arrogância começou a caracterizar a política interna e externa ocidental praticada nos Estados Unidos e, seguindo sua liderança, também na Europa²³. Como afirmou um analista africano:

²¹ Ver J. Gray, "The passing of social democracy", em *The Global Transformations Reader* (David Held & Anthony McGrew, orgs.), Cambridge, UK: Polity Press, 2000, p. 328.

²² Consultores internacionais reagiram às chances de vitória de Ziuganov, o candidato comunista, com a criação de um líder nacionalista, o general Lebed.

²³ Ver L. Bosniak, "Critical reflections on 'citizenship' as a progressive aspiration", em *Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities*, Part V, Oxford: Oxford University Press, 2002. Ver também C. Joppke, "Sovereignty and citizenship in a world of migration", em M. Likosky (org.), *Transnational Legal Processes*, Nova York: Cambridge University Press, 2002, disponível em <http://www.wws.princeton.edu/~rfalk/papers/in>.

O Muro de Berlim caiu. O imperialismo aproveitou a onda triunfal para reabilitar-se. Douglas Hurd, à época secretário de Relações Exteriores da Inglaterra, soltou um suspiro de alívio: "Aos poucos, vamos deixando para trás um período da história em que o Ocidente não podia expressar um interesse legítimo pelos países em desenvolvimento sem que o acusassem de neocolonialismo."²⁴

No começo do novo milênio, a Rússia parecia ter se transformado de inimigo em cúmplice fundamentalmente maleável, interconectado em termos econômicos e só eventualmente relutante, com o presidente Putin compartilhando o interesse pela nova onda de opressão do mundo islâmico inaugurada pela nova administração dos Estados Unidos. De forma gradual e dramática, a Otan mudou sua natureza. Em 2002, uma reunião de cúpula com o presidente Putin estabeleceu as bases de uma nova aliança estratégica e beligerante para uma maior expansão do mercado livre global. Os líderes da Otan e seu ex-inimigo agora compartilham um "inimigo" comum, criando um vínculo que talvez seja mais forte do que as eventuais divergências políticas internacionais. A noção de atividade terrorista fundamentalista, de origem islâmica, exemplificada pela resistência chechena e palestina, justificou a "guerra contra o terror", que até o momento foi empreendida contra o Afeganistão e o Iraque, e por procuração etíope na Somália, além das ameaças ao Irã, ao Sudão, à Síria, ao Iêmen e à Coreia do Norte. Os ataques da Otan à Bósnia, a primeira Guerra do Golfo ("Tempestade do Deserto"), a missão norte-americana na Somália

²⁴ Issa G. Shivji, "Law's empire and the empire of lawlessness: beyond the Anglo-American law", *Law, Social Justice and Global Development* (revista eletrônica de Direito), 2003: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2003-1/shivji/shivji.vjiz.rtf>.

("Restaurar a Esperança"), o Afeganistão ("Liberdade Dura-doura") e a segunda Guerra do Iraque, o bombardeio israelense do Líbano em 2006 e a guerra por procuração contra a Somália são os exemplos mais visíveis nos quais a *Pax Americana* posterior à Guerra Fria teve oportunidade de comprovar sua força. Milhares de inocentes foram mortos enquanto a opinião pública e a propaganda da mídia se concentravam no restabelecimento dos direitos humanos internacionais, na libertação da tirania e na retomada do Estado de Direito, que supostamente seriam garantidos pelos bombardeios²⁵. Alguns juristas internacionais definiram por fim ações como os ataques da Otan à Bósnia, apoiados por vários governos de esquerda, como ilegais²⁶. No governo Clinton, a trágica aventura somali que culminou com o abate de dois helicópteros *Black Hawk* foi esquecida, e os somalis voltam a ter negadas sua paz e sua autodeterminação. Se a administração Clinton corria atrás de uma legitimidade internacional de fachada, a política isolacionista e unilateralista da administração Bush daria visibilidade plena a essa imagem. O Direito internacional, que outrora era pelo menos invocado e aceito sempre que capaz de servir ao interesse de um poder hegemônico ainda em busca de algum consenso, vê-se na época atual abertamente ignorado e desprezado pela única potência imperial do mundo e seus ideólogos neoconservadores, apesar do ressurgimento de uma resistência débil e quase

²⁵ Ver S. D. Murphy, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order*, Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 1996.

²⁶ Apesar do fato de a ilegalidade ser a regra e não a exceção, devido a sua linguagem lacônica a Carta das Nações Unidas que condena as guerras de agressão sempre foi considerada utópica e irrealista. Como exemplos de literatura utópica, ver M. Mills & J. Real, *The Abolition of War*, Nova York: Macmillan, 1963; G. Clark & L. B. Sohn, *World Peace Through World Law: Two Alternative Plans*, 3ª ed., Cambridge, MA: Harvard University Press, 1966; Richard Falk, *A Study of Future Worlds*, Nova York: Free Press, 1975.

sempre hipócrita por parte dos democratas no Congresso norte-americano²⁷.

Na verdade, a atitude dos Estados Unidos com relação ao Direito internacional já é hipócrita há muito tempo. Por exemplo, em um retrospecto das relações entre a atividade judicial da Suprema Corte e a política externa do governo, no século XIX, "a Corte mencionou reiteradamente o Direito internacional como uma força legitimadora do governo dos Estados Unidos, mas não o reconheceu como fonte de repressão"²⁸. A hipocrisia é melhor do que o isolacionismo explícito e despudorado, em conluio com a brutalidade unilateral nas relações internacionais. Por exemplo, o papel desse país na organização de golpes fascistas contra líderes legítimos de países latino-americanos, do assassinato de Augusto Cesar Sandino, na Nicarágua (1934) ao golpe de Fulgencio Batista em Cuba (1952), passando pela eliminação espetacular dos presidentes Jacobo Arbenz Guzmán, da Guatemala (1954), e Salvador Allende, do Chile (1973), bem como pelo golpe muito recente, e pouco noticiado, contra o presidente Jean-Bertrand Aristide, do Haiti, e pela tentativa de golpe contra o presidente Hugo Chávez, da Venezuela, é acompanhado por certa política de desmentidos. Conquanto hipócritas e muito pouco dignos de crédito, esses desmentidos são preferíveis às plataformas políticas claramente favoráveis a essas ações ilegais e imorais. Ainda que possamos considerar hipócrita a recente onda de casos em que diversos réus fascistas da América Latina foram levados à Justiça norte-

²⁷ Ver J. Goldsmith & R. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005. Um texto crítico de grande perspicácia pode ser encontrado em P. Schiff-Berman, resenha de livro, *Texas Law Review* 84, p. 1265.

²⁸ Ver S. H. Cleveland, "Bowers inherent in sovereignty: Indians, aliens, territories and the nineteenth century origins of the plenary power over foreign affairs", *Texas Law Review* 81, 2002, p. 1.

-americana em nome do Direito internacional, continuamos preferindo a hipocrisia à impunidade absoluta.

Nessa perspectiva, a segunda guerra contra o Iraque – conquanto apenas confirme o efeito funesto da anterior, sobretudo sobre as crianças iraquianas, das “sanções legais internacionais” da administração Clinton e ignore por completo a firme oposição da ONU – constitui uma escalada inequívoca de arrogância imperial. Agora vemos o uso abertamente opressivo do Estado de Direito. Sem dúvida, as noções clássicas de Direito internacional, como a inviolabilidade das fronteiras, podiam ser usadas para justificar a primeira Guerra do Iraque, mas as noções de intervenção humanitária para proteger os direitos humanos tiveram de ser aprimoradas em defesa da ação nos Bálcãs e na Somália. No caso da guerra no Afeganistão, a retórica do Estado de Direito não tinha credibilidade em alguns círculos, de modo que a noção de “mudança de regime” precisou fundamentar-se em um Estado de exceção, como a chamada guerra ao terror ou o medo das armas de destruição de massa²⁹.

Os atos de pilhagem se ocultam por trás da criação de um novo inimigo. Hoje, a exemplo do que ocorria no projeto colonial, a intervenção imperial segue em frente, tomando como alvo países cujo sistema jurídico não lhes permite tornar-se membros efetivos da “família das nações civilizadas”, regidas pelo Direito internacional. Os sistemas visados caracterizam-se por uma concepção de legalidade “radicalmente distinta”, tanto hoje quanto no período colonial, descrita como *falta do Estado de Direito: o orientalismo ocidental*³⁰. Todas essas intervenções têm por alvo

²⁹ Ver, neste mesmo capítulo, a discussão das ordens de Paul Bremer.

³⁰ Para uma taxonomia dos sistemas jurídicos baseados na distinção entre predomínio do Direito profissional, predomínio do Direito político e predomínio do Direito tradicional, ver Ugo Mattei, “Three patterns of law: taxonomy and change in the world’s legal systems”, *American Journal of Comparative Law* 45, 1997, p. 5.

sociedades nas quais a concepção ocidental do Estado de Direito não existe ou só existe de modo superficial. São sociedades em que a democracia e o Estado de Direito, como produtos da civilização/colonização ocidentais, são profundamente estranhos às condições locais, além de mal vistos como uma dispendiosa, absurda e inútil reverência às exigências simbólicas do imperialismo. O Direito islâmico, por outro lado, foi capaz de reivindicar legitimidade por meio dos circuitos de legitimação típicos de sociedades não ocidentais³¹. A esse respeito, alguns aspectos descritivos podem ser úteis.

A Somália e o Afeganistão têm muito em comum, além de sua proximidade estratégica com o petróleo. São duas sociedades tradicionalmente descentralizadas. Ambas entraram em contato com o Islã há muito tempo. Ambas elaboraram, ao longo dos séculos, interpretações locais do Direito islâmico, para adaptá-lo a um Direito consuetudinário muito antigo e tradicional, além de extremamente descentralizado. As duas sociedades foram de maneira drástica atingidas pela colonização e pelos confrontos da Guerra Fria, e ambas passaram por um processo mais recente de total imersão no Islã, de maneiras mais radicais. Cada país encontra-se internamente dividido em grupos étnicos, mas, ao mesmo tempo, ambos criaram identidades nacionais fortes e agressivamente independentes. Nenhum deles valoriza noções de legitimidade com base no governo da maioria. Ao contrário, o princípio de unanimidade, típico de sociedades politicamente descentralizadas, e o princípio da guerra como fator de legitimação dos líderes são fatores fortes e irredutíveis da liderança contra a importação de concepções ocidentais de democracia, Estado de Direito

³¹ O Direito islâmico tem se revelado bem-sucedido no fornecimento de “bens públicos” como segurança, beneficência e educação em muitos lugares nos quais a noção ocidental de Estado simplesmente fracassou.

e direitos humanos individuais³². Sua elite jurídica ocidentalizada é tradicionalmente fraca.

Quanto ao Iraque, trata-se de país que convive de forma harmônica com concepções de liderança e legitimidade profundamente arraigadas, baseadas em uma dialética com o Islã que às vezes é objeto de forte contestação. Por ora, cabe-nos apenas observar que, conquanto nos sejam apresentadas como exceções dignas de intervenção, a estrutura de poder e as bases da legitimidade do sistema jurídico desses países ambicionados pelo poderio ocidental constituem, na verdade, a regra. A concepção ocidental de Estado de Direito – dominada por uma retórica corporativa dos meios de comunicação e apresentada como universal – é utilizada, quando muito, como uma estrutura fundamental de governo pelos norte-americanos (301 milhões de pessoas: 4,6 por cento da humanidade) e pelos europeus (455 milhões de pessoas: 7 por cento da humanidade). Mesmo acrescentando o Japão (120 milhões de pessoas: 2,1 por cento da humanidade), ainda assim veremos que a exceção é o Ocidente, e não o resto do mundo. A observação desses dados concretos não configura nenhum excesso de relativismo cultural. Tampouco é alheia às noções ocidentais de igualdade de tratamento perante a lei a reflexão sobre o modo unilateral como o Direito internacional é aplicado³³.

³² Outras comparações podem ser encontradas em Ugo Mattei, "Foreign inspired courts as agencies of peace in troubled societies, a plea for realism and for creativity", *Global Jurist Topic 2* (1), Artigo 2.202, disponível em <http://www.bepress.com/gj/topics/vol2/iss1/art1>. Ver também Anna Simons, "The Somalia trap", *Washington Post*, 15 de agosto de 1993.

³³ Para uma análise crítica dessa atitude, ver Noam Chomsky, *The New Military Humanism: Lessons from Kosovo*, Monroe, ME: Common Courage Press, 1999. Ver também Richard Falk, "Re-framing the legal agenda of world order in the course of a turbulent century", em *Transnational Legal Processes* (Michael Likosky, org.), Nova York: Cambridge University Press, 2002, disponível em <http://www.wws.princeton.edu/~rfalk/papers/in>.

Não só o Iraque: pilhagem, guerra e ideologias jurídicas intervencionistas

Como o Iraque atualmente demonstra, as grandes potências ocidentais estão sempre em busca de estratégias capazes de legitimar a intervenção. A função dessas estratégias consiste em reduzir os custos políticos e militares de intervenção e controle, objetivando, portanto, a transformação do poder em hegemonia mediante a introdução de níveis de aceitação da pilhagem por parte de suas vítimas, tanto interna quanto externamente³⁴. Durante as Cruzadas, uma intensa propaganda deflagrada pelo papa Urbano II representava os árabes como selvagens merecedores de um banho de sangue. Da mesma maneira, práticas como o sacrifício humano foram escolhidas para negar a humanidade dos incas, justificando, assim, a selvageria da pilhagem levada a cabo por Pizarro. Hoje, em um extraordinário padrão de continuidade, a imposição da burca, a circuncisão feminina ou outras alegadas violações aos direitos humanos são usadas para criar a justificativa de mais uma onda de pilhagem ocidental. Essas estratégias discursivas são usadas para abordar as questões morais inerentes à pilhagem. Assim, por exemplo, o saque às moradias palestinas em seguida à "Nakba" ("Catástrofe") de 1948 (que levou à fuga aterrorizada de 750 mil palestinos) não só foi justificado pela aprovação, em Israel, de leis como a Lei das Propriedades de Pessoas Ausentes, como também, em diversas ocasiões, pela prática discursiva de negar o fato de que, na verdade, aquelas mora-

³⁴ Ver William I. Robinson, *Promoting Polyarchy: Globalisation, US Intervention and Hegemony*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996.

dias haviam sido habitadas anteriormente. Foi assim que muitos compradores israelenses, que talvez tenham agido de boa-fé, terminaram aceitando a propriedade de casas roubadas dos palestinos³⁵.

Devido à intervenção para fins de pilhagem, a ordem jurídica internacional formal, com base na territorialidade e na igualdade dos Estados soberanos, que se originou no século XVII (1648) com a Paz de Vestfália, encontra-se em estado de confusão e de desordem³⁶. O lento caminho para a construção de uma legalidade baseada em procedimentos de processo decisório formal, iniciado em San Francisco em 1949 com a fundação da ONU, foi abandonado. A invasão do Iraque pelos Estados Unidos, a carnificina e barbárie que se seguiram e a nova legislação imposta pelo Estado de Direito só podem ser interpretadas como pilhagem intocada pelo Direito internacional ou pelo nacional³⁷. Não obstante, a resistência atualmente ativa no Iraque, Afeganistão, Somália e Palestina contra as forças de ocupação, a ONU, a mídia e até as organizações não governamentais põem em evidência a questão geral da legitimidade de todas as intervenções.

Para ir além da crítica política e adentrar o domínio do necessário e do natural, o intervencionismo ocidental, incapaz de se afirmar pelos meios jurídicos usuais, viu-se forçado a buscar muitas justificativas mais elevadas, como a proteção aos direitos humanos,

³⁵ Ver George E. Bisharat, "Right of return to a Palestinian home", *San Francisco Chronicle* Section D, 18 de maio de 2003; e G. Bisharat, "Land, law and legitimacy in Israel and the Occupied Territories", *American University Law Review* 43, 1994, p. 467.

³⁶ Ver Ugo Mattei, "A theory of imperial law: A study on US hegemony and the Latin resistance", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 10, 2003, p. 383; *Global Jurist Frontiers*, disponível em www.bepress.com. Ver também M. Goodale, "Empires of law, discipline and resistance within the transnational system", em *Social and Legal Studies*, 14(4), 2005, pp. 553-83.

³⁷ Tariq Ali, *op. cit.*, p. 134.

de modo que a pilhagem pudesse ficar, mais uma vez, ao abrigo da discussão e da crítica abertas.

A observação comparativa de uma variedade de contextos jurídicos de países alvo, do ponto de vista da intervenção internacional, permite-nos dar um passo além no entendimento da natureza do Estado de Direito e de sua relação com a pilhagem. A intervenção internacional é uma das mais estaremcedoras iniciativas de uma sociedade imperialista. Como qualquer outra iniciativa política do gênero, leva o Direito a um impasse terrível. Em consequência, a intervenção é um daqueles eventos políticos e sociais dramáticos, como as emergências, a agitação, a revolução ou a guerra, que podem ser percebidos como pressão externa sobre o fenômeno de organização social a que se dá o nome de Direito. Eventos dramáticos atuam sobre o tecido social da mesma maneira que o fazem no mundo físico, onde, por exemplo, a tensão produzida de modo artificial por um acelerador nuclear é capaz de perturbar um equilíbrio estável que tende a ser moderado. Em um meio assim turbulento, o observador pode entender muito melhor a estrutura interna do Direito, identificando aspectos como sua relação com a pilhagem que, em tempos de paz e equilíbrio, não seriam passíveis de observação, ou seriam mais dificilmente observáveis, pelo fato de se encontrarem em estado de latência.

Não obstante, uma característica estrutural latente não se encontra de modo algum ausente. Ao contrário, está presente, silenciosamente ativa e é potencialmente muito perigosa, como uma chama adormecida no interior de um sistema jurídico. O impacto dos acordos de Yalta, que dividiram a influência do mundo entre as potências vitoriosas depois da Segunda Guerra, na ex-Iugoslávia, outro teatro recente da intervenção internacional, pode ser um ótimo exemplo. Os acordos de Yalta, assinados por Churchill, Stalin e Roosevelt em 1944, escondiam uma longa história de ten-

são nos Bálcãs. Contudo, a diminuição da pressão política que se seguiu ao fim da Guerra Fria mostrou que a etnicidade nunca deixou de ser um problema e que, como problema jurídico, estava latente, não resolvido. A atenta observação da estrutura política e jurídica da ex-Iugoslávia revela um padrão oculto de discriminação que incluía cotas de emprego, distribuição desigual de bens públicos e representação desproporcional nos poderes político e judiciário, favorecendo etnias do Norte em detrimento do grande contingente de sérvios mais pobres, o que já ocorria desde a época do general Tito. Esses padrões ocultos e complexos de discriminação, de mistura com as divisões religiosas e étnicas, refletiam-se no Direito da ex-Iugoslávia. As políticas de limpeza étnica, presumivelmente conduzidas pelo governo sérvio durante o desenrolar da guerra civil, podem então ser interpretadas como uma retaliação explosiva a tais discriminações, uma vez posto a descoberto o disfarce contido na caixa de Pandora dos acordos de Yalta. A tensão estava latente, não resolvida, na vigência do modelo original de legalidade social de Tito.

Na então Iugoslávia, a tradicional porta de comunicação entre o Islã e o cristianismo (e entre o cristianismo católico-romano e o ortodoxo) criou sólidas instituições seculares descentralizadas sob o governo do marechal Tito³⁸. A legitimidade nunca se baseou em eleições, mas sim na liderança dentro do partido político. A concepção ocidental de Estado de Direito, disseminada na área por um complexo padrão de codificação do direito civil clássico, foi cruzada com concepções originais de legalidade socialista no período pós-Guerra Fria. Na ex-Iugoslávia, os circuitos de legitimidade do poder situavam-se mais em noções de liderança

³⁸ Para uma discussão comparativa muito esclarecedora, ver G. A. Benacchio, *La Circolazione dei Modelli Giuridici tra gli Slavi del Sud (Sloveni, Croati, Serbie)*, Pádua: Cedam, 1995.

militar (os partidários de Tito) e de política partidária do que em qualquer outro lugar. A ascensão do presidente Milosevic ao poder e o sonho pansérvio não podem ser explicados sem um conhecimento profundo dos modelos de legitimação radicalmente diferentes do ideal ocidental de democracia eleitoral e Estado de Direito. A proverbial complexidade dos Bálcãs e o crucial papel pós-acordos de Yalta da ex-Iugoslávia, como uma fronteira da Guerra Fria (e, desse modo, com todas as intervenções ocultas justificadas), não podem ser apagados ou simplificados por uma história de violações aos direitos humanos que exijam a intervenção internacional. A tentativa de decidir essa história em um tribunal de justiça, tanto nos Estados Unidos quanto em âmbito internacional, não passa de mais uma comprovação da arrogância ocidental em sua tentativa de justificar-se, *ex post facto*, utilizando uma versão anêmica do Estado de Direito.

Situações de extrema dificuldade, que permitem um melhor entendimento da pilhagem, não são de modo algum difíceis de observar na vida real do Direito. Só em 2002, oito grandes conflitos adotaram medidas concretas para chegar a alguma solução, e desde então outros tiveram início. Na República Democrática do Congo, em 17 de dezembro de 2002, um tratado de paz pôs fim oficialmente à guerra iniciada em 1998, que matou 2 milhões e meio de pessoas. Em 3 de dezembro, um cessar-fogo foi assinado no Burundi, onde há relatos oficiais de 300 mil vítimas da guerra iniciada em 1993. Em 16 de abril de 2002, a Etiópia e a Eritreia concordaram em acatar um acordo de arbitragem e demarcação de fronteiras para pôr fim a um conflito iniciado em 1998, que matou pelo menos 100 mil pessoas e, no momento, está prestes a recomeçar depois que a Somália foi invadida, em 2007, por forças etíopes recrutadas pelos Estados Unidos. Um cessar-fogo também foi assinado no Sudão em 15 de outubro de 2002, em uma

tentativa fracassada de encerrar uma trágica guerra civil (em grande parte alimentada pela intervenção ocidental) que começou em 1983 e já fez cerca de um milhão de vítimas. Em janeiro de 2002, um tratado de paz assinado em Serra Leoa fez cessar um conflito que, desde seu início, em 1991, havia feito cerca de 50 mil vítimas. A paz foi obtida em Angola em abril de 2002, pondo fim a uma guerra de agressão conduzida pela África do Sul e pelos Estados Unidos, a qual já havia matado cerca de um milhão de pessoas desde seu início, em 1975. Além disso, um tratado de paz na província indonésia de Aceh acabou com uma guerra que, de 1976 até então, havia feito 12 mil vítimas. Em 23 de fevereiro de 2002, um cessar-fogo no Sri Lanka pôs fim a hostilidades que, iniciadas em 1980, já haviam matado cerca de 80 mil pessoas. Embora as perspectivas desses “tratados de paz” sejam instáveis e incertas por quase toda parte, as vítimas e a pilhagem são infalíveis, variando apenas em número.

Nos anos que se seguiram ao colapso da União Soviética, a guerra confirmou-se como uma característica quase endêmica da humanidade. Iraque, Somália, Bósnia-Herzegovina, Afeganistão, Serra Leoa, Kosovo, o Chifre da África, Palestina, Libéria e Líbano são apenas alguns dos lugares mais conhecidos em que a população civil viu-se recentemente exposta aos horrores da guerra. Claro está que, tanto do ponto de vista político e estratégico quanto da perspectiva de sua importância internacional, esses e outros conflitos apresentam dramáticas variações.

Não obstante, um aspecto comum a todos esses conflitos em escala mundial sobressai: eles foram diretamente produzidos, ou exacerbados, por influências e intervenções tendo em vista a pilhagem, tanto no passado colonial quanto na ordem internacional corrente. Seja na forma do comércio internacional de armas ou de diamantes, do tráfico de drogas ou da extração de petróleo

e criação de infraestruturas para o seu transporte (oleodutos), as políticas intervencionistas são invariavelmente determinadas pela pilhagem; o Estado de Direito e a justiça desempenham, na melhor das hipóteses, a função de atenuar a resistência e evitar a responsabilidade histórica. Na verdade, as necessidades de reconstrução na esteira das hostilidades oferecem um argumento retórico em favor de mais “intervenção”, o que às vezes constitui o terreno de indivíduos que, por razões de justiça, tentam restaurar a paz, a ordem e o Estado de Direito. Ainda assim, mesmo nesse caso a pilhagem predomina em uma variedade de formas e é em particular importante nos “negócios de reconstrução”, com frequência contratando os serviços de ativistas dos Direitos Humanos mais ou menos ingênuos para desempenhar esse papel.

Qualquer guerra deixa grande número de pessoas sofrendo necessidades desesperadoras. A guerra não destrói apenas infraestrutura e tecnologia. Quase sempre, ela acaba com sistemas institucionais que exigiram décadas, quando não séculos, para serem construídos³⁹. O conflito destrói – ou pelo menos abala gravemente – o sistema jurídico, tanto o formal quanto o informal. Não obstante, para atenuar o sofrimento e cuidar, pelo menos em parte, dessas necessidades sociais dramáticas, transações muito complexas fazem-se necessárias⁴⁰. A teoria da “falta” – segundo a qual os contextos visados sempre são apresentados como carentes de alguma coisa que só pode ser oferecida por países

³⁹ Ver Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Development*, Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1990.

⁴⁰ Basta pensar nos seguintes aspectos: (1) a distribuição da ajuda internacional; (2) os problemas decorrentes do retorno, a seus lugares de origem, dos contingentes populacionais dispersos; (3) os problemas do atendimento ao grande número de órfãos que deverão ficar sob cuidados dos setores privado ou público; (4) os problemas de redistribuição; e (5) os problemas relativos à pacificação definitiva das desordens internas, ou mesmo à maneira de lidar com crimes de guerra etc.

mais civilizados⁴¹ – encontra, aqui, um terreno muito fértil. A falta pode incentivar a intervenção, tanto por razões de justiça quanto de pilhagem.

Nas sociedades devastadas pela guerra, como em toda parte, as necessidades sociais requerem respostas institucionais. O Direito é um importante aspecto de um contexto institucional em que sociedades traumatizadas procuram respostas para suas necessidades dramáticas⁴². Embora os problemas sociais possam, em grande parte, ser semelhantes e ditados pelas necessidades básicas da população, as respostas institucionais não são de modo algum universais; ao contrário, são extremamente específicas de cada contexto⁴³. As forças externas, coloniais e neocoloniais, tendem a generalizar e a abstrair seu entendimento do contexto local, fazendo-o por meio de uma estratégia que nega tanto a especificidade quanto a natureza sofisticada dos ajustes locais⁴⁴. Por exemplo, práticas culturais tão diferentes quanto as circuncisões suna* e faraônica** são classificadas como violações aos direitos humanos, descritas de modo explícito como mutilações que de-

⁴¹ Ver Laura Nader, "The americanization of international law", em *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World (Law, Justice and Power)* (F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann & Griffiths, orgs.), Londres: Ashgate, 2005, pp. 199-213.

⁴² Uma teoria do Direito do usuário do sistema legal é apresentada em Laura Nader, *The Life of the Law*, Berkeley, CA: University of California Press, 2002.

⁴³ Seria um erro pressupor que "o Direito" pode atingir níveis semelhantes de eficácia e ser usado como uma panaceia. Trata-se de um erro por trás de boa parte das políticas de "intervenção", tanto nas situações de grande tensão e sofrimento quanto ao longo de seus desmembramentos posteriores.

⁴⁴ Ver Laura Nader & Elisabetta Grande, "Current illusions and delusions about conflict management", *Law and Social Inquiry* 27 (3), 2002, pp. 573-94.

* Clitorectomia ou clitoridectomia. Também conhecida como "circuncisão simples", consiste na extirpação parcial do clitóris ou do prepúcio do clitóris; integra o conjunto de costumes locais da ortodoxia muçulmana. (N. do T.)

** Infibulação, que consiste na extirpação de todos os genitais externos e na costura de quase todo o orifício vaginal. É praticada na África oriental. (N. do T.)

vem ser erradicadas, com total desrespeito não só por variações e condições profundamente locais, mas também pela importante função agregadora jurídica e social a que às vezes se prestam⁴⁵. Práticas canceladas por leis locais e reduzidas à categoria de violações aos direitos humanos – como a circuncisão feminina, descrita em termos horrendos, ou a chamada "imposição" da burca –, são na época atual usadas para justificar a intervenção e a guerra. A violência prospera nesse meio hipócrita no qual dois pesos e duas medidas são usados para valorizar a civilização e a legislação do "outro".

A falta de instituições como condição para a pilhagem: verdade ou mentira?

A intervenção legal sempre adota uma abordagem de cima para baixo, em que os sistemas jurídicos intervenientes veem a si próprios (e quase sempre são percebidos da mesma maneira pelas elites locais) como fornecedores de um modelo superior, uma sofisticada receita para o progresso. Essa abordagem foi desmascarada como imperialismo jurídico, mas de modo algum foi abandonada devido a essa crítica⁴⁶. Já nos referimos ao uso hegemônico do conceito de "falta", com ênfase nos atributos de que o contexto subordinado carece (instituições, civilização, direitos humanos, recursos, eleições, força de trabalho, tecnologia, habilidades etc.), a fim de legitimar as práticas e a pilhagem opressivas, tanto coloniais quanto neocoloniais.

⁴⁵ Ver Elisabetta Grande, "Hegemonic human rights and African resistance: the issue of female circumcision in a broader comparative perspective", *Global Jurist Frontiers* 4 (2), 2004, disponível em <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1145&context=gj>.

⁴⁶ Ver James A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1980. Ver também L. Nader, "Law and the theory of lack", em *Hastings International and Comparative Law Review* 28 (2), 2005, pp. 191-204.

As receitas e diretrizes políticas intervencionistas, aparentemente propostas para estimular o desenvolvimento ou diminuir a pobreza nos países mais fracos, obedecem à mesma lógica. Um exemplo dramático é a já mencionada privatização da ferrovia Dakar-Bamako (ver Capítulo 2), uma das altas prioridades da política do Banco Mundial na área, justificada pela “falta” de transportes e capacidade gerencial apropriados e incluída na condicionalidade de ajuste estrutural (atual “desenvolvimento abrangente”) para a área. Com o tempo, essa veneranda ferrovia, uma das primeiras construídas na África ocidental, gerou grande número de mercados locais nos arredores das diversas estações existentes em seus dois extremos. Produtos locais eram comercializados com viajantes e transportados a um preço relativamente baixo para as cidades em cuja economia local podiam entrar. A nova empresa privada, operada pelos Estados Unidos (Savage Co.), que recebeu generosos subsídios governamentais (malianos e senegaleses) para administrar a ferrovia de acordo com seus critérios de eficiência econômica, privilegia o transporte de matérias-primas (sobretudo de algodão) produzidas no Mali para o porto de Dakar e as importações que chegam a Dakar para o mercado de Bamako. Consequentemente, fechou muitas estações ao longo do trajeto, reduziu o transporte de passageiros, aumentou de modo substancial os preços e demitiu centenas de trabalhadores. Ao banir esses mercados locais do sistema econômico, essa escolha aumentou de maneira dramática a pobreza, levou ao desespero e até a suicídios. Em termos mais gerais, expulsou as pessoas que viviam nessas áreas de locais de trabalho, como os hospitais, uma vez que os trens deixaram de parar para pegá-las nas estações. O dualismo econômico e jurídico, com um setor informal sem comunicação com o setor formal, é uma das mais antigas preocupações dos países em desenvolvimento. Em vez de resolver a “falta” de meios

de comunicação e de transporte em Mali, a corporatização da ferrovia Dakar-Bamako serviu apenas para tornar o problema muito pior, torpedeando as estruturas adaptativas informais que, ao longo do tempo, tinham sido criadas por essa ferrovia (um legado do colonialismo francês, construído com arregimentação compulsória de mão de obra africana). O Banco Mundial não teve consideração alguma pelas circunstâncias locais, em total desprezo pelo setor informal que a ferrovia havia ajudado a criar, e, ironicamente, ao contrário do que determinavam suas próprias diretrizes políticas, impossibilitou a comunicação com a economia geral do país.

O universalismo das prescrições políticas (típico das instituições financeiras internacionais e da ajuda proveniente dos Estados Unidos e da União Europeia, bem como aquele de economistas e cientistas políticos ligados ao pensamento dominante em suas áreas) nega as diferenças e complexidades nas regiões sob intervenção, o que resulta na construção de um “outro” naturalmente inferior. Essas estratégias discursivas revelam simplicidade de espírito diante da complexidade, diversidade e sofisticação imensas dos contextos e culturas locais⁴⁷. Por exemplo, na Conferência de Bonn, entre países doadores para o reerguimento do Afeganistão devastado pela guerra, o governo italiano assumiu a responsabilidade de redigir um código de processo penal. Uma fração (mas ainda assim 50 milhões de euros) de um gigantesco orçamento posterior à guerra – 80 por cento do qual foi gasto em contratos militares ocidentais para combater o “terrorismo” – foi concedida a outra alta prioridade: o desenvolvimento do Estado de Direito, tradicionalmente “em falta” no Afeganistão⁴⁸. Os poucos intelec-

⁴⁷ Ver Laura Nader & Elisabetta Grande, *op. cit.*, pp. 573-94.

⁴⁸ Faiz Ahmed, “Judicial reform in Afghanistan: a case study in the new criminal procedure code”, *Hastings International and Comparative Law Review* 29 (1), 2005, pp. 93-134.

tuais ocidentais que estudaram com seriedade o sistema jurídico e político afegão sabem muito bem que uma das coisas das quais o Afeganistão não tem falta é de cultura jurídica e política. O que falta é a capacidade de os juristas internacionais entenderem uma lógica e um conjunto de princípios (de maneira algum informais) diferentes dos seus próprios; princípios estes que, antes da feroz competição colonialista, sempre se mostraram extremamente eficazes para o desenvolvimento comparativo dessa região, centro de uma antiga e grandiosa civilização. No Afeganistão, como em qualquer sociedade descentralizada, a exigência de unanimidade cria incentivos para que os indivíduos, ainda muito jovens, desenvolvam habilidades de negociação e de exercício político de extrema sofisticação. Os mecanismos de aplicação dessa cultura jurídica da unanimidade seguem o modelo clássico de uma sociedade de comunicação direta, centrada em grupos, à qual não se aplica a distinção ocidental entre direito civil e direito penal. Nesse contexto, portanto, a imposição de um código ocidentalizado de processo penal (a Itália foi escolhida devido à americanização que seu processo penal havia sofrido, uma demonstração de lealdade e admiração pela potência imperial) para introduzir o "Estado de Direito" equivale a uma tentativa arrogante de violenta centralização do poder em benefício das elites pró-Occidente de Kabul. Essa tentativa (destinada ao fracasso) está sendo feita com total desconsideração pelas relações entre descentralização e democracia verdadeira no Afeganistão, bem como pela função de manter sob controle o poder arbitrário de um governo centralizado, um papel tradicionalmente desempenhado pelas estruturas jurídicas e institucionais, apesar da devastação provocada por muitas tentativas fracassadas de centralização colonial de poder. Essa mesma falta de compreensão das estruturas jurídicas locais, que levou ao fracasso as primeiras tentativas de associação entre Direito e desen-

volvimento na América Latina e na África, vem sendo reproduzida pelos italianos no Afeganistão, com o agravante adicional de que, quase meio século depois, ninguém pode reivindicar boa-fé.

"Política de dois pesos e duas medidas" e pilhagem

A guerra, as violações "bárbaras" aos direitos humanos e as "faltas" nas estruturas institucionais locais não constituem, de modo algum, as únicas condições legitimadoras da intervenção ocidental que prepara o caminho para a pilhagem. As instituições locais, quer políticas, jurídicas ou econômicas, costumam ser descritas como "instáveis", "abaladas" ou mesmo "falidas" por tomadores de decisões internacionais, como o FMI, o Banco Mundial, a ONU ou as agências classificadoras de riscos, por exemplo, a Moody's. Nessas circunstâncias, a intervenção também é seletiva e não segue modelos baseados em princípios. Por exemplo, não se encontraram razões para a intervenção internacional, apesar das dramáticas violações aos direitos humanos, nos casos do Tibete, da Palestina e da Chechênia – para mencionar apenas alguns lugares onde violações horríveis aos direitos humanos acontecem todos os dias. No caso de Cuba, ao contrário, uma lei norte-americana, a Helms-Burton Act, intervém com sanções não apenas contra os cubanos, mas também contra qualquer um de seus parceiros comerciais. Nos Estados Unidos, as medidas judiciais cubanas contra a violenta infiltração praticada pelo país – ainda que eventualmente brutais – são consideradas uma violação aos direitos humanos de extrema gravidade, apesar de cometidas por um governo legítimo, na tentativa de se defender de uma situação de cerco ilegal e no contexto de um histórico de tentativas de ataques, dentre as quais a da Baía dos Porcos (1962) foi a mais espetacular. É preciso comparar a política judicial de Cuba com a dos Estados Unidos no caso dos cinco cubanos atualmente em prisões norte-

-americanas, em dramática violação ao devido processo legal, acusados de infiltração na comunidade cubano-americana da Flórida, o que os tornaria espões. No Iraque, um embargo implacável imposto durante a administração Clinton desmantelou a estrutura social e jurídica iraquiana, inclusive um sistema de bem-estar social, educação e emancipação feminina considerado um dos mais avançados, não apenas na região, mas no mundo todo. Cerca de 500 mil crianças morreram como resultado da Guerra do Golfo e das privações impostas pelos Estados Unidos por um período de dez anos (1991-2001); pelo menos um intelectual norte-americano acredita que, para os padrões do Direito internacional, essa intervenção foi um genocídio⁴⁹.

Com efeito, a seletividade é um aspecto habitual da política de dois pesos e duas medidas que caracteriza as relações entre as potências hegemônicas e seus subordinados. A política econômica, como aquela defendida pela OMC, também se baseia claramente em um esquema de duplo padrão. Ao mesmo tempo que impõem políticas abertas aos países mais fracos, os Estados Unidos e outros ricos países ocidentais defendem com unhas e dentes suas políticas protecionistas. Essas políticas equivalem a uma intervenção econômica com o objetivo de "abrir" mercados ao comércio, tendo como consequências a morte, o desperdício e a devastação, em nada diferentes daquelas impostas pela pilhagem colonial. Por exemplo, o leite em pó produzido nos Estados Unidos e subsidiado a 137 por cento foi vendido, na Jamaica, por um preço menor do que o do mercado interno, literalmente expul-

⁴⁹ Ver G. Bisharat, "Sanctions as genocide", *Transnational Law and Contemporary Problems* 11, 2001, pp. 379-425; e G. E. Bisharat, "Right of return to a Palestinian home", *San Francisco Chronicle* Section D, 18 de maio de 2003. Ver também Barbara Nimri Aziz, *Swimming Up the Tigris: Real Life Encounters with Iraq*, Gainesville, FL: University Press of Florida (2007).

sando do mercado o setor de laticínios da ilha, já muito carente de recursos. Exatamente nos mesmos dias, a administração Clinton dava entrada em uma ação junto à OMC para considerar ilegal diretrizes políticas europeias que haviam sido acordadas em Lomé. Estas políticas tinham por objetivo prover as ex-colônias de um mercado na Europa, tendo em vista uma quantidade fixa de bananas como "compensação" por práticas coloniais do passado. A vitória dos Estados Unidos na famosa guerra das bananas da OMC teve consequências catastróficas para esse mercado no Caribe⁵⁰. Mas também há características de arrocho da OMC contra trabalhadores norte-americanos e europeus, dados os salários miseráveis pagos nos países periféricos, que diminuem de modo inexorável seu poder de negociação com os empregadores empresariais. Além disso, os Estados Unidos não podem adotar uma atitude de benfeitores das ex-colônias, tendo em vista as condições escandalosamente vantajosas que obtiveram para si próprios nos recentes acordos de parceria econômica, obtendo uma nova série de acordos de livre comércio que, desde 2008, passaram a substituir o sistema de Lomé, de acesso preferencial aos países da ACP (África, Caribe e Pacífico). O protecionismo é necessário ao desenvolvimento industrial, pelo menos em suas etapas iniciais, e todos os países industrialmente avançados usaram-no e continuam a usá-lo. Uma vez mais, podemos perceber que a política econômica de dois pesos e duas medidas, típica da atual globalização neoliberal, tem uma longa linhagem na história da pilhagem. Embora pudéssemos citar muitos exemplos, desde a África até a América Latina, faremos agora uma breve retomada do exemplo da colonização de Bengala, na Índia.

⁵⁰ Ver o filme *Life+Debt* (2001), de Stephanie Black, em que se discutem os programas de ajuste estrutural e a política neoliberal na Jamaica.

As leis de 1700 e 1720 protegiam a nascente indústria têxtil inglesa contra a concorrência da Índia, onde o algodão era produzido, manufaturado e tingido por uma vigorosa indústria local, significativamente mais avançada do que a indústria europeia contemporânea. As leis proibiam a importação de tecidos de algodão da Índia, Pérsia e China. Qualquer algodão importado em contravenção era confiscado e reexportado. Além disso, ao penalizar de maneira injusta a indústria de Bengala, o sistema tributário colonial terminou por expulsar a indústria local do mercado, obrigando a Índia a importar produtos de pior qualidade que eram feitos na Inglaterra, com o algodão produzido em Bengala. Embora essa política tenha literalmente matado de fome toda uma classe de artesãos, em 1793 a Lei de Colonização Permanente privatizou as terras, transferindo-as para suas protegidas colônias e, desse modo, transformando Bengala em uma economia de exportação de safras para fins comerciais. A estratégia, reconhecida por lorde Bentinck, governador-geral da Índia, consistia em criar no país uma pequena nobreza rural com um profundo interesse pela dominação inglesa. Em seu clássico *History of British India*⁵¹, publicado em 1826, Horace Wilson reconhece plenamente, com realismo, aquilo que hoje é negado por historiadores como Niall Ferguson: essas políticas eram inevitáveis para o desenvolvimento do capitalismo britânico. Se não tivessem sido implementadas, as fiações de Paisley e Manchester teriam interrompido sua atividade, esmagadas pela melhor qualidade e pelos menores preços dos têxteis indianos. A indústria britânica foi criada graças ao sacrifício da indústria indiana (como afirmou ninguém menos que um observador do porte do primeiro-ministro Jawaharlal Nehru).

⁵¹ James Mill (org.), *Classics of British Historical Literature*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

Isso é verdade não só no que diz respeito à indústria têxtil, uma vez que, em meados do século XVIII, a indústria naval indiana havia sido uma das mais avançadas do mundo em tecnologia.

Hoje, como no passado, essas políticas de dois pesos e duas medidas são responsáveis por desemprego maciço, sofrimento humano, morte e tensão social, produzindo uma demanda constante de forças de segurança, organizações paramilitares e prisões no mundo “em desenvolvimento”. Tendo em vista que o mercado pode suprir a “lei e a ordem”, e devido ao abandono de outros serviços por países privatizados, submetidos a ajustes estruturais, uma nova rodada de negociações tem tentado privatizar os serviços (polícia, prisões, escolas, assistência médica etc.) desmantelados pelo setor público empobrecido e ainda não reivindicados pelo capital empresarial internacional. Na rodada de negociações realizada em 2003, em Cancún, essa política econômica de dois pesos e duas medidas foi por fim exposta pelos países de Terceiro Mundo que conseguiram rejeitar, pelo menos por certo tempo, uma nova onda de políticas de “aberturas de mercado” notoriamente discriminatórias. Delegações desses países simplesmente se retiraram das negociações que visavam a essa liberalização dos serviços (Acordo Geral em Comércio e Serviços – General Agreement on Trade and Services, Gats) –, mas que, na verdade, equivalem a uma política de intervenção jurídica e econômica apresentada como liberalização do mercado para fins de pilhagem.

Pobreza: justificativa para a intervenção e consequências da pilhagem

Um trabalho sério investiga as causas da pobreza sem acusar os países de serem incapazes de realizar até mesmo as tarefas mais simples, como administrar uma ferrovia eficiente ou produzir uma estrutura jurídica “simples”, necessária ao desenvolvimento.

Essa estratégia de censurar e culpar diminui as pessoas locais, fortalece atitudes racistas da opinião pública (amplamente considerada) acerca das potências hegemônicas e pode terminar enfraquecendo a resistência à pilhagem.

A pobreza torna-se importante para fins de intervenção diante do risco de inadimplência, por parte de nações pobres, das obrigações monetárias internacionais que a criaram. Essa atitude diante de países ricos em recursos naturais, como Argentina, Bolívia ou México, justifica a conclusão de que a pobreza (assim como a reconstrução depois de uma guerra de agressão), por ter justificado uma intervenção “secundária”, foi na verdade criada, em primeiro lugar, pela intervenção e pela pilhagem econômicas neocoloniais. Na criação desses contextos ideais para a pilhagem, o papel do FMI, controlado pelos Estados Unidos, torna-se particularmente questionável. Na América Latina, onde a Doutrina Monroe deu aos Estados Unidos mais de um século de vantagem sobre a concorrência neocolonial, a pilhagem foi quase sempre a regra, e não a exceção. Nas palavras da bela e dramática abertura em prosa da obra-prima de Eduardo Galeano⁵²:

A divisão do trabalho entre as nações consiste em que algumas se especializam em ganhar, e outras em perder. Nossa parte do mundo, atualmente conhecida como América Latina, foi precoce: especializou-se em perder desde os tempos longínquos em que os europeus renascentistas se aventuraram pelo Oceano e cravaram os dentes na garganta das civilizações indígenas. Séculos se passaram, e a América Latina aperfeiçoou seu papel. Não estamos mais na era das maravilhas, quando os fatos superavam a fábula e a imaginação era humilhada pelos troféus da conquista – montes de ouro, montanhas de prata. Nossa região, porém, ainda desempenha o papel de lacaio. Continua a existir a serviço das

⁵² Eduardo Galeano, *op. cit.*

necessidades alheias, como fonte e reserva de petróleo e ferro, de cobre e carne, de frutas e café, as matérias-primas destinadas aos países ricos, que lucram mais com seu consumo do que a América Latina o faz com sua produção. Nós perdemos; foram outros os vencedores. Mas eles só venceram graças a nossa perda; como afirmou alguém, a história do subdesenvolvimento da América Latina é parte integrante da história do desenvolvimento do capitalismo mundial; [...] o subdesenvolvimento não é uma etapa do desenvolvimento, mas sua consequência.

A *maximização da riqueza* (também conhecida como eficiência de Kaldor-Hicks), o critério de eficiência econômica usado na avaliação política pelas instituições financeiras internacionais, talvez considere eficiente essa “divisão do trabalho” entre as nações, que chamamos de pilhagem (trata-se do conceito já discutido de vantagem comparativa). Afinal, há uma classe média florescente na Índia e na China. Segundo esse modelo bastante usado, a eficiência é obtida quando os vencedores lucram mais do que os perdedores; o suficiente para compensá-los *potencialmente* (jamais realmente!) por suas perdas. Portanto, a intervenção econômica internacional praticada pela potência mais forte pode ser considerada eficiente, apesar do desastroso aumento – e não diminuição – da pobreza.

Na Argentina, por exemplo, negócios realizados pelo presidente Duhalde (conhecido como El Gringo) com o FMI incluíam a privatização do banco central e a revogação da lei contra a “subversão econômica”. Essa lei, abolida por um decreto de 19 de junho de 2002, fornecia a única base legal para que o Judiciário pudesse determinar a responsabilidade dos bancos privados na saga que levou o país à bancarrota e provocou o empobrecimento de cerca de 60 por cento da população (ver discussão sobre o assunto no Capítulo 2).

Na Bolívia, o ocaso político do presidente Gonzalo Sánchez de Lozada (forçado à renúncia e ao exílio devido a um levante popular) foi provocado, em grande parte, pela percepção popular de que a privatização da indústria do gás, entregue às empresas multinacionais Pacific LNG e Semptra, era um "negócio pessoal" do presidente. O povo boliviano foi historicamente despojado de sua prata, seus sais minerais e seu estanho. Sua pobreza desesperadora e a renovada consciência étnica, sob a presidência de Evo Morales, conseguiram derrotar as intervenções econômicas lideradas pelos Estados Unidos, resultando na extração "eficiente" de um recurso primário como a água. Em certos contextos, portanto, a pilhagem atual pode exigir mais alto grau de sofisticação para ser praticada com eficiência, talvez com o mais amplo uso do Estado de Direito e da retórica da "falta".

No México, a proximidade ainda maior com os Estados Unidos merece atenção. A política indígena, estreitamente associada à questão da pobreza, passa por transformações ao associar-se à política econômica, e alterações significativas no Direito facilitam ainda mais a prática da pilhagem. Os sucessivos fracassos das políticas desenvolvimentistas do governo haviam estimulado os grupos indígenas, devido às riquezas existentes em seu subsolo, a se recusarem a ser vistos como "marginais" ou índios miseráveis. A etnicidade reivindicava um *status* superior àquele das condições econômicas e sociais, mesmo em um contexto sombrio em que os grupos indígenas se veem confinados a trabalhar em atividades de livre iniciativa, como o turismo, a mineração ou a extração de petróleo. Em 1990, lançou-se um novo programa intitulado *Fondos Regionales para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*. O presidente Salinas criou o *Solidaridad*, como o projeto foi chamado, com o objetivo de ampliar o programa nacional mexicano de combate à pobreza. Em seu governo, o processo de desenvol-

vimento seria "democratizado". Os programas de desenvolvimento rural anteriores a 1990, com investimentos de cima para baixo, foram substituídos pelo desenvolvimento do tipo "faça você mesmo". Em tal sistema, *solidariedade* significava dinheiro para os povos indígenas que criavam seus próprios planos de desenvolvimento *desde que* não se definissem como organizações indígenas fundamentalmente étnicas ou políticas.

Enquanto isso, segundo um relatório de 1992 do Instituto Nacional Indigenista³³, uma nova lei "elimina quinze exigências anteriores para a aprovação federal de investimentos privados e permite novos projetos no país, com autorização federal". Um relatório Lloyd de 1993 descreve a conclusão da venda de indústrias controladas pelo governo, um programa de alienação de investimentos iniciado pela administração Salinas em 1988. O relatório também alude aos grandes objetivos federais, que incluíam a necessidade de "melhorar a qualidade do ar e da água e recuperar bosques e florestas tropicais devastados pelo homem". Uma vez mais, um plano que aparentemente favorece o desenvolvimento dos recursos indígenas, mas, na verdade, não passa de uma nova onda de políticas neoliberais que pretendem assumir o poder e o controle.

Hoje, as grandes potências mundiais, e não os mexicanos, estão organizando os agricultores do país por meio da agroindústria. As empresas transnacionais desempenham um papel cada vez maior no financiamento, produção, distribuição e *marketing* da agricultura mexicana, acompanhado pelo maior uso de produtos petroquímicos e outras formas de tecnologia, substituindo os produtores autônomos, que plantam para o próprio consumo e vendem seus excedentes. Embora os administradores da agricultura

³³ Instituto Nacional Indigenista, *Perspectives for the Development of Indian Peoples of Mexico*, México, DF: Caligrato Digital, 1992.

transnacional não trabalham a terra, eles detêm o controle de todas as variedades cultivadas. A dinâmica dos problemas agrários passa do contexto nacional, em que o agricultor é um indígena sem recursos, para um contexto transnacional, em que o agricultor é um agente frágil ou, talvez, um imigrante que introduz técnicas agroindustriais, como o uso de herbicidas nas plantações locais. Além da agroindustrialização, existem acordos comerciais como a Área de Livre Comércio das Américas (Alca), e a cadeia de eventos que levam à pobreza torna-se cada vez mais visível. Desde que esse acordo entrou em vigor, há treze anos, as importações de milho norte-americano para o México aumentaram cerca de dez vezes, de acordo com o Ministério da Agricultura dos Estados Unidos. Neste país, bilhões de dólares anuais subsidiam os produtores, e a maior parte desse dinheiro vai para o agronegócio, reduzindo o preço do produto e levando-o a ser introduzido no México a um preço até 30 por cento inferior ao seu custo de produção nos próprios Estados Unidos. Esses fatos puseram em risco o futuro de produtores de milho mexicanos. Do lado do México, a Alca eliminou os subsídios e preços mínimos e, em 2008, os Estados Unidos terão condições de exportar todo o seu milho para o México com isenção de tarifas, uma vez que a Alca prevê a eliminação, até essa data, da tarifa sobre o que exceder as cotas (que era de 206 por cento em 1994). O México, autossuficiente em milho por quase cinco mil anos, atualmente importa dos Estados Unidos um quarto do que consome. Os produtores de milho mexicanos migram para o Norte, em busca de trabalho nos campos da Califórnia, de Iowa e outros lugares. Por último, uma consequência imprevista de tudo isso é a perda de antigas variedades de milho. Além da tragédia da erosão genética, genes das importações norte-americanas que foram submetidos a processos de bioengenharia

invadiram antigas variedades no estado de Oaxaca⁵⁴. Com um número cada vez maior de terras desocupadas, a legislação interveio para viabilizar a aquisição, por capital estrangeiro, de grandes extensões de terra para o agronegócio, recorrendo ao Artigo 27 da Constituição do México, que permite a privatização do *ejido*, tipo de propriedade rural tradicionalmente de uso coletivo.

Em 1992, o Congresso Mexicano aprovou reformas dramáticas do Artigo 27 da Constituição, pondo fim a mais de setenta anos de compromissos com o setor indígena (e camponês). Essas reformas foram parte do movimento que buscava adaptar o Direito agrário à integração econômica com a América do Norte, promovido, do lado mexicano, pela administração Salinas. Em 1994, em Chiapas, houve um ressurgimento dos movimentos camponeses independentes⁵⁵. Seguiram-se confiscos de terras, e as tentativas de retomá-las dos proprietários privados levou o movimento camponês independente a pedir ao governo que usasse seu direito de expropriar as terras para fins de redistribuição⁵⁶. Atualmente, a distribuição de terras em Chiapas encontra-se em um impasse.

Devido a todos esses acontecimentos (e a muitos outros), as condições propícias à pilhagem normalizaram-se. Apesar dos registros deletérios deixadas pela Alca, a América Central tem em mira o Acordo de Livre Comércio dos Estados Unidos com a América Central e a República Dominicana, além de acordos bilaterais

⁵⁴ David Quist & Ignacio Chapella, "Transgenic DNA introgressed into traditional maize landraces in Oaxaca, Mexico", *Nature Magazine* 414, 2001, disponível em <http://www.botanischergarten.ch/debate/QuistChapelaNature011129.pdf>.

⁵⁵ G. A. Collier, *Basta! Land and the Zapatista Rebellion in Chiapas*, Oakland, CA: Food First Books, 1994.

⁵⁶ Laura Randall (org.), *Changing Structure of Mexico: Political, Social and Economic Prospects*, Columbia University Seminar Series, Armonk, NY: M. E. Sharpe, 1996.

com os Estados Unidos, que atraíram líderes progressistas em outros contextos, como Tabaré Vasquez, do Uruguai, ou Lula, do Brasil. No México, o preço das *tortillas* já sofreu um significativo aumento depois da recente troca de abraços no encontro em que Lula e Bush discutiram o uso do combustível *diesel* produzido a partir de vegetais como o milho e a cana.

DIREITO IMPERIAL INTERNACIONAL

Instituições reativas de pilhagem imperial

Até aqui, discutimos o modo como a pilhagem floresce em contextos de grave desequilíbrio de poder. A injusta distribuição de recursos praticada pelos fortes à custa dos fracos, que constitui uma definição perfeita da pilhagem, encontra no Estado de Direito sua retórica de legitimação. Esta retórica condensa o próprio sentido da palavra "pilhagem", a ponto de incorporar, legalizar e, em última análise, negar a escandalosa disparidade de alocação de recursos, acompanhando muitos processos sociais em contextos de desequilíbrio de poder. Portanto, o Estado de Direito constrói a pilhagem e a nega, conferindo legitimidade a uma ordem mundial extremamente injusta.

Este é o momento de discutir em mais detalhes a dinâmica da difusão da estrutura e da ideologia do Estado de Direito como instrumento de incorporação do poder histórico e atual e da disparidade de riqueza. Enquanto a dominação colonial explorava noções de superioridade e civilização, dentre as quais o Estado de Direito era presença marcante, a atual dominação neoliberal utiliza o discurso desenvolvimentista. Seu objetivo é estruturar globalmente um modelo de Estado de Direito que atenda aos interesses dos poderosos, de modo que congele os aspectos e crie a

estrutura jurídica capaz de alavancar a expansão do capitalismo, provocando, assim, aumento ainda maior das desigualdades. Nessa perspectiva, que chamamos de *Estado de Direito imperial*, os praticantes da pilhagem são garantidos por "instituições reativas" (como os tribunais) contra a restituição de bens usurpados. Desse modo, a pilhagem é legalizada e qualquer redistribuição possível de recursos que favoreça a maioria empobrecida torna-se impossível. Os perdedores e as vítimas da pilhagem aprendem que a única redistribuição legal para além daquela prevista pelo *status quo* são os lucros ainda maiores para os vencedores, nos termos da ideologia de mercado. Este capítulo acompanha a transformação do ideal ocidental de Estado de Direito, sob a liderança dos Estados Unidos, para um Estado de Direito imperial baseado nas instituições reativas que legalizam a pilhagem e impossibilitam a redistribuição (que poderia compensar os mais fracos).

Segundo a concepção e a mitologia do Estado de Direito, o poder político, que pode favorecer a maioria em detrimento da minoria, não é ilimitado: deve submeter-se a modelos profissionais de controle. Esse controle, a cargo dos tribunais e dos profissionais do Direito, serve a uma variedade de funções, dentre as quais a mais importante é a proteção do direito de propriedade individual contra a possível usurpação pela maioria no poder. Os tribunais constituem o espaço em que os agentes privados ou públicos podem se defender das violações dos direitos individuais e (em menor grau) dos coletivos. Contudo, o meio jurídico acadêmico também cuida do controle profissional do processo político. Seus membros reproduzem a elite jurídica e, desse modo, conferem ao Estado de Direito a legitimidade e o prestígio decorrentes do conhecimento. Além disso, também se prestam à função crítica de esmiuçar o resultado do processo político do ponto

de vista de sua compatibilidade com os valores jurídicos fundamentais da sociedade.

Como resultado dessa função institucional, essas duas instâncias de profissionalismo são, elas próprias, dotadas de considerável poder político. Por sua natureza, esse poder, decorrente da confiança depositada nesses agentes pelo Estado de Direito, serve a dois propósitos. O Poder Judiciário pode tornar-se instrumento de opressão quando se submete ao poder político a tal ponto que renuncia a sua função de proteger os direitos. Quando Earl Warren (o falecido presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos e defensor insuperável dos direitos individuais era o governador republicano da Califórnia), ordenou que todos os norte-americanos de ascendência japonesa fossem enviados para campos de concentração, devido ao temor de que pudessem atuar como espiões inimigos. Essa ordem, em evidente violação ao valor da responsabilidade individual e da não discriminação por razões étnicas, foi contestada e chegou à Suprema Corte. Quando a Corte, no conhecido caso *Korematsu*, considerou a ordem do governador constitucionalmente aceitável, produziu um dano ainda maior ao Estado de Direito, legalizando essa prática opressiva.

Entre os juristas do meio acadêmico, há numerosos exemplos de traição de sua função crítica – por medo ou por oportunismo –, a tal ponto que somos levados a nos perguntar se seu papel crítico é a regra ou a exceção. Robert Cover, um historiador já falecido da Faculdade de Direito de Yale, apresenta uma descrição equilibrada dessas falhas diante dos horrores das *Fugitive Slave Acts*^{*} de meados do século XIX[†]. Carl Schmitt, talvez o maior

* Leis que obrigavam o governo federal a empregar seus recursos para devolver os escravos fugitivos a seus proprietários. (N. do T.)

† Robert Cover, *Justice Accused: Anti-Slavery and the Judicial Process*, New Haven, CT: Yale University Press, 1975.

jurista alemão do século passado, continuará a ser lembrado pela posteridade tanto por suas brilhantes teorias sobre a soberania quanto por ter sido cúmplice do regime nazista. Repetindo: se o prestígio dos juristas da academia for usado para legitimar, ou mesmo legalizar – em vez de criticar – iniquidades políticas como a tortura e a pilhagem, o caráter ambíguo do Estado de Direito se tornará cada vez mais evidente.

Apesar de muito significativo, o poder político dos profissionais do Direito é diferente daquele dos setores políticos do governo. Essa diferença é em geral descrita por meio da metáfora da bolsa e da espada. Enquanto o Legislativo tem a bolsa, decidindo sobre a dotação das verbas públicas, e o Executivo, com sua autoridade sobre os militares e a polícia, tem a espada, o Judiciário (e, em termos gerais, a advocacia) não tem nem uma nem outra. Devido a essa falta de bolsa e de espada, o poder político dos profissionais do Direito acaba sendo explicado por uma filosofia reativa. Na verdade, eles são comprados e vendidos. Como já vimos, o Estado de Direito tem raízes na proteção à propriedade².

O controle profissional do processo político só intervém depois que os direitos foram violados e quando os “usuários” do sistema jurídico aceitam acriticamente tal intervenção. Nessa concepção de Estado de Direito, os tribunais, como instituições reativas, não podem efetuar nenhuma ação afirmativa. Por exemplo, Alexander Bickel, importante figura do Direito constitucional norte-americano do século XX, em um famoso livro com o título significativo de *O poder menos perigoso*³, afirma que os tribunais

² James W. Ely, *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights (Bicentennial Essays on the Bill of Rights)*, Oxford: Oxford University Press, 1997.

³ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

devem guiar-se por “virtudes passivas”, abstendo-se de qualquer intervenção redistributiva. Ao longo da história do Direito ocidental, nas poucas ocasiões em que os tribunais (sancionados por muitos acadêmicos) tentaram criar planos afirmativos de aplicação de direitos, eles foram particularmente criticados por abrirem uma bolsa que não tinham o direito de usar. Foi o caso do transporte de crianças no processo de integração das escolas públicas na esteira do histórico caso *Brown vs. Board of Education*. E também o caso dos tribunais que tentaram introduzir alguns critérios humanitários nas prisões dos Estados Unidos, “governando-as” por mandados judiciais. Em termos mais gerais, quando os profissionais do Direito abordam usuários potenciais do sistema jurídico, em vez de esperarem passivamente que clientes privados de seus direitos apareçam em seus escritórios (ou nas instituições acadêmicas de assistência jurídica sem fins lucrativos), os críticos redobram sua desconfiança. Nos Estados Unidos, os profissionais que atuam em casos de violações de direitos são apresentados como “advogados de porta de cadeia” e, na maioria dos países europeus, a propaganda dos serviços de advocacia é considerada “imoral” e proibida por lei*.

Na estrutura política das democracias ocidentais, portanto, a postura institucional dos tribunais como agentes institucionais não redistributivos e passivos é garantida por circuitos formais e informais. Membros do Poder Executivo ou do Legislativo, e não dos tribunais, engajam-se na política de distribuição de recursos, se e quando necessário, por meio da tributação. Quando se transpõe essa concepção para o contexto colonial, sem emancipação política, o resultado é o chamado “laissez-faire colonial”. Por um

* Também no Brasil, a propaganda da atividade advocatícia é bastante restrita pelo Código de Ética da advocacia. (N. do R. T.)

lado, basicamente, isto significava a ausência de uma (dispendiosa) política de bem-estar social (para os colonizados); por outro, implicava a existência de um sistema frágil de tribunais como aplicadores passivos dos direitos. Assim, a estrutura institucional resultante era ideal para os empresários colonialistas e seus protegidos das etnias locais, que podiam prosperar nos negócios e engajar-se na pilhagem sem nenhuma necessidade de arcar com os custos sociais que suas práticas impunham à sociedade. Embora a dialética entre instituições governamentais regulatórias e reativas tenha produzido, ao longo do tempo, o Estado assistencial para todos os cidadãos europeus (e, em âmbito menor, para os cidadãos norte-americanos), nenhum desenvolvimento semelhante pode ser observado no universo periférico das colônias, onde, uma vez explorados até o limite, os indivíduos mais frágeis da sociedade – os idosos ou os inválidos – são relegados aos cuidados das redes informais rotuladas de “primitivas”.

Embora deixem esse estado de coisas quase sempre inalterado na periferia, a globalização e o neoliberalismo produzem profundas transformações no centro. Em particular, por um lado, a constitucionalização das políticas neoliberais, levada a efeito pelas instituições financeiras internacionais, restringiu de modo significativo o poder de distribuição de recursos dos países, provocando o declínio do Estado assistencial no centro. Por outro lado, as instituições estruturadas segundo o modelo reativo, como os painéis da OMC, os tribunais *ad hoc* e as autoridades independentes, são hoje os únicos agentes jurídicos do cenário internacional, transformando a filosofia reativa e a impossibilidade estrutural de redistribuição na atitude global dominante na esfera do Direito.

Enquanto isso, os tribunais norte-americanos, ancorados no imenso poderio econômico dos Estados Unidos, ampliaram seu

poder para muito além dos limites jurisdicionais, convertendo-se nos tomadores de decisões mais eficazes e cujas decisões nas questões jurídicas são as mais temidas. Esse modelo de jurisdição extraterritorial deriva da dominação oitocentista, quando a abordagem norte-americana se opunha ao modelo de ocupação territorial típica das potências europeias. Em 1906, por exemplo, os Estados Unidos, ressentindo-se do colonialismo europeu, criaram – por tratado – um tribunal distrital norte-americano para a província da China, que só foi extinto em 1943. Esse tribunal, sucedâneo de tribunais extraterritoriais que já haviam sido criados em 1844, tinha jurisdição exclusiva sobre os norte-americanos na China e com frequência ampliava bem seus poderes jurisdicionais, permanecendo, contudo, muito distante do modelo de ocupação territorial e de reivindicação territorial usado pelas potências europeias tradicionais⁴. Da mesma maneira, o art. 3º da chamada Emenda Platt, aprovada pelo Senado norte-americano em 1901, foi nesse mesmo ano inserido como parte da Constituição cubana “independente” que recusava de modo enfático a colonização – mas afirmava com ironia que “o governo de Cuba permite que os Estados Unidos exerçam o direito de intervir, tendo em vista a preservação da independência cubana, a manutenção de um governo adequado à proteção da vida, da propriedade e da liberdade individual [...]”⁵.

No atual panorama do mundo pós-colonial, esse estilo de dominação jurídica por meio de diferentes alternativas à colonização pura e simples constitui a essência do imperialismo jurídico dos Estados Unidos, tanto cultural quanto judicial. É a regra,

⁴ Ver T. Ruskola, “Law’s empire: the legal construction of ‘America’ in the ‘District of China’”, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=440641.

⁵ Olga Miranda Bravo, *Inconvenient Neighbors: The Guantanamo Base and the US Cuban Relationship*, Havana: José Martí Press, 2001.

e não a exceção, que costumava ser antes da abolição formal do colonialismo.

A concepção de Estado de Direito imperial procura explicar as mudanças pós-Guerra Fria no processo geral de norte-americanização do pensamento jurídico. O Estado de Direito imperial, ligado de modo estreito à pilhagem, é hoje um segmento dominante do sistema jurídico mundial. É produzido, no interesse do capital internacional, por grande número de instituições públicas e privadas, todas elas compartilhando uma lacuna na legitimidade política que alguns chamam de "déficit democrático"⁶. Um processo espetacular, tendo em vista a criação de consenso para fins de dominação e pilhagem hegemônicos, dá forma ao Estado de Direito. O Estado de Direito imperial subordina a legalidade local em todas as partes do mundo, reproduzindo, em escala global, o mesmo fenômeno de dualismo que, até o momento, caracterizava o Direito nos países em desenvolvimento. Assim, os países se veem privados de poder discricionário, presos às exigências impostas pelo Estado de Direito imperial. O que em geral permanece na esfera de ação do Estado é um nível degradado de legislação, produzindo um sistema jurídico local que só pode preencher os espaços cada vez menores, ainda não ocupados pelo Estado de Direito imperial e pela pilhagem corporativa. O Direito local passa então a expressar-se nas línguas locais, passa a ser o objeto de trabalho dos operadores do Direito locais e atua como mera instância executiva das diretrizes jurídicas imperiais. As instituições jurídicas locais não são fortes o bastante para detectar e contestar a pilhagem, pois o Estado de Direito imperial incorpora e legaliza essa prática quando levada a efeito por agentes empresariais fortes, servidos por poderosos escritórios de advocacia. A

⁶ Ver Alfred Aman, *The Democracy Deficit*, Nova York: New York University Press, 2006.

pilhagem é o veículo e, por sua vez, o beneficiário do Estado de Direito imperial.

De maneira irônica, apesar de sua absoluta falta de legitimidade, o Estado de Direito imperial é imposto por meio de práticas discursivas que apresentam as regras imperialistas como se fossem regras do "Estado Democrático de Direito", impondo, como necessidade natural, a filosofia jurídica reativa, que tem por função retirar a legitimidade de qualquer doutrina ou decisão que defenda a distribuição de riqueza baseada na solidariedade social, fragilizando ainda mais o Direito local e os processos políticos que pressupõem a responsabilidade dos governantes perante os governados⁷. O Direito norte-americano, transformado e adaptado depois da revolução Reagan/Thatcher, ocupa posição central no Estado de Direito imperial, o que facilita a pilhagem, mediante a infiltração nos espaços abertos depois do fim da Guerra Fria. Portanto, um estudo do Estado de Direito imperial requer uma discussão criteriosa dos aspectos ligados à difusão da consciência jurídica dos Estados Unidos em âmbito mundial, além de uma análise cuidadosa das transformações ocorridas tanto no contexto dominante (centro) quanto no subordinado (periferia). Também é preciso aprofundar o exame dos fatores relativos à resistência.

⁷ Não discutiremos aqui o tipo de redistribuição (favorável aos vencedores) que é estimulado pela globalização econômica e por sua violenta reestruturação do capitalismo. A melhor e mais recente discussão sobre esse tipo de redistribuição encontra-se em William K. Tabb, *The Amoral Elephant: Globalization and the Struggle for Social Justice in the Twenty-First Century*, Nova York: Monthly Review Press, 2001. Toda transformação profunda nos processos de produção ao longo da história implica que, nas classes sociais, a redistribuição de riqueza se faça em favor dos vencedores. Ver o clássico de Karl Polanyi, *The Great Transformations: The Political and Economic Origins of Our Time*, Nova York: Beacon Press, em convênio com Rinehart: Schwerin, 1944. Neste capítulo, porém, abordaremos a modalidade de redistribuição que favorece a solidariedade social, aquela que tem por objetivo a maior igualdade entre as pessoas.

O Estado de Direito norte-americano: formas de dominação global

No período que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocorreu uma mudança dramática no padrão do desenvolvimento jurídico ocidental. Concepções jurídicas importantes, outrora criadas no continente europeu e exportadas para o mundo colonizado, se produzem agora, pela primeira vez, em um ordenamento jurídico de *common law*: os Estados Unidos. Sem dúvida, o atual predomínio mundial dos Estados Unidos foi, de início, econômico, militar e político, e só recentemente passou a jurídico, de modo que uma pronta explicação da hegemonia jurídica pode ser encontrada em uma simples concepção do Direito como produto da economia⁸. Não obstante, a questão da relação entre hegemonia jurídica, política e econômica talvez não se explique nos termos de um paradigma de causa e efeito. Enfim, a análise dessa questão constitui uma área muito importante da pesquisa jurídica de base, uma vez que revela alguns aspectos gerais do Estado de Direito como instrumento de governança global e contextualiza sua relação atual com a pilhagem.

Em princípio, podemos diferenciar dois modos de imposição do Estado de Direito nos países periféricos: um é produto da dominação e outro decorre da adoção, pelo país subjugado, do modelo legal da potência hegemônica. No primeiro caso, um sistema jurídico estrangeiro é imposto à nação subjugada como um mecanismo coercitivo que afirma o poder político e econômico, às vezes até mesmo a soberania, sem que se faça qualquer empenho no sentido da criação de consenso. Ao contrário, a ideia de hegemonia revela o desejo, por parte do sistema jurídico dominador, de

⁸ Ver Karl Marx, *Capital: A Critique of Political Economy* (J. M. Cohen, org.), Londres: Penguin Classics, 1992.

ser "admirado" pela periferia, obtendo, assim, certo consenso junto à nação dominada.

Na prática, não fica clara a predominância de um desses modos de imposição do Estado de Direito. O Direito é um mecanismo minucioso e complexo de controle social, que não pode funcionar sem alguma cooperação dos diferentes indivíduos que trabalham para as instituições jurídicas. Em geral, estes indivíduos pertencem a uma elite profissional que já existe na nação dominada, ou é criada por estruturas externas de poder. Esta elite provê a aceitação das ideias jurídicas estrangeiras, aceitação necessária para que possa haver qualquer transferência de sistema jurídico. É isso que explica o fato de que a distinção entre a transferência jurídica produzida pela dominação e aquela produzida pela hegemonia só pareça uma questão de grau, e não de estrutura. Por exemplo, mesmo no Iraque atual, onde a dominação militar é a única face do poder, a retórica da democracia e do Estado de Direito não se encontra totalmente ausente, ainda que sua credibilidade esteja em seu ponto mais baixo. Para entender a natureza da atual hegemonia jurídica, é preciso assimilar o modo como o Direito funciona a fim de obter determinado grau de consenso (ou de resistência) no modelo atual de dominação econômica e política internacional.

Um mecanismo cultural fundamental usado para a criação de consenso é a retórica do Estado Democrático de Direito, utilizado pelo modelo imperial de governança, em substituição a governos de Estado, que triunfou no mundo todo, juntamente com o modelo neoliberal de capitalismo. Os últimos vinte anos do século XX produziram um triunfo da governança global por instituições reativas, isentas em termos políticos de qualquer prestação de contas (como os tribunais), sobre aquelas que devem fazê-lo (como os órgãos da administração direta dos governos).

Esse declínio da legitimidade política no processo de tomada de decisões produziu uma crescente retórica do Estado de Direito que não aceita o questionamento do modelo de instituições reativas. Os instrumentos empregados nesse processo incluem grande número de conceitos considerados intrinsecamente bons.

Democracia e Estado de Direito não são as únicas palavras de ordem que visam à produção de consenso em tempos neoliberais. Como já assinalamos, os conceitos de ajuste estrutural, desenvolvimento abrangente, boa governança, direitos humanos internacionais e intervenção humanitária têm funções persuasivas semelhantes. Esses conceitos, inclusive o de "falta", são hoje elementos-chave de uma forte retórica de legitimação do poder empresarial internacional, determinando a disseminação de instituições opressoras cujo objetivo é a pilhagem: o Estado de Direito imperial. Trata-se de conceitos "naturalizados" na prática discursiva global, e a eles se dá o nome de "Consenso de Washington". Seu uso acrítico produz um estado de negação do modo como o Estado de Direito, com frequência servindo de escudo à blindagem, é criado e desenvolvido por elites profissionais "geradoras de consenso". As consequências dessa negativa são a criação de um panorama jurídico no qual o Direito renuncia "de modo natural" ao seu papel de refrear o comportamento oportunista dos agentes do mercado. Esse processo resulta no desenvolvimento de regras e instituições baseadas na aplicação de dois pesos e duas medidas, que se prestam perfeitamente bem aos interesses do capital empresarial e aumentam, de maneira dramática, as desigualdades sociais.

Por exemplo, é em nome da *boa governança* que os ex-países socialistas desmontam a participação na economia, terceirizando e vendendo bens públicos. Esses processos, presididos por normas jurídicas *ad hoc*, transferem recursos públicos para um número

muito restrito de poderosos oligarcas econômicos. Da mesma forma, é em nome dos *direitos humanos internacionais* que práticas culturais há muito existentes, ou estruturas de parentesco, na África ou no mundo islâmico, são idealizadas e escolhidas para fins de erradicação, desmantelando estruturas sociais centradas em grupos, com a consequente produção de mobilidade e individualização sociais.

O cenário jurídico encontra-se em transição, passando de um contexto político (o Estado local) para outro contexto (a governança mundial), no qual instituições reativas estruturadas nos Estados Unidos, tanto litigiosas (judiciário, por exemplo) quanto de arbitragem e mediação (como os painéis de debates nos acordos sobre litígios internacionais e nas resoluções alternativas de litígios), se afirmam como detentoras de legitimidade, e legitimam, por sua vez, decisões de alcance social livres de qualquer controle político que poderia ser exercido pelo Estado local. O Estado de Direito imperial enfraquece o controle político ao colocar as poderosas instituições reativas globais fora do alcance do processo político; a pilhagem acompanha o desaparecimento de uma sólida noção de legalidade.

O Estado de Direito imperial, portanto, é produto de uma aliança entre um número limitado de agentes políticos de muita força (a União Europeia, a Otan, o G8 e outros países poderosos, atualmente subordinados aos Estados Unidos), as instituições financeiras internacionais, uma variedade de grandes agentes empresariais e até mesmo organizações não governamentais internacionais (ONGs) –, um jogo no qual um número muito limitado de participantes compete ou colabora entre si⁹. Da mesma maneira que, no passado colonial, os capitalistas da iniciativa privada (Com-

⁹ Ver Susan George, *Remettre l'OMC a sa Place*, Paris: Mille et Une Nuits, 2001.

panhia das Índias Orientais, Hudson Bay Company etc.) e os soberanos europeus colonialistas estavam unidos em uma aliança para fins de pilhagem, legitimada por poderosos asseclas intelectuais, na época atual, a elite do poder global está ligada ao comércio transnacional em seu empenho global de pilhagem. Na época do colonialismo, essa luta política pela hegemonia internacional era levada a cabo basicamente pelo uso explícito da força e pela violência política (de tal modo que o conflito decisivo entre as superpotências era inevitável). Nos dias de hoje, a violência política embutida no Estado de Direito cristalizou-se em um poder monopolista – os Estados Unidos – que, enquanto domina inimigos, aliados e instituições globais, é dominado, como ocorre com toda democracia à moda ocidental, por agentes empresariais transnacionais.

Globalização do modelo norte-americano

A estrutura fundamental da atual versão do Estado de Direito origina-se de forma direta dos Estados Unidos. Esse sistema altamente especializado, que se congratula por ter conseguido a “separação” entre Direito, política e religião (mas que, de modo curioso, tem em grande apreço a integração entre Direito e economia), como já sabemos, resulta de importações da Europa que foram em momentos posteriores expandidas pelos Estados Unidos.

Outra estrutura fundamental do Direito norte-americano – uma reação pós-colonial direta contra o sistema inglês, centralizado de forma extrema – ajusta-se com perfeição a um projeto expansionista e hegemônico como o do neoliberalismo: seu alto grau de descentralização. Esse talvez seja o aspecto mais original da estrutura fundamental do Direito norte-americano. Nenhum outro sistema jurídico do mundo desenvolveu um sistema judiciário federal tão completo, sofisticado e complexo quanto o dos

Estados Unidos. É esse exatamente o tipo de complexidade que, no cenário jurídico norte-americano, introduz imensas vantagens para os agentes econômicos de grande poder e para suas megafirmas de Direito empresarial com intenções de pilhagem. A administração de um sistema jurídico muito complexo requer uma classe de advogados forte, organizada e cara. A complexidade pode servir aos interesses dos agentes empresariais mais fortes, os únicos que podem arcar com os custos da justiça. A pilhagem não apenas se beneficia de maneira direta da complexidade do Direito (ironicamente, beneficia-se também da simplicidade do pensamento econômico); ela também pode usar a complexidade para desmobilizar possíveis usos contra-hegemônicos do Direito. A resolução alternativa de conflitos, quase sempre um processo misto de mediação, negociação e arbitragem em que os fortes e poderosos invariavelmente saem vencedores, costuma tornar-se palatável como reação a tal complexidade. Hoje, a mediação, em vez de ser entendida como mais uma estratégia conciliadora que permite a distribuição em favor dos agentes mais fortes, é apresentada como um mecanismo que, por assegurar o acesso menos oneroso à justiça, acaba mostrando-se favorável aos mais fracos¹⁰.

A coexistência de grande número de tribunais federais e estaduais transformou as questões de competência dos tribunais e escolha da legislação aplicável na principal preocupação da advocacia norte-americana. São as mesmas questões que se colocam aos advogados que precisam lidar com problemas jurídicos “transnacionais”. Por conseguinte, os advogados norte-americanos já desfrutam de uma cultura e um discurso jurídico mais amplos do que os limi-

¹⁰ Ver dados mais recentes em Ugo Mattei, “Access to justice: a renewed global issue?,” em *General Reports to the XVII Congress of the International Academy of Comparative Law* (Katharina Boele-Woelki & Sjef van Erp, orgs.), Utrecht: Eleven International Publishing-Bruylant, 2007, p. 383.

tes jurisdicionais. Nesse panorama, a “anexação” teórica ou prática de uma ou mais jurisdições, quer localizadas no Afeganistão, na Europa Oriental ou no Iraque, não introduz alterações específicas no raciocínio essencialmente funcionalista dos advogados norte-americanos. É por esse motivo que esses advogados, quando a serviço do Banco Mundial, do FMI ou da Ordem dos Advogados dos Estados Unidos (American Bar Association), podem elaborar uma constituição ou uma lei de falência durante uma visita de fim de semana a algum remoto canto do mundo, sem nenhum conhecimento específico do sistema jurídico local, que é simplesmente ignorado. Na verdade, advogados norte-americanos devidamente treinados podem, com maior ou menor grau de perspicácia, discorrer sobre quaisquer questões jurídicas apenas com um conhecimento básico do Direito local, valendo-se da sedutora cultura jurídica americana como modo de convencer operadores do Direito das mais diversas origens.

Além disso, a própria estrutura do processo judicial norte-americano descentraliza o poder e privatiza a atividade, criando, assim, novas vantagens para os ricos e poderosos e maior adaptabilidade ao cenário globalizado. Nos sistemas jurídicos europeus, uma vasta gama de atividades na esfera do processo judicial, como a “citação” (procedimento usado para convocar alguém a apresentar-se a juízo), a “exibição de documentos” (levantamento de provas nas mãos do oponente ou de terceiros) ou a instrução probatória (interrogatório de testemunhas e obtenção de laudos e pareceres de peritos e especialistas), que são chamadas de “especiais” (e, por este motivo, convocadas e pagas pelo Estado), constituem questões privadas no Direito norte-americano, no qual ficam a cargo de advogados sem nenhum custo para o setor público, mas muito caros para os litigantes. Esse aspecto do Direito norte-americano certamente põe a eficiência no lugar

da igualdade, pois, enquanto o litigante de um país que segue o sistema do Direito romano canônico (*civil law*) pode ser defendido de maneira adequada, mesmo quando não conta com um advogado muito competente (uma vez que quem cuida da maioria dos problemas é o juiz, que também garante a imparcialidade do julgamento), em um modelo privatizado, como o dos Estados Unidos, a presença de um advogado muito bom e caro é essencial. Em consequência, até mesmo esse aspecto da consciência jurídica norte-americana ajusta-se bem melhor a um modelo privatizado como aquele dos litígios globais, que não dispõem de um Estado soberano e monopolista para garantir a justiça e a igualdade de oportunidades, além de cuidar da questão dos desequilíbrios de poder.

Nos litígios transnacionais, com frequência decididos perante tribunais de arbitragem internacionais, ou nos quais as questões de competência territorial das Cortes e escolha da legislação aplicável são de extrema importância, os advogados menos habituados às estratégias de um sistema judicial de confrontação das partes não sobrevivem porque não há ali aquela coisa chamada “ativismo judicial”, em que quase tudo fica a cargo do juiz. Como resultado, cada litigante deve ter um advogado realmente bom (e caro) se quer ser bem representado. A poderosa combinação de forças adaptativas mencionada torna a estrutura do Direito norte-americano bem conhecida o suficiente para não ser excessivamente temida; ambígua e flexível o suficiente para ser bem-sucedida no cenário jurídico internacional; e, o que é mais importante, faz que os advogados com formação nos Estados Unidos sejam bem mais sintonizados com as características do panorama jurídico global. Além disso, como sempre acontece, quanto maior o grau de privatização do procedimento, maior a vantagem para os agentes econômicos ricos e poderosos, que encontram nas complexidades

e nos custos do litígio internacional a melhor instância de proteção à pilhagem levada a cabo no mundo todo.

Outro aspecto crucial da hegemonia norte-americana nesse panorama global é a equação entre democracia e eleições, que uma vez mais concede uma vantagem definitiva aos agentes empresariais ricos e poderosos. O princípio de "ao vencedor, tudo", que nos Estados Unidos priva do privilégio do voto pelo menos a metade dos seus cidadãos, só parece natural e óbvio quando o comparamos e confrontamos com seu absurdo oposto, aquele do princípio minoritário. "Contudo, se pensarmos quão numerosos e variados podem ser os meios de fazer que um grupo tenha uma vontade única, perguntaremos se H. S. Maine não estava certo ao afirmar que o princípio majoritário é o mais artificial dentre todos os disponíveis."¹¹ O princípio majoritário, conforme as eleições o exprimem, institucionalizou nos Estados Unidos – e, devido a sua liderança, em muitos outros países – a concepção de um mercado de votos que traz consigo, como consequência estrutural, uma seleção das lideranças que em sua maior parte é determinada pelo controle da mídia e pela disponibilidade de grandes somas em dinheiro.

A concepção de um mercado de votos, conforme a formularam economistas conservadores, defensores da teoria da escolha pública – como o prêmio Nobel James Buchanan –, introduz um alto grau de cinismo na teoria política. Institucionaliza também, em seu nível mais básico, a subversão nas relações entre o processo político e o mercado dominado pelas grandes empresas. O processo político (e as leis que dele decorrem) não é mais considerado um mecanismo de controle e delimitação do mercado. Ao con-

¹¹ Ver Edoardo Ruffini, *La ragione dei più: ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bolonha: Il Mulino, 1977; e H. Summer Maine (org.), *Études sur l'histoire des institutions primitives*, Paris: Ernest Thorin, 1880.

trário, é o mercado que controla e determina o processo político e o Direito. Portanto, os resultados eleitorais são vistos como retornos de investimentos, e a consequência é que só aqueles que "investem" em política têm condições reais de influenciar o Direito. Sem dúvida, os grandes agentes empresariais são os maiores investidores políticos, superando os investidores individuais, os sindicatos ou as ONGs em mais de dez vezes. Além disso, os grandes investidores políticos recorrem a estratégias de doações bipartidárias para garantir o retorno, pouco importando quem se eleja. O resultado desse círculo perverso, considerado "natural" pelos economistas e cientistas políticos da linha da escolha pública, é, no que diz respeito às questões de importância geral, que candidatos de diferentes partidos apresentam plataformas muito parecidas, o que, por sua vez, leva a maioria das pessoas a considerar irracional preocupar-se com um processo político que já lhes chega com cartas marcadas. A isso se costuma dar a explicação ligeira de mera apatia. A "naturalização" da relação corrupta entre o mercado e o Direito produz cidadãos extremamente apáticos e resultados eleitorais muito limitados.

Observe-se que a teoria segundo a qual o Direito é um "retorno" natural de investimentos não se restringe à legislação e regulamentação diretas. No modelo norte-americano, ela chega à atividade judicial. Em um sistema privatizado e de confrontação das partes, os que investem mais no processo (advogados mais caros, peritos judiciais com melhores currículos, processo mais sofisticado de escolha de jurados, detetives, psicólogos etc.) podem ter a expectativa de melhores resultados, aumentando a probabilidade de ganho de causa. Ainda que, no passado, essa prática tenha sido vista como um problema de desigualdade de oportunidades, uma vez que a parte mais forte tem mais capacidade de "investimento" do que a mais fraca, alguns teóricos do Direito e da economia já

começaram a considerá-la eficiente na década de 1970¹². Hoje, essa concepção cínica é apresentada, nos discursos acadêmicos dominantes, como a única realista e, portanto, não ingênua.

Assim, diversos fatores institucionais básicos que favorecem os agentes econômicos mais fortes e oferecem cobertura jurídica à pilhagem foram internacionalizados pela dominação hegemônica do Direito norte-americano, levando o modelo reativo a expandir-se para muito além de seu contexto de produção. O Direito norte-americano conseguiu tornar-se o “extremo Ocidente” da tradição jurídica ocidental. Sua configuração básica mostra-se clara e estruturalmente incompatível com ideias alternativas, como “legalidade socialista” ou “teoria do Direito islâmico”, e é atacada de modo implacável por elas e também por concepções de Estado assistencial semelhantes às da moderna Europa continental. Os países que assumem ou assumiram essas posições alternativas situam-se na “periferia” do mundo livre, e o Direito imperial exige que eles se livrem de suas estruturas jurídicas incompatíveis.

É interessante notar que, no processo de construção da governança global, até mesmo países europeus tradicionalmente situados no centro do espectro político foram de modo gradual empurrados para a periferia por um desgaste inexorável dos papéis ativistas e redistributivos de seus Estados soberanos. Basta pensarmos no Direito trabalhista, em que anos de evolução civilizadora em favor dos sindicatos e dos trabalhadores foram esquecidos em nome da eficiência, tanto pelos governos europeus de direita quanto por aqueles supostamente de esquerda. O desenvolvimento incipiente de instituições descentralizadas, por exemplo, foi

¹² Ver Paul H. Rubin, *Why was the Common Law Efficient?* Emory Law and Economics Research Paper n° 04-06, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=498645> ou DOI: 10.2139/ssrn.498645.

classificado como “falta”, um fator problemático no contexto europeu. A nova periferia, quase tanto quanto a tradicional, mantém baluartes de resistência, certos fatores tradicionais como o envolvimento ativo de um juiz em busca da verdade que são uma contrariedade para uma consciência jurídica global de inspiração norte-americana.

Na esteira da Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que as noções de soberania e Estado soberano, do modo como foram desenvolvidas pela tradição europeia continental, estavam expostas a sérias críticas estruturais. A noção, cultuada na filosofia hegeliana, de que o Estado era um órgão empenhado na defesa de seus interesses soberanos, ontologicamente diferentes do conjunto dos direitos individuais de seus cidadãos – e, em alguns momentos, incompatíveis com eles –, foi considerada por muitos grupos responsável pela deterioração do Estado de Direito na Europa fascista. A ideia de que o Estado nada mais era que “o governo no poder” era típica da tradição pragmática anglo-americana. Essa tradição considera que o interesse do Estado deve coincidir com o conjunto de interesses individuais expressos pelo processo eleitoral do tipo “ao vencedor, tudo”. Os direitos econômicos adquiridos do indivíduo, que naturalmente preexistem ao Estado, devem, por conseguinte, limitar a atividade deste. O modelo anglo-americano podia afirmar-se como uma concepção de soberania alternativa, mais avançada e “livre”.

Estavam lançadas, portanto, as raízes da “naturalização” do estilo empresarial norte-americano e de sua contestação fundamental da relação hierárquica entre o processo político e a liberdade (de mercado). Esse processo de naturalização do contexto institucional do “mundo livre” começou, nos Estados Unidos, com a plataforma política conservadora que, em 1952, derrotou o Fair Deal (“Acordo Justo”) do presidente Truman. Ao longo da

Guerra Fria, a polêmica em torno do socialismo fortaleceu essa concepção, contestando as políticas ativistas redistributivas e a intervenção governamental na economia em favor dos pobres. Apesar da exceção de Lyndon Johnson, determinada pelas necessidades de pacificação no período da Guerra do Vietnã, essa “naturalização” como proteção da propriedade e da iniciativa privada nunca deixou de ser fator decisivo na política norte-americana. Por meio de sua influência, a mesma concepção antirredistributiva determina a atual postura das instituições financeiras internacionais. Com início na administração Nixon, nos últimos trinta anos, qualquer política redistributiva nos Estados Unidos foi a favor dos super-ricos. Hoje, cerca de 24 mil indivíduos controlam a mesma quantidade de bens e riquezas que possuem 90 milhões de seus concidadãos norte-americanos menos favorecidos. Esse minúsculo segmento da população detém o pleno controle dos (eficientes) processos políticos e judiciais, não apenas para manter o *status quo*, mas também para fins de redistribuição em seu próprio favor: pilhagem no exterior, mas também em casa¹³.

Apesar desse e de outros horrores do direito discriminatório praticado nos Estados Unidos (como o incrível número de minorias inocentes, encarceradas e exploradas em prisões administradas por grupos empresariais), a produção acadêmico-intelectual do país difundiu o Direito norte-americano entre profissionais do mundo todo, de modo que a liderança desse Direito se tornou um fato inquestionável. Os anos de Guerra Fria e a extinção dos melhores aspectos da legalidade ocidental, que caracterizavam a maioria dos regimes comunistas na órbita de influência da ex-União Soviética, só fizeram confirmar a consciência dos benefícios dos

¹³ Ver David Cay Johnston, *Perfectly Legal: The Covert Campaign to Rig Our Tax System to Benefit the Super Rich – and Cheat Everybody Else*, Nova York: Penguin Group, 2003.

três símbolos fundamentais do Estado de Direito norte-americano: eleições espetaculares (uma espécie de grande e cara peça publicitária da democracia), um Poder Judiciário independente (com intervenções extremamente visíveis na vida política do país) e uma crítica acadêmica livre e criativa dos processos político e judicial. Nada disso caracterizava a experiência soviética (nem aquela das atuais China e Cuba, as alternativas socialistas tão diferentes, e quase sempre esquecidas, ao fim da história ocidental). Portanto, a imposição ao mundo todo dessas características fundamentais converteu-se na receita para as transformações que se seguiram à queda da União Soviética.

Uma instituição ideológica de governança global: o Direito internacional

Desde os julgamentos de Nuremberg, as concepções ocidentais de legalidade têm caracterizado o Direito ocidental. Na construção do domínio jurídico ocidental, o Direito internacional desenvolveu-se lenta e gradualmente, passando de um sistema descentralizado de nações soberanas para um sistema internacional mais centralizado, no qual o Conselho de Segurança das Nações Unidas reivindicava alguma preponderância. Nesse processo, o Direito internacional ofereceu uma retórica capaz de justificar o uso da força por instituições repressoras de governança global. Desempenhou também o papel de instituição ideológica responsável pelas ideias de que a violência contra pessoas inocentes pode ser “legal”, de que uma guerra de destruição pode ser “justa” ou até mesmo que é possível admitir a confiabilidade das chamadas “operações de manutenção da paz”¹⁴.

¹⁴ Ver M. Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Nova York: Basic Books, 1998. A concepção imaginária de um responsável pela tomada de decisões pode ser encontrada também em J. Moore, *Hard Choices*: