

ENSAIOS CRÍTICOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO

Enzo Bello
(Org.)



**ENSAIOS CRÍTICOS SOBRE
DIREITOS HUMANOS E
CONSTITUCIONALISMO**

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE
DE CAXIAS DO SUL

Presidente:

Roque Maria Bocchese Grazziotin

Vice-Presidente:

Orlando Antonio Marin

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:

Prof. Isidoro Zorzi

Vice-Reitor:

Prof. José Carlos Köche

Pró-Reitor Acadêmico:

Prof. Evaldo Antonio Kuiava

Coordenador da Educs:

Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)

Gilberto Henrique Chissini (UCS)

Israel Jacob Rabin Baumvol (UCS)

Jayme Paviani (UCS)

José Carlos Köche (UCS) – presidente

José Mauro Madi (UCS)

Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)

Paulo Fernando Pinto Barcellos (UCS)

Enzo Bello
(Organizador)

ENSAIOS CRÍTICOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO

Colaboradores

Alexandre Fabiano Mendes
César Augusto Baldi
Deborah Duprat
Eduardo Manuel Val
Enoque Feitosa
Enzo Bello
Gustavo Moreira Capela
João Pedro Pádua
Juliana Neuenschwander Magalhães
Otávio Luiz Rodrigues Júnior
René José Keller
Rodrigo de Souza Tavares
Siddharta Legale Ferreira
Taiguara Líbano Soares e Souza
Tarso de Melo



EDUCS

© dos organizadores

Revisão: Izabete Polidoro Lima

Editoração: Traço Diferencial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

E59 Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo [recurso eletrônico]
/ org. Enzo Bello – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: EducS,
2012.
291 p.; 23 cm.

Apresenta bibliografia
ISBN 978-85-7061-685-2

1. Direitos humanos. 2. Direito constitucional. 3. Ensaios. I. Bello, Enzo.

CDU 2. ed.: 347.7

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direitos humanos	342.7
2. Direito constitucional	342.4
3. Ensaios	82-4

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Kátia Stefani – CRB 10/1683

Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-970 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone / Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR: (54) 3218 2197

www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br



Sumário

Apresentação / 7

Neoliberalismo e “reserva do possível” / 9

Tarso de Melo

Para a superação das concepções abstratas e formalistas da forma jurídica / 21

Enoque Feitosa

Direitos humanos e emancipação: reflexões sobre a retirada de crucifixos do TJ/RS à luz da questão judaica, de Karl Marx / 35

Enzo Bello e René José Keller

Entre o Estado Penal e o Estado Democrático de Direito: a expansão do poder punitivo como ameaça à democracia e aos direitos fundamentais / 49

Taiguara Líbano Soares e Souza

Empatia, Política e Tribunais Constitucionais / 89

Rodrigo de Souza Tavares

A “Corte” Gilmar Mendes revisitada (2008-2010): mais ativismo no controle de constitucionalidade brasileiro? / 103

Eduardo Manuel Val

Siddharta Legale Ferreira

Do constitucionalismo moderno ao novo constitucionalismo latino-americano descolonizador / 127

César Augusto Baldi

Direitos humanos e interculturalidade constituinte: reflexões a partir da experiência boliviana / 151

Alexandre Fabiano Mendes

Direitos Humanos e o (Fim?) do Multiculturalismo / 171

Juliana Neuenschwander Magalhães

Terras indígenas e o Judiciário / 193

Deborah Duprat

Inclusão social como projeto democrático de todos: caso específico da prostituição / 203

Gustavo Moreira Capela

Sobre a necessidade de estudos empíricos para compreender o direito (como um sistema de prática): um estudo exploratório sobre a constituição de identidades institucionais no Legislativo / 219

João Pedro Pádua

Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo) / 239

Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Colaboradores / 289

Apresentação

O projeto editorial “ensaios críticos” visa a reunir contribuições de pesquisadores e grupos de pesquisas, articulando os espaços da graduação e da pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado), de modo a promover um diálogo acadêmico pautado por uma abordagem diferenciada do direito. Numa perspectiva interdisciplinar, almeja-se promover uma crítica à dogmática jurídica através do estudo de temas centrais na atualidade, desvendando-se elementos subjacentes às visões mais tradicionais que compreendem o fenômeno jurídico unicamente pelo prisma da normatividade e da interpretação/argumentação.

Considera-se indispensável a interface com outros ramos do conhecimento, que oferecem conceitos e instrumentais metodológicos diversificados para uma melhor compreensão do direito no universo da vida social. Assim, é constante o recurso às dimensões política, econômica, cultural e filosófica, valorizando-se especialmente a realização de pesquisas empíricas, como forma de se manter o estudioso do direito em permanente contato com a realidade e de se investigar fenômenos do cotidiano, que produzem resultados diretos na vida dos cidadãos.

No presente volume são exploradas as relações entre direitos humanos e constitucionalismo na contemporaneidade, destacando-se temas como as relações entre o neoliberalismo e a redução da efetividade dos direitos fundamentais, em razão do seu condicionamento ao conceito economicista da chamada “reserva do possível”. Em seguida, os direitos humanos são abordados a partir da visão marxiana, que vai além da tradicional concepção abstrata e formalista, que prepondera no âmbito do Direito, e considera os aspectos políticos, econômicos e culturais como decisivos para a compreensão do fenômeno jurídico e para a sua crítica. Em específico, analisa-se o caso da retirada de crucifixos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da visão crítica de Marx sobre os direitos humanos, no texto “A questão judaica”. Os direitos fundamentais são relacionados com o modelo abstrato do Estado Democrático de Direito, que assume a forma de Estado Penal ao ameaçar concretamente a democracia substancial e reduzir a efetividade de direitos e garantias fundamentais em prol da expansão de um poder punitivo, que somente beneficia as classes dominantes.

Os tribunais constitucionais são abordados em seus aspectos teórico e prático, considerando-se seu papel nas democracias contemporâneas e os limites da sua atuação perante as instâncias e temas políticos, o que evidencia diferentes graus de ativismo judicial, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Também é abordado o chamado novo constitucionalismo latino-americano, em suas dimensões históricas, sociológicas e teóricas, destacando-se os temas do multiculturalismo e da interculturalidade, que permeiam os recentes textos constitucionais de Venezuela, Bolívia e Equador. Dentro desse mote, aborda-se o reconhecimento dos direitos das chamadas minorias sociais, primeiramente os povos indígenas e a proteção de suas terras pelo Poder Judiciário e, em seguida, a questão da inclusão social como projeto democrático de sociedade, contemplando-se os direitos dos(as) trabalhadores(as) do sexo. Por fim, são apresentados estudos a respeito da produção do Direito na atualidade, a partir das relações institucionais entre Judiciário e Legislativo, bem como entre doutrina e jurisprudência

Os trabalhos aqui apresentados são resultado da produção de pesquisadores de todos os níveis de titulação acadêmica e graus variados de experiência profissional, destacando-se o espírito de equipe que permeia a construção de escritos elaborados em coautoria. Hábito pouco comum entre os estudiosos da área jurídica, expressa uma dinâmica cooperativa de trabalho coletivo, que envolve, inclusive, a criação de laboratórios de pesquisas, o que é típico das ciências sociais e das chamadas *hard sciences*.

Articulam-se nesta obra trabalhos produzidos no âmbito dos seguintes grupos de pesquisas: “A cidadania contemporânea no ambiente urbano: direito e política na produção de novos direitos” (Universidade de Caxias do Sul); “Direito e Marxismo” (Universidade de Caxias do Sul); “Urbanização e movimentos sociais, direitos humanos e Defensoria Pública: para pensar a gestão democrática da cidade do Rio de Janeiro” (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); e “Laboratório de Estudos Interdisciplinares sobre Direito Constitucional Latino-Americano” (Universidade Federal Fluminense).

A título de advertência ao leitor, optou-se por manter os modelos de citação adotados em cada artigo (autor/data e completa), de maneira a se preservar sua originalidade.

Prof. Dr. Enzo Bello

Brasília, outubro de 2012.

NEOLIBERALISMO E “RESERVA DO POSSÍVEL”*

Tarso de Melo**

O presente estudo pretende contribuir para o debate teórico sobre os limites que o capitalismo – em sua configuração neoliberal atual – impõe à concretização dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, em especial na Constituição brasileira de 1988. Destaca-se, de início, que falar de direitos sociais significa falar de capitalismo, ao menos de *uma forma de capitalismo*, pois tais direitos apenas fazem sentido dentro do quadro de distorções que são próprias do sistema do capital, assumindo a inglória tarefa de diminuir seus efeitos.

Inglória tarefa? Sim, pois diante dos direitos sociais estão erguidas algumas muralhas, como a da peculiar voracidade do capital sobre a riqueza que se pretende distribuir, que faz com que os capitalistas criem todos os tipos de *manobra* – nos mais diversos níveis: econômico, político, jurídico, ideológico, cultural etc. –, para garantir a reprodução contínua do sistema. No confronto com esse “inimigo tentacular”, ficam combalidas as possibilidades de realização de políticas sociais distributivas (como aquelas encampadas nos direitos sociais) que realmente promovam *justiça social* e coloquem a riqueza a serviço da sociedade (Mészáros), não o contrário.

* Texto publicado originalmente na *Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, ano 13, n. 15, 2009. É necessário notar, passados três anos desde sua redação, que a atualidade das questões tem-se mantido, porque a situação não se alterou substancialmente, apresentando até mesmo piora com relação a alguns aspectos, o que se deve ao aprofundamento da crise do capital em alguns centros importantes, bem como à radicalização da política neoliberal.

** Mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É advogado, professor na Facamp – Faculdades de Campinas e coordenador de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Autor de *Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural* (Expressão Popular, 2009).

Em nossa época, está claro que o *possível* – a que se refere a expressão *reserva do possível* e de que dependem, principalmente, os chamados direitos fundamentais sociais – tem um inimigo declarado: o neoliberalismo, que entre seus “remédios” contra os males do *Estado Social* regulador e distributivo inclui “cortar drasticamente os encargos sociais”.¹ Leia-se: reduzir (acabar com) as possibilidades de o Estado implantar e realizar políticas distributivas.

A “doutrina” neoliberal remonta ao imediato pós-guerra (1947), quando um grupo se reuniu numa pequena estação de veraneio na Suíça para definir, a partir dali, como deveria ser a economia mundial. Tendo em seu centro Friedrich von Hayek, o grupo, que contava com intelectuais como Milton Friedman, Ludwig von Mises e Karl Popper, buscava organizar uma resistência teórica à influência do modelo inspirado no pensamento de Keynes (segundo o qual, basicamente, o Estado garantiria o desenvolvimento através de políticas sociais que visassem ao pleno emprego e à redistribuição de renda por meio do controle dos preços, da inflação e dos salários).²

Com os problemas enfrentados pelo modelo keynesiano de Estado intervencionista, ante a recessão que atingiu os principais países capitalistas nos anos 70 e o estímulo até mesmo da concessão de dois prêmios Nobel (a Hayek em 1974 e a Friedman em 1976), o neoliberalismo, enfim, ganhou terreno mundialmente nas políticas econômicas. Desde então, observando a história, não é exagero afirmar que um dos principais feitos da neoliberalização dos mercados foi diminuir o *possível*, que é a “capacidade prestacional do Estado” (I. W. Sarlet), noutras palavras, a capacidade do Estado de recolher parte da riqueza e fazer com que ela retorne *distributivamente* para a sociedade, fomentando assim a justiça social prometida pelas democracias.

No Brasil, é principalmente a partir dos anos 90 que as ideias neoliberais passam a exercer forte influência nas políticas públicas, como as reformas precarizantes da Previdência Social³ ou privatizações como a da Vale do

¹ Marilena CHAUÍ. Ideologia neoliberal e universidade. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2000, p. 28.

² Sigo aqui o histórico feito por ROSENMANN, Marcos Roitman no verbete Neoliberalismo. In: SADER, Emir; e JINKINGS, Ivana (Coord.). *Latinoamericana: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 848-855. Ver também HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford, 2007.

³ Um estudo detalhado dos ataques sofridos pela Previdência Social brasileira, por conta dos compromissos neoliberais, está em COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Rio Doce e das telecomunicações, a respeito das quais Maria da Conceição Tavares afirmava, em artigo de 1998, com cortante ironia: “O governo brasileiro adotou um modelo de privatização extremamente original em matéria de engenharia político-econômica destruidora”.⁴ O *elogio às avessas*, que a economista faz à destrutividade das privatizações, tem um objetivo claro: defender, contra sua *minimização*, um Estado que, até então, com a força de alguns monopólios estratégicos, poderia retirar de sua participação no mercado o sustento de políticas sociais inalcançáveis a um Estado neoliberal.

Aliás, a ideia de *Estado mínimo* é uma das principais falácias que a doutrina neoliberal conseguiu difundir como “dogma”, ao passo que o capitalismo atual depende, tanto quanto o capitalismo de qualquer outra fase, de um *Estado intervencionista a seu favor*.

Essa é a opinião, por exemplo, de Nunes, sobre a Europa de hoje:

Em regra, os liberais no domínio da política e da economia defendem *constituições abertas* ou *constituições neutras*, capazes de absorver as várias opções políticas resultantes da alternância democrática. E condenam as *constituições dirigentes* quando estas acolhem programas políticos da sociedade [...]. No que se refere a esta “Constituição Européia”, porém, todos os centros de produção da ideologia neoliberal apostam nela, apesar de ela ser uma constituição ideológica, impositiva, “dirigentíssima”. Porque ela é uma verdadeira *constituição dirigente do neoliberalismo*, com a vantagem suplementar de ser, na prática, uma *constituição pétrea*.⁵

Fica claro, assim, que a implicância da doutrina neoliberal não atinge *todo o Estado* ou *todos os tipos de Estado*, mas apenas o Estado que contrarie a acumulação arrebatadora do capital. *Mínimo*, então, no vocabulário neoliberal, é o Estado sem políticas sociais.

Essa relação falseada entre mercado e Estado tem ficado mais evidente, a propósito, nos últimos meses, diante dos renovados ataques que grupos empresariais têm aproveitado para aplicar sobre os direitos dos

⁴ “O leilão dos perdedores”. In: *Destruição não criadora*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 161.

⁵ NUNES, António José Avelã. A Constituição Européia: a constitucionalização do neoliberalismo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 115.

trabalhadores, afirmando que esta seria a sua salvação em meio à crise econômica, somando-se ainda aos vultosos “socorros financeiros”, que grandes Estados têm dado a empresas que, até então, defendiam sua mais completa liberdade perante as instituições públicas, que não poderiam impor qualquer regulação à sua atividade.

Não é novidade, contudo, o ataque empreendido pela classe capitalista contra os direitos sociais. Bercovici nota, por exemplo, que “a partir do final da década de 1920, há uma campanha deliberada dos setores economicamente fortes de combate aos direitos e garantias sociais previstos na constituição, bem como de enfraquecimento dos sindicatos de trabalhadores. A destruição da constituição republicana e do Estado social passam a ser vistas como necessárias para a solução da crise econômica”.⁶ No mesmo sentido vai a análise de Saes sobre a luta pelos direitos sociais em nossa “transição para o capitalismo”:

Dada a hostilidade da classe capitalista à instauração de direitos sociais, é desarrazoado supor que tal processo tenha sido, nas sociedades capitalistas concretas onde ele ocorreu, uma consequência natural da instauração, num momento inicial, das liberdades civis elementares. É verdade que as classes trabalhadoras puderam se apoiar nos direitos civis vigentes para reivindicar certos direitos sociais, argumentando muitas vezes que só a criação de novas condições materiais de trabalho, vida e consumo daria um conteúdo a liberdades civis até então só vigentes no plano formal. Contudo, nessa luta por direitos sociais as classes trabalhadoras tiveram de enfrentar regularmente a oposição da classe capitalista, para quem os direitos sociais representariam uma violação ou deformação dos direitos civis. É inconveniente, portanto, definir a instauração de direitos sociais como uma etapa necessária e irreversível da evolução política de qualquer sociedade capitalista. Tais direitos, assim como foram instaurados, podem ser revogados; é de resto o que está ocorrendo, de modo parcial porém progressivo, em muitas sociedades capitalistas atuais onde os governos implementam políticas neoliberais.⁷

⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 301.

⁷ SAES, Décio Azevedo Marques. Direitos sociais e transição para o capitalismo: o caso da primeira república brasileira (1889-1930). *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 11, n. 20, p. 26., 2006.

Nesse quadro, é cada vez mais importante notar como o neoliberalismo – a um só tempo como “ideologia, movimento intelectual e política”⁸ – tem sido capaz de minar a sustentação (política, sindical, etc.) de conquistas sociais importantíssimas.

Muito do que se diz na doutrina jurídica, a respeito dos direitos sociais, por mais que acene para uma investigação dos limites reais, que tais direitos enfrentam, apenas tangencia a questão, preferindo muitas vezes aceitar as regras de um certo debate jurídico,⁹ que afasta a fundamental dimensão política e econômica de direitos que – com o perdão da proposital redundância – surgem de uma decisão política e visam a uma relativa transformação econômica.

Os autores mais divulgados exploram a classificação dos direitos fundamentais em dois grupos: um de direitos negativos (direitos de defesa), outro de direitos positivos (direitos a prestações). Direitos negativos são também chamados *direitos de defesa*, pois impõem limite à ação do Estado contra os indivíduos (como as diversas liberdades e a garantia da propriedade). Direitos positivos são os *direitos a prestações*, por meio dos quais os indivíduos podem exigir do Estado bens necessários à satisfação das suas necessidades elementares.

Parte substancial da doutrina¹⁰ e da jurisprudência contenta-se em afirmar que as normas que preveem direitos sociais têm *eficácia limitada*. Outros, que são *normas programáticas* ou que têm *aplicabilidade mediata*. Muitos ainda discutem se é possível reclamar judicialmente os direitos sociais,¹¹ ou em que medida eles são vinculantes, ou mesmo como se dará

⁸ GALVÃO, Andréia. *Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan/Fapesp, 2007.

⁹ Na contracorrente, alguns autores nacionais, muitos deles jovens, têm representado um certo sopro de otimismo, “dando nomes aos bois” no campo das limitações que a Constituição e toda a legislação social enfrenta para ser concretizada. Um bom exemplo deste “movimento” (tanto nos seus autores quanto nas referências declaradas) está no volume organizado por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁰ Para um extenso panorama do itinerário teórico dos direitos fundamentais sociais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 293-380

¹¹ Sobre a exigibilidade dos direitos sociais, ver ABRAMOVICH Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. Especialmente p. 19-47.

a ponderação dos interesses quando eles colidirem com outros direitos fundamentais.¹²

Em todas essas perspectivas, duas são as principais “reservas” enfrentadas pelos direitos sociais: *reserva do economicamente possível*, ante a qual se questiona a capacidade orçamentária do Estado de arcar com o “custo do direito”¹³ sem comprometer outras obrigações, e a *reserva de competência do legislador*, que restringe à lei infraconstitucional a definição do alcance da previsão constitucional, vedando ao Poder Judiciário sua efetivação direta.

Num primeiro plano, tais reservas não atingem os direitos fundamentais relativos à liberdade ou à garantia da propriedade, como reconhece Canotilho:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.¹⁴

É, portanto, precária a juridicidade dos direitos sociais, por terem sua exigibilidade condicionada aos “cofres cheios”, o que obscurece, muitas vezes, que eles são, antes de tudo, uma *decisão política* que deveria ser tratada prioritariamente nas definições orçamentárias. Ao contrário disso, assiste-se sim a sua habitual postergação. Noutras palavras, a “escassez de

¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 490-501.

¹³ “Como dá conta a problemática posta pelo ‘custo dos direitos’, por sua vez, indissociável da assim designada ‘reserva do possível’ (que, consoante já visto, não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez mais agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 373.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 477.

recursos” nunca deveria atingir primeiramente os direitos sociais, mas é o que ocorre, porque as forças políticas dominantes sempre conseguem impor seus interesses como prioritários.

Para entender o crescente achatamento do *possível*, não deve restar dúvida de que o neoliberalismo “tem o objetivo de transferir riqueza para cima, ao retirar ou diminuir benefícios, proteções, regras de pagamento e de emprego [...]”.¹⁵ Como, então, garantir “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, declarados constitucionalmente (art. 6.º) como direitos sociais? Como garantir os direitos dos trabalhadores nos termos da Constituição (art. 7.º a 11), se a Constituição como um todo é objeto de alterações que a enfraquecem?

A *grosso modo*, os direitos sociais são os direitos dos trabalhadores (incluídos aqui os desempregados), daqueles que precisam que o Estado forneça gratuitamente educação, saúde, moradia etc., porque não podem pagar por elas. O interesse dos potenciais beneficiários dos direitos sociais é claramente inconciliável com os interesses do capital neoliberal, que se aproveita, inclusive, da fragilidade em que o “modelo” lança a parcela majoritária da sociedade.

No estágio atual do enfrentamento entre capital e sociedade, a cada dia mais a educação, a previdência, a segurança e a saúde bifurcam-se entre o sucateamento e a privatização. Desse modo, todos aqueles que não podem pagar pelos bens necessários a sua subsistência são levados a lutar entre si pelo que resta de *público* nos serviços essenciais.

Contudo, a rigor, não deveriam chamar tanto a atenção, no universo teórico dos direitos fundamentais, a *reserva do possível* e o *custo dos direitos*.¹⁶ Afirmar que a concretização de diversos direitos depende da existência de recursos econômicos é quase uma constatação trivial, até mesmo um truísmo. A que se deve, então, que tantas páginas tenham sido dedicadas a compatibilizar a previsão desses direitos com a expectativa remota de que o Estado um dia possa pagar por eles? Como diz Sarlet, “muitas vezes a

¹⁵ PETRAS, James. O neoliberalismo e a vida cotidiana. In: _____. *A armadilha neoliberal*. São Paulo: Xamã, 1999. p. 12.

¹⁶ A propósito, ver a dissertação de AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, em especial as referências (p. 71-80) à obra de HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. 1999.

reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social”.¹⁷

As afirmações a respeito dos direitos fundamentais costumam conter excessivo otimismo, como, exemplarmente, a definição de Miranda dos direitos sociais como “direitos à libertação da opressão social da necessidade”.¹⁸ Ou mesmo de Bonavides ao afirmar: “A verdade abstrata do século XVIII tocante aos direitos humanos será, por conseguinte, a verdade concreta do século XXI se a ciência das Constituições sobreviver às impugnações neoliberais”.¹⁹

Tal otimismo, no entanto, é correlato ao absoluto pessimismo de que é tomado todo aquele que pretende a emancipação humana ou mesmo uma maior *humanização* das relações sociais sob o jugo do capitalismo, quando observa que a maioria dos indicadores aponta para crises ainda maiores, das quais, talvez não apenas o capitalismo, mas a humanidade não sobreviva.

Aventa-se, atualmente, o fim da etapa neoliberal do capitalismo, que estaria comprometendo a manutenção do sistema como um todo ao empreender maciçamente práticas que são destrutivas também contra si próprio. Economistas do porte de Belluzzo, contudo, discordam em parte desse diagnóstico. Para Belluzzo, cairá primeiro a teoria:

¹⁷ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 375. Noutro artigo, volta o tema: “A diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em xeque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, à liberdade e à igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e da violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, à vida, à integridade corporal, à intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. p. 137.

¹⁸ Citado por SARLET, Ingo W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999. p. 149.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31.

Tal como a Hipótese dos Mercados Eficientes, a ideologia neoliberal estrebucha, alvejada por sua própria fuzilaria. Os tiros ricocheteiam na realidade da finança desregulada. Conservadores e progressistas clamam pela imposição de regras para conter os desvarios do mercado. As crises financeiras multiplicam-se desde os anos 80. Se a frequência dos episódios compromete o prestígio dos curandeiros dos mercados desimpedidos, ainda não abalrou o poder dos patrões da finança e de seus aliados nos bancos centrais. É cedo para proclamar as exéquias do neoliberalismo.²⁰

Em artigos mais recentes, escritos no calor da crise econômica atual, o mesmo economista temse dedicado a apontar como os “graúdos da finança” e seus “lacaio intelectuais” resistem com o mesmo discurso à regulação de suas atividades. Segundo Belluzzo, eles “estão na mídia dispostos a utilizar quaisquer argumentos para desqualificar as críticas aos métodos e procedimentos utilizados no ciclo financeiro recente”.²¹ Desse modo, continua válida sua assertiva no texto citado acima, de que ainda é “cedo para proclamar as exéquias do neoliberalismo”, o que significa dizer que é cedo para imaginar que, junto com um conjunto de medidas reguladoras do mercado financeiro, que poderiam fortalecer a presença estatal na economia, assistir-se-á ao fortalecimento de medidas protetivas também na área dos direitos sociais.

Como já foi dito acima, o momento atual é, pelo contrário, de oportunismo das grandes empresas (algumas das quais sabidamente rechearam seus cofres nas últimas décadas) para, sob o argumento da crise, atacarem de modo mais temerário os direitos dos trabalhadores. Bancos, siderúrgicas, empreiteiras, enfim, empresas de porte assustador, algumas até mesmo com posição quase monopolista em alguns mercados, que até há pouco tempo exibiam orgulhosamente, sem pudores, os seus lucros líquidos anuais – *de repente, não mais que de repente* – se afirmam combalidas e deficitárias, necessitando do socorro governamental.

Esse socorro, sabe-se, envolve, mais uma vez, tanto o ataque à proteção social dos seus trabalhadores, quanto a diminuição da arrecadação tributária sobre seus produtos, bem como o aporte direto de recursos financeiros.

²⁰ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Mantida por aparelhos. *Carta Capital*, ano XIV, p. 29, 23 de abril de 2008.

²¹ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Pirâmides e miragens. *Carta Capital*, ano XIV, p. 27, 24 de dezembro de 2008.

Não é difícil concluir que, num contexto com tais características, o *possível* dos direitos sociais também é frontalmente atingido, pois o Estado diminui sua arrecadação e, ao mesmo tempo, é alvo de pressões dos grupos econômicos – ainda maiores do que as de costume! – para “reorientar suas prioridades” no sentido do combate à crise, o que deve ser feito por meio das empresas, não diretamente aos trabalhadores.

Os direitos sociais, que, segundo a doutrina neoliberal, “custam caro”, “engordam a máquina estatal”, “entram o desenvolvimento econômico”, continuam, portanto, na mira dos críticos: em tempos de bonança, são atacados por representar “paternalismo”; em tempos de crise, são igualmente atacados, mas agora em nome de um paternalismo às avessas, que protege as empresas e entrega os trabalhadores quase a um hobbesiano *estado de natureza*.

Num país como o Brasil, em que a Constituição Federal vigente, mesmo tendo sido promulgada no auge da investida política dos países ricos pela neoliberalização econômica dos países em desenvolvimento, garante *ainda* diversos direitos identificados com o modelo do Estado de Bem-Estar Social, é de se prever que o *senso de oportunidade* da classe dominante não deixará escapar a ocasião criada pela crise econômica e seu conseqüente clima de terror para forjar condições de dominação ainda mais favoráveis para o desejado *pós-crise*.

Ora, a lógica de toda essa situação, do ponto de vista da classe dominante, é evidente: se alguém deve sair prejudicado da crise, que sejam os trabalhadores – e o Estado. Do mesmo modo, se alguém deve tirar proveito dela, que seja a classe “que gera empregos”. Lógica esta que, aliás, já foi perfeitamente inscrita na máxima que bem resume a relação que os capitalistas desejam (e, em geral, conseguem) ter com a sociedade: “privatização do lucro, socialização do prejuízo”.

Enfim, por sua clara ofensiva aos direitos fundamentais sociais, que entendemos como condição de realização da maior parcela dos direitos fundamentais em geral, o neoliberalismo – que consiste na “política do capitalismo ‘puro e duro’”,²² o mais selvagem possível – é hoje o grande inimigo dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, daqueles que os defendem. Portanto, a luta pelos Direitos Humanos deve passar por uma luta contra o capitalismo neoliberal (por mais que aqueles mesmos Direitos

²² BOITO JÚNIOR, Armando. *Política neoliberal e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, 1999. p. 231.

Humanos sempre tenham servido e ainda sirvam como veículo à expansão da ideologia e das práticas liberais),²³ sob pena de se contentar com um papel muito pequeno (o *possível*!) diante da barbárie que a reprodução do capital não cansa de aprofundar.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Mantida por aparelhos. *Carta Capital*, ano XIV, n. 492, 23 de abril de 2008.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Pirâmides e miragens, *Carta Capital*, ano XIV, p. 27, 24 de dezembro de 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOITO JR., Armando. *Política neoliberal e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHAUÍ, Marilena. Ideologia neoliberal e universidade. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). *Os sentidos da democracia*: políticas do dissenso e hegemonia global. 2. ed. São Paulo: Vozes, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência e neoliberalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

²³ Sobre a estreita relação entre direitos humanos e interesses liberais, ver o revelador ensaio de MUTUA, Makau Wa. The ideology of human rights. *Virginia Journal of International Law*, v. 36, n. 3, Spring 1996, p. 589-657.

GALVÃO, Andréia. *Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan/ Fapesp, 2007.

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford, 2007.

MUTUA, Makau wa. The ideology of human rights. *Virginia Journal of International Law*, v. 36, n. 3, Spring 1996, p. 589-657.

NUNES, António José Avelã. A Constituição Européia: a constitucionalização do neoliberalismo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 63-118.

PETRAS, James. O neoliberalismo e a vida cotidiana. In: _____. *A armadilha neoliberal*. São Paulo: Xamã, 1999.

ROSENMANN, Marcos Roitman. Neoliberalismo. In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana (Coord.). *Latinoamericana: enciclopédia contemporânea da América Latina e do Caribe*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 848-855.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: _____. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SAES, Décio Azevedo Marques. Direitos sociais e transição para o capitalismo: o caso da primeira república brasileira (1889-1930). *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 11, n. 20, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, Maria da Conceição. O leilão dos perdedores. In: _____. *Destruição não criadora*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

PARA A SUPERAÇÃO DAS CONCEPÇÕES ABSTRATAS E FORMALISTAS DA FORMA JURÍDICA

Enoque Feitosa*

Introdução

Esse artigo tem como objetivo analisar os motivos pelos quais a visão liberal-individualista, expressão política do normativismo abstrato, tenta limitar as reivindicações acerca de justiça, cidadania e direitos fundamentais, ao terreno das garantias individuais e, ao mesmo tempo, busca enfrentar o desafio de repor os termos da relação entre modelos universalistas do direito e o reconhecimento das singularidades de que dependem sua concretização.

Para tanto, discute a tese específica pela qual conceber os Direitos Humanos, como dotados de caráter universalista – não levando em conta que sua concretização tem interdependência com as especificidades de cada sociedade e de cada cultura –, é não olhar o fenômeno jurídico como uma construção social, pelo que, não constitui uma sólida compreensão histórico-sociológica e intercultural do direito ignorar como as diversas formas de relações sociais criam suas próprias formas de relações jurídicas.

Assim, e num primeiro momento, pretende-se enfrentar o desdém com que se tenta caracterizar a reflexão sobre a premente questão da concretização dos direitos sociais, estratégia em geral levada a cabo pela apologia dos direitos individuais, como prerrogativas que põem o indivíduo contra a sociedade.

* Doutor em Direito e Doutor em Filosofia. Professor nos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia, ambos na UFPB. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Marxismo e Direito”. Advogado.

Em outros termos, como se a concretização de uma geração de direitos estivesse em contradição (ou em relação hierárquica) com a outra e excluindo, da concepção do primeiro deles, qualquer elemento da chamada *questão social*.

Esse erro sucede, entre vários motivos, por um ponto que será objeto de nosso trabalho: por seu lugar social, os juristas, em sua maioria, são – de certa forma e em variados níveis – reféns de ilusões referenciais, que se expressam na crença acerca do suposto caráter neutro do fenômeno jurídico e relevam que a forma jurídica se constitui numa estrutura de justificação de decisões, que visam neutralizar expectativas nem sempre prontas a serem atendidas.

Uma concepção historicamente situada, acerca do direito, só adquire potencial heurístico se e na medida em que reconhecer indivíduos reais, em suas condições materiais de vida. Assim, compreender o fenômeno jurídico, numa perspectiva que dê conta da premência de materializá-los, demanda perceber que seu ponto de partida não pode se limitar ao sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções do século XIX, porque o direito contemporâneo não pode prescindir desses novos contextos.

Para dar conta dessa abordagem, o trabalho, num primeiro momento, examina a forma jurídica como campo social de permanente tensão entre sua percepção, como promessa formal, inserida em textos sem eficácia e as demandas por sua concretização.

A crítica à visão liberal-abstrata acerca dos direitos humanos

O projeto de formalização do saber jurídico, que foi sintetizado na consigna de depuração da teoria do direito, visando a “garantir um conhecimento apenas dirigido ao âmbito jurídico, excluindo tudo quanto não pertença ao seu objeto e libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes seriam estranhos”¹ – para poder, com tal “depuração”, ser ciência e não, conforme seu formulador, Kelsen, *política do direito* –, ainda hoje tem um peso imenso na consciência e no senso comum teórico dos juristas, para usar o neologismo proposto por Warat, no sentido de que uma teoria do direito, que se pretenda apta a examinar seus pressupostos, possa contar com um conceito operacional que dê conta da dimensão ideológica das, assim chamadas, *verdades jurídicas*.²

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 1.

² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Safe, 1994. p. 13. v. 1.

Para esse modo de conceber a forma jurídica, a crítica externa ao direito, isto é, aquela que examina seus condicionantes sociais, ainda que acompanhada de uma crítica interna (aquela que leva em conta as características, pressupostos e constrangimentos da atividade dogmática), não teria a dignidade de uma ciência (ao menos, de uma ciência do direito), sendo tão só ideologia e jamais equiparada à crítica interna, isolada de seus condicionamentos e cujo mérito consistiria em lidar com os institutos dogmáticos, aceitando-os como dados prévios, isto é, pilares incondicionados de exame da forma jurídica e, supostamente por isso, mais apta a instaurar uma compreensão exata do seu objeto.

A necessidade de construção de um campo autônomo para exame do direito, não pode ser uma objeção para não refletir sobre as contribuições de outros saberes ao universo de compreensão do jurídico, visto que muitas das observações dos críticos da forma jurídica, ou seja, das chamadas teorias sobre o direito implicam, na maior parte dos casos, uma “teoria sociológica do direito,”³ que nem por isso é menos legítima que qualquer teoria purificada.

O que se ignora é que os críticos da forma jurídica, ou mesmo especificamente, dos Direitos Humanos, como promessas formais e abstratas (sob o pretexto que essa é a garantia de sua universalização), ainda que critiquem o direito – e no limite proponham sua extinção – em quaisquer das formas com os quais a crítica se apresente – não teriam por obrigação intelectual a elaboração de uma teoria do direito, mas empreender a formulação da superação dessa esfera parcial da sociabilidade humana.

Por isso, tratar o direito, que é, claramente, uma relação social, só se concebe encarando-o como fenômeno político, histórico, societal e, conseqüentemente, vendo a sua aplicação e reprodução (social, acadêmica, etc.) como uma prática em constante diálogo com outros saberes e sem a qual perde inteligibilidade.

Para tanto, a tarefa que se propõe, no presente texto, é a de criticar modelos que idealizam o direito, o afastam da vida social e tentam caracterizá-lo como uma esfera acima das classes, neutra e supostamente

³ BOBBIO, Norberto. Marx e a teoria do direito. In: _____. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 207, 219. Entre os autores nacionais, a inexistência de uma teoria do direito em Marx pode ser encontrada em: LYRA FILHO, Roberto. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre: Safe / IARS, 1983. p. 11-12, 17, 21-22, 25, 30, 38, 41-42.

desinteressada quanto aos conflitos humanos com os quais lida, evidenciando-as como perspectiva ingênua ou como mera abordagem / discurso ideológico claramente interessado em difundir uma imagem invertida do que de fato é a forma jurídica.

A objeção, geralmente levantada, que o direito é neutro em razão do princípio da imparcialidade do juiz, é uma falácia, visto que não se confunde uma coisa com outra. O exame racional de qualquer problema pede ponderação e não neutralidade, visto que ninguém, para julgar, abdica de crenças, formação e outros valores. É tola e absurda a pretensão de que o juiz seja imparcial, quando o legislador não o é, na medida em que a imparcialidade é só a forma, nunca o conteúdo do direito, pois não é ocioso lembrar que toda forma é sempre forma de um conteúdo.⁴

Por outro lado, com a crescente afirmação do que se chama cultura dos direitos, tem ganho relevância, por um lado, a crescente afirmação de políticas públicas que visem a promovê-los e, por outro lado, as demandas dos mais diversos setores da sociedade por sua concretização, visto que, como antes mencionado, não basta a existência formal de direitos para que eles possam gozar de eficácia.

Esse quadro de referência conduz à necessidade de dialogarmos mesmo com as visões que criticam alguns dos fundamentos desses direitos, notadamente aquelas que promovem críticas às visões particularistas e individualistas acerca dos mesmos.

Já há um consenso razoável entre os que defendem uma concepção de concretização do direito, no sentido de que se lida, sem preconceitos, com os estudos que criticam o modelo liberal-individualista dos direitos humanos. Isso pelo fato de que, quando se busca debater sua concretização, muitas vezes o consenso supramencionado se esvai por razões que se examinarão no próximo ponto; a principal delas é que tais direitos, como o direito em geral, é uma construção histórica, social, dependente do espaço, do tempo e da cultura.

Enfatiza-se, em razão dessa constatação, a premência de abordar a crítica à concepção de Direitos Humanos oriunda das revoluções burguesas do século XIX, que, em razão da correlação política então existente, erigiu

⁴ MARX, Carlos. La ley sobre los robos de leña. In: _____. *Escritos de juventud*. México: FCE, 1987. p. 281-282.

sua concepção de tais direitos, como garantias do indivíduo egoísta e em contradição permanente com os interesses da sociedade.

Essa discussão, igualmente, avulta em importância pelo fato – nem sempre percebido pelos que formulam modelos para uma teoria sobre fundamentação / justificação dos direitos humanos – de que a única forma de negar o caráter contextual, temporal, relativos, enfim, dos mesmos, obrigaria, teoricamente, a afirmá-los como dotados de um fundamento prévio, independentemente da história e acima dos humanos, portanto resgatando uma concepção oitocentista, pela qual esses direitos seriam ideais a serem perseguidos e não garantias a serem exigidas aqui e agora.

Ademais, essa visão essencialista, na qual o modelo jusnaturalista se insere, independentemente das boas-intenções de seus formuladores, imobiliza a luta pela transformação das relações sociais, das quais a forma jurídica é uma das expressões, na medida em que têm em comum o fato de defender um fundamento anterior e superior para o direito existente, com o que se desobrigaria da tarefa de sua necessária justificação.

Acerca da existência de uma fundamentação dos direitos anterior e superior ao direito

A crença no direito e na razão, como fatores desvinculados da vontade política concreta (nem sempre representativa da *vontade geral*, mesmo que na maioria dos casos esta se limite à contagem circunstancial de cabeças) e não suposta ou pressuposta, sempre marcaram fortemente a herança liberal nesse campo, caracterizada na maioria dos enquanto mera apologia, dos “direitos do membro da sociedade burguesa, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade”.⁵

Tanto do ponto de vista filosófico quanto de uma análise da sociedade, veio do marxismo a principal crítica de princípio a essa forma de ver o direito e, por via reflexa, o programa de Direitos Humanos derivados das revoluções do século XVIII.

Mas, o que essa crítica significaria? Uma renúncia ou recusa a qualquer reivindicação acerca do direito? A resposta a essa questão é pela negativa. Até meados da década de 40 do século XIX, fica patente, nos escritos do fundador dessa corrente de pensamento, isto é, Marx, sua consciência acerca da importância das reivindicações democráticas, portanto no campo em que existem e atuam relações de Estado e de direito.

⁵ MARX, Karl. *Para a questão judaica*. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 63.

Sua crítica ao direito burguês, direito moderno por excelência, do qual a reivindicação ao direito de propriedade privada é expressão, situa-se no terreno no qual as lutas concretas – mesmo que sob a capa jurídica – se concretizam e por elas são determinadas.

Tal crítica só deixa claro o fato de que a forma jurídica, quando regula sobre liberdade e igualdade na sociedade burguesa, nada mais faz do que evidenciar os problemas do caráter classista dos negócios humanos, sob a sociabilidade do capital, mostrando o direito como terreno de regulação dessas mesmas relações, sem olvidar que isso não o impede de (o direito) incidir sobre outros elementos da vida social.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão, aprovada pela Convenção Nacional, em 1793 e afixada no lugar de suas reuniões, o documento mais radical para aquela época e que prescrevia em seus dois primeiros artigos que os homens [era essa a fórmula de então] tinham direito, naturais (sic) e imprescritíveis, à igualdade, liberdade, segurança e propriedade – é, em nosso ver, atingida – e, portanto, está subsumida – na crítica de Marx não apenas ao direito, mas a uma determinada concepção de direitos humanos.

Mas isso não identifica a crítica das abstrações do direito às daqueles que criticavam a declaração, não pelo que ela tinha de limites (Burke, por exemplo, que considerava a declaração francesa insípida e a via como fragmentos de papel exaltando supostos direitos do homem. Para ele, natural era, literalmente, “o respeito ao rei e o temor a deus”).⁶

O ponto de vista aqui defendido, no sentido da concretização dos Direitos Humanos, é o de apontar a limitação desses direitos quando eles se restringem a exaltação ao individualismo liberal, ao invés de apontar para a superação desses limites, através da afirmação social plena do humano.

A visão liberal-individualista tenta, insistentemente, limitar as reivindicações dos Direitos Humanos ao terreno das garantias individuais, no que resultam os Direitos Humanos em meras garantias formais, sem efetividade, e a serem imoladas eternamente no “altar” da vida real, que garante liberdade de opinião, direito de ir e vir, direito de propriedade e tanto mais, aos que não têm espaços midiáticos para opinar, não têm como sobreviver, quanto mais ir e vir e não devem aspirar a quaisquer

⁶ BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Brasília: UnB, 1982. p. 196.

medidas democratizantes da propriedade da terra, do controle público dos cartéis, monopólios privados e do sistema financeiro.

Se olhada pelo contexto da negativa de fundamentos anteriores e superiores para o direito, a crítica aos Direitos Humanos proporciona consistência a uma reflexão acerca desses direitos, no sentido de possibilitar sua concretização para as amplas maiorias excluídas. Isso pelo fato de, muitas vezes ocultado, que a forma jurídica, em regra, atua numa dupla direção: a) universalizando apenas no âmbito formal os direitos para as maiorias e, b) consagrando direitos individuais que, na maioria dos casos, só uma minoria, dotada de poder econômico, desfruta, notadamente no que concerne à apropriação privada.

Ora, a ideia, tipicamente jusnaturalista – de que haveria certos direitos superiores e anteriores a qualquer ordem jurídica –, pode aparentemente fornecer um fundamento aos Direitos Humanos, mas deixa fora uma questão: Quem define esse “fundamento”?

Por outro lado, esse modelo não nos livra, ao contrário, pode nos conduzir, à intolerância, visto que estabelece um critério claramente eurocêntrico pelo qual as sociedades diferentes da nossa – indígena, islâmica, africana, afegã, iraquiana, iraniana, palestina etc. – ao não respeitarem os Direitos Humanos (ou o que nossa cultura e nossa tradição entendem enquanto tal) seriam passíveis de punições e enquadramento, gerando o paradoxo pelo qual a violência seria meio garantidor da implantação de Direitos Humanos!

A crítica à concepção formalista dos direitos humanos

Mesmo para quem tem uma atitude cética em relação ao direito e, por causa dela, defenda até, como objetivo político tardio, a eliminação da forma jurídica, como manifestação de uma realidade alienada, não há porque negar sua operacionalidade e inevitabilidade histórica nas sociedades marcadas por conflitos distributivos. Por isso, no âmbito do direito, por “coerção externa” não se deve entender apenas a coerção estatal – baionetas e polícia –, mas as condições de vida material. As primeiras, longe de constituírem o fundamento da sociedade, são apenas exteriorizações da sua própria divisão.⁷

⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 462.

Perceber esses elementos ideológicos, que permeiam o âmbito jurídico (e que visam a justificar, em última instância, a manutenção do *status quo*), não significa necessariamente adesão a uma atitude de negação imediata do direito.

Assim, pode-se começar a antever que o fundamento da concepção crítica acerca do âmbito jurídico – que aqui se defende – apoia-se num marco teórico que privilegia a ação humana como práxis social e nela inclui o direito como categoria inserida na História. A própria admissão do direito de apropriação privada das riquezas socialmente produzidas, como algo inerente ao ser humano, e não como resultado de um movimento histórico que, no tempo em que abolia as relações feudais, criou outra forma de relação, nubla uma apreciação adequada, isto é, da História, como movimento da totalidade social.

O que se evidencia, então, é essa antinomia da inserção do direito de propriedade como um dos principais direitos humanos, oponível *erga omnes*, para aqui se usar uma expressão cara aos juristas, e se ignora o fato – jurídico e social, com rebatimento na concepção que se defende de direitos humanos – de que,

se se entende que toda transgressão contra a propriedade é um roubo, não seria um roubo toda apropriação privada? Acaso minha propriedade privada não exclui a todo terceiro desta propriedade? Com isso, não lesiono, por sua consequência, o direito de propriedade dele?⁸

E é esse o aspecto fundamental de nossa análise, que aqui toma um aspecto concreto do âmbito jurídico: o seu uso como discurso de justificação do poder e da solução controlada de conflitos que seu exercício permite, equilibrando coerção e consentimento.⁹

É óbvio que, ao construir todos os que defendem essa crítica à concepção oitocentista de Direitos Humanos, como meras garantias formais, visa a inviabilizar o discurso liberal, notadamente na justificação do direito de propriedade,¹⁰ cujo centro é a apropriação privada dos meios de

⁸ MARX, Carlos. Los debates de la 6ª Dieta Renana sobre la ley castigando los robos de leña. In: _____. *Escritos de juventud*. México: FCE, 1987. p. 248.

⁹ FEITOSA, Enoque. *Estado e sociedade civil em Gramsci: entre coerção e consentimento*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 367-392.

¹⁰ MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 106.

produção, e que é a fonte fundamental das desigualdades sociais. Com isso, o sustentáculo de boa parte das idéias, que fazem parte do senso comum jurídico e do compêndio de ilusões que ele constitui, estaria solapado pela base.

No entanto, os que cindem, de um lado, a crítica à forma injusta de organização da sociedade, e a separam da concepção idealista que têm sobre o jurídico, acabam por se tornarem presa dessa visão parcial e acrítica do direito, não conseguindo superar esse compêndio de ilusões que constituem o chamado senso comum teórico dos juristas.

E não conseguem porque se está preso a essas ilusões referenciais, aderindo às crenças acerca do suposto caráter neutro do fenômeno jurídico ou porque se espera do direito uma racionalidade essencialista e previamente constituída, que a forma jurídica, como estrutura de justificação de decisões, que visam a neutralizar expectativas, nem sempre prontas a serem atendidas, não pode oferecer.

Em outros termos:

Essas teorias (da racionalidade “intrínseca” do direito – os autores) permanecem, ao mesmo tempo, sujeitas a dois ataques simultâneos: para quem está “de fora” do discurso jurídico, isto é, a maioria dos cidadãos, a autoridade legal tem de ser justificada [...] e essas justificações recorrem de imediato à razão ou à vontade para avaliar os produtos desse discurso. [...] Não é surpreendente que a academia reproduza a tensão entre os valores fundamentais da ordem jurídica. [...] Suas debilidades são apenas um reflexo da incoerência que está no centro do Estado de direito (KAHN, 2001, p. 38).

Essas *ilusões de referência* também se sustentam em termos vagos e genéricos, truísmos pouco discutidos e em favor dos quais há pouca simpatia de vê-los questionados, a exemplo da expressão *direito legítimo*.

Assim, em relação aos direitos humanos, como fato social, o jurista nada mais faz que uma forma de justificação política dos mesmos, quando também importa entendê-lo em suas condicionantes sociais. Só que, para realizar tal intento, a pré-condição deve ser, em relação ao âmbito jurídico, a de uma única atitude científica possível (embora os juristas reivindiquem para o seu saber um *status* de ciência, eles quase que não adotam a atitude que aqui se propõe): um ceticismo esclarecido, ou, mais simplesmente,

um ceticismo metódico, que consiste em duvidar das obviedades e verdades *estabelecidas* e sagradas quanto ao direito, notadamente aquelas ditas eternas e imutáveis e que, não por coincidência, têm um papel regressivo, como, por exemplo, a justificação do direito de propriedade, como parte dos direitos humanos, sem se dar conta, ou ocultando que, esse direito *erga omnes*, que opõe o direito de seu titular contra todos os demais, isto é, contra toda sociedade, acaba por negar o direito da maioria em favor de uma minoria.

A tensão entre coerção e consentimento na concretização dos direitos humanos

Nas análises críticas do direito, qualquer que seja a perspectiva (cultural, política, sociológica, filosófica, etc.) o que chama a atenção é que, diferentemente das formas tradicionais de compreensão do jurídico – umas afirmando o direito como resultante de valores “intrínsecos”, preestabelecidos, a-históricos, acima e além de qualquer direito, situado antes mesmo e independente das necessidades concretas desse mundo – o que se busca é ver o fenômeno jurídico como parte do movimento real da história humana e não como dogmas elaborados de forma cerebrina, ou seja, afastada da vida social.¹¹

Uma concepção historicamente situada do direito só adquire potencial heurístico se e na medida em que “reconhecer os indivíduos reais, sua ação e suas condições materiais de vida, tanto as já existentes como as resultantes de sua ação, pressupostos só constatáveis por via empírica, o que não quer dizer que não possam ser abstraídos por necessidades metódicas”.¹²

Compreender o fenômeno jurídico demanda perceber que o ponto de partida não pode se limitar ao indivíduo isolado, ou seja, o sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções burguesas do século XIX.

¹¹ A célebre afirmação de Marx, pela qual “não há história do direito”, poderia ser, equivocada ou interessadamente, esgrimida para negar o caráter histórico do fenômeno jurídico. Mas ela, para quem fundou o materialismo histórico, ou: a) é tomada como uma simples anotação para ideias a serem posteriormente desenvolvidas visto que, na mesma obra, Marx e Engels esboçam uma ... história do direito, ou, b) seria inteligível, na obra que funda o método histórico de Marx, no sentido de afirmar que não há história do direito, por que o direito está subsumido à história da luta de classes. Para essa questão, ver: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, p. 77. 330-331.

¹² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 86-87.

Ver o sujeito de direito como indivíduo – é assim na concepção liberal – e não como resultado histórico, constitui-se num erro metodológico de imaginar uma suposta produção desse indivíduo fora da coletividade.

Não se constitui, numa sólida compreensão do âmbito jurídico, àquelas que ignoram (ou ocultam), como as diversas formas de relações de produção criam suas próprias formas de relações jurídicas e que, por via reflexa, também ignoram a possibilidade de o direito se expressar como direito da força e mais: que tal forma não apenas se coaduna com um Estado de Direito como não lhe é conflitiva.¹³

O fato de, no âmbito da produção acadêmica sobre teoria geral, sociologia e filosofia do direito, e, por que não, no ensino dos direitos humanos, não se ter utilizado todas as possibilidades do pensamento crítico, aponta para a necessidade de que, também no nosso campo de estudos e de prática, tais derivações sejam exploradas ao máximo, sem posições preconcebidas, mas também sem preconceitos que busquem legitimar o banimento nas faculdades de direito das vertentes mais expressivas de nossa cultura.

Trata-se de um erro se, em função de dogmas prévios, se deixar de aproveitar, como o faz a economia, a sociologia e outros campos do saber – as contribuições de autores fora do âmbito jurídico (sociólogos, filósofos, historiadores), para a formulação de outros olhares sobre o direito.

Em qualquer das ocasiões nas quais o jurista tenha de se defrontar, inclusive no âmbito dos chamados Direitos Humanos, com problemas que envolvam interesses materiais e em situações que demandavam o uso do raciocínio judicial, não há como não se ter de combinar a desmitificação da forma jurídica com o desvelar de seus mecanismos (refinados) de justificação interna, isto é, fazer teoria do direito e teoria sobre o direito, para não cair na cilada teórica (e ideológica), pela qual o direito se justifica por si mesmo e independente da sociedade a qual regula.

Isso nos conduz ao problema final (e este é um ponto essencial): O que o direito busca justificar? Se a resposta consistisse em afirmar que o direito visa a justificar suas próprias decisões, ela levaria a um paradoxo, pelo qual ao direito incumbiria justificar o que já está decidido!

E, ainda que parcialmente o direito faça isso – justifique o já determinado (o que não constitui exatamente uma visão otimista do direito,

¹³ MARX, Karl. *Para a crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1978. p. 107.

ao menos para os que nele têm crenças em demasia) –, é preciso que se diga que ele justifica o poder, que assim busca se legitimar e, portanto, justifica a dominação, algo que, em sede de conclusão da presente exposição, a ideologia jurídica não admite, disfarçando o direito sob ideais vagos e genéricos como justiça, bem comum e paz social, valores a-históricos e cujo papel é apenas viabilizar politicamente a forma jurídica.

A luta pelos Direitos Humanos é a luta por sua concretização, é a luta para garantir os instrumentos de promoção da sociabilidade e não do isolamento e do egoísmo. Ser livre é ser plenamente senhor de si e isso só é possível em sociedade que promova a vida em plenitude. A liberdade é uma palavra muito nobre para, em seu nome, se sancionar as misérias deste mundo.

Como já se mostrou com agudeza, ninguém luta contra a liberdade em geral, no máximo se luta contra a liberdade dos outros, a fim de se garantir um modelo egoístico de sociedade. E é em razão disso que a experiência humana vivenciou os mais diversos tipos de liberdade, só que algumas como prerrogativas particulares.¹⁴ Trata-se, portanto, de ampliá-las ao máximo, tornando-as não meras declarações formais, mas parte da vida concreta da sociabilidade humana.

Referências

BOBBIO, Norberto. Marx e a teoria do direito. In: _____. *Nem com Marx, nem contra Marx*. São Paulo: Unesp, 2006.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução em França*. Brasília: UnB, 1982.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://www.caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2009.

FEITOSA, Enoque. *Estado e sociedade civil em Gramsci: entre coerção e consentimento*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir das relações entre verdade e interpretação*. 2008. Tese (Doutorado) – UFPE, Recife, 2008.

¹⁴ MARX, Karl. O debate da Dieta prussiana sobre a censura (Gazeta Renana, 12/05/1842). In: _____. *Liberdade de imprensa*. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 10.

- KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Madrid: Gedisa, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- LYRA FILHO, Roberto. *Karl, meu amigo: Diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre: Safe / Iars, 1983.
- MARX, Carlos. *Escritos de juventud*. México: FCE, 1987.
- MARX, Karl. *Crítica ao programa de Gotha*. São Paulo: ES, 1977.
- _____. *Para a crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1978.
- _____. *Grundrisse: elementos fundamentais para la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI, 1989.
- _____. *O Capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1989.
- _____. O debate da dieta prussiana sobre a censura (Gazeta Renana, 12/05/1842). In: _____. *Liberdade de imprensa*. Porto Alegre: L&PM, 2001.
- _____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- _____. *Para a questão judaica*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- _____; ENGELS, F. *A sagrada família*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- _____; _____. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Safe, 1994. v. 1.

DIREITOS HUMANOS E EMANCIPAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A RETIRADA DE CRUCIFIXOS DO TJ/RS À LUZ DA QUESTÃO JUDAICA, DE KARL MARX

Enzo Bello*
Rene José Keller**

Introdução

Karl Marx, em um só estudo, pôs os olhos sobre três questões fundamentais para a compreensão dos limites na relação entre Estado e religião: direitos humanos, emancipação política e emancipação humana. Na obra *Sobre a questão judaica*,¹ de 1843, Marx examina criticamente dois escritos do então jovem hegeliano Bruno Bauer, que tratavam da emancipação política dos judeus perante o Estado prussiano.

Embora a aparente descontinuidade temporal, é possível estabelecer uma linha de contato com a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), que decidiu pela retirada de crucifixos das suas dependências acessíveis ao público.² A discussão central

* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), Professor no Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Assessor de procurador-geral da República. Coordenador dos grupos de pesquisa “Direito e Marxismo” e “A cidadania contemporânea no ambiente urbano: direito e política na produção de novos direitos”.

** Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Bolsista Capes.

¹ MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

² Recentemente, o caso mais emblemático envolvendo a retirada de símbolos religiosos de espaços públicos ocorreu na Itália, país de população majoritariamente católica e cuja capital abriga a sede do Vaticano. A Itália foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em 18 de março de 2011, em razão de decisão interna, proferida em 2009, que vedava a

não se restringe à mera presença, ou não, de um símbolo religioso no ambiente de um órgão estatal, mas à própria ideia que se adota de emancipação política. Isto é, em que medida, a retirada de um símbolo religioso representa o aprofundamento parcial da noção de emancipação humana postulada por Marx?

O trabalho é dividido em três partes. A primeira aborda os fundamentos da decisão, percorrendo os argumentos dos desembargadores para justificar a retirada dos crucifixos em correlato ao princípio da laicidade do Estado. A segunda, por sua vez, procede um cotejo entre o julgado e a Questão Judaica propriamente, expondo o aspecto da emancipação política. Na última parte, é abordada a religião, como um direito humano universal, dentro da perspectiva norteadora do estudo.

A abordagem será realizada a partir do método do materialismo histórico e dialético, desenvolvido por Marx e Engels, cuja premissa epistemológica está calcada na categoria da totalidade social.³ Essa preconiza uma compreensão ampla e não fragmentada do conhecimento, de modo que se possa ter uma visão abrangente sobre o fenômeno estudado, que extravasa as fronteiras do campo jurídico, bem como busca compreender suas relações reflexas com outras áreas do saber. Assim, tem-se a interdisciplinaridade como linha condutora na construção deste trabalho.

O princípio da laicidade do Estado e a decisão pela retirada de símbolo religioso das dependências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

No dia 6 de março de 2012, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente o pedido veiculado pela Liga Brasileira de Lésbicas e outros grupos sociais para a retirada de símbolos religiosos, notadamente os crucifixos, das dependências de amplo acesso ao público do referido tribunal. Eis a ementa do julgado:

exibição de crucifixos em escolas sob o fundamento do direito das crianças à liberdade de religião e pensamento. Sobre o tema, confira-se: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il "Crucifige!" e la democrazia*. Torino: Einaudi, 2007.

³ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 247-248.

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. PLEITO DE RETIRADA DOS CRUCIFIXOS E DEMAIS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EXPOSTOS NOS ESPAÇOS DO PODER JUDICIÁRIO DESTINADOS AO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. A presença de crucifixos e demais símbolos religiosos nos espaços do Poder Judiciário destinados ao público não se coaduna com o princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública e com a laicidade do Estado brasileiro, de modo que é impositivo o acolhimento do pleito deduzido por diversas entidades da sociedade civil no sentido de que seja determinada a retirada de tais elementos de cunho religioso das áreas em questão. PEDIDO ACOLHIDO.⁴

A decisão se baseou nos seguintes argumentos: (i) a laicidade do Estado brasileiro pressupõe o respeito tanto à profissão de fé do particular quanto à proteção do Estado em face da religião; (ii) o Estado deve adotar uma postura que se afaste de qualquer prática religiosa, evitando a exposição de símbolos dessa natureza, para garantir sua neutralidade diante dos diversos valores religiosos; (iii) a laicidade é garantia da liberdade religiosa; (iv) a presença de símbolo religioso em ambiente público ou em sala de audiência viola os princípios da impessoalidade da administração pública, da isonomia e da igualdade, além de (v) não situar o juiz em posição suficientemente equidistante para julgar casos em que dada religião tem posição determinada (aborto, união homoafetiva, etc.); (vi) é permitido aos magistrados ostentar símbolos religiosos, políticos, esportivos, etc. somente dentro de seus gabinetes.

Um problema que parecia estar resolvido secularmente, dissolvido na História, até hoje mostra seus desdobramentos e diversas facetas. É possível afirmar que, no Brasil, a exemplo da maior parte do mundo, todos os religiosos (e não religiosos) foram emancipados politicamente. Todavia, face à retirada de crucifixos pelo Judiciário gaúcho, segmentos religiosos passaram a pugnar pela permanência desses símbolos no campo, ao menos simbólico, da esfera estatal.

⁴ TJ/RS. Processo administrativo n. 0139-11/000348-0. Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/blogs/miltonribeiro/2012/03/06/tj-rs-um-dia-glorioso-para-o-rio-grande-do-sul-o-voto-completo-do-dr-claudio-maciel/>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

Sob o enfoque constitucional, o Brasil não se autoproclama Estado confessional católico desde 1824.⁵ A secularização no Brasil acompanhou, ainda que tardiamente, um movimento de ordem global deflagrado pelo Iluminismo. Somente com a promulgação da Constituição de 1891 reconheceu-se formalmente a separação entre religião e Estado, como fruto da instauração da república, influenciada pelas forças políticas liberais e positivistas, que disputavam o poder na época.⁶ Todas as Constituições subsequentes à imperial não adotaram uma religião oficial, havendo clara separação entre a religião predominante no País e o poder estatal. Ainda assim, como resquício da demasiada influência lusitana, a imagem de Cristo é ostentada em repartições públicas, como nas salas de julgamento dos tribunais.

A laicidade do Estado não se confunde com um Poder Público ateu, tampouco pode ensejar qualquer predileção por qualquer religião específica. A questão a ser enfrentada, portanto, consiste em se aferir em que medida a presença de um símbolo religioso, como o crucifixo; em um ambiente essencialmente estatal, subverte essa lógica de separação entre a religião e o Estado. Além disso, indaga-se se a circunstância de a maioria da população brasileira se declarar enquadrada em um viés religioso específico, católico,⁷ é suficiente para justificar uma simbiose entre o Estado e a religião.

A retirada do crucifixo e a emancipação política à luz da questão judaica

À época da reflexão sobre a questão judaica, nos idos de 1843, Karl Marx residia em Paris e já havia tido contato com as obras dos socialistas franceses, posteriormente denominados “utópicos”. Em seu conteúdo mais

⁵ “Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.” (MIRANDA, Jorge. *Constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: CNCDP, 2001, p. 238). Como afirma o autor (ibidem, p. 33), duas diferenças são enaltecidas em relação à religião na Constituição de 1824, em comparação com a portuguesa de 1826: a) a brasileira abre com a invocação da Santíssima Trindade; b) a portuguesa somente permite o culto de outras religiões a estrangeiros.

⁶ GUERRA, Bernardo Britto. *A difícil laicidade: o Estado entre o controle da hegemonia e o respeito à liberdade das religiões*. 2012. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Ciências Sociais) – Uerj, Rio de Janeiro, 2012.

⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTADÍSTICA – IBGE. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP60&t=populacao-por-religiao-populacao-presente-e-residente>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

abrangente, o estudo consistia em uma forte crítica ao anacronismo político e ao atraso do Estado alemão, bem como uma incipiente contestação à estrutura geral da sociedade capitalista, destacando-se o papel do judaísmo no curso do desenvolvimento desse modo de produção.⁸ A discussão centrava-se na possibilidade de (i) o Estado reconhecer os indivíduos na qualidade de cidadãos, independentemente da religião que ostentassem e (ii) da separação entre o poder estatal e a religião.

A obra deve ser analisada com certa cautela, pois foi produzida no período do denominado *jovem Marx*, não guardando algumas das suas formulações consonância com o método, posteriormente desenvolvido, do materialismo histórico e dialético, concebido como ciência da história.⁹ Marx iniciou o debate a partir de dois textos de Bruno Bauer, para quem a emancipação política pretendida pelos judeus deveria ser condicionada ao abandono de sua própria religião.¹⁰ O segundo jovem hegeliano preconizava a existência de um antagonismo meramente religioso entre judeus e cristãos.¹¹ Sustentava que, para se resolver essa oposição seria preciso inviabilizá-la e, a seu ver, o único meio para tal seria a superação da religião.¹² Portanto, mostrava-se necessário conceber a emancipação política e a emancipação humana a um só tempo. A luta pela emancipação

⁸ MÉSZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 71-72.

⁹ A nomenclatura *jovem Marx* e *velho Marx* passou a ser utilizada a partir do escrito de Louis Althusser. *La revolución teórica de Marx*. 13. ed. México, DF: Siglo XXI, 1975, no qual sustentava a existência de uma ruptura epistemológica na obra de Marx, nos idos de 1843 e 1844. A partir de então, Marx teria deixado para trás temas específicos da filosofia, do direito, da política e da literatura, assumindo um perfil mais “científico” em suas investigações e adotando como cerne a economia política. Roberto Lyra Filho censura essa postura que divide a obra de Marx em períodos, com a finalidade de conferir validade eterna a certos postulados – escritos em momentos de maturidade intelectual, denominando o problema de “beatice marxista”. Para o autor, “[...] Marx tanto pode estar certo e fecundo neste ou naquele período, independentemente das datas ‘evolutivas’, já que a validade ou invalidade das teses não é questão de cronologia”. Cf. LYRA FILHO, Roberto. *Karl, Meu amigo: diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.p. 33.

¹⁰ O posicionamento de Bauer expressava o imaginário de sua época. A título ilustrativo, cabe ressaltar que o pai de Marx se converteu do judaísmo ao cristianismo, com o objetivo de não ser mais alvo de perseguições e preconceitos nos meios sociais da política e da advocacia. (WHEEN, Francis. *Karl Marx: biografia*. Rio de Janeiro: Record, 2001. Desse modo, evidencia-se o caráter visionário à compreensão da emancipação política, como parte do processo de emancipação humana, como será explorado adiante.

¹¹ TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels: emancipação política e emancipação humana*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011. p. 75-76.

¹² MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 34.

política deveria resolver, ao menos em parte, a própria questão da emancipação humana.

Em caminho diverso, Marx destoa de Bauer ao não propagar a ideia do abandono da religião para que, então, se lute pela emancipação política, justificando faticamente a possibilidade da sua ocorrência, independentemente do desprendimento religioso. Marx considera que “se até mesmo nos países da emancipação política plena encontramos não só a *existência* da religião, mas a existência da mesma *em seu frescor e sua força vitais*, isso constitui a prova de que a presença da religião não contradiz a plenificação do Estado”.¹³ Portanto, Marx defendia que a emancipação política não estava condicionada ao abandono de determinada religião em específico; ao contrário, alguns países haviam conquistado a emancipação política, e seus respectivos povos ainda estavam apegados a uma visão religiosa. Foi o caso, por exemplo, da América do Norte, em que a emancipação política se deu em contexto de ampla religiosidade.¹⁴

Em harmonia com a cosmovisão preponderante na sociedade brasileira, o Judiciário (a exemplo dos demais órgãos públicos) não se sentia incomodado por ostentar figuras religiosas. Essa postura representa um apego à tradição medieval de confusão entre o Estado e a Igreja Católica, aos poucos superada com a emancipação política dos Estados nacionais, bem como denota a influência lusitana na formação social do Brasil.

Do ponto de vista histórico, ainda que tivesse como intento mitigar a força do Cristianismo no Brasil, a decisão pela retirada do crucifixo não atingiria esse resultado. Afinal, como asseverava Marx, existe uma necessidade de envolvimento do cidadão livre com a religião, mesmo no prisma secular. A limitação religiosa somente poderia ser abandonada quando solvidas suas restrições históricas.

A crítica ao Cristianismo, de Ludwig von Feuerbach, influenciou fortemente Marx, que professou na obra em análise o ateísmo antropológico.¹⁵ É o que se influi da seguinte passagem: “Não transformamos as questões mundanas em questões teológicas. Transformamos as questões teológicas em questões mundanas. Tendo a história sido dissolvida [...] em superstição, passamos agora a dissolver a

¹³ MARX, *ibidem*, p. 38.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Segundo Draiton Gonzaga de Souza (*O ateísmo antropológico de Ludwig Feuerbach*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1999. p. 34), Feuerbach utilizava a redução como princípio explicativo, notadamente ao reduzir a teologia à antropologia. Todavia, essa redução significa a própria elevação da teologia à antropologia.

superstição em história”.¹⁶ Isso remonta, em outros termos, ao defendido por Feuerbach quando refere que: “Demonstramos que o conteúdo e o objeto da religião é totalmente humano, demonstramos que o ministério da teologia é a antropologia, que a essência dividida é humana”.¹⁷ Marx destaca o fator humano na contradição entre o Estado e a religião. Por isso, Schütz afirma que o Estado assume em Feuerbach um *status* similar ao da religião.¹⁸

Ainda imbuído dos ensinamentos de Feuerbach, Marx pondera que tem validade no Estado cristão a alienação,¹⁹ não o homem. O único homem que tem valor é o rei, que, ainda assim, está vinculado a Deus. A influência de Feuerbach também se manifesta quando Marx aduz que o fundamento desse Estado não é o Cristianismo, mas seu fundamento humano.²⁰

Nesse contexto, Marx defende que a emancipação política, do judeu ou do homem religioso em geral, guarda justa proporção com a emancipação do Estado em relação ao Judaísmo, ao Cristianismo ou a outras religiões. Para o poder estatal assumir sua forma essencial, deve se emancipar da religião, e isso se dá por meio da emancipação da religião do Estado. Este deve, portanto, parar de professar uma religião e se declarar simplesmente como Estado. Ainda assim, a emancipação política tem uma limitação congênita, que não pode ser ignorada ou suprimida. Esse limite tem, como arrimo, o fato de o órgão estatal poder efetivamente ser libertado das “amarras” religiosas sem que o homem o tenha sido. Ou seja, o Estado pode ser livre sem que o homem possua essa condição.²¹

¹⁶ MARX, op. cit., p. 38. A visão fenomênica que se tem de Marx em torno da religião é comumente ligada à seguinte frase: “A religião é o ópio do povo.” In: MARX, Karl. *Crítica à filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 145. Nesse particular, Michel Löwy adverte que essa frase pode ser encontrada, sob diversos contextos, nos seguintes autores: Immanuel Kant, Ludwig Feuerbach, Bruno Bauer, Heinrich Heine, etc. O argumento do autor visa a situar a afirmação dentro do pensamento de um Marx ainda neo-hegeliano e discípulo de Feuerbach. (LÖWY, Michel et al. (Org.). *Marxismo e religión: ¿opio del Pueblo?* In: *La teoría marxista hoy: problemas e perspectivas*. Buenos Aires: Clacso, 2006. p. 282-283.

¹⁷ FEUERBACH, Ludwig. *A essência do cristianismo*. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 267.

¹⁸ SCHÜTZ, Rosalvo. *Religião e capitalismo: uma reflexão a partir de Feuerbach e Marx*. Porto Alegre: Edipucrs, p. 35.

¹⁹ “O apelo para que abandonem as ilusões a respeito da sua condição é o apelo para abandonarem uma condição de precisa de ilusões. [...] A crítica da religião liberta o homem da ilusão, de modo que pense, atue e configure a sua realidade como homem que perdeu as ilusões e reconquistou a razão, a fim de que ele gire em torno de si mesmo e, assim, em volta do ser verdadeiro sol.” MARX, op. cit., p. 145-146.

²⁰ Ibidem, p. 45.

²¹ Ibidem, p. 38-39.

A libertação política que provém da separação entre religião e Estado é uma anulação política mediada por ele próprio. A emancipação política ocorre somente quando condicionada pelo Estado em si, que possui sua forma específica de anular as diferenciações. A função precípua estatal de mediação não consiste em eliminar as diferenças fáticas (o homem professor, ou não, dada religião); ao contrário, o próprio Estado só existe por decorrência desses elementos,²² como expõe Tomás Bastian de Souza:²³ “Marx evidencia que o Estado nem sequer procura abolir esses elementos; ao contrário, *pressupõe* a sua existência efetiva. Só se constitui enquanto Estado *por cima* desses elementos particulares.” É, por isso, uma anulação essencialmente ideal.

Essa passagem de um estado de ausência de reconhecimento político para o de emancipação política traz consigo a crise do paradigma civilizacional. O reconhecimento moderno da cidadania tem, como reflexo, a dissociação entre o homem religioso em si (o católico, o judeu, etc.) e o cidadão. Ao lado de uma perspectiva de vida celestial, há a vida terrena, em que atua enxergando os demais como meios para obtenção de seus fins pessoais.²⁴

A questão basilar, que deve ser frisada, é que a retirada de crucifixos pelo TJ/RS não tem a capacidade de influir sobre a religiosidade real do homem. A emancipação política, compreendida também pela separação entre Estado e religião, não pretende eliminar a religiosidade da população, ao passo que o poder estatal não tem aptidão para promover tal ruptura no plano abstrato da consciência social. A decisão do TJ/RS representa a resolução da emancipação política, dentro das circunstâncias objetivas do Estado brasileiro, em pormenor dentro do Poder Judiciário.

O direito de ser religioso como direito humano universal

A decisão pela retirada dos crucifixos baseou-se essencialmente em argumentos jurídicos relacionados aos princípios da laicidade do Estado (arts. 5º, VI, e 19, I)²⁵ e da impessoalidade (art. 37, *caput*),²⁶ centrais no ordenamento constitucional brasileiro.²⁷ Ainda assim, ao menos dois pontos

²² Ibidem, p. 39-40.

²³ SOUZA, Tomás Bastian de. *Política e Direitos Humanos em Marx: da questão judaica à ideologia alemã*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 23.

²⁴ MARX, *op. cit.*, p. 40-41.

²⁵ Art. 5º, VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a

foram ofuscados na decisão do TJ/RS. O primeiro refere-se ao paralelo entre a retirada do crucifixo e a questão da emancipação política (consoante abordado no tópico antecessor). O segundo, ora sob análise, envolve o prisma dos direitos humanos.

Quando Marx analisou os direitos humanos em *Sobre a questão judaica*, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ainda era relativamente recente. O texto, de forte influência liberal, cindia os direitos humanos entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. Marx elucida que essa divisão corresponde à relação entre o Estado político e a sociedade burguesa:

Os *droits de l'homme* se apresentam como *droits naturels*, pois a atividade consciente se concentra no ato político. O homem egoísta é o resultado passivo, que simplesmente está dado, da sociedade dissolvida, objeto da certeza imediata, portanto objeto natural. [...] Por fim, o homem na qualidade de membro da sociedade burguesa é o que vale como o homem *propriamente dito*, como o *homme* em distinção ao *citoyen*, porque ele é o homem que está mais próximo de sua existência sensível individual, ao passo que o homem *político* constitui apenas o homem abstraído, artificial, o homem como pessoa *alegórica, moral*. O homem real só chega a ser reconhecido na forma do indivíduo *egoísta*, o homem *verdadeiro*, só na forma do *citoyen abstrato*. (Grifos do autor).²⁸

suas liturgias. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).²⁷ Para uma abordagem constitucional do debate em questão, veja-se: SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 161-178.

²⁸ MARX, op. cit., p. 53.

Os direitos do homem representariam uma antonomásia ao burguês, considerando-se os indivíduos de forma apartada dos demais, limitados às suas pessoas de forma egoística. Nas palavras de Marx, “trata-se da liberdade do homem como mônada isolada recolhida dentro de si mesma”.²⁹ A recente afirmação dos Direitos Humanos pelas Nações Unidas eliminou, em abstrato, a diferenciação entre o homem e o cidadão. Na prática, ainda prevalece a visão individualista-liberal dos direitos, ao lado do homem político, que ostenta o *status* de cidadão.

Acerca da compreensão da noção histórica dos Direitos Humanos, Marx reporta-se a Bauer, acatando suas considerações para justificar o caráter histórico dos Direitos Humanos:

El pensamiento de los derechos del hombre sólo fue descubierto en (él mundo cristiano en el siglo pasado. No es innato al hombre; por el contrario, sólo se conquistó en el combate, contra las tradiciones históricas en que el hombre se educó hasta aquí. De este modo, los derechos del hombre no son un regalo de la naturaleza, una dote de la historia, sino el precio de la lucha contra el azar del nacimiento y contra los privilegios que la historia transmitió hasta aquí, de generación en generación. Son el resultado de la cultura y sólo puede poseerlos quien los adquirió y mereció.³⁰

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, posteriormente reformada em 1793, havia a previsão do direito humano à religião. Esse direito decorria do fato de que a religião havia sido relegada à esfera privada. Atualmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla também o livre-exercício de possuir, trocar ou professar (ou não) qualquer religião sem qualquer restrição. Assim já reconhecia Marx:

²⁹ Ibidem, p. 49.

³⁰ BAUER, Bruno. *La cuestión judía*. Disponível em: <http://boitempo.editorial.files.wordpress.com/2010/11/bauer_lacuestionjudia.doc>. Acesso em: 30 jul. 2012. De certa forma, esta noção ainda se manifesta na atualidade, como se verifica em passagem de Norberto Bobbio: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5).

A incompatibilidade entre religião e direitos humanos está tão longe do horizonte dos direitos humanos que o direito *de ser religioso*, e de ser religioso da maneira que se achar melhor, de praticar o culto de sua religião particular é, antes, enumerado expressamente entre os direitos humanos. O *privilégio da fé* é um *direito humano universal*.³¹

Ao que se sente, a decisão do TJ/RS não viola sob nenhum aspecto o direito humano à religião. Os cidadãos não sofrem limitação alguma em professar sua fé com a retirada do símbolo religioso das repartições públicas, pois não se trata de local que ostenta tal finalidade. Marx referia que “a emancipação do Estado em relação à religião não é a emancipação do homem real em relação à religião”.³² Em certo grau representa o respeito ao direito humano daqueles que não professam fé alguma, deixando estes de enxergar o Estado com uma posição religiosa definida e parcial. O julgado atende, ainda, ao princípio da laicidade do Estado à medida que impede a ostentação pública de um símbolo religioso. A religião encontra no Estado apenas o permissivo para o exercício das crenças, relegado à esfera privada e inconfundível com interesses por ele materializados.³³

A defesa da profissão de culto em âmbito particular, o que engloba inclusive os gabinetes de cada magistrado, significa o respeito ao direito humano à religião. Por outro prisma, o banimento de símbolos religiosos do espaço público sela o processo de emancipação política brasileiro, iniciado em 1891, quando o Estado se declarou laico. Representa, ainda, um leve passo rumo à emancipação humana, do ser humano voltado para si, não precisando relegar a forças místicas o que por ele mesmo é criado e vivenciado. Nas palavras de Marx:

Toda emancipação é redução do mundo humano e suas relações ao *próprio homem*. A emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a *cidadão*, pessoa moral. Mas a emancipação humana só estará plenamente realizada quando o

³¹ MARX, op. cit., p. 48.

³² Ibidem, p. 46.

³³ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

homem individual tiver recuperado para si o cidadão abstrato e se tornado *ente genérico* na qualidade de homem individual na sua esfera empírica, no seu trabalho individual, nas suas relações individuais, quando o homem tiver reconhecido e organizado suas “*forces propres*” [forças próprias] como forças *sociais* e, em consequência, não mais separar de si mesmo a força social na forma da força *política*. (Grifos do autor).³⁴

Mesmo que fosse voltada a abolir a religião na esfera do particular, a decisão pela retirada dos crucifixos não atingiria esse resultado. Justamente por ter a sua faceta cultural, histórica, não é com a separação do Estado (ou do Judiciário) e da religião que irá ocorrer a superação real da religião. O homem real não deixará de ser cristão porque Cristo foi removido simbolicamente do Judiciário. O imbróglio resulta, portanto, em um estágio avançado na emancipação política dentro das circunstâncias objetivas de uma população que se proclama católica (cristã) e o necessário afastamento da religião do Estado, como princípio da laicidade deste.

46

Considerações finais

Mesmo diante do elevado número de adeptos ao Catolicismo e/ou Cristianismo na população brasileira, a decisão acerca da retirada dos crucifixos nos espaços públicos do TJ/RS reacendeu o debate, acerca dos limites na relação entre Estado e religião. Há tempos obscurecida, essa questão havia sido abordada por Marx, em 1843, quando a Prússia buscava, tardiamente, sua emancipação política, criticando a prevalência dos interesses dos judeus sobre os dos demais cidadãos. Sua principal contribuição aos estudos sobre as relações entre Estado e religião consiste na demonstração do entrelaçamento imprescindível entre os temas emancipação política, emancipação humana e direitos humanos.

Embora aplaudida por grupos seculares e criticada por setores religiosos, a decisão do TJ/RS tem evidentes limitações fáticas. A retirada do crucifixo, mesmo que tivesse a pretensão de dissuadir a religiosidade do homem real, não obteria sucesso, pois não tem o condão de suprimir a religião do âmbito privado. Da mesma forma que Marx outrora afirmou que diversos Estados haviam alcançado a emancipação política, sem que os povos tivessem abandonado a religião, o Estado pode abolir um símbolo

³⁴ MARX, op. cit., p. 54.

religioso sem mitigar em nada a força da religiosidade. A própria existência do Estado se deve, ao menos em parte, pelas contradições também religiosas que existem na base social.

O julgado do TJ/RS parece ter resgatado um ponto da emancipação política brasileira ainda inacabado: a separação total entre Estado e religião. Sua finalidade não se mostra voltada a subverter a ordem religiosa particular, mas a selar uma etapa da emancipação política, dentro do processo de emancipação humana. Assim, preserva-se o direito humano à religião, positivado em cartas de direitos desde 1789, em consonância com o ideário republicano, que preconiza centralidade de elementos como a isonomia, a impessoalidade e a secularidade no governo da coisa pública.

Ciente da sua natureza de produto da evolução histórica moderna, Marx jamais defendeu a extinção do fenômeno religião, que, a seu ver, seria mantido mesmo com o advento da emancipação política. Da mesma forma, a decisão do TJ/RS garante a preservação do espaço público como ambiente secular e plural, reforçando o direito humano à religião no âmbito privado, local em que deve ser cultivadas as crenças caso seja objeto de vontade.

Referências

ALTHUSSER, Louis. *La revolución teórica de Marx*. 13. ed. México: Siglo XXI, 1975.

BAUER, Bruno. *La cuestión judía*. Disponível em: <http://boitempoeditorial.files.wordpress.com/2010/11/bauer_lacuestionjudia.doc>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FEUERBACH, Ludwig. *A essência do Cristianismo*. Petrópolis: Vozes, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP60&t=populacao-por-religiao-populacao-presente-e-residente>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

LÖWY, Michel et al. BORON, Atílio; AMADEO, Javier; GONZÁLES, Sabrina (Org.). Marxismo e religión: ¿opio del Pueblo? In: *La teoría marxista hoy: problemas e perspectivas*. Buenos Aires: Clasco, 2006. p. 282-283.

LYRA FILHO, Roberto. *Karl, meu amigo: diálogo com Marx sobre o direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1983.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. *Contribuição à crítica da economia política*. 3. ed., São Paulo: M. Fontes, 2003.

_____. *Crítica à filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MÉSZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: CNCDP, 2001.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÜTZ, Rosalvo. *Religião e capitalismo: uma reflexão a partir de Feuerbach e Marx*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. *O ateísmo antropológico de Ludwig Feuerbach*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

SOUZA, Tomás Bastian de. *Política e direitos humanos em Marx: da questão judaica à ideologia alemã*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Processo administrativo 0139-11/000348-0*. Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/blogs/miltonribeiro/2012/03/06/tj-rs-um-dia-glorioso-para-o-rio-grande-do-sul-o-voto-completo-do-dr-claudio-maciel/>>. Acesso em: 2 ago. 2012.

TRINDADE, José Damião de Lima. *Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels: emancipação política e emancipação humana*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WHEEN, Francis. *Karl Marx: biografia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il "Crucifige!" e la democrazia*. Torino: Einaudi, 2007.

ENTRE O ESTADO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO COMO AMEAÇA À DEMOCRACIA E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Taiguara Líbano Soares e Souza*

Noções Introdutórias

Poucos anos após a celebração dos vinte anos da Constituição Federal de 1988, assistimos à consagração de dispositivos e princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito assegurado de garantias. Nota-se que o paradigma, no qual se inscreve o constitucionalismo contemporâneo, não mais se resume aos ditames do mero Estado de Direito. O holocausto humanitário cometido sob o manto do regime nazista, é preciso salientar, foi inteiramente amparado pela legalidade de sua época. O Estado Democrático de Direito não é apenas um “Estado de Direito”. As leis que violam a Constituição e a base principiológica são inválidas e não podem ser aplicadas, pois hoje tem-se um sistema de garantias.

Nesse sentido, no Brasil, foi em reação ao autoritarismo militar, às violações frequentes aos direitos fundamentais e ao positivismo com antolhos, que se desenvolveram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Nesse contexto, em meio à disseminação das Constituições democráticas, a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida, juntamente com um vasto rol de garantias

* Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito IBMEC-RJ. Professor na Pós-Graduação em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal da UCAM. Doutorando em Direito pela PUC-Rio, Membro do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura. Membro do IBCCRIM. Membro da ANDHEP. Membro do Conpedi.

a serem tuteladas. A Carta de 1988 configura-se em um modelo substancialista e dirigente, inscrevendo na doutrina brasileira, pela primeira vez, a normatividade dos princípios.

Inobstante, o mundo contemporâneo tem se caracterizado por um crescente recrudescimento nas medidas de controle social institucionalizado em âmbito global. A atmosfera criada após o atentado em 11 de setembro de 2001, nos EUA, com a edição do *U.S.A. Patriot Act*, pacote de leis antiterrorismo, que implicou a restrição de direitos civis, dissemina-se em diversos países. A sensação pública de insegurança e medo dá ensejo ao incremento e à expansão do panpenalismo no Poder Legislativo. As chamadas leis penais de emergência são medidas gestadas sem a necessária reflexão acerca das consequências que o chamado Estado Penal pode acarretar aos direitos de primeira geração.

Nessa esteira, o Estado Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Penal, pois ocorre a busca da segurança¹ em lugar da busca da liberdade, o discurso da segurança pública em lugar do discurso de direitos humanos, a proteção de poucos, em contraposição à proteção de todos os indivíduos. Presencia-se a política de despolitização, com a exacerbação do individualismo, a multiplicação das desigualdades sociais e a reificação da humanidade. Assiste-se à passagem do Estado Providência para o Estado Penal, através da criminalização das consequências da miséria, segundo Wacquant.² Verifica-se a disseminação do medo,³ do medo do crime, do medo do outro. Como outrora, no Brasil, centrava-se no medo de o escravo negro tomar o poder.⁴ Agora, dirige-se, particularmente, ao medo do negro pobre. Dessa forma, com a revolução comunicacional, o medo se prolifera por todo o planeta, e fomenta um discurso autoritário que se traduz em novos inimigos a serem combatidos.⁵

¹ DENNINGER, Erhard. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. *Constellation*, Oxford: Blackwell Publishers, v. 7, n. 4, 2000.

² WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001b.

³ BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁴ CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *Revista Discursos Sedicioso*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, v. 1, ICC. 1996. PERROT, Michele. Prisioneiros. In: _____. *Os excluídos da história*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. PINSKY, J. *A escravidão no Brasil*. 19. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal: pensamento criminológico*. Trad. de S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 53. v. 14.

Nesse contexto, Hassemer bem demonstra o caráter repressivo dos atuais Movimentos de Lei e Ordem. Vai além, analisa, especialmente, a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia. De tal sorte que, o Estado, antes um Leviatã, passa, consoante o autor, a ser concebido como o “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”.⁶

Assim, crescem as políticas criminais bélicas, os aparatos policiais, as execuções sumárias, a profusão dos cárceres, as longas punições,⁷ o Estado de Polícia, especialmente diante das vidas nuas.⁸ Em contraponto, restringem-se os direitos e as liberdades individuais.⁹ Todas essas práticas despontam da chamada criminalização primária. Ou seja, do processo de elaboração das leis penais, do Poder Legislativo, a partir da reação social,¹⁰ criada pela mídia,¹¹ na exacerbação do clamor público diante do fato, que cria, então, a lei incriminadora. Nessa perspectiva, o crime não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como criminoso por agências de controle social. Dessa maneira, não é o crime que gera o controle social, ao revés, o controle social é que o cria.

Na ocasião em que comemoramos os vinte anos da Carta Cidadã, assistimos, por outro lado, à democracia em xeque, por um Estado Penal, ou por alguns chamado Estado Policial, que se difunde por toda parte. A temática ganha ainda fôlego no Brasil, sobretudo, a partir das reiteradas operações das Polícias. A Polícia Federal e a Polícia Militar realizam

⁶ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. 2003, p. 254 -257, p. 270.

⁷ WACQUANT, Loic. *Os condenados da cidade*. Trad. de J. R. Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001a.

⁸ Trata-se do conceito de matabilidade, relacionado ao *homo sacer* de Agamben. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de H. Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. Nesse sentido, vale também conferir as chamadas vidas desperdiçadas, por Bauman. BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. de C. A. Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁰ CASTRO, Lola Aniyar de Castro. *Criminologia da reação social*. Trad. de Esther Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. CASTRO, Lola Aniyar. A criminologia crítica no século XXI como criminologia dos direitos humanos. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; PINAUD, João Luiz Duboc (Org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva*. Trad. de Roberta Duboc Pedrinha e Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

¹¹ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Revan, v. 12. 2002.

operações à margem da legalidade. A Polícia Federal, no combate ao crime do colarinho branco, enceta atuações espetaculosas e sensacionalistas, coloca grampos em telefones e escritórios de advocacia, viola o sigilo que a lei garante entre cliente e advogado. Já a Polícia Militar, no combate ao crime de tráfico de drogas, o reprime apenas nas zonas periféricas, comete extorsões, corrupções, ameaças, constrangimentos ilegais e homicídios, através das execuções sumárias.

Nessa perspectiva, quando, a pretexto de dirimir o crime, ignora-se o Ordenamento Jurídico, suprime-se o Estado Democrático de Direito, e o que se estabelece é o Estado Policial. Como salienta o ministro Celso de Mello,¹² “o Estado Policial é a negação das liberdades, indiferentemente de posição social ou hierarquia. Trata-se de uma antítese do sistema democrático”. O Estado Penal se agiganta. Nesse diapasão, são registrados episódios quase que diários, emblemáticos dessa tendência, nos variados prismas de poder.

No Poder Legislativo nota-se a presença do Estado de Polícia na elaboração de projetos de leis e na edição de normas penais e processuais penais punitivas, de debates que passam pela utilização de videoconferências para o interrogatório, fim do protesto por novo júri, redução da maioria penal, alteração na progressão de regime para crimes hediondos, criação do regime disciplinar diferenciado, proposta do regime disciplinar diferenciado maximizado, e, monitoramento eletrônico para os apenados. Já no Poder Executivo, nota-se a presença do Estado de Polícia nas diretrizes encaminhadas pelos governos, em âmbito federal, estadual e municipal, nas incursões, respectivamente, da Força Nacional de Segurança e da Polícia Federal,¹³ da Polícia Militar, e ainda da Guarda Municipal. Finalmente, no Poder Judiciário faz-se presente o Estado de Polícia, desde a pressão da opinião pública para a condenação, às condenações a penas elevadíssimas, receio dos magistrados de aplicarem penas restritivas de direitos, postergação de concessão de garantias à Execução Penal e *animus* punitivo.

Prima-se que o pensamento jurídico brasileiro encontre alternativas aos descaminhos trilhados pelo Estado Penal. Da rigidez constitucional surge como consequência o princípio da supremacia da Constituição. Nesse sentido, o Minimalista Penal apresenta a concepção doutrinária mais afeita

¹² Revista VEJA, edição de 22 de agosto de 2007.

¹³ A PF prende, a lei solta: navalha II – as razões do descompasso entre as operações policiais e o rito da Justiça. *Carta Capital*, n. 446, p. 25-26, 30 de maio de 2007.

aos preceitos inscritos na Carta Magna de 88, na qual o Constituinte previu a centralidade *prima facie* da dignidade humana. Sob essa ótica, o Direito Penal almejado em um Estado Constitucional, que, se por um lado define as condutas delituosas, concedendo ao Estado, caso ocorra um fato típico, antijurídico e culpável, descrito anteriormente pela lei penal, o direito a iniciar a persecução penal, por outro, garante o limite da intervenção estatal no direito de liberdade do desviante, além de, em todos os outros direitos constitucionais, assegurados ainda por princípios.

Ferrajoli¹⁴ assevera ainda, no Estado Democrático de Direito, a relevância da dignidade humana. Na Ordem Jurídica Constitucional brasileira, a dignidade humana apresenta-se como condição precisamente de valor e princípio central, com dimensão objetiva. Dessa maneira, no paradigma do Estado Constitucional, não basta a mera previsão legal dos institutos do Direito Penal e Processual Penal. É imperativo que se exerça uma leitura constitucionalmente adequada, de todos os institutos jurídico-penais, para que se ajustem nas premissas maiores, às vezes amparadas apenas por princípios. Nessa seara, o Direito Penal deve assumir um papel fundamental na contenção da voraz hipertrofia do Estado Penal, para assegurar, em primeiro plano, a dignidade humana.

Elementos para uma reflexão acerca do Estado Democrático de Direito

A expressão Estado Democrático de Direito merece atenção especial. Primeiramente, cumpre destacar que não se pode fazer a associação direta da noção de Estado de Direito com a de Estado Democrático. Sabe-se que pode existir o Estado de Direito sem que se tenha democracia e vice-versa. Nesse âmbito, vale recordar acerca dos Estados totalitários, como os nazi-fascistas, que, embora se caracterizassem, formalmente, como Estados de Direito, já que a arbitrariedade pública era excluída e o respeito à lei assegurado, primavam, em termos efetivos, pelo exacerbado desrespeito aos direitos fundamentais.

A construção do Estado Democrático de Direito adveio, embrionariamente, do Estado de Direito Clássico (liberal). Nesse sentido, fincava-se a afirmação de que o Direito e a Lei geral abstrata tinham sua

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. de Juez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

origem na vontade geral, em que se sedimentava o instrumental de garantia que o Estado de Direito Clássico (liberal) dispensava aos indivíduos frente ao Poder Político. A Lei, nesse aspecto, é a melhor forma de garantia do indivíduo frente ao Poder, pois este não poderá atuar à margem da Lei, mas apenas dentro de seus limites. Na mesma direção, a Lei também é o instrumento mais idôneo para garantir as liberdades individuais, pois é por meio dela que o povo converte-se na voz que pronuncia o Direito.

A justificação histórica e racional da autoridade do Poder, entretanto, agora não mais embasada na figura da Autoridade Divina (Estado Absolutista), terminou criando uma imagem irreal do Estado, proclamado integrador, igualitarista e orientado à garantia da vida, da propriedade e da liberdade dos indivíduos. Com isso, o Direito também foi afastado de qualquer referência substancial ou material, passando a ser um molde cujo conteúdo seria preenchido pelas decisões políticas. O resultado disso acabou por dismantelar o potencial garantista da Lei como limite ao Poder.

Se o império da Lei era considerado a garantia máxima contra o arbítrio e a injustiça dos governantes, uma vez assentado o modelo jurídico-político burguês, assiste-se a um giro na realidade do Estado de Direito, que abre as portas a novas expressões absolutas ou totais de Poder. O Estado legislativo (Estado de Direito Clássico), portanto, mesmo tendo presente a figura da Constituição, como carta limitadora do Poder, não foi capaz de cumprir seu propósito de contenção.

Assim, para assegurar a subsunção de todos os Poderes Públicos ao Direito, foi afirmada a supremacia constitucional e o caráter plenamente normativo das constituições, como forma de reforçar a máxima vinculação de todos os Poderes do Estado e de sua produção normativa ao Direito. De modo que, a passagem do Estado de Direito (legislativo) para o Estado Constitucional (democrático assegurador de direitos) pressupõe a ratificação do caráter normativo das constituições, que integram um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado.¹⁵

Acerca da transição do Estado de Direito liberal ao Estado Democrático de Direito, vale rememorar a distinção, sugerida por Bobbio.¹⁶ Posto que,

¹⁵ FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 58.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

para o jurista italiano, a expressão Estado de Direito pode significar duas coisas: governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas, e governo *sub lege* ou submetido às leis, acrescentando ainda que, de qualquer forma, a Lei, no Estado de Direito, deve ser fruto da vontade geral, entendida em sentido amplo.

Notadamente, para o autor, o governo *per leges* caracteriza-se: a) pela generalidade da norma, imperativa para todos os sujeitos face ao Ordenamento; b) pela abstração da Lei, que deve referir-se a situações nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se; e c) pela Norma que deve decorrer da vontade geral, evitando-se governos absolutistas ou autoritários. Logo, estes três elementos configuram o potencial garantista da Lei, como forma jurídica, pois, enquanto Lei geral e abstrata, responde às exigências da igualdade e, enquanto fruto da vontade geral, atende à exigência de liberdade (entendida como autonomia).

Ainda consoante o autor, o governo *sub lege*, por sua vez, corresponde à vinculação e submissão dos Poderes Públicos ao Direito e, no sentido forte indicado por Ferrajoli,¹⁷ significa que todo poder deve ser limitado pela Lei, que determina não apenas suas formas e procedimentos de ação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo do que ela pode ou não dispor. Tal característica, mesmo em sua conotação mais fraca, ou de mera legalidade, foi fundamental para a consolidação do Estado de Direito (liberal, legislativo). Portanto, passa-se a não mais aceitar o poder que não fosse o disciplinado e limitado por Lei, uma vez que tanto a “existência” (aspecto formal) como a validade (aspecto substancial) das normas está condicionada pelo Estado Democrático de Direito. Este possui um núcleo imperativo intangível, constituído de valores, regras e princípios ancorados nos direitos fundamentais (que configuram a chamada realidade “teleológico-axiológica” da Constituição). Esse núcleo consubstancia-se no que se denomina “Constituição material”, como consequência de que “o próprio conteúdo de cada uma das normas que compõem o Ordenamento Jurídico se acha necessariamente afetado pela norma básica”.¹⁸

Esse Estado Democrático de Direito, como um efetivo governo *sub lege*, portanto, assegura a centralidade da pessoa humana e a garantia de seus direitos fundamentais como vínculos estruturais de toda a dinâmica

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-91.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

política que implica o princípio democrático. Contrapõe-se ao Estado que era conhecido no absolutismo como à “margem da lei” e/ou “acima da lei”, que passará, agora, a ser “dentro da lei” ou “submetido à lei”. Por conseguinte, não era reconhecida, *a priori*, nenhuma supremacia do Estado, porque todos os sujeitos jurídicos, incluindo também o próprio Estado, passaram a ser disciplinados pela Lei.

No paradigma contemporâneo, ou seja, no Estado Democrático de Direito, as categorias do Direito Constitucional, para poderem servir como critério de ação ou de juízo, para o conjunto de atividades humanas, indispensáveis à existência da sociedade, devem encontrar uma combinação que já não deriva do fundamento indiscutível de um centro de ordenação. Para usar uma imagem de Zagrebelsky,¹⁹ o Direito Constitucional é um conjunto de materiais de construção; porém, o edifício concreto não é obra do Direito Constitucional enquanto tal, mas sim de uma Política Constitucional, que versa sobre as possíveis combinações desses materiais. Na visão de Canotilho, o novo Direito Constitucional remete a um “claro juízo de valor” e, no fundo, estamos diante de uma “Teoria Normativa de Política”.²⁰ Isso porque, sem dúvida, o constitucionalismo moderno é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, através de um documento escrito, no qual, se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do Poder Político.²¹

O Estado Democrático de Direito apresenta-se para ser colocado a serviço da sociedade, já que é produto da vontade da mesma. Por isso, não designa simplesmente um “Estado de Direito” ou “regulado pela Lei”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e com suas características específicas, como: a) no plano formal, preocupação com o Princípio da Legalidade, pelo qual todo o Poder Público está submetido a leis gerais e abstratas, cujo exercício está sujeito ao controle de legitimidade por parte de juízes independentes; b) no plano substancial, preocupação com a funcionalidade de todos os Poderes Estatais a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, incorporados às Constituições, sob a forma de proibições de lesar os direitos de liberdade e obrigações de satisfazer os direitos sociais. Portanto, como ocorre com a

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*, 1998. p. 12.

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: 1998. p. 51.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: 1998. p. 52.

teoria garantista da validade, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito assenta-se sobre um modelo de legitimidade substancial (ou material).²²

É nesse espectro que se enquadra a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Foi em reação ao autoritarismo militar, às violações frequentes a direitos e garantias fundamentais que se desenvolveram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana foi constitucionalmente acolhida, juntamente com um vasto rol de direitos fundamentais.

Entretanto, na data em que se celebra vinte anos da Constituição Cidadã, o Brasil, como país de capitalismo tardio, apresenta um acentuado déficit de efetivação no que tange aos comandos do Estado Democrático de Direito. Seja em âmbito federal ou estadual, assiste-se à inobservância de seus preceitos fundamentais, na produção normativa orientada pelo discurso penal de emergência, na atuação abusiva e violadora do aparato policial, nas punitivas sentenças sem lastro constitucional e diante das arbitrariedades do sistema penitenciário. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, até mesmo a produção do Direito tem que se subsumir às regras constitucionais (seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista substancial), pois o processo de produção das normas jurídicas está formal e substancialmente constitucionalizado.

O Direito, agora concebido como “sistema de garantias”, ainda dentro da linha de pensamento de Ferrajoli,²³ não só é condicionante (rege a sociedade) senão também “condicionado”, isso quer dizer, seu conteúdo, sua substância, não pode extrapolar os limites da Constituição, especialmente os dados pelo seu núcleo material. Nessa ordem, cabe verificar a disjuntiva enfocada por Zaffaroni,²⁴ acerca da “vontade irrestrita da maioria” ou da “supremacia da Constituição”, que encontra pronta resposta dentro do Estado Democrático de Direito: pois nenhuma maioria,

²² O modelo jurídico de cunho marcadamente liberal, na maioria das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito, vem sendo paulatinamente suplantado por um modelo de Estado Constitucional Democrático de Direito inclusivo. Assim, localiza-se o texto constitucional, por apresentar um corpo normativo de valores, possui contornos claramente substancialistas.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. de Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 851-854.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36 ss.

por mais contundente que seja, pode decidir algumas matérias (as salvaguardadas pelas cláusulas pétreas, por exemplo) ou deixar de decidir outras (tampouco pode ir além do que a Constituição lhe permite). Dessa forma, cumpre ao legislador, ao intérprete e ao administrador público, a compreensão de que ocorreu a transição do Estado de Direito *tout court* para o Estado Democrático de Direito. Logo, todas as vezes em que se legisla, interpreta ou executa a lei, especialmente no âmbito criminal, deve-se observar estritamente a matéria que está constitucionalizada.

A constatação da expansão do Estado Penal diante do Estado Democrático de Direito

Hodiernamente, constata-se, diante da vigência do Estado Democrático de Direito, como modelo defendido pela Magna Carta brasileira, a instalação do Estado Penal, ou também chamado Estado Policial. Este, cotidianamente, cresce e se multiplica, especialmente quando a violência é utilizada como argumento, aceito e devolvido à sociedade. O Estado Penal se expande quando a resposta violenta é distribuída às mais diversas situações e hipóteses. O esgotamento do modo de produção capitalista, a crise do modelo neoliberal, baseado na produção fabril e na reengenharia social, que levaram ao esvaziamento do Estado de Bem-Estar Social, conduziram a uma nova estratégia de gestão da pobreza. Logo, como afirmou o sociólogo francês Loic Wacquant, a era neoliberal desmontou o Estado Social, substituindo-o pelo Estado Penal.

Nesse cenário, a sociedade exige um discurso penal ampliado, ou a prevalência do Direito Penal de Emergência, que se expressa através do eficientismo penal (como proposta vinculada ao Movimento de Lei e Ordem, ao modelo intitulado “Tolerância Zero”). Nesse diapasão, fundamenta-se o Estado de Polícia, que traz uma plataforma que propõe a redução da maioridade penal, a aplicação da pena capital, a ampliação das penas de prisão para pequenas transgressões, o encarceramento em massa de indivíduos integrantes de classes sociais mais baixas e segmentos em situação de vulnerabilidade.

Nessa seara, Batista afirma que o Estado Policial “é aquele regido pelas decisões do governante. Pretende-se com certo simplismo estabelecer uma separação cortante entre o Estado de Polícia e o Estado de Direito: entre o modelo de Estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente, encarna o saber acerca do que é bom ou possível, e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria,

respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento à regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende à uma Justiça substancialista. O segundo pressupõe que pertence a todo o ser humano por igual, e, portanto, tende à uma Justiça procedimental. A tendência substancialista do primeiro o faz tender para um direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc.); o procedimentalismo do segundo, para um direito personalista (para os humanos).²⁵

O sistema penal não pode atuar em nome do Estado Policial, visto que os direitos fundamentais, além da base tríplice processual-constitucional dos direitos do cidadão: contraditório, ampla defesa e devido processo legal, deve permanecer respeitada pela comunidade jurídica. Isso, no entanto, não é o que se percebe nas mais diversas esferas de atuação do Estado, que se conectam ao sistema penal, no que diz respeito aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em âmbito tanto federal, quanto estadual.

Por sistema penal, como preleciona Zaffaroni, entende-se “o controle social punitivo institucionalizado”,²⁶ que abarca várias agências reguladoras, desde a elaboração do crime, passa pela persecução, pelo julgamento, pela imposição da pena²⁷ e execução penal. Pressupõe a atividade normativa, do legislador; de perseguição aos desviantes, da polícia, e de condenação e fixação da sanção, dos juízes e administração da pena, dos juízes e funcionários da execução penal.

Em nossos dias, todas essas agências do sistema penal são estimuladas pelo recrudescimento do Estado Penal, que se sobrepõe aos direitos e às garantias fundantes do Estado Democrático de Direito, configurando, de tal maneira, flagrante ameaça à sociedade. Nesse diapasão analisaremos suas manifestações em cada faceta do sistema penal: tanto na norma incriminadora através do Poder Legislativo, quanto na Polícia através do

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 93-94. v. I.

²⁶ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR op. cit.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36 ss.

Poder Executivo, quanto nas decisões judiciais através do Poder Judiciário, quanto no Sistema Penitenciário.

a) Norma Incriminadora (Poder Legislativo)

No cenário nacional, especialmente a partir da década de 90, temos experimentado, no campo penal, um incremento na produção de normas punitivas, como forma de controle social. Desse modo, vários projetos de lei despontaram nos debates e, mais tarde, muitos deles ingressaram no Ordenamento Jurídico Penal; na realidade, já se apresentavam como antecipações das leis penais de emergência, trazendo novos delitos, delineando novos criminosos, além dos já previstos em face do Código Penal, a destacar: a Lei de drogas em face do traficante, a Lei de crimes hediondos, a Lei do crime organizado, entre muitas outras leis penais extravagantes.²⁸

Lei de Crimes Hediondos. Em âmbito federal, é preciso destacar a Lei de Crimes Hediondos.²⁹ Tal dispositivo consiste no diploma penal que, de maneira mais rigorosa, se enquadra nos moldes do Estado Penal, pois os crimes nela inscritos³⁰ possuem uma série de vedações que geram um regime mais rigoroso que o previsto para o restante das infrações.³¹ Não obstante essa lei considerar uma pluralidade de infrações como hediondas, destacamos o tráfico de drogas, pela emblemática figura do traficante,

²⁸ O mesmo fenômeno ocorre com a legislação de outros países. GRACIA MARTÍN, Luiz, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-02, 2005, p. 02:1-02:43. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>.

²⁹ Surgiu, a partir de um fato especial, a ocorrência de um crime, cuja vítima, uma pessoa de grande projeção social, motivou a elaboração legislativa. Foi mais especificamente o sequestro do irmão do deputado Medina, o fator decisivo à edição dos crimes hediondos, de acordo com arguta observação de Miguel Reale Júnior: “Na verdade, a lei dos crimes hediondos, aprovada de afogadilho, foi uma resposta penal de ocasião, para dar satisfação diante do sequestro de Roberto Medina.” (REALE JR, Miguel. *Avanços e retrocessos*. In: _____. Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 276).

³⁰ Estão inscritos como crimes hediondos: o homicídio qualificado, o latrocínio, a extorsão seguida de morte, a extorsão mediante seqüestro, o estupro, o atentado violento ao pudor, a epidemia com resultado morte, a falsificação, a corrupção, adulteração ou alteração de produto medicinal, o genocídio, a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas.

³¹ Nesse âmbito não cabe anistia, graça e indulto (quanto a este último instituto vários doutrinadores posicionam-se contrariamente, como: Cernichiaro, Torón, em decorrência da interpretação extensiva da Lei 9.455/97 – Lei de Tortura). Não cabe fiança. Não cabe liberdade provisória. (Merecem destaque as críticas de Alberto Silva Franco e Alberto Torón, que alegam

delineado em uma legislação especial, com punição rigorosa e demais peculiaridades atinentes à categoria.³² As atividades realizadas pelos traficantes se confundem com o crime organizado, que possui lei específica.

Redução da Idade Penal. Mesmo no plano dos debates e projetos de lei, retrata a tentativa de normatização punitiva na esfera federal, que registrou a discussão em torno da redução da idade penal, que voltou à cena após um crime chocante, com suposto envolvimento de adolescente, que levou à morte o menino João Hélio.³³ Os grandes veículos de comunicação travaram uma campanha pública em prol de tal medida. Tais reclames repercutiram no Congresso Nacional. A Comissão de

a afronta ao princípio da presunção de inocência). O livramento condicional possui um prazo maior de exigência da prisão do condenado, após o cumprimento de 2/3 da pena. Com relação à apelação em liberdade, caberá ao juiz decidir. Nos casos de formação de quadrilha, a pena é mais elevada que a prevista no Código, portanto atinge uma pena de 3 a 6 anos, valendo-se no mínimo de quatro pessoas. Afirma o integral cumprimento da pena em regime fechado. Contudo, essa previsão infraconstitucional fere o princípio da individualização e da humanidade; além do que, deveria caber a interpretação extensiva e retroativa da Lei 9.455/97, que admite a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, pois esta lei derogaria a Lei 8.072/90, embora não fosse aceita pelos Tribunais. Contudo, em 23/2/2006 foi votada pelo STF a inconstitucionalidade do art. 2º §1º da Lei 8.072/90, que proíbe a progressão de regime nos crimes hediondos. Trata-se de liminar concedida no HC de 82.959/01, impetrado por Ozéas de Campos, tendo votado favoravelmente à progressão os Ministros: Marco Aurélio, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, César Peluso, Gilmar Mendes e Carlos Ayres Britto. (Jornal: O Globo, 24/2/2006).

³² Na legislação, o tráfico – descrito no tipo penal através de 18 condutas (núcleos do tipo), ou seja, com tantos verbos para abranger comportamentos, estende as possibilidades de enquadramento da ação – é apenado com reclusão de 3 a 15 anos de prisão e multa, conforme art. 12 da Lei 6.368/76. Vale prever, em razão das alterações legislativas, previstas no Anteprojeto de Lei 7.134/2002, que possivelmente a sanção aumentará, passará de 5 a 15 anos e, no caso do financiador do tráfico, aumentará excessivamente, variará de 8 a 20 anos. Já o uso é punido com pena de detenção de 6 meses a 2 anos de prisão, que todavia é substituída por pena restritiva de direitos e multa, consoante o art. 16 da Lei 6.368/76 e, em razão das alterações legislativas, do Anteprojeto de Lei 7.134/2002, passará possivelmente a compreender a advertência, a prestação de serviços à comunidade e outras medidas especiais, ou seja, a prisão será substituída por pena alternativa, o que já é levado a cabo, principalmente em face da Lei 10.259/01, dos Juizados Especiais Criminais Federais, que elevou para dois anos os delitos considerados como sendo de menor potencial ofensivo, submetendo-os aos benefícios previstos. Inclui ainda as medidas terapêuticas. Porém, esse modelo se dirige aos consumidores da classe média e alta, e destes já se distancia o Direito Penal do Inimigo. (FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc. Regime *disciplinar diferenciado: uma (re) leitura constitucional*. In: GOMES, Décio Alonso (Org.). *(Re) discutindo a execução penal: estudos sobre os 20 anos da Lei 7.210/84 e sua leitura à luz do paradigma constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou, em 26 de abril, por 12 votos a 10 a Proposta de Emenda Constitucional (PEC), que reduz de 18 para 16 anos a maioria penal no País. O texto, do senador Demóstenes Torres (DEM-GO), propõe a redução, mas estabelece o regime prisional somente para jovens menores de 18 anos e maiores de 16 que cometerem crimes hediondos.

A proposta relatada por Demóstenes reúne seis PECs que tramitavam na comissão com propostas para a redução da idade penal no País. O texto segue agora para votação no plenário do Senado em dois turnos. Depois, também terá que ser apreciado pela Câmara dos Deputados. A PEC também estabelece que o adolescente deva cumprir pena em local distinto dos presos maiores de 18 anos, além de propor a substituição da pena por medidas socioeducativas, desde que o menor não tenha cometido crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas ou atos de terrorismo.

Contudo, cumpre destacar que, de acordo com o art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil, direitos e garantias individuais estão compreendidos como cláusulas pétreas do Texto Magno,³⁴ não sendo suscetíveis de modificação pelo constituinte derivado.

Monitoramento eletrônico. O clamor punitivo impõe a busca por inovações tecnológicas na gestão do sistema penal. Um de seus mais novos produtos pode ser percebido nas ditas prisões eletrônicas, como o monitoramento eletrônico. O debate sobre a questão chegou às Assembleias Legislativas dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo.

O monitoramento eletrônico não impede a reincidência e também não permite a inserção social do indivíduo. Contrariamente, o estigmatiza.³⁵ Pois força e reforça o estereótipo de criminoso, que antecede o cárcere e se exacerba nele. Pela estigmatização social, toda a complexidade humana do indivíduo se reduz a um singelo artigo do Código Penal, que situa o seu crime. Ao usar os dispositivos eletrônicos será identificado, rotulado e o artigo criminal o perseguirá, mesmo após cumprir a pena.

³³ Mais um crime bárbaro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n. 172, p. 1, 2007.

³⁴ Constituição Federal, “art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”.

³⁵ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

Vale conferir o Projeto de Lei 1.017, de 2007, que versa sobre a implantação do monitoramento eletrônico nos apenados, no Estado do Rio de Janeiro, através de tornozeleiras, com tecnologia de geolocalização GPS, a serem empregadas aos indivíduos que, por decisão da Justiça, se encontrem: no gozo de livramento condicional; em regime semiaberto de prisão; em regime aberto de prisão; sujeitos à proibição de frequentar determinados lugares; sujeitos à prisão domiciliar, e autorizados à saída temporária de estabelecimento penal, sem vigilância direta. Nesse sentido, tem-se o monitoramento não como alternativa ao cárcere, mas como um prolongamento dele, mesmo quando o indivíduo teria direito a distanciar-se dele. Assim, reforça-se, pela ruptura do princípio do *nom bis in idem*, o Estado de Polícia, agora sofisticado, pela prisão *high tech*.

b) Aparato policial (Poder Executivo)

Megaoperações da Polícia Federal. A Polícia Federal vem atuando, nos últimos anos, por meio das chamadas megaoperações. Em 2007, coube destaque à operação *Hurricane*, seguida das operações *Themis* e *Navalha*. O elemento inovador de tais megaoperações é o claro viés espetaculoso e midiático, sem qualquer elemento diferencial à *práxis* investigativa de operações pretéritas.³⁶ Nesse sentido, vale destacar que as investigações policiais têm se debruçado em desbaratar grandes redes de corrupção envolvendo agentes públicos, dentre magistrados, prefeitos, parlamentares, secretários, e ainda o ex-presidente do Senado Federal. Essa característica última é motivo para conferir-lhe vasta aprovação popular e repercussão nos meios de comunicação de massa.

Não raro, tais operações são acompanhadas de um aparato bélico cinematográfico, em cumprimentos de mandados de prisão de indivíduos que não apresentam qualquer resistência ao cumprimento das ordens judiciais. Outro fato cotidiano às referidas ações é a indevida imposição de sigilo sobre o conteúdo das investigações e para o deferimento de medidas cautelares sem comprovação do *fumus boni iuris* e da necessidade,³⁷ como

³⁶ “A PF prende, a lei solta: navalha II – as razões do descompasso entre as operações policiais e o rito da Justiça”. Carta Capital, n. 446, 30 de maio de 2007, p. 25-26.

³⁷ A Polícia Federal, o Poder Judiciário e as megaoperações. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 179, p. 1, 2007.

se vê também em episódio como a dita Operação Nacional da Polícia Civil, realizada em 23 de março de 2007.³⁸⁻³⁹

A opinião pública move-se em aplauso, farta da sensação de impunidade aos crimes do colarinho branco, e insurge-se sempre que um dos presos nas megaoperações é posto em liberdade por meio de ordens de *habeas corpus*. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, é imprescindível que a defesa da moralidade administrativa e do bom funcionamento das instituições se processe dentro da legalidade, e em respeito aos preceitos constitucionais. Por mais graves que sejam as acusações, não podem passar ao largo do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência. Não se pode admitir, e muito menos naturalizar, a imposição de pena sem processo.

O Pronasci, no que tange às agências policiais cumpre, ainda lembrar o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci),⁴⁰ lançado pelo governo federal em agosto de 2007. O programa que nasceu com o discurso de aliar políticas públicas à intensificação da segurança pública nas comunidades de periferia, o Pronasci,⁴¹ foi lançado no dia 20 de agosto de 2007. Até 2012, o governo federal investiu R\$ 6,7 bilhões no combate à violência, nas onze regiões metropolitanas com maiores índices de criminalidade do País, com destaque para: Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador e Porto Alegre.

Segundo Ronaldo Teixeira da Silva, Coordenador Nacional do Pronasci, a proposta é articular programas de segurança pública com ações sociais, com prioridade para ações preventivas.⁴² Na mesma linha, o ex-secretário nacional de Justiça, Antônio Carlos Biscaia, referindo-se ao Complexo do

³⁸ No dia 23 de março de 2007, foi intitulada “Operação Nacional da Polícia Civil”, apenas no Estado de São Paulo, realizou 583 flagrantes, 773 termos circunstanciados, 1.675 prisões, cumprimento de 1.395 mandados de busca e apreensão e 1.559 mandados de prisão, 257 pessoas foram recapturadas, 70 estabelecimentos comerciais foram lacrados ou interditados, mais de 36 mil veículos foram vistoriados, e mais de 42 mil pessoas foram abordadas.

³⁹ Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=10533>. Acesso em: 24 mar. 2007.

⁴⁰ Decreto 6.390, de 8 de março de 2008. Regulamenta o art. 8ºF da Lei 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci).

⁴¹ Decreto 6.390, de 8 de março de 2008. Regulamenta o art. 8ºF da Lei 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci).

⁴² Fonte: Disponível em: <www.mj.gov.br>.

Alemão no Rio de Janeiro, declarou que “antes de o Complexo do Alemão se transformar num canteiro de obras, o conjunto de favelas deve passar por uma ação pacificadora para erradicar a força armada”.⁴³ Cumpre sublinhar a ação pacificadora do Pronasci, ou do padrão “pacificador” empregado, que remete à política de segurança pública de extermínio em comunidades pobres do Rio de Janeiro, que já elevou os índices de letalidade policial a patamares recordes. No ano de 2007 foram 1.330 autos de resistência⁴⁴, um número 25% maior do que o do ano anterior. São constantes as incursões bélicas nas periferias por meio da mobilização de um grande aparato policial, dentre policiais civis e militares, além de membros da Força Nacional de Segurança, e um grande saldo de mortos, sempre apresentados como “traficantes”, como se isso fosse um salvo-conduto.

Em relação à frente de atuação policial, o Pronasci apresenta uma série de medidas, sendo a principal delas o Bolsa-Formação, cujo objetivo inicial é o de estabelecer um piso salarial para policiais e conceder bolsas de até R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) para policiais e agentes penitenciários, que frequentarem os cursos de formação certificados pela Secretaria. Ainda nessa seara, o Executivo encaminhou três projetos de lei que alteram os marcos legais nessa área. O Projeto de Lei 1.937/07 regulamenta o § 70 do art. 144 da Constituição Federal, constituindo em lei o Sistema Único de Segurança Pública, construído ao longo da gestão do Ministro Márcio Thomaz Bastos. O Projeto de Lei 1.949/07 estabelece a Lei Geral das Polícias Civis, com o objetivo de finalmente estabelecer uma lei nacional que padronize a atividade das polícias judiciárias estaduais. E, por fim, o Projeto de Lei 1.952/07, que cria um novo regime disciplinar para a Polícia Federal. No enfrentamento à corrupção policial e ao crime organizado, propõe apenas mudanças na lei penal e fortalecimento das instituições que já existem. Não prevê nenhuma ação mais consistente como rigor na investigação, apuração e responsabilização dos agentes de segurança pública envolvidos com essa prática. O Programa trata muito vagamente de assuntos essenciais, como a unificação das polícias, e a independência das Corregedorias, Ouvidorias e do Instituto Médico Legal.

⁴³ Polícia prepara ação para pacificar o Complexo do Alemão. O Globo Online, 24 de setembro de 2007.

Utilização das Forças Armadas para fins de segurança pública. Outro ponto relevante a ser lembrado, em relação aos aparatos de segurança, refere-se à polêmica utilização das Forças Armadas em funções de Polícia. O governador do Estado do Rio de Janeiro (da atual gestão iniciada em 2007) enviou diversos pedidos ao governo federal solicitando o uso das Forças Armadas no Rio de Janeiro para policiamento. Recentemente, soldados presentes na ocupação do Exército, no Morro da Providência, entregaram três jovens a facções do tráfico. O caso trazido à tona explicitou que a presença das tropas do Exército era temerária e ilegal, pois permitiu que uma Operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) fosse empreendida mesmo sem a aprovação oficial do presidente da República e do Congresso Nacional.⁴⁵

Nesse sentido, muitas foram as operações com o desfecho morte, como a emblemática ocorrida em junho de 2007, no Complexo do Alemão, com início em 2 de maio de 2007, que consolidou o modelo de política de segurança pública adotado pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com o governo federal. Mas foi no dia 27 de junho, do mesmo ano, que se configurou a *mega operação*, executada pelas Polícias Civil e Militar do Estado do Rio de Janeiro e a Força Nacional de Segurança do Governo Federal, com um total de 1.350 homens, utilizando 1.080 fuzis, 180.000 balas, com duração de aproximadamente 8 horas. Essa intervenção significativa culminou, em um único dia, com 19 pessoas mortas, 62 pessoas feridas por arma de fogo e a apreensão de apenas 14 armas, número inferior ao dos mortos, o que, imediatamente, já sugere, no mínimo, excessos e violações de direitos. A magnitude da *operação* – pela quantidade de agentes policiais envolvidos, pelos gastos empreendidos, pelo excesso de mortos, pelo supranumerário de feridos e pelo franco apoio de grande parte da sociedade carioca – já merece atenção especial, no que tange à violação institucional no uso do recurso à “força comedida, legitimada por grande parte dos segmentos sociais e pelo próprio Estado.

⁴⁴ Fonte: Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=121102>>.

⁴⁵ “A Lei Complementar 117 prevê que a decisão da utilização do Exército nesses casos é do presidente, com a concordância do Congresso. Isso só pode acontecer depois que ele ou o governador considerarem “esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública”. Além disso, o texto recomenda que as ações se desenvolvam “de forma episódica”, “por tempo limitado”. Nenhuma dessas exigências foi observada.” (Fonte: Revista IstoÉ, junho de 2008).

Violência policial: a criminalização da pobreza.

Contemporaneamente, assiste-se ao elevadíssimo número de mortes causadas na guerra de combate às drogas e, sobretudo, aos traficantes,⁴⁶ em função da política criminal com derramamento de sangue, na expressão cunhada por Batista,⁴⁷ que vem sendo protagonizada pelas polícias civil e militar dos estados. Cumpre reforçar que este número é incomparavelmente superior ao das pessoas mortas em razão de overdose. No Rio de Janeiro, há cerca de 10.000 mortos por ano. Um grande percentual está ligado à criminalização das drogas. São, portanto, execuções em confronto com a Polícia ou na disputa estratégica pelo comércio clandestino local. Trata-se de uma política genocida.⁴⁸ No Brasil, desde a metade da década de 80, a cada trinta minutos uma pessoa morre por causa da guerra do tráfico, por arma de grosso calibre,⁴⁹ atingindo não apenas adultos como jovens. Vera Malaguti revela que a maioria dos atos infracionais atribuídos aos jovens decorrem do tráfico de drogas, quando estereótipos são construídos para estigmatizar a juventude pobre e negra no Rio de Janeiro.^{50, 51}

⁴⁶ MARONNA, Cristiano. Proibicionismo ou morte? In: REALE, Miguel; TORON, Alberto Zaccharias (Org.). *Drogas: aspetos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴⁷ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 5-6, p. 84, 1998.

⁴⁸ BATISTA, Nilo. Todo crime é político. *Caros amigos*, ano VII, n. 77, p. 28-33, ago. 2003.

⁴⁹ Dados fornecidos pela pesquisa realizada pela equipe de João Moreira Salles, em seu filme: “Notícias de uma guerra particular”.

⁵⁰ MALAGUTI, Vera. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 2, 1996.

⁵¹ A política de segurança, baseada na criminalização da pobreza, se renova e opera por atos de autoritarismo exemplificado em episódios como a substituição da Diretora Civil do Instituto de Segurança Pública por um ex-comandante do BOPE. “No Rio, diretora cai após divulgar recorde de mortos pela polícia.” (fonte: www.folha.com.br – 22/02/08) A exoneração do Coronel Ubiratan por divergências com relação ao trato com as tropas. “Cabral exonera Ubiratan e escolhe Pitta para comandar PM do Rio. Grupo de comandantes resiste e ameaça entregar cargos” (fonte: O Globo, 31/1/08). A indicação para o Primeiro Comando de Policiamento de Área o Coronel Marcus Jardim, que comandou a mega-operação no complexo do alemão (Jornal O Globo – 12/02/08). Ademais, rotineiras são as declarações de cunho repressivo autoritário como as do próprio Governador “Cabral: PMs envolvidos na morte de João Roberto são insanos e débeis mentais” (fonte: O Globo – 10/07/08). Ao responsabilizar apenas os Policiais pelos danos causados pela política de segurança beligerante, que em verdade, seguem as diretrizes do comando. Pois a concepção política que orienta o *habitus* dos Policiais, parte da linha dada pelo Secretário de Segurança Pública, que, ao naturalizar a favela como imaginário do campo de concentração da atualidade fomenta a violência. “Um tiro em Copacabana é uma coisa. Um tiro na Coréia (periferia) é outra.” (fonte: Jornal O Globo – 23/10/07). “O Secretário Beltrame afirmou, após a operação da Polícia Civil em favelas da

Até a assimilação explícita do racismo de Estado é declarada publicamente pelas autoridades políticas.^{52, 53} Para se recorrer ao poder soberano nas sociedades de controle, é inescapável o apelo ao racismo. Se, no III Reich, eram judeus, comunistas e ciganos os alvos da normalização nazista, na política de segurança em curso no Rio de Janeiro o extermínio recai sobre jovens, negros e favelados, sob o véu atenuante do discurso biopolítico de higienização social e segurança pública.⁵⁴

A implementação desse verdadeiro Estado Policial, desse Estado de exceção, se dá pela gradativa militarização da crise social, que apresenta ingredientes biopolíticos como caveirões, mandados de busca e apreensão genéricos, autos de resistência, e incursões bélicas em comunidades. A polícia carioca é uma das que mais mata e mais morre, no mundo.⁵⁵ Devido ao quadro agravado de violência policial, recentemente o Brasil figurou como alvo de contundentes críticas de organismos e entidades internacionais.^{56, 57}

c) Decisões judiciais (Poder Judiciário)

Interceptação de escutas telefônicas. O discurso penal de emergência encontra eco hegemonicamente nos Tribunais, nas decisões judiciais. Entre muitas questões, que têm provocado grande controvérsia no debate público, encontram-se as interceptações telefônicas autorizadas judicialmente sem

Zona Oeste, que levou a 12 mortes, inclusive a do menino Jorge Kauã Silva de Lacerda, de 4 anos: “Mesmo morrendo crianças, não há outra alternativa. Esse é o caminho” (fonte: Jornal O Globo – em 17/10/2007).

⁵² Após nova operação da PM na Vila Cruzeiro (Complexo da Penha), quando 14 pessoas morreram, o comandante de Policiamento da Capital, coronel Marcus Jardim, afirmou a jornalistas entre risos: “A PM é o melhor inseticida contra a dengue.” Conhece aquele produto, SBP? Tem o SBPM. Não fica mosquito nenhum em pé. A PM é o melhor inseticida social.” (fonte: O Globo – 16/4/2008).

⁵³ “Você pega o número de filhos por mãe na Lagoa Rodrigo de Freitas, Tijuca, Méier e Copacabana, é padrão sueco. Agora, pega na Rocinha. É padrão Zâmbia, Gabão. Isso é uma fábrica de produzir marginal.” (fonte: Jornal O Globo – em 24/10/07).

⁵⁴ “Polícia prepara ação para pacificar o Complexo do Alemão”. (Fonte: Portal O Globo Online. 24 de setembro de 2007).

⁵⁵ Dados sobre letalidade policial e homicídios a policiais. Disponível em: <www.ucamcesec.com.br, www.isp.rj.gov.br>.

⁵⁶ Em novembro de 2007, o Relator da ONU, Phillip Alston esteve no Brasil, e em relatório parcial demonstrou profunda preocupação com o elevado número de autos de resistência no Rio de Janeiro. (Fonte: Jornal A Folha de S. Paulo, 9/11/2007).

⁵⁷ “Anistia Internacional: PAC da Segurança pode ameaçar direitos humanos.” (Fonte: Jornal O Globo, 28/5/2008).

critérios claros. A doutrina há muito desfere críticas à referida Lei 9.296/96, que regulamenta as interceptações telefônicas,⁵⁸ em função da inobservância, em seu texto, do critério da proporcionalidade entre a natureza da medida e os crimes envolvidos. Além disso, critica também a pequena exigência de fundamentação do pedido às instâncias judiciárias.

Inobstante as debilidades percebidas no marco legal, é patente que a disciplina jurídica das interceptações telefônicas exige a autorização judicial para execução das medidas, além da necessidade de observância dos requisitos legais de cautelaridade, bem como da reprimenda criminal ao uso indevido de “grampos telefônicos” e quebra de sigilo judicial. Assim, tem se tornado prática comum, em operações da Polícia Federal, o uso de interceptações telefônicas ilegais, tanto por serem realizadas sem autorização judicial, quanto em hipóteses não previstas no dispositivo legal. Ademais, conteúdo sigiloso, não raro chega aos meios de comunicação de massa.

Acresce-se a esse bojo a implantação do equipamento denominado “Guardião”, que vem sendo utilizado em investigações da Polícia Federal, do Ministério Público e mesmo das Polícias Estaduais. O aparelho permite a interceptação de centenas de linhas telefônicas, de maneira concomitante e instantânea, sem qualquer controle ou autorização judicial. Portanto, a banalização de operações, em descompasso com a Lei 9.296/96,⁵⁹ gerou incidentes até com integrantes da mais alta corte judiciária do País, que suspeitam que seus telefones sejam monitorados ilegalmente.

Mandado de busca e apreensão genérico. Exemplo corriqueiro de expressão da doutrina do *labelling approach*, trata-se de um dos maiores exemplos de etiquetamento penal produzido por meio da distorção de instrumentos jurídicos. Consiste em excesso do Direito Processual brasileiro,⁶⁰ ação promovida pelo Poder Judiciário, que age em cumplicidade com a polícia e o governo estadual do Rio de Janeiro. Na rotina de megaoperações e ingerências bélicas das Polícias Militar e Civil, nas comunidades subalternas do Estado do Rio de Janeiro, o mandado de busca e apreensão é formulado pelos juízes em termos tão gerais e abstratos,

⁵⁸ Interceptações telefônicas: nova lei, velhos problemas. (*Boletim IBCCRIM*, p. 1).

⁵⁹ Interceptações telefônicas: nova lei, velhos problemas. (*Boletim IBCCRIM*, n. 175, 2007. p. 1).

⁶⁰ Segundo o art. 178 do CPPM, “o mandado de busca deverá indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do seu morador ou proprietário; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que a sofrerá ou os sinais que a identifiquem”.

que permitem à Polícia, antes mesmo de se ter iniciado o inquérito policial, fazer a revista de qualquer morador e invadir qualquer residência sem individualização e especificidade. Atuação que contraria todas as garantias constitucionais que regem o Ordenamento Jurídico brasileiro.

d) Sistema penitenciário

O sistema penitenciário brasileiro passa por profunda crise de legitimidade. Convive-se com uma realidade de barbárie em que são rotineiras as práticas de tortura, condições degradantes, insalubridade, doenças, superlotação, ruptura de laços afetivos, familiares, sexuais. No cárcere ocorre a prisionização, a incidência do tempo como castigo, aviltamento, aniquilamento da subjetividade, deformidade da personalidade, ociosidade. Até os dias de hoje, a maioria dos apenados não realiza, concretamente, atividades laborativas.⁶¹ Diferentemente do previsto no campo jurídico,⁶² em que o trabalho é assegurado como direito social e dever de todos. É ainda dever do Estado oferecê-lo. O trabalho no cárcere assegura a remição, viabiliza para os internos que, a cada três dias trabalhados, um dia da pena seja abatido.

Regime Disciplinar Diferenciado. A supressão do trabalho na prisão, no Brasil, ocorreu recentemente, no Regime Disciplinar Diferenciado. Esse regime de cumprimento da pena incide nos indivíduos já apenados, consiste em uma prisão dentro da prisão, muro/intramuros, grade nas grades.⁶³ Foi inspirado no sistema filadelfense, retomou o isolamento

⁶¹ No Rio de Janeiro, apenas em torno de 5% a 10% dos apenados trabalham. A Santa Cabrini, fundação pública criada pelo DL 360 de 1977, para promover o trabalho dos apenados, pouco atua. (PESSIONE, 2007).

⁶² Vale conferir os arts 10, 28-37, 41 e 126-129 da LEP; art. 39 do CP; e art. 5º. da CFRB.

⁶³ O RDD foi instituído pela Resolução 26/01, editada pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. É flagrante sua natureza inconstitucional, pois é decisão em matéria penal do Poder Legislativo da União e não do Poder Executivo do estado, que só tem competência administrativa. Assim, em 2002, o legislador federal editou a Medida Provisória 28/02; estabeleceu em âmbito nacional o regime. Para desvencilhar-se da inconstitucionalidade formal veio a lume a Lei 10.792/03, que alterou o art. 52 da LEP e instituiu o RDD. A criação do RDD teve como mote a reação social alavancada pela mídia no caso emblemático de Luiz Fernando da Costa (Fernandinho Beira-Mar). O RDD foi aplicado em São Paulo (Presidente Bernardes), agora funciona no Paraná (Catanduvas) e no Mato Grosso do Sul (Campo Grande).

absoluto e o silêncio pleno. Reavivou modelo com antecedentes no século XVII. Esse antigo sistema foi substituído em 1796, em nome de uma “pretensa humanização”, porque se constatou que era tortura, produzia danos irreversíveis ao indivíduo. Todavia, o Brasil decidiu recobrá-lo. Busca-se maximizar ainda o regime disciplinar diferenciado pelo regime especial de segurança máxima, através da ampliação do prazo de isolamento absoluto e do maior rigor disciplinar punitivo, pelo novo projeto em votação no Congresso.⁶⁴

Esse regime submete o apenado ao controle máximo, pela distribuição no espaço, através do isolamento carcerário,⁶⁵ com o intuito de subjugá-lo na cela. As celas⁶⁶ individuais garantem um ambiente totalmente impessoal e apertado. Trata-se do gerenciamento da vida, do poder absolutizante de dispor completamente do outro.⁶⁷ O pan-óptismo⁶⁸ ganha novos contornos, mais refinados, a vigilância se maximiza e refina. Nenhum momento de privacidade do interno passa despercebido, nada escapa ao poder das filmadoras, inseridas nas celas.⁶⁹

⁶⁴ O RESM já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ), em 2006, em decorrência do episódio ocorrido em São Paulo, 5/6, que culminou com a morte de mais de 260 “suspeitos” pela polícia e de mais de 30 representantes do Estado por extetentos. As mortes produzidas por estes últimos podem ser interpretadas como violento ato político, sem precedentes na história, de reivindicação à implantação do RDD. Como resposta, em menos de 48 horas, 17/5/06, a CCJ aprovou a PL 72/06, do Senador Demóstenes Torres, que criou o RESM. Nesse regime, o preso poderá ficar isolado, incomunicável, por até quatro anos ininterruptos. A audiência pública sobre a matéria ocorreu em 3/10/07, sendo o deputado Chico Alencar o relator designado para elaborar o projeto final.

⁶⁵ O isolamento é previsto em caráter excepcional, só para casos de falta grave, conforme art. 58 da LEP, pelo prazo máximo de 30 dias. Diverge do RDD, cujo isolamento é por 360 dias prorrogáveis por mais 360 dias.

⁶⁶ As celas são muito pequenas, com área mínima de 6m². Esse é o espaço do interno. São feitas de aço, material que tem a propriedade de se aproximar da temperatura ambiente. Assim, no verão, a cela aquece e no inverno, o cela esfria. Há grossas portas de aço, pequena janela com vidro blindado e grades de ferro. *A comida é passada como se alimentar animais em canis.*

⁶⁷ É o biopoder, *requintado controle, que gere a existência, deixa viver e faz morrer, dispositivo de controle da essência vital.* O bio poder produz aniquilação da subjetividade, por tortura e enlouquecimento.

⁶⁸ Para Bauman, o que importava no pan-óptico era que os vigilantes estivessem lá, na torre de controle, acompanhando cada movimento dos apenados. Agora, na fase em que ele entende como pós-panóptica, o que importa nas relações de poder é que os controladores podem fugir para a inacessibilidade e os apenados não se movem mais. Acredita no fim do pan-óptico e no fim do engajamento entre vigias e presos, capital e trabalho.

⁶⁹ O RDD no Brasil se assemelha à *Pelican Bay*, nos EUA, que é totalmente planejada, de modo que cada interno não tem nenhum contato com os guardas ou outros internos. Os internos não trabalham, pois não existe oficina laborativa na prisão. *Pelican Bay* não foi

Descumprimento da Lei de Execução Penal. Cabe sublinhar o fato de que, no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, existem funcionando, na maior parte dos casos, de maneira precária, apenas onze escolas, em um total de quarenta e duas unidades prisionais. Logo, não são implantados núcleos de educação, nem são oferecidos convênios laborativos ou mesmo postos de trabalho, a mais de 70% dos apenados do estado, em flagrante desrespeito à Lei de Execução Penal, ao Código Penal e à Constituição. Entre as razões, pode-se apontar a falta de interesse político e a falta de recursos. Se a sociedade capitalista elegeu como forma lícita de prover a subsistência o trabalho, que se articula à educação, eleva-se através desta; nota-se que não há vontade do Estado em conduzi-los a certa parcela da população. Isso ocorre porque constata-se que a finalidade do sistema prisional é a retributiva.⁷⁰ Isto é, impingir sofrimento, excluir, segregar, ainda que o discurso oficial se traduza pela ressocialização. Efetivamente, sabe-se que educação e trabalho contribuem para o processo de desenvolvimento humano, mas de fato são incompatíveis à natureza de aprtação. Trata-se ao menos de uma forma fundamental de redução de danos, no cárcere. Porém, esta também não ocorre.

Quanto aos índices de reincidência, são de ordem superior a 70%, consoante os dados do Depen.⁷¹ Logo, se a preocupação é com a reincidência, os parlamentares deveriam se preocupar com a ausência de escolas e oportunidades de trabalho no sistema prisional. Em 2007, havia somente 510 apenados exercendo atividades remuneradas (para uma população prisional superior a 23.000 detentos). Isso significa que apenas 2% da população prisional do estado estava trabalhando de modo remunerado, em cumprimento à Lei de Execução Penal. Na mesma direção, consoante os dados da VEP, 53% dos presos não concluíram ou não cursaram o Ensino Fundamental. Nesse caso, recidente é o Estado, que não proporcionou a essas pessoas o acesso Ao Ensino Fundamental: em um primeiro momento, quando em idade escolar, na sociedade, como

projetada como fábrica de disciplina; mas como fábrica de exclusão máxima. Se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem as celas poderiam ser tidas como caixões. O RDD apresenta similitude com o Centro de Detenção Lelystad, na Holanda, com requintes tecnológicos. Todos os presos usam pulseiras eletrônicas, para que nenhum movimento escape ao controle e cada cela possui um microfone que capta os sons.

⁷⁰ Além das outras funções informais ou metas indicadas por Thompson, como: a disciplina e a segurança. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 5 fev. 2007.

determina a Constituição; e, finalmente, em um segundo momento, quando em idade adulta, na prisão, como definido na Lei de Execução Penal.

Como exposto, o Estado Democrático de Direito encontra-se ameaçado pela enunciação do Estado Penal, que se propaga por todas as esferas da vida humana. Nessa esteira, vale lembrar o saudoso Baratta, quando defendia a aplicação dos direitos humanos e se referiu ao crime de Estado, intitulando-o violência institucional. Assinalou que a violência institucional ocorre quando o agente é um órgão do Estado: o governo, o Exército ou a polícia.⁷² E frisou que a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos.⁷³ Nesse sentido, deve caminhar o Direito Penal, com o intuito de preservar os Direitos Humanos, o que significa preservar um mínimo ético de cada indivíduo, no primado do Estado Democrático de Direito.

O direito penal na garantia dos direitos fundamentais sob o prisma da Constituição Federal de 1988

Em contraposição ao Estado Penal, coloca-se o Estado Constitucional ou Estado Democrático de Direito, que constitui um referencial imprescindível a ser adotado pelo Direito Penal. Posto que consubstancia-se em um modelo de garantias que se opõe ao modelo autoritário de Estado, está assentado nos Princípios e no direito constitucional, e tem como primazia os direitos fundamentais dos indivíduos. Para tal, deve fazer valer sua preponderância hierárquica. Assim, constata-se que “o Estado Constitucional de Direito funciona como um sistema hierarquizado de normas, que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores, com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, e tem validade seja qual for o ordenamento”.⁷⁴

⁷² BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. Trad. de Ana Lúcia Sabadell. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 6, v. 6, n. 2. p.48, 1993.

⁷³ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal minimo. *Conferencia Internacional de Direito Penal*: outubro de 1988. Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991. p. 25.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad. de Carlo Coccioli. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 53.

Vale destacar que deverá ocorrer a sujeição do próprio Estado Democrático de Direito, do próprio Ordenamento Jurídico, às regras formais. Ou seja, no paradigma do Estado Democrático de Direito até mesmo a produção do Direito tem que observar as regras constitucionais, tanto no aspecto formal, quanto no aspecto substancial. O sistema de garantias emanado de tal modelo de Estado funda-se, como diz Ferrajoli,⁷⁵ numa dupla artificialidade: primeiro quanto ao caráter positivo das normas produzidas, isto é, já não é a moral ou o direito natural a fonte dos direitos – disso resulta que o *ser* (existência) do ordenamento jurídico é produto do *homem* (artificial); e, segundo, quanto à sujeição do próprio ordenamento jurídico às regras *formais* e *substanciais* do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito não é apenas um Estado de Direito. Como enfatiza Ferrajoli,⁷⁶ ambos são regidos *per lege* e *sub lege*, mas com diferenças marcantes: no Estado de Direito clássico, é a *lei* que condiciona a forma e o conteúdo do Ordenamento Jurídico; no Estado Democrático de Direito, é a Constituição que estabelece a forma e que dá os limites substanciais do ordenamento jurídico; no primeiro, toda lei vigente tem “validade” e é presumida de interesse geral; no segundo, a validade da lei vigente depende de sua coerência com a Constituição; qualquer lei, inclusive as autoritárias e abusivas devem ser observadas (dentro do positivismo clássico); assim, as leis que violam a Constituição, para o sistema garantista atual, são inválidas e não podem ser aplicadas. Nesse sentido, para Canotilho, “o Direito Constitucional, a Constituição, o sistema de poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram”.⁷⁷

O Estado Democrático de Direito foi erigido sob um sistema de garantias, que deverá assegurar o caráter positivo das normas produzidas; jamais no aspecto moral ou no aspecto do direito natural, especialmente se compreendidos na acepção incriminadora do direito penal. De modo que, o direito penal encontra seus limites na supremacia constitucional. “A perspectiva é, portanto, a de expandir os espaços de luta pela cidadania também por dentro das potencialidades do próprio direito, procurando fortalecer o espaço do Direito Constitucional, sobretudo, sobre o Direito

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia – Información y Debate*, Madri, n. 16-17, p. 63, 2-3/1992.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. de Juarez Távares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 896 ss.

⁷⁷ José Joaquim Gomes Canotilho. Sobre o Tom e o Dom dos Direitos Fundamentais. *Revista Consulex*, v. 45, n. 38, set. de 2000.

e o Sistema Penal”.⁷⁸ Ou seja, o Estado Democrático de Direito restringe a atuação punitiva do Direito Penal.

De acordo com Carvalho, o Estado Democrático de Direito ancora-se “no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência, pública ou privada”.⁷⁹ O Estado Democrático de Direito traz em sua verve a secularização, como reação ao modelo inquisitorial. Este último respaldava-se no modelo autoritário, que preconizava, no âmbito penal, a concepção ontológica do desviante e etiológica do delito, que foi reapropriado sob uma pseudofeição humanizadora do Positivismo Criminológico.⁸⁰

O Estado Democrático de Direito contém as arbitrariedades institucionais, restringe as esferas do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo. Ferrajoli evoca os postulados que sintetizam o modelo teórico, estabelece-o em máximas latinas, ou seja, aforismas, amparados na ideia de: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, conduta, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. Nesse diapasão, cabe conferir: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla poenalis sine necessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine judicio; nullum judicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione*.⁸¹

Esses elementos possibilitam a construção de um quadro referencial de valores que permite a adequada aplicação do Direito Penal, tanto na teoria do delito, quanto na teoria da pena. Portanto, o Direito Penal a serviço do Estado Democrático de Direito, verifica: quanto à elaboração normativa – se sua estrutura é minimalista ou maximalista; quanto ao juízo – se acusatório ou inquisitivo; quanto à pena – se retributiva ou pedagógica; para tentar corrigir excessos punitivos, autoritários e irracionais.

Nessa esteira, o direito penal afinado ao Estado Democrático de Direito, leva em consideração certos critérios limitadores, concebidos como

⁷⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29.

⁷⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 21.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 76.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. de Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 74 ss.

elementos negativos, com destaque para a: lesividade, materialidade e culpabilidade. A lesividade se encontra relacionada ao evento, a materialidade no que tange à ação, e a culpabilidade no que diz respeito à responsabilidade penal. Esta última merece uma maior atenção em decorrência dos estados acerca da coculpabilidade, que diminui a reprovação social, pela ampliação dos casos de inexigibilidade de conduta diversa, aumentando as fórmulas de exculpação ou ainda reduzindo a culpabilidade.⁸²

Figueiredo Dias alerta para o fato de que a ordem dos valores jurídico-constitucionais constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulador no âmbito de uma aceitável atividade punitiva do Estado.⁸³ Nesse sentido, é imprescindível que a Constituição exerça uma obstaculização positiva em face do direito penal, limitando-o. A Constituição deve sempre funcionar como um grande filtro, para vetar normas infraconstitucionais obtusas. Nesse campo, o modelo garantista do Estado Democrático de Direito aclama a primazia da Constituição, dos Princípios e dos Tratados Internacionais. Contudo, sua tarefa de atuação deve ser ainda mais restritiva e específica, limitando a tutela penal àqueles bens de natureza fundamental.⁸⁴

Em um Estado Democrático de Direito, a lei passou a ser condição de civilidade, imprescindível à contenção do poder do Estado, abusivo e desmesurado. Como bem assevera Carvalho, a lei deve ser tomada em outra perspectiva: “absolutamente indispensável, como condição de humanidade”.⁸⁵ Portanto, a lei é limite à dominação dos fortes. Ou seja, a

⁸² Pois vale lembrar que a culpabilidade passa a compreender uma diminuição da pena, a partir da aplicação de uma atenuante inominada, de cunho obrigatório, mediante o art. 66 do Código Penal brasileiro. A culpabilidade, no que diz respeito aos aspectos morais, estabelece a distinção entre a culpabilidade do fato e a culpabilidade do autor. A primeira reprova o que o homem fez; já a segunda é condizente com o que o homem é. Esta última associa a culpabilidade à dita periculosidade, aos valores éticos e morais do autor. Porém, não se pode confundir moral com direito. A tutela de pautas éticas e normas morais (como drogas, incestos, sodomia) não deve ser objeto do direito penal. Ver CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002., p. 44-91.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. As tendências recentes da política criminal e o novo código penal português de 1982. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, v. 34, p. 9, 1982.

⁸⁴ RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 68.

⁸⁵ CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 14.

lei é proteção ao débil. A lei é sempre a lei do mais fraco. Destarte, no Direito Penal o réu ou o condenado representam o débil, e os direitos fundamentais se afirmam como leis do mais débil contra o mais forte ou a maioria.⁸⁶

O Estado Democrático de Direito busca a satisfação dos direitos do homem e propaga um sistema de garantias em oposição à crise de legitimidade do sistema punitivo vigente. Em uma acepção mais ampla, pode-se dizer que encontra suas raízes no Iluminismo, do século XVIII. Propõe estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta, que coloca a defesa social acima dos direitos e das garantias individuais.⁸⁷ O Estado Democrático de Direito rompe com a beligerância do Direito Penal. Na medida em que nega o estado de guerra, isso quer dizer que, em um Estado Democrático de Direito, não há inimigo. Passa-se a enlevar uma nova acepção, apoiada no reconhecimento do outro como valor, como pessoa que não deve ser combatida, estigmatizada ou excluída; mas respeitada em sua diferença, estende a todos, igualmente, os direitos fundamentais.

Acerca dos direitos fundamentais, Ferrajoli propõe uma definição teórica para eles: “São todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer alguma coisa. [...] Os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos”.⁸⁸ Vale notar que a Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe em seu bojo uma série de direitos fundamentais.

Da mesma forma, o direito penal, adstrito ao Estado Democrático de Direito, deve seguir esse entendimento. Pois, em sua matriz teórica, o direito penal tem capacidade para efetivar os direitos fundamentais, desde que a serviço do Estado Democrático de Direito. Portanto, o direito penal deve buscar guarida na essência dos preceitos constitucionais, na interpretação judicial da lei, em um juízo sobre a própria lei, quando o

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 24.⁸⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 19.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 37, 47.

juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, quer dizer, compatíveis com as normas constitucionais substantivas e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos, para dar sustentáculo teórico à práxis alternativa penal.⁸⁹

Cumpre salientar que os direitos fundamentais preservam a dignidade da pessoa humana, atuam como limite e objeto do Direito Penal, frente ao Estado Democrático de Direito. Possuem, desse modo, uma função negativa, uma vez que impõem um limite à intervenção punitiva do Estado. Vale lembrar que, em sua função positiva, o Estado intervém, elegendo bens jurídicos a serem tutelados. Nessa seara, o Estado Democrático de Direito consubstancia-se por mecanismos de tutela do indivíduo, pelos direitos fundamentais, que adquirem *status* de intangibilidade, são indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis. Eis que são vistos sob o prisma estatal, como de caráter negativo, por serem limitadores da intervenção.

A tutela pelos direitos fundamentais sofre violações por leis infraconstitucionais, que, de acordo com a hierarquia, afrontam a Carta Magna. Assim, para se assegurar as garantias aos indivíduos que estão no polo mais frágil, mais débil, ainda que diante da inflação legislativa punitiva e da crise da legalidade, urge necessária a imperatividade não dessas leis infraconstitucionais, mas da Constituição e dos Princípios. Notadamente, verifica-se que o direito penal, por regras, deve ceder lugar ao direito por Princípios.⁹⁰

Os princípios consistem na base de reserva ético-valorativa, centro irradiador, imantador, que norteia o próprio Poder Constituinte. Trata-se de grande conquista da civilização. Inobstante, existem princípios que são supralegais, não estão ancorados na Constituição. Os princípios elevam as garantias fundamentais; antes de representarem prerrogativas dos cidadãos,

⁸⁹ Nesse sentido, vale conferir o prefácio de Salo de Carvalho, na obra de seu pai: CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 17.

⁹⁰ Os princípios traduzem valores centrais, representações jurídicas gerais de cada sistema jurídico. Consubstanciam-se em mandamentos nucleares e alicerces de um sistema, retratam a construção histórica do homem em busca de dignidade. Os princípios são informadores da norma. Então, quando há um choque entre um princípio e uma norma, o princípio prevalece e nega não só a validade, mas até a vigência daquela. O princípio tem como ambiência natural a Constituição. Lamentavelmente têm aplicação restrita, especialmente, no que concerne à atuação positivista-legalista dos operadores jurídicos. O elevado grau de abstração propicia o medo no emprego dos princípios associados à pseudonoção de insegurança jurídica. Os princípios funcionam como pano de fundo que norteia a elaboração e interpretação da norma, momento sublime do Ordenamento Jurídico, imperativo de justiça. Os princípios se referem a propósito, à meta, faculdade ou a valor. Prescrevem um valor mais genérico e não específico. Possuem maior abstração, compatibilizam-se e acomodam-se, ou seja, humanizam.

dirigem-se ao Estado, isto é, estabelecem os parâmetros de atuação, bem como seus limites. Dessa forma, todo Estado Democrático de Direito, cuja ordem está pautada a partir da Constituição Federal, não pode criar e validar normas infra-constitucionais que não estejam em conformidade com a Lei Maior, e esta deve sempre estar em conformidade com os Princípios.

Como preleciona Ferrajoli,⁹¹ os Princípios funcionam como critérios pragmáticos de aceitação, enunciados nas Constituições, leis, ou mesmo implícitos como construções doutrinárias. Desse modo, resultam importantes princípios a serem adotados no campo penal e processual. No âmbito processual ecoam os seguintes princípios: presunção de inocência, licitude da prova, verdade real, contraditório e ampla defesa. Já no âmbito pena, reverberam os seguintes princípios: secularização, legalidade, intervenção mínima, pena mínima necessária, necessidade, proporcionalidade, proteção do bem jurídico e dignidade humana.

Este último princípio merece especial atenção, posto que a dignidade humana diz respeito à pessoa, trata-se de princípio originado no Iluminismo, com o objetivo de mitigação e minimização punitiva. Assim, o desviante não será tratado como objeto ou como meio, mas como fim, como pessoa. O valor da pessoa humana deverá prevalecer sobre qualquer argumento utilitário, impõe contenção à qualidade e à quantidade da pena. Ou seja, jamais a pena poderá ser perversa ou mesmo perverter o réu. A dignidade humana consiste em se enxergar o indivíduo especialmente no que tange a pena, que prevê a impossibilidade do réu de ser reduzido à condição de coisa e sacrificado em prol de finalidades alheias.⁹²

Não é sem motivo que para Palazzo,⁹³ entre os valores fundamentais no campo do direito penal, estão os princípios estruturantes do Estado Constitucional, que determinam a dogmática penal e a política criminal adotadas. Com efeito, a dignidade humana é o fundamento máximo, constitucional em matéria penal, erigida como princípio estrutural, unidade axiológico-penal referencial no delineamento das diretrizes do Ordenamento Jurídico.⁹⁴

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. de Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 138.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. de Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 319.

⁹³ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 22-26.

⁹⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 9.

A dignidade humana remonta à Grécia, mas nem sempre foi protegida por leis ou costumes. Contudo, consubstancia-se como pilar da Civilização Ocidental. Cabe lembrar que Kant ofereceu relevantes contribuições, no século XVIII, acerca da dignidade humana. Asseverou que o homem é um valor absoluto, fim em si mesmo, porque dotado de razão. “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e portanto não permite equivalente, ela tem dignidade.”⁹⁵ Mas foi particularmente após a Segunda Guerra Mundial que houve a conscientização geral da população, que culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Nessa ocasião, a noção de dignidade humana propalou a ideia-força, no modo como é tomada ainda hoje.

Reale⁹⁶ analisa historicamente três concepções de dignidade humana: a individualista, a transpersonalista e a personalista. Quanto à primeira, a individualista, retratada pelo liberalismo clássico, o pressuposto básico é o indivíduo, que zela por seus próprios interesses. Refere-se aos direitos contra a autoridade estatal, resguarda a autonomia do indivíduo. Quanto à segunda, a transpersonalista, que advém do marxismo, prima pela realização do bem coletivo, como maneira de tutelar os interesses individuais, que serão sobrepujados por valores da comunidade. Quanto à terceira, a personalista, não se coloca nem na individualista nem na coletivista, pois propugna a conjunção dos valores individuais e coletivos.

Cumprir destacar que os direitos humanos correspondem à direta expressão da dignidade humana, sendo obrigação dos Estados assegurá-los. Segundo Piovesan, a dignidade humana é “valor a iluminar o universo de direitos. [...] A condição humana é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. Isto porque todo o ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente. Sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão, ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção”.⁹⁷

⁹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: M. Claret, 2003. p. 77.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 277.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 833, p. 41-53, mar. 2005.

A qualificação da dignidade humana vai além do conteúdo ético e moral, posto que constitui norma juridicamente positiva dotada de *status* constitucional formal e material, imbricado de eficácia e valor jurídico fundamental. “A dignidade humana consiste em valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infra-constitucional).”⁹⁸ A dignidade humana consubstancia-se na condição de valor fundamental, princípio normativo que pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões ou gerações. Nessa seara, “sem que se reconheçam a pessoa humana, os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade”.⁹⁹ Dessa forma, a dignidade humana revela-se unidade de valor de uma ordem constitucional e, unidade de valor para os direitos fundamentais, com caráter axiológico-constitucional.

Para Comparato,¹⁰⁰ “a dignidade do ser humano é fonte e medida de todos os valores, está sempre acima da lei, vale dizer, de todo o direito positivo”. Segundo Hess,¹⁰¹ a dignidade humana é um escopo constitucional, quer dizer, representa a vontade da Constituição, com aspecto vinculante e caráter imperativo, em decorrência da força normativa que tem a Constituição. Cumpre frisar que “a proteção e a promoção da dignidade do homem embasam e atestam legitimidade a um Estado e a uma comunidade que tenham na pessoa humana seu fim e fundamento máximos. Assim, a dignidade seria um critério para a aferição do sentido de uma ordem estabelecida. [...] O princípio constitucional da defesa e da promoção da dignidade da pessoa humana deve influenciar o sistema penal, para que este opere com respeito aos direitos humanos fundamentais e se assente precipuamente, no paradigma humanitário”.¹⁰²

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30.

¹⁰¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19.

¹⁰² TAIAR, Rogerio. *A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS, 2008. p. 69, 75.

Considerações finais

Todo o sistema penal, com destaque para o direito penal, deve atuar a serviço do Estado Democrático de Direito, através da limitação do próprio Poder Punitivo, na obstaculização da violência institucional, visando, acima de tudo, à defesa da dignidade humana, que encontra respaldo nos princípios que lastreiam o Ordenamento Jurídico Penal brasileiro. Nesse sentido, não poderão ser aceitas práticas perpetradas no cotidiano, que caracterizam o Estado Penal, o Estado de Polícia, como: mandados de busca e apreensão genéricos, prisões provisórias arbitrárias, proliferação dos autos de resistência, uso dos caveirões em comunidades, emprego das Forças Armadas, utilização de armas de grosso calibre em operações urbanas, execuções policiais, condenações a cálculos penais elevadíssimos nas sentenças, multiplicação e uniformização da aplicação da prisão, superlotação dos presídios, condições precárias do cárcere, entre tantas outras.

Cumprе salientar, como afirma o eminente professor Batista, que “seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais dos Sistemas Penais”.¹⁰³ Desse modo, pelo fato de o sistema penal trazer tantas máculas à dignidade humana, o direito penal, enquanto elemento que compõe o sistema penal, deve ser um instrumento do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Ferrajoli, o direito penal só é válido enquanto “instrumento de defesa e de garantia de todos: da maioria ‘não desviada’, mas também da minoria ‘desviada’, que, portanto, se configura como um direito penal mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade”.¹⁰⁴

Somente a partir de um direito penal inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito é que se pode frear o Estado Penal e clamar por uma prática social imbuída de valores de respeito inexoráveis ao ser humano, que priorizem a dignidade humana. Apenas um direito penal, ancorado em base principiológica e constitucional, pode conter as arbitrariedades do próprio poder punitivo e propiciar a construção de um modelo de sociedade mais tolerante e harmônica, e estar apto a erigir ideais de justiça e igualdade.

¹⁰³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 26.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad. de Christiano Fragoso. Instituto Carioca de Criminologia. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 12, p. 32, 2002.

É necessário estar atento às violações ao ser humano, às afrontas cotidianas, perpetradas através da ingerência do Estado, para que se possa compreender e refletir melhor o momento vivido. Sobretudo em tempos hodiernos, quando em nome da ordem e da segurança pública, direitos fundamentais como a dignidade humana têm sido cotidianamente açambarcados. Nesse sentido, o grande desafio posto diante da sociedade é manter a imanente indignação frente à barbárie dos modelos opressores, que se traduzem nos Estados de Polícia, deflagadores dos direitos fundamentais. Para que então, finalmente, se possa elevar o Estado Democrático de Direito, e o Direito Penal a seu serviço, pela ótica da segurança dos direitos, não como controle repressivo, mas como condição e possibilidade de emancipação.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de H. Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. Trad.: Ana Lúcia Sabadell. Porto Alegre: S. A. Fabris, ano 6, v. 6, n. 2. 1993.

_____. *Principios del derecho penal minimo*. In.: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL. 1988. 1991. Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro :Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Revan, v. 12, 2002.

_____. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 5-6, 1998.

_____. Todo crime é político. *Caros amigos*, ano VII, n. 77, ago. 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

- _____. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, n. 2. 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Trad. de C. A. Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 172, São Paulo, 2007.
- Boletim IBCCRIM, n. 175, 2007.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. Sobre o tom e o dom dos direitos fundamentais. *Revista Consulex*, v. 45, n. 38, set. 2000.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Reformas penais em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASTRO, Lola Aniyar de Castro. *Criminologia da reação social*. Trad. de Esther Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. A criminologia crítica no século XXI como criminologia dos direitos humanos. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; PINAUD, João Luiz Duboc (Org.). *Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva*. Trad. de Roberta Duboc Pedrinha e Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio de Janeiro. *Revista Discursos Sedicioso*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, v. 1, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DENNINGER, Erhard. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. *Constellation*, Oxford: Blackwell Publishers, v. 7, n. 4. 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. As tendências recentes da política criminal e o novo código penal português de 1982. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro: Forense, v. 34, 1982.

FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc. *Regime disciplinar diferenciado: uma (re) leitura constitucional*. In: GOMES, Décio Alonso (Org.). (Re) discutindo a execução penal: estudos sobre os 20 anos da Lei 7.210/84 e sua leitura à luz do paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad. de Christiano Fragoso. Instituto Carioca de Criminologia. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 12, 2002.

_____. *A soberania no mundo moderno*. Trad. de Carlo Coccioli. São Paulo: M. Fontes, 2002.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Direito e razão*. Trad. de Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia – Información y Debate*, Madri, n. 16-17, v. 2-3, 1992.

_____. *O direito como sistema de garantias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GRACIA MARTÍN, Luiz, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-02, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Sites

<<http://www.mj.gov.br>>.

<<http://www.mj.gov.br/depen> Acesso em: 5 fev. 2007>.

<http://www.ssp.sp.gov.br/home/noticia.aspx?cod_noticia=10533>. Acesso em: 24 mar. 2007.

<<http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=121102>>

Jornal A Folha de S.Paulo – 09/11/2007.

Jornal O Globo – 24/10/07.

Jornal O Globo – 10/7/08.

Jornal O Globo – 12/2/08.

Jornal O Globo – 16/4/2008.

Jornal O Globo – 23/10/07.

Jornal O Globo – 17/10/2007.

Jornal O Globo – 24/2/2006.

Jornal O Globo – 28/5/2008.

Jornal O Globo – 31/1/08.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: M. Claret, 2003.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MARONNA, Cristiano. Proibicionismo ou morte? In: REALE, Miguel; TORON, Alberto Zaccharias (Org.). *Drogas: aspetos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PERROT, Michele. Prisioneiros. In: *Os excluídos da história*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PINSKY, James. *A escravidão no Brasil*. 19. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos: o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988*. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 94, v. 833, p. 41-53, mar. 2005.

Portal O Globo Online. Acesso em 24.9.2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Avanços e retrocessos*. In: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Revista *Carta Capital*, n. 446, 30 de maio de 2007.

Revista *IstoÉ*, junho, 2008.

Revista VEJA, 22 de agosto de 2007.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de. *Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal*. In: COPETTI, André (Org.). *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Taiguara L. S.; *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente*. 2010. Dissertação (Mestrado) – PPGD PUC-Rio, 2010.

TAIAR, Rogério. *A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS, 2008.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WACQUANT, Loic. *Os condenados da cidade*. Trad. de Martins Filho. Rio de Janeiro: Revan, 2001a.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001b.

Sites:

<www.folha.com.br>. Acesso em: 22 fev. 2008.

<www.isp.rj.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2008.

<www.ucamcesec.com.br>. Acesso em: 18 ago. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal: pensamento criminológico*. Instituto Carioca de Criminologia. Trad. de S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Vol.:14.

_____. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos y justicia*. 1998.

EMPATIA, POLÍTICA E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Rodrigo de Souza Tavares

Introdução

Assistimos nos últimos anos um renovado esforço para ajustar o sentimentalismo introduzido pelos moralistas britânicos no séc. XVIII (NICHOLS, 2004; PRINZ, 2009; SLOTE, 2010) numa roupagem contemporânea. Essa tendência caminha em paralelo a uma virada experimental mais ampla no âmbito da filosofia, pois grande parte de seu impulso e alimentada pela crescente literatura empírica, oriunda principalmente das áreas da psicologia experimental (CUSHMAN et al., 2006; HAIDT, 2001) e neurociência (GREENE, et al., 2001; DAMÁSIO, 2009), confere às emoções um papel central na realização de juízos de valor.

Os reflexos dessa tendência começam a alcançar também as “praias” da política. A mirada sentimentalista recentemente foi direcionada para refletir sobre o papel que as emoções desempenham, ou devem desempenhar, na arena da deliberação democrática. (FRAZER, 2010; MARCUS, 2002; MORREL, 2010; KRAUSE, 2008). Apesar das novidades nas evidências empíricas aduzidas, percebe-se um elo fundamental entre os autores contemporâneos da teoria política sentimentalista e autores clássicos como Hume e Smith. Da mesma forma que ambos consideravam a simpatia como um conceito-chave da moralidade, é quase unânime, nesse campo insurgente, que a empatia (podemos, por enquanto, dizer que esses termos são correlatos) é essencial para pensar sobre o funcionamento das emoções no contexto político. Contudo, nem todas as vezes são tão simpáticas ao conceito de empatia. Jesse Prinz, um dos expoentes da reabilitação do sentimentalismo moral, lançou um “apelo por um sentimentalismo anti-empático”. (PRINZ, 2011, p. 128). Em sua opinião, a empatia seria uma espécie de ‘ouro de tolo’ para a filosofia, pois seus propagados benefícios seriam sobrepujados pelo preconceito e pela parcialidade que lhe são intrínsecos.

Não obstante tal polêmica, o conceito de empatia parece fundamental para o novo viés da teoria política sentimentalista. Como afirmou Morrel (2010, p. 195): “Apenas colocando a empatia no coração da deliberação pode a democracia cumprir sua promessa de originar decisões legítimas que concedem igual consideração a todos na sociedade.” Retirar a empatia do âmbito da deliberação política seria retirar o motor da virada afetiva presente no atual debate sobre legitimação democrática. Sendo assim, iremos abordar brevemente as discussões sobre a correta definição da empatia, suas fraquezas e virtudes e, por fim, sua aplicação na seara política.

Por último, cabe discutir algumas implicações dessa virada sentimentalista na teoria política contemporânea para o âmbito das instituições jurídicas. Sabe-se que, nas últimas décadas, a interseção entre política e direito foi bastante explorada pelos teóricos que defendem uma concepção deliberativa da democracia. Nessa linha de pensamento, instituições jurídicas tradicionais, tais como os Tribunais Constitucionais, foram alçadas ao cerne do espaço político, haja vista o esvaziamento da política representativa e a legitimação de decisões coletivas através do intercâmbio de razões inerentes à proposta dessa abordagem democrática. Em paralelo ao crescimento da popularidade das teorias deliberativas democráticas, observa-se um refluxo das discussões sobre o papel das emoções no âmbito jurídico. Isso porque tais teorias têm notoriamente um pano de fundo kantiano, que enxerga na razão pura (livre de afetos e outras interferências contingentes da natureza humana) o fundamento último da legitimidade normativa. Sendo assim, a virada sentimentalista, no âmbito da política, necessariamente irá acarretar o redimensionamento das relações entre emoções e direito. O presente trabalho pretende apenas olhar para a superfície desse enorme *iceberg* que aguarda reconhecimento.

O déficit afetivo das teorias deliberativas da democracia

Afirmam os partidários da democracia deliberativa que é a participação de todos em fóruns abertos e livres que assegura a legitimidade e a efetividade das decisões públicas, incluídas, aí, obviamente, as decisões judiciais. Há muitas versões da democracia deliberativa, mas dois autores apresentam relevo destacado nessa tradição – são eles Rawls (2005) e Habermas (1996). É inegável, certamente, a existência de diferenças entre as duas abordagens, mas há também convergências importantes, as quais, do ponto de vista deste trabalho, são mais relevantes que as divergências. Pode-se afirmar

que o principal ponto de convergência entre as duas versões é a ideia de fundar a autoridade através da legitimidade, esta entendida como a troca de argumentos entre pessoas razoáveis e imparciais. Nesse sentido, a legitimidade das decisões públicas funda-se no intercâmbio público de razões, ao invés de apenas prevalecer como expressão da regra majoritária e do sistema de representação política.

Esse discurso racional, portanto, deve ser público e inclusivo, de modo que assegure direitos iguais de comunicação aos participantes, exigindo sinceridade e dissipando qualquer força, exceto a força não coercitiva do melhor argumento. Tal estrutura comunicativa pressupõe uma situação ideal que é capaz de criar um espaço deliberativo, que favorece as melhores contribuições disponíveis para as questões relevantes. Tal deliberação não envolve simplesmente a troca de palavras e opiniões, mas impõe seus próprios requisitos, ou melhor, possui uma moralidade interna.

Todavia, é bastante sintomático que, embora as emoções estejam presentes nas práticas deliberativas cotidianas – afinal no espaço político discursamos com raiva frente às injustiças, manifestamos tristeza pela persistência da miséria, mostramos nojo frente àquilo que consideramos desvios teratológicos dos padrões de conduta – não há espaço para elas nas teorias normativas predominantes sobre a democracia. Essa lacuna reflete, aliás, uma antiga desconfiança frente às possíveis influências deletérias das emoções na política. Aristóteles na *Política* e na *Retórica* chamava a atenção para os desvios da democracia causados por demagogos que, através de recursos retóricos, guiariam as paixões da multidão para fins distintos do interesse coletivo.¹

Os principais expoentes da teoria da democracia deliberativa contemporânea empregam, em seus trabalhos, uma concepção de deliberação racional que é isenta de fatores emotivos. Em sua concepção, estes podem, de alguma forma, contaminar os processos de justificação imparcial dos quais depende a legitimidade dos resultados dos procedimentos deliberativos. Nas palavras de Marcus

¹ Cumpre esclarecer que Aristóteles não era contrário à inclusão da emoção na esfera política. Ao contrário, esse filósofo via nas emoções uma parte essencial e inevitável de qualquer esfera do raciocínio prático. Todavia, acreditava que o cultivo das virtudes era necessário para domesticar impulsos eventualmente equivocados, causados por paixões desgovernadas. Ver *El gobierno de las emociones*. (CAMPS, 2011).

Uma situação de discurso perfeito é aquela em que a deliberação racional entre todos os participantes é o único determinante das políticas públicas. Em tal situação, as pessoas expressam razões e deliberam sobre questões práticas, privadas e públicas, em vez de apenas afirmar preferências ou responder à força, implícita ou ostensiva. Presume-se que as emoções não podem entrar na deliberação racional sem contaminar o processo. Explícita no pensamento de Habermas é a presunção de que as emoções são capazes de minar a racionalidade. (2002, p. 5).

A mesma afirmação vale para Rawls (2005, p.83-87), para quem os princípios de justiça de uma sociedade bem-ordenada devem valer independentemente dos desejos dos cidadãos. Em sua terminologia há uma oposição entre o razoável – fruto de considerações de reciprocidade e equidade – e o racional – concernente a considerações individuais de maximização de interesses. Uma sociedade bem-ordenada é guiada por princípios razoáveis ao invés de ser estruturada com base na agregação de preferências individuais. Krause, autora vinculada à renovação sentimentalista na política, expõe da seguinte maneira as raízes kantianas da concepção de Rawls sobre a racionalidade prática:

A absoluta subordinação do racional ao razoável – a sujeição da razão infundida com sentimentos à razão que é de alguma maneira “pura”, ou purificada de sentimentos, como a razão prática pura em Kant – confirma as aspirações *anti*-humeanas da teoria de Rawls. Ele pretende que a justificação normativa seja totalmente independente de considerações meramente “psicológicas”, como paixões e desejos de indivíduos concretos. (2008, p. 36).

Ocorre, todavia, que essa visão racionalista da deliberação prática desafia não apenas o senso comum, mas também as recentes descobertas da psicologia e da neurociência, a respeito da racionalidade humana. Distintas pesquisas, já amplamente corroboradas, indicam que as emoções são constitutivas e inerentes a qualquer espécie com racionalidade prática. As emoções marcam opções relevantes, no âmbito dos contextos deliberativos (DAMÁSIO, 2009) e orientam juízos valorativos (HAIDT, 2001); diante dessas evidências parece forçoso buscar um ideal normativo para a democracia que não prescindia das emoções. Conforme será exposto adiante,

acreditamos que esse caminho passa pelo incremento da empatia na esfera política.

Definindo empatia

A disputa conceitual sobre o conteúdo da empatia é bastante acirrada, mas há consenso entre todos os contendores: a empatia não é exatamente uma emoção, mas uma espécie de relação intersubjetiva de comunicação, carregada de informações afetivas ou emocionais. Saindo desse terreno comum, encontramos bastante diversidade de opiniões, a começar pela terminologia eleita. O termo *empatia*, derivado da expressão alemã *einfihlung*, ora se torna sinônimo ora se correlaciona por familiaridade às expressões simpatia, compaixão e preocupação, termos presentes no discurso filosófico, principalmente dos chamados moralistas britânicos – Hutcheson, Hume e Smith. No presente trabalho iremos empregar os termos como sinônimos, preferindo a designação empatia, e traçando distinções quando necessário.

Nos últimos anos, o debate filosófico em torno da empatia foi reanimado por novas evidências da neurociência. A descoberta dos chamados neurônios-espelho, que são ativados quando presenciamos a realização de um ato por um agente externo e, portanto, estão envolvidos na simulação interna das ações realizadas por outros, adicionou combustível ao debate sobre como podemos ter acesso a outras mentes.² Seria pouco frutífero acrescentar poucas linhas às muitas laudas já dedicadas ao assunto. Neste trabalho iremos partir de algumas definições de empatia, presentes na recente literatura filosófica, que trata do termo e mostrar um ponto de tensão nesta.

Prinz (2011) define a empatia como a experiência de sentir a emoção que nós achamos que outra pessoa está sentindo. Portanto, caracteriza a empatia como um processo de mimetismo emocional, denso afetivamente e débil do ponto de vista cognitivo. Embora controversa, não se trata de uma proposta totalmente estipulativa.³ Partindo dessa definição, Prinz

² Para uma extensa revisão dessas evidências empíricas e de suas implicações na filosofia, veja-se o livro: *Simulating minds: the philosophy, psychology, and neuroscience of mindreading*. (GOLDMAN, 2006).

³ Noel Strüchiner (2011), pioneiro na discussão sobre as relações entre empatia e filosofia do direito, endossa a definição de Prinz em artigo que aborda as implicações do ataque de Prinz para distintos modelos de tomada de decisão jurídica. Neste trabalho, o autor também cita outros filósofos e psicólogos que se alinham à definição.

sustenta que a empatia é essencialmente tendenciosa, facilmente manipulável e mais forte entre membros considerados parte de um mesmo grupo. Prinz (2011) alega que a empatia contém aspectos que a tornam inapropriada para a moralidade, poderíamos, por exemplo, ficar inertes exatamente por experimentar a tristeza de outrem, dado à natureza paralisante dessa emoção. Já a preocupação (em sua opinião uma experiência emocional distinta) poderia nos fazer olhar diretamente para os danos sofridos pelo sujeito em sofrimento e instilar uma indignação motivadora de comportamento pró-social. Diante desses contrastes, aposta suas fichas na diminuição do valor dado à empatia no campo da moralidade e confere relevo maior aquilo que chama de preocupação (*concern*).

Por outro lado, no campo da teoria política percebe-se a preferência pela adoção de um conceito mais amplo e menos crítico da empatia, cuja caracterização inclui traços afetivos e cognitivos robustos. Segundo tal definição, além do aspecto de contágio emocional, a empatia encerra fatores como as experiências de projeção ou tomada de perspectiva, a preocupação empática e a compreensão de estados mentais alheios. Morrell (2010, p. 55-66), por exemplo, adota o que denomina de *modelo processual* da empatia. Resumidamente, esse modelo engloba: a) antecedentes do processo empático, tais como capacidades biológicas individuais, história pessoal, proximidade entre sujeito e observador, etc.; b) núcleo afetivo – mímica motora e emocional – e cognitivo – tomada de perspectiva; c) efeitos afetivos intrapessoais – paralelismo emocional, preocupação empática; d) efeitos não afetivos intrapessoais – julgamentos avaliativos e atributivo, compreensão empática; e) efeitos interpessoais – ajuda, agressão.

Não obstante o debate sobre a definição da empatia, fato é que ambas as caracterizações correspondem em alguma medida aos processos de “leitura mental”, que nos permitem entender e comunicar intenções e emoções. Goldman (2006), partindo de estudos neurocientíficos, fala num ‘nível inferior de leitura mental’, que é simples, automático e ocorre abaixo do umbral da consciência, e num ‘nível superior de leitura mental’, que envolve estados mentais complexos e algum nível de controle consciente. Veremos que o resultado da disputa conceitual, ou seja, se iremos nomear ambos ou apenas um destes processos como empatia, irá influenciar no peso que iremos atribuir à empatia no âmbito das deliberações democráticas.

Procurando espaço para a empatia na deliberação democrática

Acredito que Prinz está certo, em alguma medida, quando chama a atenção para o lado negro da empatia. Em consequência, poderíamos aceitar que o projeto de uma teoria política sentimentalista está fadado ao fracasso. Todavia, não acho que seja de admiti-lo. Da mesma forma que um veículo será útil em função do terreno no qual se encontra (uma bicicleta pode não ser útil para cruzar um oceano, mas pode ser bastante eficaz para descer uma montanha) creio que as diferenças entre os terrenos dos juízos de moralidade individual e de moralidade política justificam diferentes preferências filosóficas manifestadas em relação à empatia.

Krause (2008, p. 142-143) adverte que a deliberação pública difere dos juízos morais individuais em importantes aspectos. Em síntese estes seriam: a) a deliberação pública gera decisões que serão potencialmente impostas coercitivamente aos cidadãos através do direito; sendo assim, num Estado Liberal Democrático, ela deve assegurar que todos os cidadãos atingidos pelos seus resultados sejam, em algum sentido, também autores dessas decisões; b) estruturalmente, a deliberação pública é essencialmente coletiva, enquanto que juízos de moralidade individual são intrinsecamente introspectivos; c) a deliberação pública frequente ocorre entre indivíduos que carregam desacordos profundos em suas avaliações morais individuais.

Talvez a empatia não seja necessária ou, ainda, seja até prejudicial quando tratamos individualmente da avaliação do certo e errado. Porém talvez, com todas as suas falhas, pode ser um mecanismo viável para construção de decisões políticas justificáveis numa democracia, diante do fato do pluralismo de valores. Isto porque apenas através dela poderíamos perceber e compreender realmente os aspectos afetivos que subjazem as posições de cidadãos que participam da deliberação pública e são objeto de suas decisões finais. Além disso, apenas por meio da empatia poderemos compreender totalmente quais impactos terão as decisões democráticas na vida de outras pessoas. Nossa política fiscal é tão injusta que causa indignação aos mais pobres? A permissão da manipulação de células embrionárias de seres humanos causa repulsa aos conservadores? Como iremos compreender essas manifestações emocionalmente carregadas sem a empatia, será que elas devem ser simplesmente expurgadas do espaço público? Sem a empatia haveria, nesse sentido, um déficit de igualdade de consideração e respeito, uma espécie de autismo ou psicopatia das intuições democráticas diante dessas questões. Todavia, no *mainstream* da teoria política contemporânea, percebemos exatamente esse tipo de déficit, tal como visto anteriormente.

A empatia seria, portanto, um componente necessário para justificar a legitimidade das decisões democráticas, pois somente mediante seu emprego a troca de argumentos e perspectiva entre cidadãos alcançaria um nível satisfatório de respeito e compreensão mútua. Obviamente, o conceito de empatia que é útil para a construção do ideal normativo de democracia, pressupõe ir além da mera mímica emocional. A empatia será uma ferramenta útil para a democracia, se considerada em toda sua complexidade. A empatia implica a reciprocidade, entendida aqui como a capacidade de considerar uma questão a partir do ponto de vista alheio. Porém, o processo empático deve preservar a identidade e a capacidade crítica dos agentes, para permitir a distinção entre emoções apropriadas e inapropriadas. Ao discutir sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, cremos que agentes deliberativos devem ser capazes de compreender e até mesmo sentir vicariamente a repulsa que o tema causa num indivíduo extremamente homofóbico. Entretanto, este nojo por si não serve como fundamento suficiente para a tomada de qualquer decisão. Em síntese, a tomada de perspectiva emocional não deve excluir o juízo crítico.

Afinal, desejamos cidadãos empáticos ou preocupados?

Creio que os céticos em relação à empatia ainda poderiam objetar que todos os problemas apontados por Prinz (2011), em relação à moralidade individual, permanecem operantes no que tange à moralidade política; portanto, também neste campo seria melhor cultivar sua parenta próxima – a preocupação. De fato, concordo que, do ponto de vista descritivo, a empatia continuará sujeita aos mesmos vieses quando inserida no âmbito da deliberação pública, porém acredito que ela guarda um trunfo normativo frente à preocupação no que tange à deliberação democrática. O paralelismo emocional que lhe é próprio e que pode parecer sua fraqueza, pode ser melhor para o âmbito político que a resposta emocional gerada pela preocupação.

No âmbito da deliberação pública, a preocupação pode parecer excessivamente tutelar ou paternalista. Pela definição de Prinz (2011), esta consiste num julgamento negativo advindo do reconhecimento de que alguém se encontra em sofrimento. Creio que, no campo da deliberação democrática, não devemos manter como horizonte principal a preocupação com os necessitados. Muitas vezes, a luta democrática consiste no reconhecimento da equivalência das identidades. Julgamentos negativos frente às distintas formas de vida são frequentemente os objetos combatidos

no âmbito da deliberação pública democrática. A título de exemplo, podemos imaginar quais as implicações políticas presentes na realização de uma parada de orgulho *gay*. Parece-me que gerar preocupação não é a prioridade nessa iniciativa. Ao contrário, acredito que se trata de um momento em que estigmas negativos quanto a orientações sexuais minoritárias são expurgados.

Em suma, nas práticas deliberativas democráticas, cidadãos merecem estar colocados face a face, como adversários em paridade de condições. Nesse sentido, manifestações de preocupação podem facilmente esconder desigualdades e estratificações indevidas.

Empatia e tribunais constitucionais

Os tribunais, sobretudo aqueles que exercem a guarda da Constituição, têm uma função privilegiada na arquitetura da democracia deliberativa. Segundo Rawls, a Suprema Corte norte-americana seria o protótipo do exercício da razão pública. Nas palavras desse autor

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que é função dos juízes procura desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Aqui a melhor interpretação é aquela que se articula com o corpo pertinente daqueles materiais constitucionais, e que se justifica nos termos da concepção pública de justiça ou de uma de suas variantes razoáveis. (2005, p. 249).

Considerando a forma como Rawls trata a questão da justificação de princípios normativos e sua visão kantiana da racionalidade prática, podemos concluir que sua caracterização dos afazeres das Cortes Constitucionais irá padecer do mesmo viés racionalista que já apontamos em sua teoria democrática. Aliás, Dworkin, autor que melhor traduziu as teses de Rawls para o âmbito da teoria constitucional, parece enveredar exatamente nesse sentido.

Dworkin (2003, p. 272) também defende que a função das Cortes Constitucionais consiste em dar voz aos princípios de justiça de uma comunidade política. Nas suas palavras: “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade

e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Seguindo a tendência racionalista, Dworkin também parece crer que as emoções devem ser fatores externos numa argumentação jurídica envolvendo valores, pois sua visão de *posição moral* corre em paralelo, mas sem se confundir, com as emoções que a acompanham. Ao comentar a controvérsia sobre leis que discriminam orientações sexuais, o autor afirma:

[...] se eu basear meu ponto de vista sobre homossexuais numa reação pessoal emotiva (“eles me enojam”), você também rejeitará essa razão. Diferenciamos as posições morais das reações emocionais não por supormos que as posições morais carecem de emoção ou paixão – o contrário é que é verdadeiro –, mas porque supomos que a posição moral justifica a reação moral e não vice-versa. (2002, p. 386).

A análise de Dworkin faz crer que podemos criar posições morais de maneira estanque às reações morais emotivas, e que apenas as primeiras poderiam de fato justificar juízos normativos. Conforme vimos anteriormente, isso parece uma reconstrução incongruente da deliberação prática, que não se compatibiliza com os resultados das investigações empíricas sobre a racionalidade humana, realizadas nos últimos anos. Essa inconsistência implica, em nossa opinião, a necessidade de revisão de alguns aspectos normativos da teoria de Dworkin. Cremos, por exemplo, que o mito do Juiz Hércules, mencionado por Dworkin (2002, p. 164-203; 2003, *passim*), merece alguma complementação. Nessa alegoria, o autor apresenta um juiz dotado de sabedoria, paciência, inteligência sobre-humana. Além disso, ele também dispõe de tempo, informações e recursos ilimitados. Um juiz com esses poderes fabulosos seria, então, capaz de decidir os casos difíceis do direito, mormente ocorridos no âmbito da adjudicação de controvérsias constitucionais.

Depois da exposição deste trabalho, esperamos que o leitor também acredite que o Juiz Hércules necessita, para o bom desempenho de suas atribuições, desenvolver a habilidade da empatia, sem a qual nunca poderá dimensionar de fato quais os valores da comunidade política da qual é porta voz. Essa proposição não é original e foi muito bem-colocada através de outra metáfora, desta vez formulada por Nussbaum (1995). Essa autora afirma que juízes são como espectadores judiciosos de uma obra literária,

cuja função é desenvolver uma compreensão rica e holística da situação dos envolvidos num determinado caso. Esse espectador não deve se deixar levar por interesses pessoais ou afiliações. Sobretudo, cumpra-lhe cultivar emoções adequadas, ao invés de fomentar paixões egoístas e compreender, através da empatia, as emoções dos personagens que observa.

Creemos que a imparcialidade olímpica de Hércules é menos vantajosa que a imparcialidade passional do leitor judicioso. Todavia, é verdade que mesmo as exigências dessas habilidades literárias, colocadas como um ideal normativo da adjudicação jurídica, já impõem desafios consideráveis para qualquer ser humano. Daí a necessária conexão dessa discussão com outras, tais como a importância do fomento de uma educação humanista entre julgadores, que seja capaz de desenvolver suas habilidades empáticas inatas, ou o desenho de instituições que permitam o cultivo da empatia num público mais amplo, tais como a instituição de fóruns deliberativos comunitários para a discussão de questões públicas. Todavia, o escopo deste trabalho foi apenas o de arranhar a superfície desse enorme campo que aguarda reflexão mais detida para o futuro.

Conclusão

O presente artigo pretendeu demonstrar que uma adequada concepção de democracia e de algumas de suas instituições jurídicas fundamentais depende de influxos emocionais. Diante da abundância de evidências, que demonstram a interconexão entre razão e emoção no contexto da racionalidade prática, é um erro insistir em ideais normativos desprovidos de contexto emocional.

Os novos desafios impostos por essa guinada sentimentalista, no âmbito da teoria política, apontam para a centralidade do conceito de empatia, cuja função passa a ser uma base emocional para os processos de justificação e legitimação das instituições democráticas. Ademais, considerando a importância das instituições jurídicas, sobretudo do Tribunal Constitucional, para as discussões a respeito da legitimidade das decisões democráticas, acreditamos que já passa da hora de incorporar a empatia, no âmbito de preocupações dos juristas. Esperamos neste trabalho ter dado alguns passos nesta direção tão pouco explorada até o presente momento.

Referências

- CAMPS, V. *El gobierno de las emociones*. Barcelona: Herder, 2011.
- CUSHMAN, F. A., et al. The role of conscious reasoning and intuitions in moral judgment: testing three principles of harm. *Psychological Science*, n. 17, v. 12, p. 1082-1089, 2006.
- DAMÁSIO, A. *O erro de descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- FRAZER, M. *The enlightenment of sympathy*. New York: Oxford University Press, 2010.
- GOLDMAN, A. *Simulating minds*. New York: Oxford University Press, 2006.
- GREENE, J. et al. An fMRI investigation of emotional engagement in moral judgment. *Science*, v. 293, n. 5.537, p. 2105-2108, set. 2001.
- HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HAIDT, J. Emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, n. 108, v. 108, n. 4, p. 814-834, out. 2001.
- KRAUSE, S. *Civil passions: moral sentiment and democratic deliberation*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- MARCUS, G. *The sentimental citizen*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2002.
- MORREL, M. *Empathy and democracy: feeling, thinking and deliberation*. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2010.
- NICHOLS, S. *Sentimental rules: on the moral foundations of moral judgement*. New York: Oxford University Press, 2004.
- NUSSBAUM, M. *Poetic justice: the literary imagination and the public life*. Boston: Beacon Press, 1995.
- PRINZ, J. *Emotional construction of morals*. New York: Oxford University Press, 2009.
- _____. Contra a empatia. In: STRUCHINER, N. (Org.). *Ética e realidade atual: implicações da abordagem experimental*. Rio de Janeiro: Ed. da PUC-RIO, 2011.
- RAWLS, J. *Political liberalism: expanded edition*. New York: Columbia University Press, 2005.

SLOTE, M. *Moral sentimentalism*. New York: Oxford University Press, 2010.

STRUCHINER, N. No empathy towards empathy. In: *The nature of law: contemporary perspectives*, 2011, Disponível em: <<http://tnl.mcmaster.ca/conference/papers/Struchiner%20-%20No%20Empathy%20Towards%20Empathy.pdf>> Acesso em: 15 out. 2012.

A “CORTE” GILMAR MENDES REVISITADA (2008-2010): MAIS ATIVISMO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO?*

Eduardo Manuel Val**
Siddharta Legale Ferreira***

Aspectos gerais

Não se tem no Brasil o hábito de estudar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerando o período em que o seu presidente ocupou a função. A metodologia é comum no direito norte-americano. Ela tem a virtude de dar uma visão geral dos caminhos e descaminhos que a jurisdição constitucional costuma tomar, bem como do perfil dos homens responsáveis por guiar a importante função de dizer o que é e o que não é compatível com a Constituição. Pretende-se fazer uso dessa metodologia para estudar as características e viradas jurisprudenciais, durante o período em que o

103

* O presente texto parte de pesquisa anteriormente desenvolvida, introduzindo novo problema e alguns elementos novos. (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEGALE FERREIRA, siddharta; BASTOS, Thiago Guerreiro. *Actuación Del Supremo Tribunal Federal brasileiro bajo La Presidencia Del Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008-2010)*. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Org.). *Derecho procesal constitucional*. 3. ed. Bogotá – Colômbia: VC, 2012. p. 346-358. v. III.

** Professor Adjunto no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Coordenador do curso de Especialização em Direito da Administração Pública. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

*** Professor Substituto no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor convidado do curso de Especialização em Direito da Administração Pública. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

ministro Gilmar Mendes ocupou a função de presidente da Corte, entre 2008 e 2010¹. A esse período chamamos de a “A Corte Gilmar”.²

Embora substancialmente distintas as funções do presidente da Suprema Corte norte-americana e da brasileira,³ bem como as suas culturas jurídicas, é inegável que o período que chamamos de “Corte Gilmar Mendes” foi caracterizado por uma série de importantes decisões que o emprego da metodologia se justifica. Mais do isso, é possível notar que o presidente do Supremo cada vez mais tem exercido uma liderança importante que imprime suas marcas na saga da jurisdição constitucional,⁴

¹ Ainda é necessária uma análise crítica da judicatura como um todo, do ministro e não apenas do período de sua presidência entre 2002 e 2010. Até por isso serão abordadas algumas decisões que transcenderam esse período, realizando excepcionalmente uma espécie de desvio padrão na metodologia. O lançamento recente de uma coletânea, com suas principais decisões entre 2002 e 2010, é um primeiro passo para essa compreensão mais alargada. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e jurisdição constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011).

² Sobre a possibilidade de identificar o período. (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. É possível identificar uma Corte Gilmar Mendes. Consultor Jurídico, Dia 23/04/10. Disponível em: <<http://www.eagora.org.br/arquivo/e-possivel-identificar-uma-corte-gilmar-mendes>>. Cabe lembrar que, nos estudos da professora Lêda Boechat Rodrigues sobre a História do Supremo Tribunal Federal ela abordou a metodologia de análise por períodos, mas a mesma autora, ao se debruçar no direito norte-americano focou A Corte de Warren, por exemplo. (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992).

³ Por exemplo, no sistema brasileiro, o presidente do STF exerce as seguintes funções: (i) preside o Conselho Nacional de Justiça; (ii) representa o Tribunal perante os demais poderes e autoridades por dois anos; (iii) preside as sessões plenárias; (iv) faz executar as ordens e decisões do Tribunal; (v) decide nos períodos de recesso (as questões de urgência); (vi) voto extra em caso de empate quando o Tribunal não estiver completo (11 ministros); (vii) Propõe-se lei sobre criação e extinção de cargos e a fixação da remuneração dos seus membros; altera a organização e divisão do Judiciário; competência privativa para propor projeto de lei complementar sobre Estatuto da Magistratura. (Art. 2º, parágrafo único, art. 12, §§ 1º e 8º, art. 13, I, II, III, VII, VIII, IX, XIV, VXII do RISTF; Art. 40, II, Art. 101 parágrafo único, 103-B, I da CRFB). Já nos EUA, o presidente da Suprema Corte: (i) preside a *Judicial Conference* destinada a levantar a situação do Judiciário americano anualmente; (ii) preside as sessões públicas *iniciando-as* com seu voto, antes de qualquer outro ministro; (iii) determina quem redigirá o acórdão, caso esteja junto da maioria vencedora, podendo reservar para si a elaboração de “opiniões” importantes; (iv) tem o poder de determinar a pauta da Corte; (v) assume o papel do Relator ao descrever o caso que será julgado; (vi) faz um relatório anual e envia para o Congresso informando a situação do Judiciário. Para um maior e melhor aprofundamento consultar: RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

⁴ O ministro Cesar Peluso, por exemplo, vem trabalhando na PEC dos recursos para reduzir o atual quadro de quádruplo ou triplo grau de jurisdição para duplo grau de jurisdição e, assim, diminuir o número de instâncias para ampliar a celeridade processual. Nesse sentido, confira-se: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181328>>.

e pode acabar por influenciar em direção a um maior ou menor ativismo judicial.⁵ Não bastasse isso, o ministro Gilmar Mendes foi um dos principais responsáveis por conduzir a discussão acadêmica sobre o controle de constitucionalidade a um patamar mais complexo e elevado. O ministro colaborou, ainda, com a redação das principais leis de controle de constitucionalidade (Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99).⁶

Talvez o principal motivo que justifica a formulação desse artigo seja que os principais casos em matéria de controle receberam grande influência do ministro Gilmar Mendes. Muitos de seus votos provocaram mudanças jurisprudenciais significativas e, mesmo aqueles, em que a sua posição ficou vencida ou que a votação ainda está em aberto, provocaram debates tão intensos e acalorados, que se pode afirmar com segurança que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, para bem ou para mal, não é mais o mesmo antes e depois do seu ingresso, em 2002, e, sobretudo, a partir de sua Presidência, entre 2008 e 2010.

Uma última observação de ordem metodológica: o presente artigo não possui como objetivo principal ser crítico-propositivo, mas sim analítico-descritivo.⁷ Já se inova o bastante na introdução de uma metodologia pouco difundida, o que desperta incertezas e desafios a serem superados. É verdade que temos a vantagem de dispor do trabalho desenvolvido, nos últimos anos, no *Observatório de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da UFF*,⁸ bem como o trabalho desempenhado na seção do *Laboratório de Jurisprudência da Revista de Direito dos Monitores da UFF*. Esses instrumentos têm facilitado nosso trabalho de investigação, sem retirar o desafio de relatar a história recente.

⁵ É curioso perceber que, durante a Corte Gilmar Mendes, ao todo foram elaboradas vinte e sete súmulas vinculantes, ao passo que, na atual presidência, somente uma foi editada, o que denota um maior ativismo procedimental em comparação com outros períodos.

⁶ Membro da Comissão instituída pela *Portaria do ministro da Justiça 572*, publicada no D.O.U. de 7.7.1997, para elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob a presidência do Prof. Celso Ribeiro Bastos. O texto básico, incorporado no substitutivo do Relator na Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Prisco Viana, foi convertido na Lei 9.882/99. Também foi Membro da Comissão instituída pela *Portaria 634*, de 23.10.96, para deliberar sobre matéria constitucional, sob a coordenação do Prof. Caio Tácito, tendo atuado como relator do anteprojeto de lei sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que se converteu no Projeto de Lei do Executivo 2.960/97. Aprovado no Congresso, esse projeto resultou na Lei 9.868, de 10.11.99.

⁷ Não desejamos discutir questões polêmicas e públicas, como a nomeação, os pedidos de *impeachment* ou os conflitos com os demais ministros da corte constitucional. Não temos o intuito de fazer uma investigação jornalística nem apurar escândalos para angariar leitores.

Gilmar Mendes, as origens e os fundamentos de uma nova jurisdição constitucional no Brasil

O ministro Gilmar Ferreira Mendes tem uma extensa carreira acadêmica e nas instituições públicas, que o levaram a fazer reflexões importantes sobre o controle de constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes obteve graduação em direito na Universidade de Brasília em 1978 e o Mestrado na mesma instituição em 1987 com o tema *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, sob orientação do ministro Moreira Alves.⁹ Obteve, ainda, grau de Doutor com a tese *O Controle abstrato de normas perante a Corte Constitucional alemã e perante o Supremo Tribunal Federal pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, RFA*. A vida acadêmica desse ministro é extensa, tendo se dedicado à docência desde 1978, em diversas instituições, em especial na Universidade de Brasília, onde, atualmente, exerce o cargo de professor adjunto de Direito Constitucional, na graduação e na pós-graduação, na Faculdade de Direito. Em 1998, participou da fundação do Instituto Brasiliense de Direito Público, tendo se tornado referência obrigatória no tema de controle de constitucionalidade, em razão da diversidade e profundidade da obra publicada ao longo de sua trajetória.¹⁰

Contribuiu, ainda, para o enriquecimento do debate constitucional, ao traduzir obras de juristas alemães relevantes no pós-guerra, como Peter

⁸ O Observatório de Jurisprudência do STF é um projeto permanente associado à monitoria de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Tem como estudar decisões paradigmáticas colhidas da jurisprudência do STF, com a proposta de, através do estudo desses casos concretos, melhor trabalhar os conceitos doutrinários discutidos em sala de aula. Em 2007, o projeto foi iniciado pelo professor Cláudio Pereira de Souza Neto e, atualmente, é coordenado pelo Professor Gustavo Sampaio Telles Ferreira. Em sua existência, já passaram por ele os monitores de Direito Constitucional a época: Rudy Ribeiro Tavares, Siddharta Legale Ferreira, Ana Carolina P. C. Silva, Taiguara Líbano, Naira Senna, Elisa C. Oliveira, e, atualmente, Eric Baracho Dore Fernandes e Thiago Guerreiro Bastos.

⁹ Para um estudo mais detido sobre a importância a judicatura do ministro Moreira Alves, no Supremo Tribunal Federal, ver FERREIRA, Siddharta L.; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “Corte” Moreira Alves: a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. *Observatório da jurisdição constitucional*. ano 5, v. 2, 2012. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>> Acesso em: 28 out. 2012.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Haberle¹¹ e Konrad Hesse.¹² Devido a sua forte ligação com a cultura jurídica alemã, sempre esteve atento às relevantes discussões doutrinárias desse país, facilitando sua circulação e promovendo sua recepção no pensamento jurídico nacional, sempre adaptando-as à realidade brasileira, como se depreende da leitura de seus votos. Esses dois autores e suas obras constituem importante fundamento teórico para entender sua produção no plano acadêmico e no exercício da magistratura no Supremo Tribunal Federal. Tentaremos sintetizar, a seguir, algumas de suas principais ideias que, em linhas gerais, são inspiradas no pensamento de Konrad Hesse, em especial na noção de “vontade de constituição” e no pensamento de Peter Häberle, ao desenvolver o conceito de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

O professor Konrad Hesse expõe e problematiza o conhecido entendimento de Ferdinand Lasalle, de que a Constituição escrita é uma folha de papel e a Constituição de verdade é a soma de fatores reais de poder, ou seja, decorre das relações fáticas da sociedade.¹³ Discordando de tal conceituação, Hesse argumenta que “a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”.¹⁴ Arremata esse autor o seu pensamento, dizendo que isso descaracterizaria a Constituição jurídica e diluiria toda a ciência jurídica em sociologia ou ciência política.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1997 (reimpressão 2002).

¹² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.¹³ “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. [...] Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos numa folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim o verdadeiro direito – as instituições judiciárias. Quem atentar contra eles, atenta contra a lei, e, por conseguinte, é punido. [...] É claro que não aparece neles a declaração de que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou de que o banqueiro X é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais diplomática.” (LASALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen JIuris, p. 32).

¹⁴ HESSE, op. cit., p. 10.

Em seguida, o autor afasta-se de visões extremadas para pensar uma Constituição que opere um “condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade”.¹⁵ Tanto a concepção política, como a social são unilaterais e, portanto, incapazes de perceber o problema em sua totalidade. Melhor é entender que há uma relação de interdependência ou coordenação da normatividade sobre a facticidade ou, ao contrário, da facticidade para a normatividade. Não ignora, porém, os limites da atuação da Constituição jurídica para concretizar seu conteúdo, tendo em vista sejam forças espontâneas, sejam tendências dominantes num dado momento. Ainda assim, o autor acredita que há uma vontade de concretizar a Constituição na consciência geral, que ele denomina “vontade de Constituição”, e que há a necessidade de um processo de constante legitimação. Esse processo requer a correspondência da Constituição à natureza singular do presente, relacionada não só aos elementos sociais, econômicos, políticos, mas também ao estado espiritual, bem como à capacidade de se adaptar a uma eventual mudança formal ou interpretativa. É dessa capacidade que se extrai a força normativa da Constituição.

Peter Häberle também está preocupado com a relação entre a Constituição e a realidade, embora sob outro prisma, qual seja, o de que o processo de interpretação da Constituição não deve ser confinado à interpretação oficial, por exemplo, dos juízes e a certos procedimentos. O autor propõe a passagem de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta. Isso significa passar para um modelo em que a interpretação constitucional interessa não apenas aos intérpretes jurídicos, vinculados às corporações ou aqueles participantes formais do processo constitucional, mas também e, sobretudo, passar para um “processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.¹⁶ Assim, “Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”.¹⁷

¹⁵ HESSE, op. cit., p. 13.

¹⁶ HÄBERLE, op.cit., p. 13.

¹⁷ HÄBERLE, op. cit., p. 13.

O autor reconhece em sua obra, por exemplo, que os juízes e outros intérpretes oficiais não se encontram isolados nesse processo de interpretação. Ao contrário, ele afirma expressamente que uma gama de outros participantes do processo de interpretação da constituição acabam por *pré-interpretar* ou *co-interpretar* a Constituição, porque aquele que vive a norma acaba por interpretá-la. Assim, uma série de participantes, que não são necessariamente órgãos do Estado, podem participar desse processo, tais como:

- a) requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional com pretensão do autor e réu em obrigar o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um “diálogo jurídico”;
- b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide, nos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional ou que eventualmente são convocados pela própria Corte Constitucional;
- c) pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação;
- d) peritos e representante de interesses nas audiências públicas do Parlamento, peritos nos Tribunais, em associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a *longa manus* da eleição de juízes;
- e) os grupos de pressão organizados;
- f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;
- g) a opinião pública democrática e pluralista, formada pela mídia, como, por exemplo, rádio, TV e imprensa, bem como por associações, partidos políticos, Igrejas, etc.

É desse rol de sujeitos de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição que surgirá a inspiração do ministro Gilmar Mendes para alguns mecanismos de democratização e transparência da jurisdição constitucional, como o *amicus curiae* e a audiência pública, promovendo através destes meios a aproximação da Corte constitucional do povo. Ao mesmo tempo, foi sob a sua influência que o STF passou a se utilizar das novas mídias e redes sociais,

como o Twitter e Youtube,¹⁸ como forma de comunicação direta, rápida e eficiente com a sociedade e, fundamentalmente, com os formadores de opinião e as novas gerações de cidadãos. É clara a mensagem da Corte Gilmar Mendes, no sentido de reposicionar ao STF de cara uma relação mais próxima e direta do Poder Judiciário com a cidadania, firmando paralelamente sua independência.

Quanto a sua vida profissional pregressa, cabe destacar que o ministro Gilmar Mendes atuou como procurador da República, com atuação em processos do STF de 1985 a 1988, foi consultor jurídico da Secretaria-Geral da Presidência da República entre 1991 e 1992 e assessor técnico na Relatoria da Revisão Constitucional na Câmara dos Deputados, nos dois anos seguintes. Tornou-se subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, de 1996 até 2000 e advogado-geral da União, entre 2000 e 2002. A seguir, o presidente Fernando Henrique Cardoso indicou Gilmar Mendes para Ministro do Supremo Tribunal Federal. Entre 23 abril de 2008 a 22 de abril de 2010, exerceu a função de presidente do STF.

A partir da entrada de Gilmar Ferreira Mendes na Corte em 2002, já será possível identificar, como analisado nos casos relatados a seguir, que a “força normativa da Constituição”, a força normativa dos fatos e a vontade de Constituição são utilizados em diversas oportunidades como argumentos decisivos para a tomada de certas decisões, que podem ser consideradas emblemáticas. Ao mesmo tempo, a Corte passará a contar com a presença de *amicus curiae*, especialistas dotados de relevância e representatividade social, bem como utilizar-se-á de audiências públicas para debater abertamente temas controvertidos e importantes, não só para jurisdição constitucional, mas também para o país como um todo.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal

Diversos casos e viradas jurisprudenciais são importantes para compreender o que denominamos de a “Corte Gilmar Mendes”. Igualmente diversas são as formas de apresentá-los, mas se reduziu o tema à seguinte sequência didática, com base nos instrumentos aptos para acessar a corte constitucional: (i) ADI; (ii) ADC; (iii) ADPF; (iv) ADO e Mandado

¹⁸ Vale ressaltar que, na própria página oficial do STF na internet, consta um *link* para a relação com a imprensa, e se reporta para o youtube e para o twitter, como se pode conferir no seguinte endereço: <http://www.youtube.com/stf> e http://twitter.com/stf_oficial.

de Injunção; (v) Recurso Extraordinário, repercussão geral e revisão de tese; (vi) Súmula Vinculante,¹⁹ e (vii) Audiências Públicas.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510²⁰ foi proposta pelo PGR contra o art. 5º da Lei de Biossegurança. Nele, o ministro Gilmar Mendes afirma que a Constituição de 88 adota tanto o princípio responsabilidade, quanto o princípio esperança, assegurando que nossa evolução constitucional ocorre entre a *razão* e a *emoção*. Salieta que a Lei de Biossegurança não regula a pesquisa com a prudência necessária. A lei não instituiu um imprescindível Comitê Central de Ética, além de ser omissa quanto ao uso subsidiário da pesquisa diante de meios menos gravosos. Quando a lei deixa de prever essa possibilidade, afronta o princípio da proporcionalidade. Portanto, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação conforme a Constituição para prever tal Comitê. No final do julgamento, no entanto, o ministro ficou vencido, porque, por maioria, a ação foi declarada improcedente, não sendo necessária a criação de um Comitê Central.

No julgamento em 2003 da medida cautelar na ADI 2.866, contra a integralidade da Lei Estadual 8.299/03, que tratava das normas para escoamento do sal marinho produzido e sob a relatoria do min. Gilmar Mendes, houve um julgamento paradigmático para o modo de conceber a jurisdição constitucional. Afirmando que existe jurisdição pacífica e consolidada na Corte, de que as Associações de classe, de âmbito nacional, precisam comprovar esse seu caráter, demonstrando que possuem características análogas às exigidas para os partidos políticos, da Lei 9.096, de 19/9/1995: art. 7º, ou seja, por exemplo, a presença em 9 estados.

¹⁹ Optamos por excluir a discussão relativa à intervenção federal por razões metodológicas, ou seja, o período estudado ser entre 2008 a 2010. É fato, porém, que os posicionamentos do ministro serviram para construir uma lógica que a intervenção federal é medida excepcional. Na IF 2915/SP, pleiteava-se a intervenção federal no Estado de São Paulo, diante do não pagamento do valor requisitado em precatórios. O ministro Gilmar Mendes afirmou em seu voto que a intervenção é uma excepcional e temporária relativização da autonomia do Estado e que, para ser possível, teria que estar adequada ao princípio da proporcionalidade. Com base nisso, a maioria dos ministros, indeferiu o pedido de intervenção. Veja-se: STF, IF 2915, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 3.2.2003, DJ 28.11.2003.

²⁰ STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, J. 29.5.2008, DJe-096, Public 28.5.2010.

No caso em questão, a Associação Brasileira de Extratores e Refinadores de Sal (Abersal) atuava em poucos estados da federação e possuía empresas apenas em cinco estados: Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Paraná, devido à natureza da atividade que desempenhava não estaria presente em nove estados, ainda que a Associação movimentava cerca de 80% da produção de sal do País. Interpretando sua própria jurisprudência e considerando os limites que a própria realidade impõe, ela foi aceita como legitimada.²¹

No final, ficou decidida a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual, os quais pretendiam reduzir o comércio para outras unidades da Federação, por violação ao pacto federativo, entre outros argumentos.²² Tal julgamento é paradigmático não tanto por seu mérito, mas por flexibilizar os requisitos para legitimidade da atividade, como raras vezes visto, em uma jurisprudência que possui uma tradição de ser defensiva e pouco inovadora. E ainda, criou, além dessa analogia para definir o caráter nacional das associações, a pertinência temática, sem previsão legal.

Ação Declaratória de Constitucionalidade

Na ADC 12 MC,²³ a Associação dos Magistrados do Brasil buscava o reconhecimento da constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, que proibia o nepotismo. O voto do ministro Gilmar Mendes firma que, quando a Constituição confere ao CNJ a competência de fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário e fazer cumprir o art. 37, implicitamente concede os poderes necessários para o exercício e a fiscalização dos atos administrativos do Poder Judiciário, que violem tais princípios. Não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade. No final, vota pelo deferimento da cautelar, para paralisar o julgamento, em instâncias inferiores, dos processos que envolvem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até seu julgamento definitivo. O Supremo, por maioria deferiu a liminar. No mérito, a ADC 12 manteve a liminar e o min. Gilmar Mendes apenas reafirmou o voto que já havia proferido na cautelar.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e jurisdição constitucional (2002-2010)*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103-104.

²² STF, ADI 2866, Rel. min. Gilmar Mendes, J. 12/5/2012, DJe 5/8/2012.

²³ STF, ADC MC 12, Rel. min. Carlos Britto, J. 20.8.2008, DJe-237, Public 18.12.2009.

Outra importante e recente Ação Declaratória de Constitucionalidade é a de 16.²⁴ Questionava-se a responsabilidade subsidiária do Estado na terceirização, em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador.²⁵ O STF desconstruiu uma parte substancial da jurisprudência de mais de uma década do TST (Súmula 331), ao reavaliar a questão da responsabilidade subsidiária do Estado, nos casos de terceirização de serviços. A maioria dos ministros entendeu que a mera inadimplência da empresa contratada não possui o condão de por si transferir à Administração Pública a responsabilidade pelos pagamentos dos encargos trabalhistas. Isso não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não pode vir a gerar essa responsabilidade. Ao contrário, para haver a responsabilização subsidiária, é necessário comprovar caso a caso a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público competente. Por maioria, o Supremo reconheceu a constitucionalidade do art. 71, §1º e, mitigando a Súmula 331 do TST, exigiu que fosse comprovada falha/falta de fiscalização pelo órgão público para a responsabilização subsidiária da Administração Pública direta ou indireta (tomadora do serviço) por inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Na ADPF 46,²⁶ questionou-se o monopólio dos Correios, sustentado pela Lei 6.538/78 com base na livre-iniciativa. O Tribunal, por maioria, votou a favor da recepção da lei, uma vez que os correios desempenham um serviço público, devendo ser prestado exclusivamente pela União, quando envolver a distribuição de cartas pessoais e comerciais, cartões-postais, malotes (correspondência agrupada) e emissão de selos. Tudo que não encontrar abrigo nas espécies acima citadas é livre à iniciativa privada. O ministro Gilmar Mendes votou no sentido de que a entrega de cartas pessoais deveria ficar sob o monopólio da ECT, enquanto que as demais formas de correspondência seriam abertas ao mercado. Por maioria, o Supremo julgou a ação procedente.

²⁴ STF, ADC n. 16, rel. min. Cezar Peluso, Informativo n. 519 e Informativo 610.

²⁵ LEGALE FERREIRA, Siddharta et al. O ano do direito público em 2010: quando a Corte Constitucional não dá a última palavra. *Revista de Direito dos Monitores*, n. 9, p. 149 ss, 2010.

²⁶ STF, ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 5/8/2009, DJe-035, DIVULG 25/2/2010, PUBLIC 26/2/2010. LEGALE FERREIRA, Siddharta et al. O ano do direito público em 2009. *Revista de Direito dos Monitores*, n. 6, 2009. Disponível em: <www.uff.br/rdm>.

Outra importante ADPF julgada nesse período foi a 130,²⁷ manejada pelo PDT contra a Lei 5250/67 (Lei de Imprensa aprovada na época da ditadura), cujo objetivo era ver declarado que alguns dispositivos não foram recepcionados pela Carta de 88 e outros carecem de interpretação, conforme com ela compatível. O voto do ministro Gilmar Mendes afirmou a compatibilidade da liberdade de imprensa com uma lei específica reguladora, porque o constituinte de 1988 não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto. A liberdade de informação deve ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, honra e vida privada. Destacou, porém, que a atual Lei de Imprensa, está impregnada de um espírito autoritário e seus dispositivos, com esse cunho autoritário, devem ser afastados por juízes/tribunais no caso concreto. Logo, o que resta e é aplicado pela lei de imprensa apenas resguarda o cidadão, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais. Essa lei protege o indivíduo contra o abuso de poder da imprensa, ao garantir o direito de resposta (garantia fundamental), que necessita de lei infraconstitucional para eventual exercício. No final, votou pela declaração de não recepção parcial da Lei 5.250/67, mantendo os arts. 29 a 36, referentes ao direito de resposta, devendo lembrar que hoje está em discussão a possibilidade de regulamentação legislativa. O Supremo, por maioria, julgou a ação procedente e todos os dispositivos da lei de imprensa foram considerados não recepcionados.

Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Mandado de Injunção

Na ADI 2240,²⁸ ajuizada pelo PT contra a Lei 7.619/00, questionava-se a criação do Município “Luiz Eduardo Magalhães”, por inobservância dos requisitos constitucionais, notadamente o art. 18, §4º da Constituição, que exigia disciplina por Lei complementar. O ministro Gilmar Mendes votou pela declaração de inconstitucionalidade, mas destacou que isso traria graves repercussões de ordem política, econômica e social. Julgar apenas improcedente não seria a solução mais adequada. A nulidade da lei inconstitucional foi objeto de ponderação. Embora continue a ser a

²⁷ STF, ADPF 130, Rel. min. Carlos Brito, J. 30/4/2009, DJe-208, Public 6/11/2009.

²⁸ Por se tratar de um caso próximo ao período estudado (2008-2010) que, além de paradigmático, possui um voto de Gilmar que retrata muito de suas contribuições ao Supremo, optamos por abrir uma exceção à metodologia e incorporá-lo. Confira-se: STF, ADI 2240/BA, Rel. min. Eros Grau, J. 9/5/2007, DJe-072, Public 3/8/2007.

regra, sua incidência sofreu uma modulação em nome da segurança jurídica e dos impactos sociais desencadeados. O ministro Gilmar votou no sentido de declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 meses, ou seja, realiza a modulação de efeitos temporais, considerando essa “força normativa dos fatos”. O Supremo, por unanimidade e após a mudança dos votos de alguns ministros, julgou a ação procedente, embora, por maioria, os ministros votaram por não pronunciar a nulidade do ato impugnado, com efeitos *pro futuro*. O que ocorreu, em 2008, porém, foi que a lei não foi editada e o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 57, para convalidar os municípios, como o de Luis Eduardo Magalhães, que foram criados de forma inconstitucional até 2006.

Talvez, o caso que gerou maior discussão doutrinária tenha sido o Mandado de Injunção 708.²⁹ Impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) em face do Congresso Nacional, o remédio almejava suprir omissão legislativa federal. Em razão da paralisação realizada por professores, a administração pública municipal requereu a declaração de ilegalidade da greve ao TJ/PB, tendo sido o pedido deferido. O voto do ministro Gilmar Mendes adotou o que ele mesmo chamou de uma solução “normativa concretizadora”, em prol de direitos constitucionalmente assegurados. Se até então o Supremo apenas se limitava a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador tomasse as providências requeridas, a partir daí passou a aplicar analogicamente a Lei 7.783/89, que cuida da greve do setor privado, para os servidores, enquanto a omissão não for regulamentada por lei específica. Por a maioria, o Supremo conheceu o mandado de injunção para solucionar a omissão legislativa do art. 37, VII da Constituição.

*Recurso Extraordinário, Repercussão Geral e revisão de tese*³⁰

A Emenda Constitucional 45 introduziu a repercussão geral como requisito de admissibilidade no recurso extraordinário. O STF passou a selecionar mais rigorosamente os casos, a partir da presença simultânea

²⁹ A mesma justificativa do caso anterior pode ser aqui reproduzida. Confira-se: STF, MI 708, Rel. min. Gilmar Mendes, J. 25/10/2007, DJe-206, Public 31/10/2008.

³⁰ LEGALE FERREIRA, Siddharta et al. O ano do direito público em 2010: quando a Corte Constitucional não dá a última palavra. *Revista de Direito dos Monitores*, n. 9, p. 149 ss, 2010.

dos critérios: (a) relevância (“considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”) e (b) transcendência (“que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”). Dessa análise, o STF edita o enunciado de repercussão geral, que valerá para todos os casos análogos suspensos e os futuros. Esse fato levou a uma diminuição drástica do número de recursos, bem como a uma progressiva mudança no perfil do próprio recurso extraordinário, que cada vez mais se torna caso/ pretexto para discutir e debater temas controversos.

A princípio, o reconhecimento ou a rejeição da repercussão geral é irreversível. Contudo, questiona-se a possibilidade de, diante da superveniência de novos fatos ou argumentos jurídicos, uma questão sem repercussão geral considerada num caso, posteriormente, possa ser dotada de repercussão geral. O primeiro caso, em que se aplicou o procedimento denominado *revisão de tese*, foi publicado no Informativo 605 do STF. Reviu-se a tese firmada em um precedente anterior, que negou repercussão geral a uma decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, porque, posteriormente à decisão que rejeitou repercussão geral, o TRF-4 declarou a inconstitucionalidade sem redução do texto do artigo 12 da Lei 7.713/1988 (que determinava a incidência da alíquota do imposto de renda sobre os valores recebidos de forma cumulativa), atingindo um número maior de contribuintes. Com base na necessidade de isonomia e na mudança superveniente das premissas fáticas, a matéria passou a ter repercussão geral reconhecida pelo STF.³¹

Súmulas Vinculantes

Também sintomático do período em que o Ministro Gilmar Mendes esteve na Presidência do STF foi o crescimento do número de súmulas vinculantes editadas. Em 2007, foram 3, apenas de autoria da ministra Ellen Gracie. Em 2008, foram nove súmulas vinculantes, enquanto, em 2009, foram 14, sendo muitas delas em dezembro do mesmo ano. Em 2010, três novas súmulas foram criadas. Em 2011, só houve uma única súmula vinculante. Perceba-se que houve um crescimento exponencial em 2008 e 2009 e uma redução drástica em 2010, 2011 e 2012.

Esses momentos coincidem justamente com o período em que o ministro Gilmar assumiu a Presidência do STF. Não obstante a Lei 11.417, que dispõe sobre a súmula vinculante, ser de 2006 e começar a valer em

³¹ LEGALE FERREIRA, op. cit., p. 149 ss.

2007, ainda assim, a diferença dos anos de 2007 para 2008, bem como deste para 2012 parece indicar mais uma característica ou perfil do Presidente da Corte, do min. Gilmar, na gestão da jurisdição constitucional, do que uma mera coincidência.

Outro argumento que comprova isso é o número de súmulas vinculantes especificamente propostas pelo min. Gilmar Mendes até o presente momento (final de agosto de 2012). Lembrando que existem 31 súmulas vinculantes, podemos verificar que, dessas, 17 decorreram das Propostas de Súmulas Vinculantes (PSVs) das mãos do ministro Gilmar Mendes, seja como de sua autoria, seja reconhecendo uma discussão do colegiado ou da Corte.³² Significa dizer que mais da metade das súmulas vinculantes resultou de sua atuação, especialmente no período em que figurava como presidente. É importante perceber que os demais ministros, para bem ou para mal, não tiveram uma atuação nem de longe semelhante a esta: Joaquim Barbosa (2 PSVs, SV n^{os} 28 e 31) Ellen Gracie (3 PSVs, a SV n^o 1, 2 e 3), Lewandowski (6 PSVs, quais sejam, as SVs n^{os} 6, 12, 13, 19, 20 e 29) e o Cezar Peluso (2 PSVs, as SVs n^{os} 25 e 26) .

Vejam os alguns exemplos das PSVs propostas pelo ministro Gilmar Mendes. A Súmula Vinculante 5³³ prevê que a falta de defesa técnica por advogado, em processo administrativo disciplinar, não ofende a Constituição. A Súmula Vinculante 7,³⁴ proposta pelo min. Gilmar Mendes, prevê que a norma do §3^o do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. Como listamos, todas as súmulas vinculantes que tiveram origem nas propostas do ministro Gilmar, no final do trabalho, remetemos o tema para o anexo, para mais detalhes.

³² As súmulas de sua autoria estão listadas em anexo no final do texto. Em algumas delas, formalmente, que “propôs” foi o “Colegiado” ou a “Corte”, sem identificar o ministro responsável por desencadear a deliberação. Como o presidente à época era o próprio min. Gilmar Mendes (2008-2010), foi ele quem reconheceu tal possibilidade, contamos como se tais enunciados fossem de sua autoria. Especificamente em relação a SV n. 32 não localizamos no *site* do STF o documento com os debates, presentes em todas as demais. Como os precedentes que deram origem pertenciam ao min. Gilmar Mendes, também imputamos a ela a sua origem.

³³ STF, SV 5, DJe 88 de 16/5/2008, DOU de 16/5/2008. Veja-se o precedente que deu origem à súmula vinculante STF, RE 434059, **Rel. min. Gilmar Mendes**, J. 7/5/2008, DJe-172, Public 12/9/2008.

³⁴ STF, SV. 7, DJe 112, de 20/6/2008, DOU de 20/6/2008.

A Súmula Vinculante 11,³⁵ cuja sugestão de tentar transformar em súmula partiu do min. Gilmar Mendes, pelo que consta, aparentemente na ata, prevê que só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Foi justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Em um dos precedentes que deu origem ao caso,³⁶ o ministro Gilmar Mendes salientou que seria uma tortura psíquica ou uma injusta vexação que aplica a sanção não prevista, o que viola a dignidade da pessoa humana. O uso das algemas só deve ocorrer em casos excepcionais. Salienta que esse deveria ser o posicionamento do Tribunal não apenas para os casos do Júri.

Outra súmula vinculante muito importante do período cuidou da prisão civil do depositário infiel. A Súmula Vinculante 25³⁷ afirma que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Em um dos precedentes que originou o seu entendimento,³⁸ o ministro Gilmar Mendes reconheceu que os tratados de direitos humanos têm significado ímpar. Com a ratificação e incorporação na ordem jurídica nacional do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Dec. 592, de 6/7/1992) e da Convenção interamericana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (Dec. 678, de 6/11/1992), não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, entrando então na categoria denominada de suprallegalidade.

Essa posição terminou frustrando aqueles doutrinadores que como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan,³⁹ vinham sustentando fortemente o caráter de constitucionalidade material dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, a partir do art. 5º, §2º da Constituição de 1988. Não podemos negar que houve também, nesse

³⁵ STF, SV 11, DJe 157, de 22/8/2008, DOU de 22/8/2008.

³⁶ STF, HC 91952, Rel. min. Marco Aurélio, J. 7/8/2008, DJe-241, Public 19/12/2008.

³⁷ STF, SV. 25, DJe 238, de 23/12/2009, DOU de 23/12/2009.

³⁸ STF, RE 349703, Rel. min. Carlos Britto, J. 3/12/2008, DJe-104, Public 5/6/2009.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

período da Presidência do min. Gilmar Mendes, um maior intercâmbio com precedentes de outros tribunais constitucionais em claro reflexo de uma maior familiaridade e conhecimento do papel das culturas jurídicas comparadas e uma maior, ainda que tímida,⁴⁰ abertura para o direito internacional, na medida em que o Brasil reconhecia a si mesmo como um ator, com um importante papel a desempenhar no contexto global.

Audiências públicas

Nos últimos cinco anos, houve uma maior atenção do Supremo no tocante à realização de audiências públicas, com a pretensão de construir uma sociedade aberta aos intérpretes da Constituição. Estas vêm sendo utilizadas em casos e temas de grande relevância social ou casos de especial complexidade técnica. Dentre as audiências realizadas foram selecionadas três que serão explicitadas de forma breve: ações afirmativas; saúde; pneus remoldados.

A audiência pública foi promovida pelo STF, cujo intuito era debater a política de cotas, como meio de ingresso ao Ensino Superior. Participaram grupos contrários e favoráveis a essa política pública, trazendo elementos importantes para elucidar/auxiliar os ministros sobre o tema. O grupo contrário afirmou que a cota exclusivamente racial seria inconstitucional, pois a utilização de critérios étnicos contribuiria para o racismo, defendendo, porém, as cotas com base em critérios econômicos. Já os favoráveis defendem se tratar de políticas públicas tipicamente inclusivas, e que almejam a diminuição das desigualdades raciais e sociais. É um meio eficiente de real inclusão.

Outra audiência pública, por sua vez, teve o objetivo de debater o Sistema Único de Saúde (SUS). Ao longo dos seis dias de audiências, profissionais habilitados da área da saúde foram ouvidos e prestaram esclarecimento sobre temas diversos. Foram debatidos assuntos, como, por exemplo: (i) Poder Judiciário e o acesso às prestações de saúde; (ii) responsabilidade dos entes da Federação e financiamento do SUS; (iii) a Gestão do SUS e as políticas públicas de saúde e de assistência farmacêutica.

⁴⁰ Para uma visão crítica: VIEIRA, José Ribas; PAVONE, Leonardo Siciliano, SILVA, Tiago Francisco Silva. O universo dos direitos humanos: marco teórico, aplicação pela corte interamericana de direitos humanos e pelo supremo tribunal federal. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/issue/view/14/showToc>> Acesso em: 2 nov. 2012.

O objetivo foi auxiliar os ministros em futuros casos envolvendo questões de direito à saúde. A audiência pública fez-se necessária diante do fenômeno da acentuada judicialização da saúde.

Por fim, cabe destacar a audiência pública convocada para debater a questão da autorização para a importação de pneus remoldados do Uruguai. Aqueles que eram contra sustentaram argumentos fundamentados na possibilidade de risco ambiental e sanitário e, aqueles que foram a favor, defenderam a necessidade de apoiar o desenvolvimento econômico e as políticas de fomento ao emprego no contexto de uma sociedade global de alta concorrência, implicando a perda potencial de mais de 18 mil postos de trabalho diretos.⁴¹ A particularidade do caso consiste no impacto desse debate no espaço de integração regional do Mercosul e o aproveitamento da capilaridade normativa e jurisprudencial produzida nesse âmbito comunitário intergovernamental. (Não podendo esquecer que o assunto foi objeto de um laudo arbitral *ad hoc* 01/2002, envolvendo Uruguai *vs.* Brasil e, posteriormente, do laudo arbitral *ad hoc* 10/2005, envolvendo Uruguai *vs.* Argentina, dos Recursos de Revisão 1/2005 e Complementador s/Recurso Declaratório 2/2006 e, ainda, dos laudos 01/05 e 01/08, todos eles proferidos pelo Tribunal Permanente de Revisão (TPR), que reviu as decisões arbitrais anteriores no Caso Uruguai *vs.* Argentina, firmando o caráter subsidiário das normas e dos princípios ambientais).

Apontamentos finais

Apresentamos os principais julgados do Supremo Tribunal Federal, relacionados ao período próximo aos anos de 2008 a 2010. A data não foi escolhida de forma aleatória: os anos de 2008 a 2010 foram aqueles sob a Presidência do ministro Gilmar Mendes, com alguns pequenos desvios para incluir casos de outros anos pertinentes e com reflexos nesse período. Afinal, a metodologia deve ser instrumento e não “camisa de força”. Ainda é necessário realizar uma análise crítica mais detida da judicatura do ministro Gilmar Mendes entre 2002 até 2012, como um todo, especialmente após o lançamento da coletânea de suas decisões, com o título: *Estado de direito e jurisdição constitucional (2002-2010)*.

⁴¹ Para mais detalhes da discussão do caso: MOSQUEIRA, Pedro Augusto de Almeida. Comentários à ADFP Nº 101: o caso dos pneus remoldados. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*, n. 7, 2010, p. 107 ss. Disponível em: < <http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/issue/view/19/showToc>>.

No presente texto, porém, procuramos selecionar casos que, em alguma medida, permitissem questionar se o Supremo Tribunal Federal, sob a influência do ministro estudado, perfilhou ou não um maior ativismo e em que sentido. Por certo, não existe uma única espécie de ativismo,⁴² porque também existem outras decisões do período da Corte, inclusive com votos do próprio ministro Gilmar Mendes, caracterizados por uma postura de autocontenção.⁴³ Não é possível, por óbvio, caracterizar em absoluto um juiz ou uma Corte como ativista. O que existe sim é uma tendência geral, uma inclinação a um maior ativismo, especialmente quando se compara a jurisprudência do período aos anos que antecederam o período estudado.

Por isso, concordamos com Fernando Gama de Miranda Netto, quando, em pertinente análise, ele caracteriza os casos do MI 670, 708 e 712 sobre a greve dos servidores públicos como *ativismo contramajoritário*, para decidir um tema obstruído no Parlamento, o caso da ADPF 46, que trata do monopólio dos correios como *ativismo partidarista*, para atingir determinados objetivos de certos grupos sociais ou partidos político e, por fim, o caso da ADI 2240 da criação inconstitucional de municípios, como o Município de Luís Eduardo Magalhães, como um *ativismo procedimental* operado por meio da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Poderíamos dar outros exemplos de ativismo procedimental, tais como a flexibilização da irrecorribilidade da repercussão geral pela revisão de tese no recurso extraordinário por previsão no

⁴² Não desejamos realizar uma digressão sobre o conceito e espécies de ativismo. Ficaremos com o senso comum jurídico que satisfaz a presente investigação que não tem como objeto uma investigação teórica profunda sobre esse tema, contrastando com a jurisprudência do STF. Para uma análise mais detida, vale a pena conferir o excelente texto de MIRANDA NETTO, Fernando Gama. O ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. *O novo Código de Processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 87 ss.

⁴³ Aqui seria preciso investigar outros temas, não incluídos na presente pesquisa, relacionados mais intensamente aos direitos fundamentais do que ao controle de constitucionalidade, como as decisões em matéria de saúde sobre a suspensão de segurança, como a STA 175 do STF, ou os benefícios em matéria de assistência social, que demanda um estudo mais profundo antes de qualificar sua postura como ativismo ou autocontenção por envolver o complexo tema do controle jurisdicional de políticas públicas. MENDES, Gilmar Ferreira. *A efetivação do dos direitos sociais: o caso do benefício assistencial na jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/803/541>> Acesso em : 2 nov. 2012.

Regimento Interno do STF, bem como pela multiplicação de súmulas vinculantes, como as narradas acima.

Todo esse quadro compõe um complexo mosaico de decisões de uma jurisdição constitucional colorida pelo ativismo judicial, com sobras de uma jurisdição defensiva de outros tempos.⁴⁴ Caminhamos em direção a uma jurisprudência que assume o papel não apenas de dizer o direito, mas também o de criá-lo, de concretizá-lo. Foram sem dúvida anos de judicialização da vida e da política, permeados por um ativismo judicial mais acentuado. Os instrumentos processuais disponíveis, como a reclamação, a repercussão geral no recurso extraordinário, a súmula vinculante e o novo perfil do mandado de injunção contribuíram para isso. No entanto, a principal mudança foi de mentalidade: a constituição dotada força normativa, a corte constitucional como espaço aberto à sociedade civil em audiências públicas, por ex., e o Judiciário como uma importante instituição contramajoritária.

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. É possível identificar uma Corte Gilmar Mendes. *Consultor Jurídico*, 23/4/10. Disponível em: <<http://www.eagora.org.br/arquivo/e-possivel-identificar-uma-corte-gilmar-mendes>>.

DUARTE, Fernanda; GODINHO, Marcelo. Notas sobre a Suprema Corte Norte-Americana. <http://www.ajuferjes.org.br/PDF/010artigo_02.pdf>.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997 (reimpressão 2002).

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁴ Sobre a atuação do min. Moreira Alves, como uma jurisprudência defensiva: LEGALE FERREIRA, Siddharta; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “Corte” Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. *Observatório da jurisdição constitucional*, ano 5, v. 2, 2012. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>> Acesso em: 28 out. 2012.

_____. *A efetivação dos direitos sociais: o caso do benefício assistencial na jurisprudência do STF*. Disponível em: < <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/803/541>> Acesso em: 2 nov. 2012.

MOSQUEIRA, Pedro Augusto de Almeida. Comentários à ADPF Nº 101: o caso dos pneus remoldados. *Revista de Direito dos Monitores da UFF*, n.7, 2010, p. 107 e ss. Disponível em: <www.uff.br/rdm>.

LEGALE FERREIRA, Siddharta et al. O ano do direito público em 2009. *Revista de Direito dos Monitores*, n. 6, 2009.

_____; SENNA, Naira Gomes Guaranho; BACCHI, Rodolpho César Aquilino; FERNANDES, Eric Dore Baracho Fernandes. O ano do direito público em 2010: quando a Corte Constitucional não dá a última palavra. *Revista de Direito dos Monitores*, n. 9, 2010.

_____; DORE FERNANDES, Eric Baracho. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Recorrendo do Irrecorrível? In: SEMINÁRIO DO LAFEP – LABORATÓRIO FLUMINENSE DE ESTUDOS PROCESSUAIS, 2010, Niterói. *Anais...*, Niterói, 2010.

_____. LEGALE FERREIRA, Siddharta; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “Corte” Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. *Observatório da jurisdição constitucional*. Ano 5, v. 2, 2012. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/745/538>> Acesso em: 28 out. 2012.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama. O ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. *O novo Código de Processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIEIRA, José Ribas; PAVONE, Leonardo Siciliano; SILVA, Tiago Francisco Silva. O universo dos direitos humanos: marco teórico, aplicação pela corte interamericana de direitos humanos e pelo supremo tribunal federal. *Revista de Direito dos Monitores da UFF* n. 3, 2008. Disponível em: <<http://www.rdm.uff.br/index.php/rdm/issue/view/14/showToc>> Acesso em: 2 nov. 2012.

Jurisprudência selecionada:

STF, ADC n. 16, Rel. min. Cezar Peluso, Informativo n. 519 e Informativo n. 610.

STF, ADI 3510, Rel. min. Ayres Britto, J. 29.05.2008, DJe-096, Public 28.05.2010.

STF, ADC MC 12, Rel. min. Carlos Britto, J. 20.08.2008 DJe-237, Public 18.12.2009.

STF, ADPF 46, Rel. min. Marco Aurélio, J. 05.08.2009, DJe-035, Public 26.02.2010.

STF, ADPF 130, Rel. min. Carlos Britto, J. 30.04.2009, DJe-208, Public 06.11.2009.

STF, ADI 2240/BA, Rel. min. Eros Grau, J. 09.05.2007, DJe-072, Public 03.08.2007.

STF, MI 708, Rel. min. Gilmar Mendes, J. 25.10.2007, DJe-206, Public 31.10.2008.

STF, RE 434059, Rel. min. Gilmar Mendes, J. 07.05.2008, DJe-172, Public 12.09.2008.

STF, HC 91952, Rel. min. Marco Aurélio, J. 07.08.2008, DJe-241, Public 19.12.2008.

STF, RE 349703, Rel. min. Carlos Britto, J. 03.12.2008, DJe-104, Public 05.06.2009.

STF, ADI 2866, Rel. min. Gilmar Mendes, J. 10.05.2012, DJe-145 PUBLIC 06-08-2010.

Súmulas Vinculantes oriundas da atuação do Min. Gilmar F. Mendes:

SÚMULA VINCULANTE Nº 4: SALVO NOS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 5: A FALTA DE DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO OFENDE A CONSTITUIÇÃO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 7: A NORMA DO §3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO, REVOGADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 40/2003, QUE LIMITAVA A TAXA DE JUROS REAIS A 12% AO ANO, TINHA SUA APLICAÇÃO CONDICIONADA À EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR.

SÚMULA VINCULANTE Nº 8: SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 9: O DISPOSTO NO ARTIGO 127 DA LEI Nº 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL) FOI RECEBIDO PELA ORDEM

CONSTITUCIONAL VIGENTE, E NÃO SE LHE APLICA O LIMITE TEMPORAL PREVISTO NO CAPUT DO ARTIGO 58.

SÚMULA VINCULANTE Nº 10: VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

SÚMULA VINCULANTE Nº 11: SÓ É LÍCITO O USO DE ALGEMAS EM CASOS DE RESISTÊNCIA E DE FUNDADO RECEIO DE FUGA OU DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA PRÓPRIA OU ALHEIA, POR PARTE DO PRESO OU DE TERCEIROS, JUSTIFICADA A EXCEPCIONALIDADE POR ESCRITO, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR, CIVIL E PENAL DO AGENTE OU DA AUTORIDADE E DE NULIDADE DA PRISÃO OU DO ATO PROCESSUAL A QUE SE REFERE, SEM PREJUÍZO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 15: O CÁLCULO DE GRATIFICAÇÕES E OUTRAS VANTAGENS DO SERVIDOR PÚBLICO NÃO INCIDE SOBRE O ABONO UTILIZADO PARA SE ATINGIR O SALÁRIO MÍNIMO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 16: OS ARTIGOS 7º, IV, E 39, § 3º (REDAÇÃO DA EC 19/98), DA CONSTITUIÇÃO, REFEREM-SE AO TOTAL DA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO SERVIDOR PÚBLICO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 17: DURANTE O PERÍODO PREVISTO NO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO, NÃO INCIDEM JUROS DE MORA SOBRE OS PRECATÓRIOS QUE NELE SEJAM PAGOS.

SÚMULA VINCULANTE Nº 18: A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE OU DO VÍNCULO CONJUGAL, NO CURSO DO MANDATO, NÃO AFASTA A INELEGIBILIDADE PREVISTA NO § 7º DO ARTIGO 14 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

SÚMULA VINCULANTE Nº 21: É INCONSTITUCIONAL A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIOS DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 22: A JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO PROPOSTAS POR EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR, INCLUSIVE AQUELAS QUE AINDA NÃO POSSUÍAM SENTENÇA DE MÉRITO EM PRIMEIRO GRAU QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04.

SÚMULA VINCULANTE Nº 23: A JUSTIÇA DO TRABALHO É COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO POSSESSÓRIA

AJUIZADA EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS TRABALHADORES DA INICIATIVA PRIVADA.

SÚMULA VINCULANTE Nº 24: NÃO SE TIPIFICA CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I A IV, DA LEI Nº 8.137/90, ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO.

SÚMULA VINCULANTE Nº 27: COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL JULGAR CAUSAS ENTRE CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA, QUANDO A ANATEL NÃO SEJA LITISCONSORTE PASSIVA NECESSÁRIA, ASSISTENTE, NEM OPOENTE.

SÚMULA VINCULANTE Nº 32: O ICMS NÃO INCIDE SOBRE ALIENAÇÃO DE SALVADOS DE SINISTRO PELAS SEGURADORAS.

DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DESCOLONIZADOR*

César Augusto Baldi **

“Conta a história oficial que Vasco Núñez de Balboa foi o primeiro homem que viu, desde um cume do Panamá, os dois oceanos. Os que ali viviam, eram cegos? Quem colocou seus primeiros nomes no milho e na batata e no tomate e no chocolate e nas montanhas e nos rios da América? Hernán Cortés, Francisco Pizarro? Os que ali viviam, eram mudos? Os peregrinos do Mayflower escutaram: Deus dizia que a América era a Terra Prometida. Os que ali viviam, eram surdos?”¹

127

1 A dificuldade de reconhecimento da diversidade no constitucionalismo moderno

Segundo Tully,² a linguagem do constitucionalismo moderno, aquele que deriva da Revolução Francesa e estadunidense, tem um espectro muito limitado de significados para termos tais como *povo*, *nação*, *soberania*

* Este artigo recupera discussões anteriores sobre constitucionalismo latino-americano, em especial aquelas constantes de: BALDI, César Augusto. *Índigenas no Brasil: a diversidade cultural e as “cláusulas de freio”*. In: BRITTO, Antonio Guimarães; BECKER, Simone; OLIVEIRA, Jorge Eremites. *Estudos de antropologia Jurídica na América Latina Indígena*. Curitiba: CURV, 2012.

** Mestre em Direito (Ulbra – RS); doutorando pela Universidad Pablo Olavide (Espanha); servidor do TRF-4ª Região desde 1989, é organizador do livro *Direitos humanos na sociedade cosmopolita* (Ed. Renovar, 2004).

¹ GALEANO, Eduardo. *Espelhos- uma história quase universal*. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 120.

² TULLY, James. *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge: University Press, 1997. p. 39.

popular, igualdade, reconhecimento, cidadão, direitos e autogoverno, que parecem ser tidos como *naturais* e sem controvérsia.

Os usos hegemônicos da linguagem desse constitucionalismo, assim, buscam eliminar a diversidade cultural e obter, não só homogeneidade, mas também a uniformidade cultural, por meio de sete características principais:³ a) identificar soberania e comunidade ou grupo de pessoas culturalmente homogêneo e, pois, onde o fator cultural não conta como importante; b) crer que as estruturas políticas são uniformes e centralizadas, nas quais os cidadãos são tratados de forma igual; c) entender que as culturas são uniformes e têm relação com graus de desenvolvimento econômico (em que as europeias são desenvolvidas, ao passo que as coloniais refletem um grau inferior de evolução socioeconômica), estabelecendo, com isso, um padrão único de avaliação das culturas; d) reconhecer costumes e tradições, mas de forma parcial, deixando, ao mesmo tempo, oculta a ideia de que as instituições, tradições e ideias modernas são superiores às demais; e) acreditar que o desenvolvimento da Europa moderna tem um conjunto de instituições políticas e jurídicas, que são as únicas capazes de representar a soberania popular e, portanto, todos os Estados devem estar baseados na separação de esferas públicas e privadas, império da lei (*rule of law* e suas variantes), separação de poderes e liberdades individuais (talvez o laicismo ou secularismo, também); f) associar cada Estado com uma nação; g) crer em momentos fundacionais das Constituições, que constituem a condição prévia para a vida político-democrática e, assim, intocáveis e para todo o tempo.

Constitucionalismo que, associando modernidade e Europa, ignora as contribuições de outros movimentos emancipatórios, tais como a Revolução do Haiti,⁴ primeira nação negra, de escravos iletrados, a tornar-se independente e que, na Constituição de 1805, estabeleceu: a) abolição de todas as referências a “gradações de cor de pele” (EUA manteve segregação racial até 1964); b) direitos iguais para os filhos nascidos fora do matrimônio; c) inexistência de religião predominante; d) garantia de igual acesso à propriedade privada tanto a “anciens libres” quanto a

³ TULLY, op.cit., p. 63-82.

⁴ Sobre a questão vide: BALDI, César Augusto. A Revolução Francesa, o Caribe e a colonialidade. Publicado no jornal *Estado de Direito*, Porto Alegre, n. 24, mar. de 2010. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/edicoes/ED_24.pdf>, p. 4. GRÜNER, Eduardo. La revolución haitiana (1791-1804) y la contra-modernidad. In: ANSALDI, Waldo; FUNES, Patricia y VILLACENCIO, Susana. *Bicentenario: otros relatos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 11-42.

“nouveaux libres” (escravos libertos); e) abolição da escravatura “para sempre” (o primeiro país do mundo); f) possibilidade de divórcio. Aliás, a “cláusula de igualdade” aplicava-se a “todos os mortais”, inclusive “mulheres brancas naturalizadas” (a Suíça só concedeu voto feminino em 1960); “seus filhos atuais e futuros” e também aos “alemães e poloneses que tivessem sido naturalizados pelo governo”.

Esse modelo – eurocentrado – foi tido como exportável para todos os países colonizados, em especial os da primeira onda colonizadora (as denominadas Américas), dentro de uma teoria de transplantes em que estes últimos eram meros receptores de normas, teorias e doutrinas provenientes dos “contextos de produção”, localizados no Norte global, em geral, e dos Estados Unidos, em particular. Daí resultou uma profunda reverência às contribuições de autores setentrionais e uma invisibilidade das contribuições do próprio continente, não reconhecendo que, mesmo a recepção dos autores estrangeiros, era extremamente seletiva e variava de país a país.⁵

Justamente no campo do reconhecimento da diversidade cultural é que foram se produzindo inovações jurídicas latino-americanas, que, conforme salienta Garavito, terminaram “sendo contadas muitas vezes a partir de visões de fora da região, e não por aqueles que as construíram ou as pensaram originalmente”, de tal forma que, “para ganhar a atenção de seus colegas, os autores latino-americanos tenham primeiro que ser reconhecidos nos meios acadêmicos dominantes e, logo, em versões traduzidas de seus textos, reconhecidos por seus próprios vizinhos”.⁶ Uma inversão total, em que o original acaba retornado ao país de origem, como se fosse uma cópia ou sob a chancela dos países de “exportação”.

⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004. p. 15-37. Vide, também, sobre transplantes jurídicos: TWINING, William. *General jurisprudence: understanding law from the global perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, especialmente p. 269-292; BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.

⁶ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano. In: *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 14.

O “horizonte pluralista” nas Américas: a diversidade cultural nas Constituições

Em fins do século XX, no continente americano, há importantes modificações dentro daquele que Raquel Yrigoyen denomina de “horizonte pluralista”.

Um primeiro ciclo – “constitucionalismo multicultural” (1982-1988) – introduz o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para indígenas.⁷ Canadá (1982), por exemplo, reconhece sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”. Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988) reconhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas”:⁸ Guatemala, com o discurso do multiculturalismo, mas integracionista; Nicarágua, reconhecendo o caráter multicultural da nação, em perspectiva étnica; e Brasil, com dois artigos incorporando os direitos indígenas e dois dispendo sobre quilombos.

O segundo ciclo de reformas – o “constitucionalismo pluricultural” (1989-2005) – marca a internalização, na maior parte do continente, da Convenção 169-OIT, que revisa a anterior Convenção 107 (de cunho assimilacionista) e reconhece um amplo leque de direitos indígenas (língua, educação bilíngue, terras, consulta, formas de participação, jurisdição indígena, etc.).

A jurisdição indígena é reconhecida na Constituição colombiana de 1991 e depois pelo Peru (1993), pela Bolívia (1994-2003), pelo Equador (1998) e pela Venezuela (1999); pelo Paraguai (1992) e México (1992-2001), que, por sua vez, reconhecem pluralismo jurídico e direito indígena. Argentina altera, em 1994, o texto original da Constituição de 1853, admitindo a preexistência de direitos indígenas,⁹ assegurando-lhes direitos

⁷ Sobre os ciclos constitucionais: FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-e-multiculturalismo-material-remetido-pelos-expositores>>.

⁸ FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Disponível em: <www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>.

⁹ RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales. In: GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 912-932. t. II.

específicos, mas deixando ao Congresso a competência para regulação em matéria indígena (e não em mãos do Poder Executivo).¹⁰ Se por um lado, se põe em questão o monismo estatal e mesmo, parcialmente, a questão da soberania, por outro, a necessidade de revisão de tantas leis incompatíveis com os novos parâmetros acaba por criar uma infinidade de conflitos e disputas judiciais (na realidade, sucessivas camadas “geológicas” de leis algumas vezes incompatíveis entre si e, ao mesmo tempo, em desacordo com os parâmetros constitucionais).

Um último ciclo – o “constitucionalismo plurinacional” (2006-2009) – está conformado pelas Constituições boliviana e equatoriana, no contexto da discussão final – e aprovação – da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e, pois, fundado em dispositivos para “refundação do Estado”, reconhecimento de indígenas como nações/povos originários e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito, a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”.

A tipologia de Rodrigo Uprimny

Segundo Uprimny,¹¹ desde meados da década de 80, e em especial nos anos 90, a América Latina conheceu um período intenso de mudanças constitucionais, cujo ponto de partida, no seu entender, é a Constituição brasileira de 1988. Para ele, apesar de visões distintas (como a de Raquel Yrigoyen, que, para ele, enfatiza a abertura ao direito coletivo dos povos

¹⁰ Nesse sentido, o art. 75. 17, autoriza o Congresso: “17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” Silvina Ramírez salienta, ainda, que “incorporar esta cláusula constitucional nas atribuições do Congresso não deixa de ter um efeito distorsivo, já que podem discutir-se seus alcances e confunde sobre a efetividade dos direitos incorporados.” (RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos originários. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *La Constitución em 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 145).

¹¹ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (Coord.). *El derecho en América Latina...*, p. 110-111.

indígenas), é possível destacar, nesse processo, algumas variações na parte dogmática (“princípios ideológicos que orientam o Estado e estabelecem direitos e deveres das pessoas”), outras na parte “orgânica” (aquela que “define quais são os principais órgãos do Estado e quais suas atribuições”), o que não implica desconhecer orientações básicas e divergências nacionais. Seu intento é, pois, sistematizar essas alterações ocorridas no continente.

Na parte dogmática,¹² destaca: a) reconhecimento acentuado das diferenças e maior valorização do pluralismo em todas as suas formas, resultando um *constitucionalismo da diversidade*; b) tendência à superação de certos traços confessionais, que outorgavam privilégios importantes à Igreja Católica; c) amparo sobretudo a grupos tradicionalmente discriminados, como indígenas e comunidades negras, incorporando, às vezes, “elementos e formas de cidadania diferenciada e multicultural”; d) generosidade no reconhecimento de direitos constitucionais, não somente civis e políticos “demoliberais”, mas também econômicos, sociais e culturais, avançando para direitos coletivos, como autonomia e cidadania, para grupos populacionais indígenas; e) vigorosa abertura ao direito internacional dos Direitos Humanos, por meio de tratamento “especial e privilegiado a tais tratados”; f) reconhecimento de competências próprias de jurisdição indígena quanto à defesa de tratados internacionais, que afeta o “sistema tradicional de fontes jurídicas e o papel central que tinham, no passado, a lei e a regulamentação governamental nacional”; g) forte compromisso com a igualdade, em alguns casos com expressa adoção de políticas de ação afirmativa ou “cláusulas de igualdade e não discriminação entre homem e mulher”; h) reflexão sobre novas formas de definição do Estado e “busca própria de fórmulas constitucionais” (“Estado social e democrático de direito”, “Estado social de justiça e direitos”, etc.); i) ampliação dos mecanismos de proteção e garantia dos direitos, inclusive com criação ou reforço da jurisdição constitucional; j) criação de formas de *ombudsman* ou *Defensores del Pueblo*, para a promoção e proteção dos direitos humanos (no caso brasileiro, a nova configuração do Ministério Público, prevista nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal); l) vinculação das economias locais aos países vizinhos, em especial princípios de *integração latino-americana*; m) reconsideração da função econômica do Estado, ora em parâmetros mais favoráveis ao mercado, ora de cunho anticapitalista, ora mais interventivas ou mais redistributivas simplesmente.

¹² *Ibidem*, p. 111-117.

Na parte “orgânica”,¹³ as características seriam: a) ampliação e fortalecimento da democracia e dos espaços de participação cidadã, com ampliação de mecanismos de democracia direta e criação de instâncias de controle da gestão pública; b) reconhecimento de alguma forma de organização eleitoral autônoma e especializada, para assegurar *imparcialidade e transparência*; c) fortalecimento dos processos de descentralização; d) reforço de instâncias estatais de controle, fortalecendo sua autonomia e capacidade fiscalizadora (Ministério Público, Controladoria, etc.); e) esforço de robustecer o sistema judicial, incrementando, em especial, sua independência e eficiência; f) redução parcial de prerrogativas do Poder Executivo e incremento parcial da capacidade de controle e decisão pelos Parlamentos (sem qualquer opção pelo parlamentarismo); g) reconhecimento da existência de órgãos estatais autônomos (em especial, Banco Central e comissões reguladoras de serviços públicos), distintos dos três poderes clássicos.

Segundo Uprimny, é possível detectar algumas tendências:¹⁴ a) adesão não somente teórica, mas também prática, a formas de Estado de Direito e constitucionalismo com governos civis, sendo mais raros os golpes militares; b) reconhecimento e valorização do pluralismo e da diversidade em quase todos os campos, incluindo o aspecto econômico; c) uma matriz fortemente aspiracional, transformativa e igualitária,¹⁵ procurando aprofundar a democracia e “combater as exclusões e iniquidades sociais, étnicas e de gênero”; d) esforço por repensar a democracia; e) entrada de novas formas de constitucionalismo forte ou “neoconstitucionalismo”.

Isso não impede diferenciar evoluções tomando em consideração: a) o propósito geral e a lógica dos processos constitucionais (ruptura com o passado, soluções de compromisso ou mesmo *refundação* do Estado); b) certos conteúdos e orientações dos ordenamentos (relação Estado e economia, diversidade e autonomias das comunidades étnicas); c) impacto e práticas sociais e institucionais derivadas de tais processos (impacto mais político ou formas de ativismo judicial ou de judicialização da política).

¹³ Ibidem, p. 117-122.

¹⁴ UPRIMNY, idem, p. 122-126.

¹⁵ Vide, em especial: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY, Rodrigo. *Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006. p. 201-234.

A discussão de Viciano Pastor e Dalmau Martínez

Tanto o primeira caracterização, quanto esta última, no geral, contrastam com outra que vem sido difundida como hegemônica¹⁶ por Viciano Pastor e Dalmau Martínez.¹⁷

Para esses autores, o novo constitucionalismo latino-americano seria caracterizado por: a) substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição; b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade; c) fundamentação baseada em *princípios*, em detrimento de *regras*; d) grande extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional desigual, quanto da complexidade dos temas, mas, ao mesmo tempo, veiculada em linguagem acessível; e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte; f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa, como complemento do sistema representativo; g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores até então marginalizados; h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalidade pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas; i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico.

A análise dos dois autores ora parece indicar o início do *novo constitucionalismo* com a Constituição colombiana (1991), ora com a venezuelana (1999). Com isso, acaba por colocar dentro de um mesmo processo três ciclos distintos de *constitucionalismo pluralista*, bem caracterizados por Raquel Yrigoyen.

Nesse sentido, razão parece assistir a Raquel Yrigoyen, Bartolomé Clavero¹⁸ e Ramiro Ávila Santamaria,¹⁹ quando destacam a especificidade

¹⁶ Incluem-se, aqui, argumentos já expostos anteriormente em: BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano>>.

¹⁷ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VVAA. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9-43.

¹⁸ CLAVERO, Bartolomé. Estado plurinacional; aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano. In: ROJAS, Rafael (Ed.). *De Cádiz al siglo XXI: doscientos años*

dos processos equatoriano e boliviano em relação ao anterior constitucionalismo latino-americano.

Repensando as novidades, a partir do Equador e da Bolívia

Trata-se, portanto, de um campo de fortes discussões e de disputas ideológicas e epistemológicas, longe ainda de um consenso. E é justamente a instauração de um novo paradigma constitucional, a partir dos modelos equatoriano e boliviano, que Dalmau e Pastor não parecem reconhecer. Ou relutam em admitir enquanto inovador. Destaquem-se apenas alguns pontos importantes que vêm sendo negligenciados.

Primeiro: a refundação do Estado é a outra face do reconhecimento tanto do colonialismo quanto das origens milenárias dos povos e nações que foram ignorados. Uma refundação que necessita reinventar instituições e processos de organização, de que são exemplos, no caso boliviano, o Tribunal Constitucional Plurinacional (arts. 196 a 204), a eleição direta dos juízes (arts. 182, 187, 188 e 198), os quatro níveis distintos de autonomia (arts. 269 a 284), e, no caso equatoriano, a existência de *funções* (e não poderes), incluídas a de *transparência e controle social* e a *eleitoral* (título IV, capítulos quinto e sexto), bem como os regimes especiais de organização territorial (título V).

Observe-se que, além da igual hierarquia da jurisdição indígena, em relação à ordinária (art.179, II), a Constituição boliviana prevê que as “naciones y pueblos indígena originario campesinos” gozam do direito “a que suas instituições sejam parte da estrutura geral do Estado” (art. 30, II, 5).

Mas que implica, também, fortalecer garantias. Dessa forma, a Constituição do Equador permite que as ações constitucionais sejam apresentadas por qualquer cidadã(o), individual ou coletivamente (art.439), ou seja, sem necessidade de “informe positivo do Defensor del Pueblo ou com mil assinaturas de respaldo”²⁰ e coloca, também, como atribuições

de constitucionalismo en Hispanoamérica. México: Taurus-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2012.

¹⁹ SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg, 2011. p. 75-83.

²⁰ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. Evolución histórica del control de constitucionalidad en Ecuador. In: *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011. p. 189. (Pensamiento Jurídico Contemporáneo 5).

da Corte Constitucional, “declarar de ofício a inconstitucionalidade de normas conexas, quando, nos casos submetidos a seu conhecimento, conclua que uma ou várias delas são contrárias à Constituição” (art. 436, 3), de tal forma que a Corte “não permanece impassível e impotente quando detecte normas jurídicas inconstitucionais relacionadas diretamente” com as normas jurídicas analisadas.²¹

Segundo: um catálogo de direitos que rompe tanto com o geracional (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais; terceira geração) quanto o eurocentrado. Isso fica mais evidente no caso do Equador (título II, arts. 10 a 83) que reconhece sete categorias de direitos: do *buen vivir*; de pessoas e grupos de atenção prioritária (velhos, jovens, gestantes, pessoas com deficiência, privadas de liberdade, usuários e consumidores, mobilidade humana, enfermidades catastróficas); de comunidades, povos e nações; de participação; de liberdade; da natureza; de proteção; além de um apartado de responsabilidades.²² Mas pode ser visto no caso boliviano com a introdução de direitos das nações indígenas e um catálogo de deveres constitucionais (arts. 30 a 32 e 108).

Ao não partir das classificações tradicionais de direitos, concretizam-se dois propósitos, dentre outros: a) enfatizar o caráter complementar e de igual hierarquia de todos os direitos constitucionais,²³ e, utilizando uma classificação puramente temática, também eliminar a discussão sobre a justiciabilidade dos denominados “direitos econômicos, sociais e culturais”; b) destacar que todos os direitos podem ser exigidos de forma individual ou coletiva e, portanto, não somente os direitos das “comunidades, pueblos y nacionalidades”, mas também outros podem ser exigidos de forma coletiva.²⁴

Além disso, estão inseridos dentro de um distinto contexto geopolítico e jurídico que: a) tem contribuído para “estreitar os laços solidários entre diversos países da região e mitigar a influência dos grandes organismos financeiros internacionais e do governo dos Estados Unidos”,²⁵ com ênfase

²¹ Ibidem, p. 190.

²² SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011. (Para a classificação dos direitos, ver p. 91-104; para a exigibilidade dos direitos do *buen vivir*, p. 175-208).

²³ De forma explícita na Constituição do Equador (art.11.6).

²⁴ GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. In: Idem, p. 101.

²⁵ PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011. p. 201 (Pensamiento Jurídico Contemporáneo 4).

na integração da América Latina e do Caribe (art. 423, Equador); b) incorpora a cláusula *pro homine*,²⁶ presente em vários tratados internacionais, para fins de interpretação dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Constituição boliviana prevê, expressamente, no art. 256, que: a) os tratados e instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos firmados pelo país “que declarem direitos mais favoráveis aos contidos na Constituição, se aplicarão preferentemente a esta”; b) os direitos reconhecidos na Constituição “serão interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, quando estes prevejam normas mais favoráveis”. A Constituição equatoriana, por sua vez, afirma que, “no caso dos tratados e de outros instrumentos internacionais de direitos humanos, aplicar-se-ão os princípios pro ser humanos, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta estabelecidos na Constituição” (art. 417). Observação importante: a interpretação não diz respeito somente a tratados internacionais, mas também a todos os “outros instrumentos internacionais”, aí incluída também a Declaração da ONU para os Povos Indígenas, de 2007. Isso não tem impedido, por sua vez, críticas pesadas dos mesmos governos em relação tanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à própria OEA.²⁷

Terceiro: não somente tais constituições recebem influxo da Declaração da ONU, mas fundamentalmente se constroem a partir do protagonismo indígena. Disso resulta: a) um papel diferenciado da justiça indígena, que, no caso boliviano, fica sujeita apenas ao Tribunal Constitucional (art. 202.8) e, no equatoriano, prevalece sobre juiz de paz (art. 189);²⁸ b) um novo léxico baseado na própria cosmovisão indígena,

²⁶ Para discussão do *principio pro homine*, veja-se: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186. E também: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22361/21924>>. (Em especial o item VIII).

²⁷ Sobre o tema, com questionamentos distintos: PRONER, Carol. Sistema interamericano de direitos humanos precisa ser reformado? *Carta Maior*, 7 jun. 2012. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=20292>; SANTOS, Boaventura de Sousa. Oitava carta às esquerdas: as últimas trincheiras. *Carta Maior*, 21 ago 2012. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5737>.

²⁸ CLAVERO, Bartolomé. *Bolivia: reto jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=11714>>. Para uma análise da jurisdição indígena: LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n. 6, p. 9-39, 2011.

de que o reconhecimento de direitos a “pacha mama” (art. 71) e do *buen vivir* (arts. 12 a 34),²⁹ no Equador, e dos princípios ético-morais de cunho aimará da nação boliviana (art. 8º, I)³⁰ são alguns exemplos.

Nesse sentido, é que devem ser destacadas as previsões, no caso boliviano, de justiça agroambiental (arts. 186 a 189), de incremento sustentável da produtividade agrícola (art. 405, I), respeito pelas formas de vida indígenas e campestres (art. 405, 4) e proibição de importação e comercialização de produtos transgênicos e de elementos tóxicos, que causem danos à saúde e ao meio ambiente (art. 255, II, 8); e, no caso equatoriano, da soberania energética não se fazer em detrimento da soberania alimentar (art. 15), de fomento da economia solidária e social (art. 281, 1) e de proibição de cultivos e sementes transgênicos (art. 401).

É o que se verifica com: a) previsão específica do direito à água (art. 12, Equador; em sentido um pouco diverso no art. 20, III, Bolívia), depois reconhecido pela Assembleia Geral da ONU (Resolução A/64/L.63/Ver.1, de 26 de julho de 2010),³¹ por pressão do governo boliviano; b) a renovação do direito à alimentação, visto não mais em perfil assistencialista, mas como segurança e soberania alimentar (art. 13, Equador), com participação ativa dos atores sociais, para garantir o acesso “seguro e permanente a alimentos sãos, suficientes e nutritivos, preferencialmente produzidos a nível local e em correspondência com suas identidades e tradições culturais”;³² c) a pressão, no sistema internacional, para a necessidade de reconhecer e respeitar os direitos da *madre tierra*, a partir de estudo de Bartolomé Clavero e Carlos Mamani, no âmbito do Conselho Social e Econômico (E/C.19/2010.4, de 14 de janeiro de 2010);³³ d) o reconhecimento, na Constituição equatoriana, do direito à propriedade nas formas pública, privada, comunitária, estatal, associativa, cooperativa,

²⁹ Para uma discussão do *buen vivir*, a partir de uma cosmovisão indígena. Veja-se: LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. *FORO, Revista de Derecho*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, v.12, p. 113-125, II. semestre 2009.

³⁰ Ao mesmo tempo, a Constituição coloca como valores em que se sustenta o Estado: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais, para viver bem (art. 8º, II).

³¹ Disponível em: <<http://www.un.org/es/comun/docs/index.asp?symbol=A/64/L.63/Rev.1&referer=>>.

³² Veja-se a análise em: GRIJALVA JIMENEZ, op. cit., p. 59-60.

³³ Documento disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5832>>.

mista e que cumpra a função social e ambiental (art. 321) e, na Constituição boliviana, de uma economia plural, “com formas de organização econômica comunitária, estatal, privada e social cooperativa” (art. 306, II), uma diversidade que já vindo sendo reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando analisava direitos indígenas,³⁴ e a proteção especial de povos em isolamento voluntário, em cujos territórios é vedada qualquer forma de atividade extrativa, sendo-lhes garantido o direito à autodeterminação, violação que caracterizará o crime de etnocídio, na forma a ser tipificada em lei (art. 57, final, Equador; em menor extensão: art. 31, I e II, Bolívia); f) a necessidade de combate ao racismo, também em relação aos povos indígenas e não somente em relação a comunidades negras, como usual (art. 57.2 da Constituição equatoriana), incluindo-se reparação e ressarcimento das coletividades afetadas por “racismo, xenofobia e outras formas conexas de intolerância e discriminação”. (art. 57.3, Equador).

Dois pontos merecem especial atenção: a discussão relativa à consulta ou consentimento prévios e a densidade normativa do “buen vivir”. Quanto ao primeiro ponto, tanto a Constituição equatoriana (art. 57.7 e 57.16), quanto a boliviana (art. 30, II, 15) preveem o direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé relativamente a medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar as comunidades indígenas, em especial programas de exploração de recursos não renováveis.

Ocorre que ambas as Constituições dão novo *status* aos tratados internacionais de Direitos Humanos, naquilo que sejam mais favoráveis ao regramento interno, e isso depois da Declaração dos Povos Indígenas de 2007. Nela, ao contrário da Convenção 169-OIT, não se fala mais em *consulta prévia*, mas sim em “consentimento prévio, livre e informado”; vale dizer, não em exercício de direito de veto, como usualmente se alega, mas sim direito próprio à autodeterminação e, portanto, de manter-se, em assim querendo, na condição e no patamar de isolamento ou de não perturbação em que se encontram. Do que se segue, pois, que o exercício do consentimento – e não mais de uma consulta objetivando um *acordo* sobre as medidas propostas – é a condição para uma autodeterminação

³⁴ A Corte, de forma expressa, firmou entendimento de que tanto a propriedade privada quanto a propriedade coletiva dos povos indígenas e tribais estava protegida pelo art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Veja-se, dentre outros: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 27 de noviembre de 2007, para. 89-91; Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012, para.145-147.

que, nos dois instrumentos internacionais, em momento algum lhes dá o mesmo patamar que o termo *povos* tem no direito internacional. Daí porque a livre determinação é o “direito à autonomia e autogoverno nas questões relacionadas a assuntos internos e locais” (art. 4º, Declaração da ONU). Como bem recorda César Garavito, trata-se de um campo sociojurídico altamente dinâmico e complexo: de um lado, resquícios de um paradigma integracionista, de “governança”, em que os indígenas são objetos de políticas, e, de outro, uma forma contra-hegemônica de multiculturalismo, inspirado na autodeterminação e no reconhecimento de sujeitos de direitos.³⁵ Consentimento que, no primeiro caso, é exceção e visto como *veto*, para discordância e que, no segundo caso, é regra e, pois, exercício de um direito humano e fundamental. Por isso, é cabível a indenização quando os territórios e recursos são “confiscados, tomados, ocupados, utilizados sem o consentimento livre, prévio e informado” (art. 29.1, Declaração da ONU).

Quanto ao segundo ponto, como destacam Gudynas e Acosta, a dimensão plurinacional do *buen vivir* é mais forte no caso boliviano, ao passo que a dimensão ambiental é mais intensa no caso equatoriano, mas isso implica reconhecer que se trata de um conceito em construção, “que aspira ir mais além do desenvolvimento convencional e que se baseia numa sociedade donde convivem os seres humanos entre si e com a natureza”.³⁶ Para eles, a ideia do *buen vivir* emerge a partir do mundo andino e amazônico, mas recolhe aportes de outros lugares do mundo, de tal forma que se está “em marcha um diálogo com as tradições culturas indígenas, e que elas podem criar ou recriar novas conceptualizações adaptadas às circunstâncias atuais”.³⁷ Ou seja: não somente um simples regresso a um passado, mas sim a “construção de um novo futuro”.

³⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Etnicidad.gov; los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia, 2012. p. 50-53.

³⁶ GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir mas allá del desarrollo. *Revista Qué Hacer*, DESCO. Lima, Peru, n. 181: 77, 2011. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/reportesmonografias.htm>>. Gudynas, nesse sentido, distingue justiça ambiental, que não só gera obrigações com o ambiente, mas também obrigada a aprofundar a justiça social de maneira a reduzir iniquidades e desigualdades; e justiça ecológica, com a exigência de preservar espécies e integridade dos ecossistemas. (GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya Yala, 2009. p. 145-161).

³⁷ Idem, p. 74. Para uma análise da questão: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Santiago: Universidad Bolivariana, 2009; GUDYNAS, Eduardo. *La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia*

E aqui é que ocorre um segundo campo de embate, conjugado com as lutas anteriores. É que a promulgação das duas Constituições, em que se concede uma primazia aos direitos da natureza, coincide com a ascensão de governos tidos como de esquerda, baseados em novas formas de *extrativismo*. A pressão boliviana para inclusão, em nível internacional dos *direitos da mãe terra*, é contrastada com as sucessivas marchas indígenas contra a construção da estrada no território TIPNIS (*Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Séure*). A proposta equatoriana de deixar no subsolo as reservas de petróleo da Reserva Yasuní, se os países desenvolvidos compensarem o país com metade dos rendimentos que deixar de receber, convive com a aprovação de leis de mineração em territórios indígenas.

Daí porque Gudynas denomine de *esquerdas marrons*,³⁸ que permitem a exploração dos recursos naturais para redução da pobreza e construção de infraestrutura, mas ao custo de deixar tal exploração a cargo de poucas empresas multinacionais e condenar os países da América à exportação de riquezas para os centros imperiais. Um novo colonialismo de base monocultural (minérios, cana, soja, petróleo), um novo *ciclo do ouro*, em evidente contraste com uma defesa de modelos plurais de economia, de sociedade, de diversidade cultural, de plurinacionalidade, de novas formas de pensamento.

Quarto: a insistência tanto na descolonização (mais evidente no caso boliviano, que destaca a própria educação como descolonizadora, art. 78, I), quanto no processo intercultural (desenvolvido de forma mais consequente no caso equatoriano).³⁹ Disso se segue, também, que a *plurinacionalidade* acaba por questionar os limites do Estado constitucional e obriga a uma nova institucionalidade.⁴⁰

ecológica. *Tabula Rasa*. Bogotá, n. 13, p. 45-71, julio-diciembre 2010; WALSH, Catherine. *Development as buen vivir: institutional arrangements and (de)colonial entanglements*. Disponível em: <<http://catherine-walsh.blogspot.com.br/2010/09/development-as-buen-vivir-institutional.html>>.

³⁸ GUDYNAS, Eduardo. La izquierda marrón. *América Latina en movimiento*. 2 de marzo de 2012. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/periodismo/index.html>>. Analisando a mesma tensão: PISARELLO, op. cit., p. 202-205.

³⁹ Veja-se a comparação, em todos os pontos muito interessante, em WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado y sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Abya Yala, 2009. p. 217-236 (em relação à questão da natureza). Uma visão sucinta dos principais argumentos comparativos pode ser encontrada em: WALSH, Catherine. Carta do Equador é intercultural e pedagógica. *Conjur*, 27 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-27/carta-equador-aspecto-interculturalizador-pedagogico>>.

⁴⁰ Para uma análise que destaca que o discurso sobre os direitos da “madre tierra” tem acarretado uma confluência entre culturas indígenas de simbiose com a natureza e o discurso

Esses pontos são importantes para a análise dos direitos à educação e à saúde (ambos, no caso equatoriano, integram os direitos do *buen vivir*, arts. 26-29 e 32). No caso do direito à saúde, no Equador, não somente se reconhecem as medicinas indígenas e tradicionais (art. 32 c/c art. 57.12), como também a complementaridade com a medicina ocidental e a integração na rede pública integral de saúde (arts. 358 e 360), sendo dever do Estado promover e respeitar o uso dos conhecimentos, de medicinas e instrumentos (arts. 362 e 363). Já a Bolívia assegura às comunidades indígenas o “sistema de saúde integral e gratuito que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais” (art. 30, II, 13), incluindo-se também a medicina tradicional no sistema único de saúde (art. 35), com o registro de medicamentos e seus princípios ativos e a proteção da propriedade intelectual (art. 42.2).

No Equador, a educação, “condição indispensável para o *buen vivir*” (art. 26), deve se pautar pelo respeito aos Direitos Humanos, ao meio ambiente e à democracia, sendo intercultural, includente e diversa, impulsionando a igualdade de gênero e a paz (art. 27). Ao mesmo tempo, fica assegurado o direito a aprender em sua própria língua e ambiente cultural (art. 29), devendo o Estado promover o diálogo intercultural em suas múltiplas dimensões (art. 28). Já a Bolívia prevê educação democrática, participativa, comunitária e descolonizadora (art. 78, I), sendo intercultural e intracultural em todo o sistema educativo (art. 78, II; 91, II, em relação ao Ensino Superior), fomentando o diálogo intercultural, a igualdade de gênero, a não violência e a vigência de Direitos Humanos (art. 79). A erradicação do analfabetismo deve respeitar a realidade cultural e linguística da população (art. 84), e é garantida a liberdade de fé, de consciência, de ensino da religião, “assim como a espiritualidade das nações e povos indígenas campesino originários.” (art. 86). Os saberes, conhecimentos, valores, espiritualidades e cosmovisões tradicionais são reconhecidos como patrimônio nacional (arts. 98. II e 100.I), inclusive com registro de propriedade intelectual (art. 100. II c/c 99.II).

Clavero, analisando a Constituição boliviana (art. 2º e 9.1),⁴¹ salienta que a descolonização é “um mandato de ativismo constitucional que haverá

descolonizador dos direitos humanos, veja-se: CLAVERO, Bartolomé. Derechos humanos y derechos de la madre tierra. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6142#more-6142>>.

⁴¹ “Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.”

de sê-lo também da justiça em geral, inclusive a indígena, e do TCP em particular” e, portanto, um “mandato nuclear da Constituição”, que leva à desqualificação da velha República, “por colonial” e à “qualificação do novo Estado como plurinacional”.⁴²

O que não impede observar que, tendo em vista os modelos abertos, complexos e contraditórios, de nítido caráter experimental e transicional, “o problema da conformação de instituições adjetivadas como plurinacionais não é tanto que resultem de maneira insuficiente, restritiva, e que, em consequência, possam e devam ser melhoradas”, mas que “sejam mostradas como os *espaços de realização mesma da plurinacionalidade, à margem dos quais não cabe o diálogo ou debate entre os distintos componentes desta realidade plurinacional*”.⁴³

Isto acarreta, como bem salienta Uprimny,⁴⁴ a necessidade de: a) o desenvolvimento de uma teoria da justiça constitucional “que implique um exercício da proteção judicial dos direitos tendente a promover e não a debilitar a participação e a discussão democráticas”; b) um pensamento constitucional progressista, “comprometido com o aprofundamento democrático da região, que, em diálogo com experiências e tradições de outras regiões do mundo, acompanhe, criticamente, os processos constitucionais latino-americanos em curso, a fim de reduzir riscos autocráticos e fortalecer as potencialidades democráticas desses esforços de experimentação institucional”.

Enfim, é incentivar um caráter descolonizador, experimental e pluriverso de um constitucionalismo e de práticas constitucionais. Afinal, como destaca Wilhelmi,⁴⁵ “todo direito deve servir como ferramenta de resistência, frente a setores sobre-representados, sobre minorias maiorizadas; ao mesmo tempo em mãos das maiorias minorizadas, sub-representadas, os direitos devem servir como caminho para a transformação das condições que reproduzem relações de dominação”.

Dáí porque esse autor destaca que a intensificação da cidadania, nas constituições equatoriana e boliviana, se faz por previsão de *direitos de*

⁴² CLAVERO, nota 28, p. 31.

⁴³ WILHELMI, Marco Aparicio. Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur. In: WILHELMI, Marco Aparicio et al. *Por una asamblea constituyente: una solución democrática a la crisis*. Madrid: Sequitur, 2012. p. 128.

⁴⁴ UPRIMNY, op. cit. p. 133-134.

⁴⁵ WILHELMI, Marco Aparicio. *Ciudadanías intensas: alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia*. No prelo.

participação e participação através de direitos, no sentido de uma “dimensão múltipla do conceito de participação, para situá-lo além dos espaços que delimitam o conceito formal de cidadania política”, uma constitucionalização da cidadania que incorpora, ao menos, três formas distintas de pertencimento: a cidadania social, a cidadania cultural e a cidadania ambiental. Nesse sentido, Agustín Grijalva salienta ser necessário estudar criticamente essas experiências para “determinar de que forma transformam ou reproduzem relações de poder e redistribuem recursos”, ao mesmo tempo em que devem ser asseguradas condições “habilitantes de deliberação”, que “não reproduzam discriminações de gênero, étnicas, geracionais, econômicas no interior de cada comunidade participante” e que, por outro lado, “reconheçam as diferenças relevantes para conseguir uma deliberação adequada”.⁴⁶

E isso implica questionar, ainda, um aspecto que é pouco explorado, mesmo nos processos constitucionais boliviano e equatoriano: a dimensão antipatriarcal e heteronormativa da cidadania.⁴⁷ Se é verdade que, em ambos os casos, emprega-se uma linguagem não sexista e incorporam-se previsões, garantindo igualdade e proibição de discriminação (mesmo por “identidade de gênero” e “orientação sexual”),⁴⁸ reforçam-se parâmetros como “família, núcleo fundamental da sociedade”⁴⁹ e “matrimônio como união entre homem e mulher”.

Na Constituição boliviana, o art. 66 assegura direitos sexuais e reprodutivos a homens e mulheres; o art. 15 assegura a todas as pessoas, “*em especial às mulheres*, o direito a viver sem violência física, sexual ou psicológica, tanto na família quanto na sociedade”; os arts. 395.I e 402.2 procuram afastar a discriminação no acesso das mulheres à terra, ao passo que o art. 338 reconhece o trabalho do lar como “fonte de riqueza do Estado Plurinacional”. Na Constituição equatoriana, também a família é “núcleo fundamental da sociedade”, reconhecida em seus diversos tipos

⁴⁶ GRIJALVA JIMÉNEZ, op. cit., p. 56-57.

⁴⁷ Para o caso brasileiro, ver a análise da heteronormatividade da jurisprudência: RAUPP RIOS, Roger; OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. Direitos sexuais e heterossexismo: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa. *Discursos fora da ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume, 2012. p. 245-276. Para uma análise da jurisprudência colombiana e equatoriana: SALGADO, Judith. Lidando con la diferencia: respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana. In: CAICEDO TAPIA; PORRAS VELASCO, Angélica. *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010. p. 483-546.

⁴⁸ Art. 11 da Constituição do Equador; art. 14, II, da Constituição boliviana.

(art. 67), ainda que o matrimônio (art. 67) e a adoção (art. 68) impliquem uniões de sexos distintos. No restante, os artigos procuram estabelecer igualdade de direitos nas responsabilidades familiares (arts. 69 e 70).

Nesse sentido, Ortiz salienta que a *despatriarcalização* deve ser desenvolvida a partir de distintas óticas e múltiplas manifestações, “reconhecendo que esta diversidade de expressões incide na criação da condição de subordinação”, que não é “patrimônio exclusivo de setor algum”. Ou seja: a ela estão submetidas mulheres, as indígenas, pessoas que “tem ou valor (ou não) de manifestar sua sexualidade diversa, e, em geral, todas as pessoas estigmatizadas como ‘anormais’ por essa sociedade onde, pelo contrário, a *normalidade* é a exceção e não a regra”.⁵⁰ O questionamento de uma matriz de pensamento, que se baseia em modelo hegemônico e discursivo de heteronormatividade, “que assume que, para que os corpos sejam coerentes e tenham sentido, deve existir um sexo estável expresso através de um gênero estável”.⁵¹

Ignorar determinados parâmetros inovadores das duas Constituições e querer colocar no mesmo parâmetro a Constituição colombiana de 1991, que reconhecia de forma limitada a diversidade cultural (inobstante o desempenho da Corte constitucional ser um dos mais avançados capítulos do constitucionalismo do continente), é obscurecer o evidente protagonismo indígena e a luta por um padrão descolonizador e plurinacional de Estado. E, assim, questionar fundamentalmente os parâmetros eurocentrados do constitucionalismo.

⁴⁹ Constituição boliviana, arts. 62 e 63, I e II, estes últimos envolvendo inclusive *uniões livres*.

⁵⁰ ORTIZ, Jenny Ybarnegaray. *Feminismo y descolonización*: notas para el debate. Disponível em: <www.nuso.org/upload/articulos/3792_1.pdf>. CHÁVEZ, Patricia; QUIROZ, Tania, MOKRANIS, Dunia; LUGONES, María. *Despatriarcalizar para descolonizar la gestión pública. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2011. Disponível em: <http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=42>.*

⁵¹ SOLEY-BELTRÁN, Patricia. *In-transit*: la transexualidad como migración de género. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Asparkia/article/view/108944>>. MISKOLCI, Richard. *A teoria Queer e a questão das diferenças*: para uma analítica da normalização. Disponível em: <alb.com.br/arquivo-morto/edicoes_anteriores/.../prog03_01.pdf>.

Referências

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Santiago: Universidad Bolivariana, 2009.

BALDI, César Augusto. *Novo constitucionalismo latino-americano*. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano>>.

_____. A Revolução Francesa, o Caribe e a colonialidade. *Estado de Direito*, Porto Alegre, n. 24, março de 2010. Disponível em: http://www.estadodedireito.com.br/edicoes/ED_24.pdf.

BONILLA MALDONADO, Daniel (Org.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22361/21924>>.

CHÁVEZ, Patricia et al. *Despatriarcalizar para descolonizar la gestión pública. La Paz: Vicepresidencia del Estado plurinacional de Bolivia, 2011*. Disponível em: <http://www.vicepresidencia.gob.bo/spip.php?page=publicacion&id_publicacion=42>.

CLAVERO, Bartolomé. Estado Plurinacional; aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano. In: ROJAS, Rafael (Ed). *De Cádiz al siglo XXI; doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica*. México: Taurus-Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2012.

_____. Bolivia: Reto Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=11714>>.

_____. Derechos humanos y derechos de la madre tierra. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6142#more-6142>>.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/seminario-pluralismo-juridico-e-muticulturalismo-material-remetido-pelos-expositores>.

_____. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Disponível em: <www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>.

GALEANO, Eduardo. *Espelhos: uma história quase universal*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César; GARCÍA VILLEGAS, Maurício; UPRIMNY, Rodrigo. *Justicia para todos?: derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. rev., atualiz. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín. Evolución histórica del control de constitucionalidad en Ecuador. In: *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.

GRÜNER, Eduardo. La revolución haitiana (1791-1804) y la contra-Modernidad. In: ANSALDI, Waldo, FUNES, Patricia y VILLACENCIO, Susana. *Bicentenario*. Otros relatos. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 11-42.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen vivir mas allá del desarrollo. *Revista Qué Hacer*, DESCO. Lima, Peru, n. 181, p. 77, 2011. Disponible em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/reportesmonografias.htm>>.

GUDYNAS, Eduardo. La izquierda marrón. *América Latina en movimiento*. 2 de marzo de 2012. Disponible em: ><http://www.gudynas.com/periodismo/index.html><.

_____. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 13, p. 45-71, julio-diciembre 2010.

_____. *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya Yala, 2009.

LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl. La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, n. 6, p. 9-39, 2011.

_____. El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. *FORO. Revista de Derecho*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, v. 12, p. 113-125, II, semestre 2009.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis, 2004.

MISKOLCI, Richard. *A Teoria Queer e a questão das diferenças: para uma analítica da normalização*. Disponible em: <alb.com.br/arquivo-morto/edicoes_anteriores/.../prog03_01.pdf>.

ORTIZ, Jenny Ybarnegaray. *Feminismo y descolonización*; notas para el debate. Disponible em: <www.nuso.org/upload/articulos/3792_1.pdf>.

PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: VVAA. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9-43.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.

PRONER, Carol. Sistema Interamericano de Direitos Humanos precisa ser reformado? In: *Carta Maior*, 7 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=20292>.

RAMÍREZ, Silvina. Derechos de los pueblos originários. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *La Constitución em 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

_____. Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales. In: GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II-Derechos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 912-932.

RAUPP RIOS, Roger; OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. Direitos sexuais e heterossexismo: identidades sexuais e discursos judiciais no Brasil. In: MISKOLCI, Richard; PELÚCIO, Larissa. *Discursos fora da ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume, 2012. p. 245-276.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Centro de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia, 2012.

_____. Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano. In: *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 11-22.

SALGADO, Judith. Lidiando con la diferencia: respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana. In: CAICEDO TAPIA; PORRAS VELASCO, Angélica. *Igualdad y no discriminación*. El reto de la diversidad. Quito: Ministério de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, diciembre 2010, p. 483-546.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.

_____. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Oitava carta às esquerdas: as últimas trincheiras. In: *Carta Maior*, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5737>.

SOLEY-BELTRÁN, Patricia. *In-transit: la transexualidad como migración de género*. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Asparkia/article/view/108944>>.

TULLY, James. *Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge: University Press, 1997.

TWINING, William. *General jurisprudence: understanding Law from the global perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 109-137.

WALSH, Catherine. *Development as buen vivir: institutional arrangements and (de)colonial entanglements*. Disponível em: <<http://catherine-walsh.blogspot.com.br/2010/09/development-as-buen-vivir-institutional.html>>.

_____. *Interculturalidad, Estado y sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y Abya Yala, 2009.

_____. Carta do Equador é intercultural e pedagógica. *Conjur*, 27 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-27/carta-equador-aspecto-interculturalizador-pedagogico>>.

WILHELMI, Marco Aparicio. Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur. In: WILHELMI, Marco Aparicio et al. *Por una asamblea constituyente: una solución democrática a la crisis*. Madrid: Sequitur, 2012.

_____. *Ciudadanías intensas: alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia*. inédito.

DIREITOS HUMANOS E INTERCULTURALIDADE CONSTITUINTE: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BOLIVIANA

Alexandre Fabiano Mendes*

Introdução

Nas últimas décadas, o debate em torno dos Direitos Humanos e sua efetivação dedica especial atenção à temática político-jurídica da *diferença*. Se, em um primeiro momento, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o campo político-discursivo humanista centrou-se no caráter universal, abstrato e geral dos direitos humanos, cada vez mais observamos inovações no sentido de uma *proteção específica e especial* de determinados grupos identificados como portadores de traços particulares e diferenciadores. (PIOVESAN, 2009, p. 57).

De fato, a retórica individualista e abstrata do pós-guerra, baseada em uma concepção meramente formal de igualdade, foi rapidamente atravessada e modificada por demandas de mobilizações sociais, que passam a combater os terríveis processos de desqualificação das diferentes formas de vida, realizada através de critérios de separação, exclusão, controle e exploração daqueles que não apresentam um “padrão” majoritário (em um exemplo de Deleuze, o padrão *homem branco, adulto, masculino, europeu e heterossexual*).¹

* Professor de Direito – PUC-RJ. Pesquisador associado do LabTec-UFRJ. Doutor em Direito da Cidade – UERJ. Foi Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (2006-2011), tendo coordenado o Núcleo de Terras e Habitação (2010). É coeditor da Revista *Lugar Comum, estudos de mídia, cultura e democracia* (ISSN 14158604), participa da Rede Universidade Nômade.

¹ No livro *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*, v. 2, Deleuze e Guatarri tratam a relação entre maioria e minoria da seguinte forma: “A noção de *minororia*, com suas remissões musicais,

No campo da produção jurídica internacional, um novo quadro normativo passou a estabelecer a vedação a todas as formas de distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência, origem, etnia, gênero e opção sexual, quando destinadas a obstar o exercício dos Direitos Humanos, além de proteções específicas destinadas às crianças e aos adolescentes, aos portadores de deficiência, aos refugiados, trabalhadores migrantes, etc. Destaca-se que, além de políticas de proibição de discriminação, diversas normas e diretrizes impõem o dever de *promoção* da igualdade, através de instrumentos como as ações afirmativas e medidas especiais de concretização da igualdade material ou substantiva.

Com isso, o amplo aspecto de direitos relacionados às múltiplas formas de vida redimensiona os genéricos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, previstos especialmente nos Pactos de 1966, colocando-os no novo terreno que articula direitos humanos e diferença. Não se trata, como veremos, de uma mera *complementação* da proteção geral e universal, mas uma nova forma de compreender a composição dos direitos e seus dispositivos de produção concreta.

No campo discursivo, vários autores buscam analisar as relações gerais entre direitos humanos e diferença, enquanto outros produzem um pensamento articulado a uma militância específica, como é o caso de teóricos do movimento negro, de mulheres, indígenas, etc. Nesse texto, vamos nos concentrar na discussão em torno da diferença a partir de seus aspectos constituintes, *i.e.*, da capacidade de se transformar a realidade a partir da afirmação de diferentes formas de vida. Nesse sentido, a diferença não é somente algo a ser *reconhecido e tolerado*, mas um terreno de luta por novas maneiras de constituir o mundo e por transformações sociais, políticas, econômicas, culturais, etc.

literárias, lingüísticas, mas também jurídicas, políticas, é bastante complexa. Minoria e maioria não se opõem apenas de uma maneira quantitativa. Maioria implica em uma constante, de expressão ou de conteúdo, como um metro padrão em relação ao qual ela é avaliada [...]. É evidente que o homem tem a maioria, mesmo se é menos números que os mosquitos, as crianças, as mulheres, os negros, os camponeses, os homossexuais etc. É porque ele aparece duas vezes, uma vez na constante e uma vez na variável de onde se extrai a constante. A maioria supõe um estado de poder e de dominação, e não o contrário. (DELEUZE; GUATARRI, 2008, p. 52).

O pluralismo liberal e seus limites

Se no quadro normativo internacional, o tema da diferença causou uma inflexão na retórica universalista do pós-guerra, o mesmo pode ser observado no registro discursivo liberal. Tomemos como exemplo a trajetória teórica de Rawls que, a partir da década de 80, passa a realizar um esforço considerável para lidar com o que ele denomina o “fato do pluralismo”. (RAWLS, 2011, p. 157-203).

Decerto, logo após a publicação de *Teoria da Justiça* (1971), Rawls é constantemente interpelado pelo caráter abstrato, universalista e individualista de sua teoria. Mulhall e Swift² buscaram resumir algumas críticas que foram direcionadas a Rawls, em especial pelos chamados comunitaristas, que denunciaram em *TJ*: a) uma concepção abstrata de pessoa, a partir da qual o indivíduo é visto como sujeito desencarnado, metafisicamente individuado e sem ligação com os fins, as concepções e os valores produzidos em uma comunidade; b) um individualismo associativo, já que os princípios de justiça são destinados a indivíduos concebidos, independentemente das comunidades específicas da qual fazem parte; c) uma falsa pretensão de neutralidade, já que *TJ* não consegue se desligar, como se pretende, de certas concepções morais de bem, que são contempladas no momento da definição dos princípios de justiça; d) um disfarçado subjetivismo moral, tratando como racional aquilo que é um simples resultado de escolhas arbitrárias do autor; e) um universalismo abstrato, uma vez que a teoria de Rawls é articulada sem qualquer consideração a aspectos transculturais e específicos de determinadas sociedades.

Sem tecer maiores comentários sobre a justeza das críticas, é fato que Rawls passa a se dedicar, em seus textos posteriores, a enfatizar uma concepção política (e não metafísica) da justiça; a finalidade social e cooperativa (e não individual) da estrutura básica, como objeto da justiça; um conceito de pessoa relacionado às possibilidades de uma vida social e o aspecto plural (e não universal) das sociedades democráticas, especialmente a respeito da coexistência de diversas doutrinas e concepções abrangentes sobre a vida humana.

² O resumo desse conjunto de críticas pode ser encontrado em: RAMOS, C. A. A crítica comunitarista de Walzer à Teoria da Justiça de John Rawls. In: FELIPE, Sonia T. (Org.). *Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas*. Florianópolis: Insular, 1997. p. 231.

Contudo, a despeito das mudanças teóricas realizadas, Rawls deixa claro que o pluralismo não passa de um *fato* a ser considerado nas democracias constitucionais, não podendo ser incluído de nenhuma forma no campo do *político*, *i.e.*, da estrutura básica de um regime democrático, a não ser sob a forma de um consenso e aceitação sobre as principais instituições políticas que desenham essa estrutura. “O liberalismo aceita a pluralidade das concepções de bem, como um fato da vida moderna, desde que, é claro essas concepções respeitem os limites definidos pelos princípios de justiça.” (RAWLS, 2002, p. 161).

Queremos evidenciar que, no liberalismo político, o pluralismo é reconhecido e até incentivado; porém, no mesmo movimento, cercado por preocupações relacionadas: a) a sua não conformação como *dispositivo político*; b) à necessidade de manter a *estabilidade* e o *consenso* sobre as instituições básicas da sociedade, garantindo uma unidade social; c) aos *limites* a serem estabelecidos para a manutenção dessa estabilidade e unidade. Para operar nesses três marcos, Rawls refere-se a um *consenso por justaposição* (*overlapping consensus*), através do qual:

O que se requer é uma concepção política da justiça que seja reguladora, que possa articular e ordenar os ideais, bem como os valores do regime democrático em função de um princípio e, dessa maneira, definir os objetivos que uma constituição deve alcançar e os limites que ela deve se impor. (RAWLS, 2002, p. 246).

Quanto ao primeiro ponto, Rawls se preocupa em desenhar uma linha que busca separar com nitidez em que momento o pluralismo pode entrar no “campo do político” e quando deve permanecer como escolha moral, religiosa e filosófica pertencente somente à esfera privada e da autonomia individual. Para isso, o autor defende uma concepção propositalmente restrita de *política*, caracterizando-a, primeiro, como uma relação entre pessoas “no interior do quadro da estrutura básica da sociedade” e, depois, definindo-a como um poder coercitivo e que “tem o apoio da máquina estatal para a aplicação das leis”. (RAWLS, 2002, p. 349).

De acordo com essa concepção, constitui tarefa do liberalismo apresentar os valores tidos como *superiores* e que seriam objeto do debate político, em Rawls, aqueles expressos pelos princípios da justiça para a estrutura básica: “A liberdade política civil igual para todos, a justa

igualdade das oportunidades, a reciprocidade econômica, as bases sociais do respeito mútuo entre os cidadãos, e assim por diante.” (RAWLS, 2002, p. 349). Fora desse quadro, temos somente valores não políticos que poderão ser veiculados pelas doutrinas específicas fora da “razão pública livre”.

Com essa operação, Rawls foge de uma concepção geral e compreensiva de justiça. Ao invés de referir-se a um amplo aspecto de assuntos ou a uma gama de valores existentes na sociedade, a justiça refere-se tão somente à “estrutura básica da sociedade (instituições políticas, sociais e econômicas) e aos valores que informariam a cultura política pública de uma sociedade (princípios da justiça)”. O consenso sobreposto é então atingido quando os indivíduos e grupos, com suas próprias e distintas concepções de bem (o conjunto de visões sobre a vida), se enxergam e se reconhecem compartilhando essa concepção pública de justiça.

Reparem que o consenso é obtido por simples *adesão*, já que, no espaço público rawlsiano, não há discussão ampla sobre o conteúdo das concepções de bem, mas apenas o reconhecimento e a convergência quanto à concepção política de justiça. É por isso que, segundo Cittadino, “o consenso justaposto não significa a conformação de um ponto de vista moral constituído a partir da confrontação pública entre as diferentes visões compreensiva de mundo”. Cittadino, então, lembra que o conceito de *político* em Rawls possui também a função de excluir qualquer debate ou confrontação pública em torno das conformações das *verdades* existentes nas diversas concepções de vida. (CITTADINO, 2009, p. 102).

Tal clivagem permitiria, segundo Rawls, a formação de uma sociedade bem-ordenada e estável, em que cada cidadão adere *naturalmente* à teoria da justiça como equidade. (RAWLS, 2002, p. 358). O consenso por justaposição permitiria excluir razoavelmente boa parte dos conflitos da esfera do *político*, reduzindo-os às questões fundamentais concernentes à concepção pública de justiça. Rawls denomina a manobra de *método da esquivia*, através do qual a teoria da justiça não afirma nem nega nenhuma doutrina abrangente, mas busca apenas as bases de um consenso razoável. A unidade social é então obtida por essa adesão pública a uma mesma concepção de justiça, reduzindo as diferenças existentes entre concepções abrangentes conflitantes.

Por isso, Rawls teme que os diferentes modos de vida e que as distintas expressões culturais assumam uma *forma política* (RAWLS, 2002, p. 196) ou que tais diferenças, por exemplo, interfiram nos critérios de divisão dos

recursos sociais e econômicos. Por conseguinte, para sustentar sua teoria da justiça, Rawls adota um conceito de pessoa que separa sua dimensão pública, referente à concepção política de justiça, de sua dimensão *não pública*, referente aos diversos modos de vida (culturais, religiosos, morais, filosóficos etc.): “adotamos uma concepção da pessoa entendida como parte de uma concepção explicitamente política da justiça, à qual ela fica, portanto, limitada”. (RAWLS, 2002, p. 233).

Definir limites à diferença e aos diversos modos de vida parece ser uma tarefa constante do liberalismo político e sua relação com o pluralismo. No caso de Rawls, os limites são colocados em razão de uma “dimensão monológica da concepção pública da justiça como imparcialidade”. (CITTADINO, 2009, p. 106). Seja no procedimento hipotético da posição original, em que os cidadãos são *representados* por pessoas livres e iguais retiradas de seu contexto e das particularidades do mundo social, seja na definição de um consenso sobreposto, no qual todas as divergências consideradas *não políticas* são excluídas e a convergência se dá por *observação mútua*, o resultado é uma abordagem *fraca* da diferença e do pluralismo.

Se o pluralismo é reconhecido como um *fato* das sociedades democráticas, ele é, também, imediatamente esvaziado por uma concepção de política, que define limites estreitos à possibilidade de viver politicamente os diversos modos de vida. Negri, “a tolerância liberal pós-moderna é, portanto, baseada não na inclusão, mas na exclusão da diferença social”. (NEGRI, 2004, p. 75). Na crítica do autor italiano, o método do consenso por justaposição “não consiste em um compromisso de reconciliação das diferenças sociais, mas na abstração do sistema jurídico do terreno social” (2004, p. 73).

Mesmo quando o liberalismo busca aprofundar sua mirada sobre a vivência política da diferença, ela é tida como algo, *ab initio*, sujeita a limitações jurídicas e ao enquadramento do constitucionalismo liberal. Will Kymlicka dedica um artigo inteiro a tranquilizar seus leitores, argumentando que “o multiculturalismo pode ser contido com segurança dentro dos limites do constitucionalismo democrático e dos direitos humanos”. (KYMLICKA, 2010, p. 229). Para o professor canadense, os valores liberais exerceriam uma *força gravitacional* com relação às demandas de diferença. O objetivo de toda a política multicultural seria *filtrar* as lutas pela diferença através da linguagem do liberalismo democrático (2010, p. 229).

Decerto, Kymlicka apresenta uma versão arejada de multiculturalismo, buscando distanciar-se do comunitarismo tradicionalista, que possui visões reducionistas da cultura e da diferença. No entanto, a diferença aqui não é investigada a partir de suas possibilidades constituintes (inovadoras), mas como um simples episódio (“novo estágio”) e desdobramento da concepção liberal de Direitos Humanos. Se o autor abandona o universalismo abstrato, tanto como a concepção tradicionalista do multiculturalismo, é para melhor “acomodar” genericamente as demandas pela diferença à democracia liberal. Assim como em Rawls, o pluralismo aqui é reconhecido e limitado no mesmo movimento, garantindo a harmonia, o consenso e a unidade social.

No livro *O trabalho de Dionísio: para a crítica ao Estado pós-moderno* (2004), Negri e Hardt demonstram que mesmo os autores críticos do liberalismo de Rawls, em especial os comunitaristas, não reconhecem a dimensão constituinte da diferença e reduzem-na a um problema de *Estado*. Assim, a crítica hegeliana ao pluralismo rawlsiano inicia-se pelo reconhecimento do âmbito político, social e econômico da diferença, mas para apenas subsumi-la aos tradicionais mecanismos de um Estado intervencionista.

Essa operação é clara, por exemplo, quando Walzer investiga as relações entre a sociedade civil e o Estado. Se, num primeiro momento, as diferentes e plurais associações de indivíduos são alocadas no conceito de sociedade civil, num segundo passo o autor estabelece uma relação de *indução* recíproca entre esta e o Estado: “A ação do Estado não pode substituir o funcionamento espontâneo da sociedade civil, mas a sociedade civil não funciona sem o Estado. A distribuição de responsabilidade é, como costumávamos dizer, dialética”. (WALZER, 2008, p. 118).

A relação dialética entre o pluralismo social e o Estado permite que Walzer defenda um *Estado forte* sem, contudo, se proclamar *estatista*, já que a existência deste seria uma demanda da própria sociedade civil. Vemos, nessa manobra, como as múltiplas diferenças se tornam simples elemento de justificação do Estado intervencionista, que, isento de uma problematização mais radical, apresenta-se unicamente como *reparador* dos conflitos que surgem no processo de coexistência das diferenças.

Recentemente, a paralisante dicotomia universalista/comunitarista vem sendo rompida não só através de iniciativas teóricas, mas, sobretudo, por práticas políticas concretas e constituintes, que colocam a necessidade de ir além do Estado Social intervencionista e também da palidez da

democracia inclusiva rawlsiana ou multiculturalista. Nesse campo, o processo constituinte boliviano aparece como elemento coagulador de novas teorias e novas práticas institucionais que merecem ser analisadas.

Não se pretende, nesse trabalho, dar conta da imensa complexidade do novo processo boliviano. Buscaremos tão somente realizar um singelo recorte para evidenciar o impulso teórico-político de ultrapassagem dos modelos anteriormente descritos. Para isso, enfatizaremos dois pontos: (a) a emergência da *diferença* como dispositivo político de transformação do Estado boliviano (colonial e moderno) e de uma nova possibilidade de relacionar pluralismo e projeto comum; (b) a dimensão *constituente* da diferença e a tentativa de construir uma democracia de textura aberta, a partir do conceito de interculturalidade.

Interculturalidade constituinte: experiências a partir da democratização boliviana

158

Em sua belíssima etnografia da assembleia constituinte boliviana, o antropólogo Schavelson³ acompanha aquilo que denomina de “llegada al Estado boliviano de los campesinos e indígenas” e as lutas para a formação do chamado *Estado plurinacional*. (SCHAVELSON, 2010).

Não poderíamos narrar aqui o intenso debate, descrito por Schavelson, ocorrido a partir de tensões entre as pretensões ligadas à multiplicidade e as do estado. Interessa-nos simplesmente afirmar que, no processo boliviano, há uma dupla e conflituosa tentativa de superação tanto do Estado Colonial, como do *moderno* Estado Social (nos seus moldes republicanos ocidentais). Para isso, tornou-se fundamental afastar as teses que separavam o registro *cultural* do denominado campo *político* e, ao mesmo tempo, evitar os riscos de um multiculturalismo subordinado ao Estado.

Em primeiro lugar, em rota de colisão com as concepções rawlsianas, tratou-se de transformar o *cultural* em um dispositivo político destinado a potencializar os novos sujeitos que emergiam no processo constituinte e, por conseguinte, ser apto a realizar grandes transformações institucionais. Uma politização das formas de vida, que não se *esquiva* do conflito, mas que, a partir dele, busca construir as possibilidades de transformações concretas, igualitárias (incluindo transferências de recursos sociais e econômicos), descolonizadoras e democráticas. Segundo Schalvezon:

³ SCHAVELSON, S. *La Asamblea Constituyente de Bolivia: etnografía del nacimiento de un Estado plurinacional*. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia social) – Museu Nacional da UFRJ, Rio de Janeiro, Social, 2010.

Se trata de la politización de la “cultura”, de modo paralelo a un empoderamiento de la propia comunidad, con el reconocimiento de sus instituciones a nivel estatal, incluyendo el reconocimiento de sus instancias de gobierno comunitario como instancias estatales a las que se les transfieren recursos y competencias, antes solamente destinados a gobiernos municipales. [...] Lo que interesa aquí es que las propuestas inspiradas en la cosmología tradicional y el empoderamiento de los pueblos y los pueblos indígenas buscaban pensar un orden estatal alternativo. Se trataba de politizar la Pachamama, que era considerada incluso sujeto de derechos políticos tanto como los humanos, en algunas discusiones. (SCHALVESON, 2010, p. 25).

Portanto, segundo esse antropólogo, a *politização da cultura* se constituiu como elemento central para uma transformação profunda do estado boliviano, a partir não somente da formação de novas instâncias administrativas, que reconhecem os territórios originários camponeses e as formas de vida comunitárias, mas, também, de uma redistribuição de recursos estatais correlata a esse reconhecimento. Política, cultura e distribuição de riquezas se configuram, nesse contexto, como dimensões articuladas e indissociáveis do processo constituinte que, numa contínua coagulação, adquirem força transformadora efetiva.

Essa articulação, para dar um exemplo, acabou por se manifestar na formulação constitucional dos direitos civis dos povos indígenas originários camponeses. A partir do transversal reconhecimento da *cosmovisão* indígena, garantiu-se, em primeiro lugar, o poder de gestão, administração, comunicação e o exercício de um sistema político, econômico e jurídico baseado nesse referencial e, em segundo lugar, verdadeiros avanços nos direitos relacionados ao regime de propriedade e ao uso dos recursos naturais (art. 30 ss.),⁴ a saber:

1. A titulação coletiva de terras e territórios;
2. A propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos, assim como a sua valorização, uso, promoção e desenvolvimento;

⁴ NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. Vice-Presidencia de la Republica. Presidencia Del Honorable Congreso Nacional Bolivia (publicação oficial). Texto final compatibilizado, 2008.

3. O direito à terra, à consulta prévia e informada e a participação nos benefícios da exploração dos recursos naturais em seus territórios; a gestão territorial indígena autônoma e o direito ao uso a aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis existentes;
4. O reconhecimento da integralidade do território indígena originário campesino, incluindo a faculdade de aplicar-lhe suas normas próprias, administrá-lo por suas estruturas de representação e a definição de seu desenvolvimento de acordo com critérios culturais e princípios de convivência harmônica com a natureza;
5. O reconhecimento que o território indígena originário campesino compreende uma área de produção, aproveitamento e conservação de recursos naturais e também um espaço de reprodução social, espiritual e cultural.

O reconhecimento da interculturalidade e da diferença também afetou, não sem ambiguidades e contradições, a definição do tradicional capítulo sobre a *ordem econômica* da Constituição boliviana. No artigo *Análise da nova constituição política do Estado*, Prada, teórico e deputado constituinte, indica que a novidade refere-se à previsão de um sistema econômico plural, integrado por uma “espessura ética e cultural” (PRADA, 2008, p. 80), que vai além do sentido tradicional de economia.

As organizações comunitárias, locais, culturais e sociais são consideradas prioritárias em uma definição de economia, que não se refere somente ao *bem-estar* da planificação econômico-social, da chamada *constituição dirigente*, ou dos princípios de justiça igualitária, mas, principalmente, ao *bem-viver coletivo*, fundado, por exemplo, nos princípios e na visão próprios das nações e povos originários e campesinos (art. 308). Nesse campo, segundo Prada, a comunidade segue sendo “o referente mais forte dos escambos (*trueques*), das feiras, do trabalho coletivo, do *ayni*,⁵ da *minka*, da complementaridade subjacente entre as distintas camadas ecológicas, da reciprocidade entre as comunidades”. (PRADA, p. 80).

⁵ Segundo Raul Prada, na tradição inca refere-se ao sistema de trabalho de reciprocidade familiar, uma espécie de mutirão agrícola ou para a construção de casas, o mesmo que *minka* ou *minga* em língua quechua, mais antiga.

Vejam que, na transição do *bem-estar* ao *viver bem* (que no vocabulário indígena é referido como *suma qamaña*, *suma kawsay*, *ñandereko* ou *ishi visuri*), não é mais possível delimitar uma fronteira que distinga os *bens primários* (que na acepção de Rawls seriam apenas *meios*, para se alcançar os fins almejados pelos indivíduos) das próprias compreensões de mundo construídas reciprocamente. A igualdade não está aqui subordinada nem separada da liberdade. Meios e fins formam um campo imanente, no qual as formas de vida (a cultura em sentido amplo) não são um resultado, mas a própria maneira de qualificar a relação entre homem e riqueza, vida e território, organização e desfrute dos recursos e bens.

Por isso, não se trata de pensar primeiro a organização política e civil da sociedade para, depois, versar sobre a justa divisão e o acesso aos bens prioritários, ou então, construir antecipadamente uma *estrutura básica* que acomodará, no passo seguinte, o pluralismo. Também não se trata de pensar princípios de justiça que tenham como premissa o *mercado*, como fenômeno natural e imutável, ou o simples *acesso* a oportunidades que já são definidas de antemão. Levar a sério o *viver bem* é pensá-lo, não como o resultado ou o efeito de um tipo de desenvolvimento econômico e social (progresso), mas como uma maneira radical de redefinir e requalificar o próprio conceito de desenvolvimento, a partir de uma multiplicidade de formas de viver e de experiência em *comum*.

Se o liberalismo afasta a relação entre a pluralidade de formas de vida e a noção de *comum*, a partir do momento hipotético e neutro da posição original (Rawls) ou enfraquece essa relação a partir de sua subsunção imediata ao Estado ou a princípios liberais já estabelecidos (WALZER; KYMLICKA); o *viver-bem* relaciona, em uma só tacada, a produção plural da *vida* e a produção do *comum*. Por mais que a Constituição Boliviana não concretize essa assertiva, mantendo o Estado como ator de fundamental peso, é preciso admitir que a relação entre pluralismo e comum nos possibilita experimentar, inclusive, uma *democracia* sem estado, fato que, desde o início, chamou a atenção de muitos antropólogos que se dedicaram às organizações indígenas.

A despeito das inúmeras possibilidades do significado de *viver bem*, certo é que, em oposição às concepções liberais, somos convidados a viver o pluralismo, não como simples “fato” da sociedade ou como algo a ser “enquadrado” pelo Estado, mas como uma tentativa de definir novas relações entre vida, desenvolvimento e um *projeto comum*. As fontes desse projeto, portanto, não se encontram num consenso hipotético ou

sobreposto, no qual as pessoas aderem deixando de fora suas diferenças, nem na velha soberania do Estado, no qual as diferenças são limitadas e homogeneizadas por uma decisão transcendente, mas na própria multiplicidade de vida e de suas distintas formas de organização *enquanto tais*.

No livro *Errancias: aperturas para el viver bien* (2010), de Oscar Camacho, encontramos claramente essa possibilidade:

En la expresión “vivir bien” se ha concentrado la capacidad de articular las diversas concepciones y prácticas de la búsqueda de construcción del proyecto común, con un fuerte acento para contraponerlo a aquellas concepciones que son vistas como modelos y recetas impuestos de desarrollo y progreso, que se aplican ignorando las capacidades y potenciales existentes en el propio territorio y sus formas propias de organización y gestión. La expresión “vivir bien” es el nombre de las iniciativas y propuestas que se generan desde las particularidades y necesidades específicas de las diversas poblaciones que buscan soluciones y alternativas concretas en un marco o proyección común. [...] Partir desde la pluralidad de formas de vida para articular y conformar, es decir, producir lo común que nos da vida, nos permite vivir y preservar lo viviente. (CAMACHO VEGA, 2010, p. 82).

Tendo estabelecido o terreno em que a *diferença* é compreendida como um dispositivo político que define novas formas de organização política e de produção e desfrute de riquezas e bens (outro *desenvolvimento*), podemos destacar o segundo ponto de nossa análise. Em recente artigo publicado no livro *Estado: campo de lucha* (2010), organizado pelo grupo Comuna, Raul Prada evidencia que a luta recente boliviana é contra o Estado *mononacional e monocultural* de tradição moderna. (PRADA, 2010, p. 86). Nessa luta, a crença rawlsiana na *unidade social*, sempre avessa ao conflito, estremece diante das pressões multitudinárias bolivianas, ao mesmo tempo em que o multiculturalismo liberal é visto como um simples regulador das diferenças, dentro da estrutura do Estado-nação colonial e hierarquizado.

A diferença, agora, não é afirmada apenas como um *dispositivo político*, mas se apresenta como um dispositivo político *permanente*, isto é, como

expressão contínua de um *poder constituinte*, que é condição de superação das instituições existentes e, no mesmo movimento, de imaginação de outras formas de vida. Comenta Raul Prada:

Ahora los Estado-nación estallan em mil pedazos; el multiculturalismo liberal trata de matizar esta crisis, este desborde, reconhecendo derechos culturales; pero lo que no puede detener es la emergencia de nuevas formas políticas, de nuevas formas de relación entre la forma estado y la forma sociedade, lo que no puede detener es el desborde y la desmesura de las multitudes, los nuevos imaginários coletivos [...]. (PRADA, 2010, p. 86).

Portanto, interessa aos envolvidos com a transformação boliviana não as formas liberais de conter ou limitar a “politização da cultura”, mas o potencial constituinte da diferença, quando esta é afirmada pelos novos sujeitos políticos tradicionalmente excluídos da formação do Estado-nação boliviano. Nem um simples *fato* das sociedades modernas, nem um *episódio* da concepção moderna de direitos humanos. O pluralismo, em todas as suas formas, aparece como possibilidade de inovação política, como capacidade de mudança efetiva das ilegítimas e tradicionais formas de organização do Estado.⁶

Por outro lado, a questão que parece mais importante não é a consolidação *constitucional* das transformações, mas a possibilidade mesma de continuar o processo de mudança a partir de um “código aberto”,⁷ que

⁶ De fato, como vimos, foram muitas as inovações constitucionais: a ênfase na democracia direta e comunitária; não exclusividade dos partidos na representação política; ampla previsão do controle e da participação social nos atos públicos e desenhos institucionais; previsão de direitos fundamentais das nações e dos povos indígenas originários, incluindo o poder de gestão, administração, exercício de seus sistemas políticos, econômicos e jurídicos; proteção das formas de propriedade coletiva indígena, inclusive quanto à propriedade imaterial, garantia da interculturalidade na educação, saúde e demais serviços públicos; criação da jurisdição indígena originária, campesina e agroambiental; previsão de novas formas de autonomia (departamental, regional e indígena); previsão de uma ordem econômica plural e comunitária. (NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. VicePresidencia de la Republica. Presidencia Del Honorable Congreso Nacional Bolívia (publicação oficial). Texto final compatibilizado, 2008).

⁷ Expressão utilizada pelo teórico boliviano Luis Tapia em analogia às formas de produção na internet, que possibilitam o compartilhamento dos mecanismos de criação. Segundo Tápia, uma das tarefas dos poder constituinte na Bolívia seria produzir códigos abertos na economia, cultura e política, de forma a valorizar e socializar o trabalho vivo advindo da multiplicidade boliviana. (TAPIA, 2010, p. 82).

atravessaria todas as institucionalidades. Por isso, Camacho Vega define a interculturalidade como um objetivo democrático voltado para uma cidadania que inclua a capacidade permanente de transformação do Estado. O que define a interculturalidade não é a simples diversidade, mas a capacidade de articulação territorial, econômica e cultural de modos distintos de vida que fortaleçam “la creación institucional de nuevas instancias y âmbitos prácticos”. (CAMACHO VEGA, 2010, p. 148).

Da mesma forma, em seu comentário sobre o poder constituinte na Bolívia, Negri (NEGRI, *Revista Posse*, 2008) denomina “constituição material em movimento” a tentativa de manter, no interior da constituição formal, o poder constituinte de transformação permanente das instituições. Segundo Negri, o desafio que está colocado é garantir a continuidade da transformação estrutural no interior da continuidade institucional. Garantir que o processo constituinte seja um movimento institucional-institucionalizante, incluído como fonte interna, aberta e produtiva do direito (NEGRI, 2008, p. 43).

164

Negri analisa o caso boliviano a partir de suas considerações lançadas no livro *Poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade* (2002), no qual o autor italiano descreve o esforço realizado por diversas teorias jurídicas da modernidade, para delimitar o seu âmbito de ação e transformação. Uma das operações mais correntes é considerar o poder constituinte como *fato* externo às fontes do direito, definidas a partir da estruturação do poder constituído. Outra manobra é a inclusão do poder constituinte em um ambiente controlado, equilibrado e mediado pelos infinitos mecanismos da estrutura do Estado. (NEGRI, 2002, p. 12-21).

Estamos de volta ao tema do *fato* do pluralismo e da regulação *multiculturalista* da diferença. Não por acaso Rawls utiliza essa expressão no exato momento em que recusa qualquer transformação da diferença em dispositivo político, reduzindo-a uma pálida adesão em um ambiente de consenso hipotético ou sobreposto. A segunda manobra é realizada pelo multiculturalismo quando pretende regular a diferença, a partir dos limites do constitucionalismo liberal. Ambos os tipos de liberalismo, assim, acabam por aprisionar o aspecto mais interessante da interculturalidade, que é, justamente, sua dimensão constituinte.

Em outro sentido, o que Negri observa no processo boliviano é exatamente a possibilidade de, a partir de uma multiplicidade de sujeitos, colocarmos em prática um dispositivo que mantenha o horizonte do processo constituinte sempre aberto e efetivo. Poderíamos dizer que aqui

passamos do *fato* do pluralismo para a *potência* da multiplicidade; dos limites do multiculturalismo ao procedimento absoluto e ilimitado do poder constituinte. (NEGRI, 2002, p. 40).

A mesma preocupação pode ser vista no trabalho teórico do jurista espanhol Joaquin Herrera Flores, que busca relacionar interculturalidade, poder constituinte e direitos humanos. Para o jurista espanhol, os direitos humanos devem funcionar como processos culturais de emancipação, e tais fatos só podem acontecer quando os direitos são pensados a partir do conceito de abertura.⁸ Abertura para novos mundos, novas possibilidades e experiências. Nesse sentido, os direitos humanos devem ser concebidos sempre como capacidade de transformação social e princípio de uma democracia radical (“democracia de textura aberta”).

Se o contratualismo deve ser abandonado por bloquear a potência capaz de produzir os direitos, agora o princípio unitário da soberania é posto de lado para imaginarmos a organização de uma prática democrática de renovação contínua da liberdade; de transformação permanentemente da estrutura pública; de exercício efetivo do direito às lutas (resistência), de garantia da capacidade de criar e produzir direitos. Estamos no coração da relação, sempre aberta e radical, entre direitos humanos e poder constituinte.

Assim, para Herrera, a relação entre o poder constituinte, os direitos humanos e a Constituição ocorre da seguinte forma: a) em primeiro lugar, sempre relacionada à *composição material* e concreta de uma sociedade. O poder constituído não surgiria no vácuo, mas é “produto de um contexto em que os indivíduos e grupos estão situados em posições desiguais, com respeito aos bens necessários para uma vida digna”. (HERRERA, 2005, p. 264); b) Segundo, essa relação se estabelece no *antagonismo* frente aos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano; c) por último, as instituições e normas jurídicas não são estruturas prévias à ação social, mas sim *produzidas nas lutas sociais* por dignidade e como tal “devem potencializar a inesgotável capacidade humana de construir e desfazer mundos” (p. 264).

⁸ A abertura para a ação social, segundo o jurista, pode ser compreendida a partir de aberturas epistemológicas (múltiplas produções culturais), aberturas interculturais (múltiplas lutas pela dignidade) e aberturas políticas (a radicalização democrática). (HERRERA FLORES, 2002, p. 68).

Essa capacidade humana também deve ser levada em conta na definição de *interculturalidade*. Os direitos humanos seriam os meios expressivos, discursivos e normativos ou o conjunto de *processos dinâmicos*, tais quais os descritos pelo boliviano Oscar Camacho Vega, que buscam aberturas possíveis para o encontro, a mistura, o nomadismo, a hibridização e a interculturalidade. Os Direitos Humanos, nessa linha, devem garantir espaços de luta pela dignidade, segundo critérios próximos ao *viver bem* indígena, ou seja, levando em consideração a potencialização do agir humano, da pluralidade da vida e das capacidades humanas, bem como a necessária apropriação das condições que permitam a plena satisfação dessa potência.

Estamos caminhando novamente em um terreno distinto tanto do universalismo contratualista, como do multiculturalismo liberal, na direção de uma dimensão intercultural e constituinte dos Direitos Humanos. Segundo Herrera Flores:

Propomos uma prática não universalista nem multicultural, mas sim intercultural. [...] Os direitos humanos no mundo contemporâneo necessitam dessa visão complexa, dessa racionalidade de resistência e dessas práticas interculturais, nômade e híbridas para superar os obstáculos universalistas e particularistas que impedem sua análise comprometida há décadas. (HERRERA FLORES, 2009, p. 169).

O conceito de interculturalidade pode ser compreendido através dos denominados *processos de subjetivação*:⁹ atividade contínua de um conjunto de *singularidades* que, embora diferentes, não podem ser concebidas fora das relações de vida e do fazer-mundo. Assim, uma teoria dos direitos humanos, que reconhece a produção de diferença em sua dimensão constituinte não adota o conceito de *diversidade*, “mera dessemelhança

⁹ Comentando o último momento do pensamento de Foucault, Deleuze enfatiza a dimensão constituinte dos processos de subjetivação e seu distanciamento, com relação às teorias identitárias do sujeito: “Um processo de subjetivação, isto é, uma produção de modo de existência, não pode se confundir com um sujeito, a menos que se destitua este de toda interioridade e mesmo de toda identidade. A subjetivação sequer tem a ver com a pessoa. É uma individuação, particular ou coletiva, que caracteriza um acontecimento (uma hora do dia, um rio, um vento, uma vida...). É um modo intensivo e não um sujeito pessoal. É uma dimensão específica sem a qual não se poderia ultrapassar o saber nem resistir ao poder.” (DELEUZE, 2004).

que, no melhor dos casos, deve-se tolerar adotando medidas que permitam aproximar o diferente ao padrão universal” (HERRERA FLORES, 2005, p. 193), ou o conceito que justifica a criação de um âmbito próprio de proteção ao diferente.

Os Direitos Humanos devem garantir não somente os direitos do *diferente*, em seu suposto contorno multicultural, ou então a formação de uma estrutura básica de sociedade, uma unidade social, na qual todos aderem deixando de lado as diferenças. O que os direitos humanos, a partir da interculturalidade, devem garantir e promover é a *produção ontológica da diferença como tal*, isto é, como processo aberto e contínuo e como espaço de luta e constituição da vida.¹⁰

Esse é exatamente o esforço realizado também por Camacho Vega ao comentar a centralidade do direito à vida no processo constituinte boliviano. O direito à vida não é abordado como algo que decorra ou possa ser considerado um pressuposto dos princípios de justiça racionalmente e razoavelmente eleitos. Para Vega, o direito à vida é importante para sustentar o princípio do pluralismo e, por conseguinte, para abrir “nuevos horizontes de producción y creación de vida y modos de vida”. (CAMACHO VEGA, 2010, p. 144). O reconhecimento de sua dimensão constituinte permite que mencione uma nova cartografia de direitos, que têm em comum o vetor da descolonização e da democratização permanente do Estado. Segundo Vega:

Y a partir del sentido del sentido de la vida y el principio de lo viviente que se ha reformulado todo el contenido de los derechos, que denominamos una nueva cartografía, porque no solamente puede reunir a toda la generación de derechos como parte de las

¹⁰ No “Ateliê n. 06” do livro *Fabbrica di porcellana*, Negri realiza um esforço para trabalhar o conceito de diferença a partir de uma concepção constituinte. O pensador define três tipos de êxodo caracterizados nas lutas em torno da diferença. O primeiro consistiria no êxodo-separação: primeiro momento de resistência pela diferença, no qual o objetivo consistia em separar-se das figuras opressoras. O segundo momento seria o da produção de subjetividade posterior a essa separação. Aqui o objetivo não é mais definir uma “identidade” pela separação, mas articular resistência à criação, luta à produção de novas subjetividades. O terceiro momento, definido como *extensivo* refere-se aos movimentos no interior da globalização definidos pela imigração, pela mobilidade, pela permanente mestiçagem, *creolizzazione* e *ibridazione* do mundo. O processo constituinte e de resistência ocorreria, atualmente, nas duas últimas concepções. (NEGRI, 2008, p. 83-98).

conquistas, luchas y emancipaciones sociales en la historia, sino porque ante todo posibilita um nuevo sentido y marco de inteligibilidad de todos los derechos generados a partir de la vida y lo viviente. (2010, p. 144).

Nessa linha, é possível afirmar que o processo constituinte boliviano não adota uma concepção de Direitos Humanos herdeira do multiculturalismo ou da tradição liberal-rawlsiana, baseada na estabilidade das instituições e no consenso. O salto realizado da diversidade para a multiplicidade (interculturalidade), da estabilidade para a internalização do poder constituinte, do pluralismo como fato ao pluralismo como *potência* de vida, do bem-estar para o viver bem, permite que os Direitos Humanos sejam pensados em termos radicalmente inovadores e constituintes. Garantir a continuidade dessa inflexão constitui um dos desafios mais instigantes da atualidade.

Referências

CAMACHO VEGA, O. Ao sur del Estado. In: GARCIA LINERA, A. et al. *El Estado: campo de lucha*. La Paz, Bolívia: Muela del Diablo, 2010.

_____. *Errancias: aperturas para el viver bien*. La Paz: Muela del Diablo, 2011.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DELEUZE, G. *Conversações, 1972-1990*. Trad. de Peter Pal Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2004.

DELEUZE, G.; GUATARRI, F. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. São Paulo: Ed. 34, 2008. v. 2.

HERRERA FLORES, J. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstrato*. Madrid: Catarata, 2005.

_____. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARCIA LINERA, A. et al. *El Estado: campo de lucha*. La Paz: Muela del Diablo, 2010.

_____. et al. *Pensando el mundo desde Bolívia: I ciclo de seminários internacionales*. La Paz: Vicepresidencia del Estado, 2010.

KYMLICKA, W. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, D. et al. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEGRI, T.; HARDT, M. *O trabalho de Dionísio*: para a crítica ao Estado pós-moderno. Minas Gerais: Ed. UFJF, 2004.

NEGRI, T. *O poder constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

_____. *Fabbrica di porcellana*: per una nuova grammatica política. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2008.

NUEVA CONSTITUICIÓN POLÍTICA DEL ESTADO. VicePresidencia de la Republica. Presidencia del Honorable Congreso Nacional Bolívia (publicação oficial). Texto final compatibilizado, 2008.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, C. A. A crítica comunitarista de Walzer à Teoria da Justiça de John Rawls. In: FELIPE, Sonia T. (Org.). *Justiça como equidade*: fundamentação e interlocuções polêmicas. Florianópolis: Insular, 1997.

RAWLS, J. *Justiça e democracia*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

_____. *Justiça como equidade*: uma reformulação. São Paulo: M. Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 2008.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: M. Fontes, 2011.

PRADA, R. Análise da nova constituição política do Estado. In: LABTec/ESS/UFRJ. *Lugar comum*: estudos de mídia, cultura e democracia, Rio de Janeiro: UFRJ, n. 25-26, p. 73-89, maio-dez., 2008.

_____. Umbrales y horizontes de la descolonización. In: GARCIA LINERA, A. et al. *El Estado*: campo de lucha. La Paz: Muela del Diablo, 2010.

POSSE: POLITICA, FILOSOFIA, MULTITUDINI. *Instituzioni del Comune*. Roma: Manifestolibri, 2008.

SCHAVELZON, S. *La Asamblea Constituyente de Bolivia*: Etnografia del Nacimiento de un Estado Plurinacional. 2010. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação da UFRJ, Rio de Janeiro, 2010.

TAPIA, L. Processo boliviano. In: GARCIA LINERA, A. et al. *Pensando el mundo desde Bolivia*: I ciclo de seminários internacionales. La Paz: Vicepresidencia del Estado, 2010.

WALZER, M. *Política e paixão*: rumo a um igualitarismo mais igualitário. São Paulo: M. Fontes, 2008.

DIREITOS HUMANOS E O (FIM?) DO MULTICULTURALISMO

Juliana Neuenschwander Magalhães*

Em fevereiro de 2011, por ocasião dos 30 anos de multiculturalismo na Grã-Bretanha, o primeiro-ministro James Cameron decretou o fim de tal política.¹ Pouco antes, em outubro de 2010, Angela Merkel declarou à juventude do Partido Democrata Cristão alemão que os alemães e os trabalhadores estrangeiros não podem viver felizes uns ao lado dos outros.² Para os dois líderes europeus, a ideia da convivência de grupos com diferentes tradições culturais, na Europa, havia chegado ao fim. Nesses termos, se estabeleceu, novamente, a polêmica quanto ao tema do multiculturalismo, da tolerância em relação à pluralidade das formas de existência e, mais que isso, ao reconhecimento das diferenças. Mas o que significa multiculturalismo? A resposta, *multiplicidade de culturas* soa por demais óbvia e, na verdade, nada pode ser muito simples quando trata do termo cultura. O significado de cultura é extremamente complexo, sobretudo se considerarmos a sua relação com o não menos complexo conceito de natureza.

Natureza e Cultura, costuma-se afirmar, são conceitos opostos. Natureza, para o homem grego é, como escreveu Heidegger, “tanto o céu quanto a terra, a pedra como a planta, tanto o animal quanto o homem,

* Pós-doutora em Direito pelo Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu (Alemanha). Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Lecce* (Itália). Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e integrante do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição.

¹ <<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/cameron-my-war-on-multiculturalism-2205074.html>>. Acesso em: 3 out. 2011.

² <www.guardian.co.uk/world/video/2010/oct/18/angela-merkel-multiculturalism-germany-video>. Acesso em: 3 out. 2011.

assim como a história humana enquanto obra dos deuses e dos homens; enfim, e em primeiro lugar, os próprios deuses, enquanto também eles estão submetidos ao destino”.³ Essa concepção de natureza, como veremos, já não é a mesma que depois foi construída pelo pensamento cristão, quando esse fraturou a ordem cosmológica com “uma profunda diferença qualitativa”, aquela que estabeleceu a divisão do mundo entre criador e criaturas e que distinguiu dentre estas últimas – numa escala de seres – o homem. O universo foi visto como manifestação da natureza, mas não mais de uma natureza qualquer, e mas *natura ars Dei*. Essa foi uma concepção também diversa daquela que, mais tarde, como veremos, identificou a ideia de natureza dos homens, com a natureza dos direitos. Aqui, a palavra “natureza” já adquirira uma outra conotação, sendo utilizada em referência a apenas uma parte do universo, suscetível de ser considerada independente do restante: natureza como o conjunto das características próprias de uma “classe” de seres, os homens. Natureza, portanto, está longe de ser um conceito natural. A noção de natureza, variável em cada época, é ela mesma uma construção cultural.

Da mesma forma, podemos observar que, na história do conceito de cultura, invoca-se a noção de natureza. Eagleton, professor de literatura inglesa na Universidade de Oxford, no belíssimo ensaio “A ideia de cultura”, mostra precisamente que o conceito de cultura não se dissocia totalmente, tal como se difundiu, daquele de natureza. O conceito de cultura, diz Eagleton, é etimologicamente derivado de natureza, tendo como significados originais o de “lavoura” ou “cultivo agrícola”, denotando originalmente uma atividade (uso que faz Francis Bacon ao falar em “cultura e adubação da mente”) para, apenas mais tarde, vir a denotar uma entidade, desligando-se de adjetivos como *moral* e *intelectual* e tornar-se apenas cultura, *uma abstração em si mesma*. (EAGLETON, 2003, p. 9). *Cultura*, nesse sentido moderno e abstrato, segue seu percurso semântico de uma forma “sempre confusa e ambivalente”, tendo servido às mais diversas posições políticas, à esquerda e à direita. Isso porque, neste único termo, “entram indistintamente em foco questões de liberdade e determinismo, o fazer e o sofrer, mudança e identidade, o dado e o criado”. (EAGLETON,

³ HEIDEGGER. L'epoca dell'immagine del mondo. *Sentieri interrotti*, Firenze, 1968, p. 89-90, apud Milano, Persona in Teologia, Napoli: Edizione Devoniene, 1984. p. 16.

2003, p. 11). Tal ambiguidade revela-se no fato de que a noção de cultura é, a um só tempo, *realista* e *construtivista*; prossegue Eagleton: “É uma noção ‘realista’, no sentido epistemológico, já que implica a existência de uma natureza ou matéria prima além de nós; mas tem também uma dimensão ‘construtivista’, já que essa matéria prima precisa ser elaborada numa forma humanamente significativa.” (EAGLETON, 2003, p. 11).

O conceito de cultura, portanto, se opõe tanto ao naturalismo quanto à “autonomia do espírito”. Contra o primeiro, a noção de cultura acena para o fato de que “existe algo na natureza que a excede e anula”, enquanto que, em desfavor do idealismo, aponta para o fato de que “mesmo o mais nobre agir humano tem suas raízes humildes em nossa biologia e no ambiente natural”. (EAGLETON, 2003, p. 14). Dessa forma, podemos interpretar, com lastro nas colocações de Eagleton, natureza e cultura portanto não como conceitos antagônicos mas mais aproximadamente com aquilo que Koselleck denominou de *par de opostos* que, entretanto, se pressupõem reciprocamente. Tratam-se de dois conceitos históricos, capazes não apenas de se transformar historicamente como, também, de mover a própria história. Neste passo, não apenas a noção de cultura não exclui, de todo, aquela de natureza, como também a própria noção de natureza é compreendida como sendo, ela mesma, culturalmente forjada.

Ao longo do século XVIII, a noção de cultura aproximou-se daquela de *civilização*, no sentido de um progresso intelectual, espiritual e material. (EAGLETON, 2003, p. 19). O termo implicava, portanto, num certo modelo de cultura, o que abrangia tanto a noção de civilidade, enquanto, politesse quanto como uma postura ética e moral. Essa noção de civilidade/civilização identificava-se, portanto, com os padrões cultivados pela burguesia europeia. Já no século XIX, civilização passou a ser um empreendimento político, também conhecido sob o rótulo *imperialismo*. O processo civilizatório era então aquele de espraiamento do modelo cultural praticado na Europa para o restante do mundo.

A identificação da noção de civilização com a política imperialista fez com que o termo se desgastasse dentre os liberais e, como afirma Eagleton, tornou-se necessária uma outra palavra para denotar como a vida social deveria ser, e os alemães passaram a usar a palavra *Kultur*, emprestada do francês *culture*. Civilização e cultura passaram, então, a se colocar como termos diversos e até mesmo antagônicos: o primeiro identificando-se com o projeto de sociedade burguesa, ao passo que a noção de cultura socorreria aqueles que foram excluídos do processo civilizatório. Eagleton observa, a

partir do idealismo alemão, essa *virada völkisch* do conceito de cultura, na qual este começa a assumir seu significado contemporâneo de um modo de vida característico. Para Herder, que propõe o uso do termo cultura no plural, para falar de diferentes nações e períodos, a cultura não mais significa a narrativa grandiosa e unilinear da humanidade como um todo, mas uma diversidade de formas de vida específicas.⁴

Já no século XX, o termo cultura, nesse sentido de diversidade cultural, foi adquirindo progressivamente um sentido oposto ao de civilidade: “Ironicamente, ela agora é mais um modo de descrever as formas de vida de ‘selvagens’ do que um termo para os civilizados.” (EAGLETON, 2003, p. 25). Cultura passou a ser invocada, portanto, no apelo ao reconhecimento, jurídico e político, dos diferentes modos de vida de comunidades exógenas ao padrão europeu.

Nesse sentido, o termo *multiculturalismo*, em voga nos últimos 30 anos, apenas reforça aquilo que já vinha embutido na noção de cultura, já que, originalmente, *multiculturalismo* veio apontar o reconhecimento de que, na sociedade, há uma *pluralidade* de modos de vida. Apenas mais tarde multiculturalismo passou a indicar, conforme observou Santos (2003, p. 26), “um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global”. Essas diferenças podem tanto ser interpretadas como culturais num sentido mais específico de nação ou povo (KYMLICKA, 2004) como num sentido mais abrangente da noção de cultura, não étnico, abarcando as diferenças de gênero, crença religiosa, convicções políticas. Nesse segundo sentido, mais ampliado, a noção de multiculturalismo é capaz de descrever tanto a situação dos estados multinacionais, quanto a de grupos muitas vezes marginalizados como mulheres, *gays*, lésbicas, trabalhadores, comunistas e ateus.

O sucesso do termo *multiculturalismo* parece estar ligado a esse alargamento de sentido, sobretudo porque, com sua extensão, ocorre também um deslocamento: o termo deixa de ser meramente descritivo para tornar-se também prescritivo e, portanto, dotado de forte significado político e jurídico. Assim, para além da constatação de uma realidade, a expressão multiculturalismo passa a apontar um projeto de sociedade, na qual as diferenças de culturas, etnias, gêneros, opções sexuais e religiosas não apenas possam ter existência, como sejam juridicamente garantidas

⁴ Para Eagleton, Herder antecipa alguns pontos centrais do chamado *pós-modernismo*, que seria uma “espécie de variedade do pensamento romântico tardio”. (2003, p. 25).

em suas particularidades. Aproxima-se semanticamente da noção de identidade e é acionado a cada vez que se pretende defender as chamadas *políticas identitárias*. Multiculturalismo, identidade cultural, reconhecimento, globalização, pós-colonialismo passam a constituir uma nova constelação semântica, disponível não apenas para a Sociologia, mas também para a Política e o Direito. Nessa constelação, o termo multiculturalismo adquiriu uma conotação *emancipatória*. Neste sentido, Ghai afirma que “o multiculturalismo pertence ao período contemporâneo da globalização e é encarado como o instrumento de luta para combater os legados do racismo e assegurar um sistema social e político mais justo”. (GHAJ, 2003, p. 557).

Enquanto se atribui forte significado político ao tema do multiculturalismo, ele passa a ser fonte de polêmica e controvérsia. De um lado, colocam-se os defensores de um *multiculturalismo emancipatório*, que defendem políticas de identidade baseadas no reconhecimento das diferenças (como, por exemplo, políticas de discriminação positiva para grupos tradicionalmente excluídos do acesso aos direitos), e, de outro, aqueles que resistem a tais estratégias de reconhecimento e inclusão, argumentando que o multiculturalismo seria antieuropeu, promovendo a fragmentação e que não passaria, portanto, de uma *terapia para minorias* e um *novo puritanismo*. (SANTOS, 2003, p. 29).

Outro argumento, frequentemente mobilizado pelos críticos, é o de que as políticas multiculturais produziriam uma *guetorização* das minorias, conforme lembrado por Kymlicka, um dos expoentes da defesa do multiculturalismo: “Os oponentes do multiculturalismo frequentemente dizem que ele guetoriza as minorias, e impede sua integração na sociedade; seus proponentes respondem que esta preocupação com a integração reflete o imperialismo cultural”. (KYMLICKA, 2004, p. 10).

Crítica diversa é aquela de Eagleton, que identifica as políticas identitárias com a noção de pós-modernidade, e sua característica descrença nos movimentos de massa, ironizando o movimento teórico conhecido como pós-colonialismo: o próprio termo *pós-colonialismo* significa um interesse pelas sociedades do Terceiro Mundo, que já passaram por suas lutas anticoloniais e que, portanto, têm pouca probabilidade de causar embaraços para os teóricos ocidentais, que apreciam os oprimidos, mas são nitidamente mais céticos em relação a conceitos como revolução política. (EAGLETON, 2003, p. 29).

Mas a principal objeção ao multiculturalismo, que justifica abordarmos o tema, é que a defesa do multiculturalismo e do contextualismo colocaria *em xeque* o universalismo e, portanto, a concepção também universalista de direitos humanos. Em vista disso, o sociólogo francês Alain Touraine, na ocasião das manifestações de Cameron e Merkel, escreveu no jornal italiano *La Repubblica* que o respeito às outras culturas é uma *operação bastante complexa*. Por essa razão, Touraine (2011) defende uma particular noção de tolerância, “diversa daquela que defende os direitos das minorias em nome dos direitos universais, como no passado se fez com o direito das mulheres”. Para o sociólogo francês quem, em nome do relativismo cultural, coloca em discussão os valores universais dos Direitos Humanos, comete um grave erro, já que todos os direitos específicos foram conquistados em nome daqueles valores universais. A solução proposta por Touraine é a de se demonstrar que o universalismo dos direitos dos homens é conciliável com o respeito aos direitos culturais das diversas comunidades que, por sua vez, devem reconhecer o valor dos direitos universais: “Somente assim é possível viver junto sem conflitos. Resumindo: a maioria deve respeitar os direitos da minoria, com a condição de que a minoria respeite os direitos da maioria.” (TOURAINÉ, 2011).

Ocorre que, como veremos, essa conciliação pretendida por Touraine é, tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista político, pouco factível. Primeiramente, porque remete à velha semântica europeia da *tolerância*. Tolerância, conceito que se forja entre os séculos XVI e XVIII, significa não um direito daqueles a serem tolerados, mas um dever dos que toleram, de suportar minorias (sobretudo, naquele contexto, religiosas). A solução de Touraine definitivamente não enfrenta o desafio de reconstruir uma perspectiva dos direitos humanos numa sociedade que se reconhece global e plural.

Vivemos, neste início do século XXI, um momento bastante particular e espera-se que também fértil para a reflexão jurídica e política. Velhos artefatos teóricos, alguns deles construídos na Idade Moderna, como fundamentos do Direito e da Política, como é o caso das noções de soberania e Direitos Humanos, revelam-se ambíguos e paradoxais. Em nosso entender, apenas da perspectiva de uma observação da realidade social, ou seja, apenas a partir de uma teoria da sociedade, podemos não apenas redesenhar nosso projeto de sociedade, mas também repensar o papel do direito nesses processos de transformação social.

Foi no contexto de uma visão europeia etnocêntrica que emergiu, entre os séculos XVII e XVIII, o discurso dos direitos humanos. Nas teorias do século XVII e XVIII, para o surgimento dos direitos humanos confluíram duas ordens de questões: a primeira, relativa à invenção do homem como indivíduo, ser único e indivisível e, em segundo lugar, sua consequente colocação na base das explicações quanto à fundação da ordem social, forjando um fundamento não religioso para o Direito e para a Política, numa sociedade em que já não se poderia mais falar na hegemonia de uma Religião.

Embora a palavra *indivíduo* fosse anteriormente utilizada para identificar o homem como uma pessoa em particular (*Einzelperson*),⁵ até o século XVII o termo não era utilizado em referência ao homem como pessoa, como uma criatura em sua natureza distinta dos outros seres, definindo-se apenas então o indivíduo como “un sujet séparé de tout autre et qui ne se peut diviser sans reste détruit” (um sujeito separado de todos os outros e que não pode ser dividido sem ser destruído). Essa ideia surgiu acoplada a uma outra, qual seja, a de que a especificidade do homem como espécie, em relação a todas as outras criaturas, e do homem em particular, em relação a cada um dos seus semelhantes, era dada por sua qualidade moral (Pufendorf). Essa particular qualidade moral própria do homem, enquanto tal entendeu-se, então, como sendo uma qualidade de direitos. É forjada, com base naquelas duas ideias que confluíram e se apoiaram reciprocamente, a concepção de que a individualidade do homem apoia-se no fato de que é, enquanto indivíduo, sujeito de direitos. Pode-se dizer que, nessas teorias, não apenas se explica o direito através da referência à natureza humana, mas sobretudo se apresenta uma natureza humana concebida em termos jurídicos, isto é, como natureza “dos direitos”. (MAGALHÃES, 2004).

A concepção de homem, como um ser único e indivisível e, ao mesmo tempo, universal, em sua natureza e em seus direitos, foi a base da explicação jusnaturalista da fundação da sociedade e do Estado. De Samuel Puffendorf a Thomas Paine, passando por Locke, Rousseau e Kant, moldou-

⁵ LUHMANN, Niklas. Die gesellschaft Differenzierung und das Individuum. In: _____. *Soziologische Aufklärung* 6. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995. p. 125.

se a concepção do homem como sujeito de direitos (e não mais sujeito ao direito) e, destes, como expressão da natureza humana do homem. Uma formulação perfeitamente tautológica, como veremos, mas altamente operativa para fins da substituição de uma ordem estamental por uma ordem igualitária, em que as diferenças toleradas já não são aquelas de nascimento e pertinência a um estrato – isto é, naturais – mas sim aquelas *adquiridas*.

A validade universal dos Direitos Humanos desponta, nesse quadro, na doutrina segundo a qual é possível um juízo ser válido para todos os seres racionais, independentemente das suas formas de vida culturais. Trata-se, conforme observaram Lima e Magalhães (2005), de um universalismo de direitos, que, eventualmente (como em Kant) despontava acoplado a uma ideia cosmopolita de ordem político-jurídica plural. Se em Locke ou em Paine o universalismo dos direitos não corresponde a um cosmopolitismo político, em Kant a concepção dos direitos, em sua universalidade, é a base para a retomada do cosmopolitismo. Kant desenvolve uma teoria dos Direitos Humanos consubstanciada numa moralidade universal e deontológica, na qual a natureza humana encontra-se alicerçada na liberdade subjetiva do indivíduo, sendo essa a condição e o fundamento de uma lei moral universal. Trata-se de uma ética universal compartilhada entre os homens, apontando Kant para a formação de uma *cidadania cosmopolita*, concepção desenvolvida na Antiguidade clássica e que é trazida para o campo da Filosofia Política, de forma mais expressiva, a partir da releitura do cosmopolitismo, apresentada na obra *A paz perpétua* de Kant. Nesse texto, Kant expõe a ideia de uma ordem jurídica mundial formada pelos *cidadãos do mundo*, suscitando uma condição jurídica de cidadania em diversos níveis: no nível dos Estados, de acordo com a Constituição destes; no plano do direito internacional (*Voelkerrecht*), e, portanto, dos acordos celebrados entre os Estados e, por fim, no plano do direito cosmopolita (*Weltbuergerrecht*), que diz respeito tanto às relações dos cidadãos uns com os outros quanto com as instituições politicamente organizadas de uma sociedade global. Vinculado a essa ideia de totalidade cosmopolita, Kant propõe uma *República mundial*, cujo fim imediato é a paz perpétua. O legado da teoria cosmopolita de Kant é invocado, hoje, como uma saída para a recuperação de uma noção universalista de direitos, no contexto pós-jusnaturalista e pós-positivista da teoria jurídica do século XXI. Nesse contexto, deve-se fazer as contas com a *marcha* dos Direitos Humanos, na qual estes assumiram o aspecto de normas internas aos Estados, na medida em que foram incorporados nas constituições, como

também os aspectos de normas de direito internacional a autovincularem os próprios Estados. Nessa etapa, não era de se vislumbrar uma oposição entre soberania estatal e Direitos Humanos. Essa contraposição passou a se colocar, de forma mais visível, quando o exercício da soberania adquiriu contornos inumanos – como ocorreu na Alemanha, entre os anos 30 e 40 do século XX. Naquele momento, falou-se tanto em “crimes contra a humanidade”, quanto em Direitos Humanos, sendo que a primeira ideia, embora afinada com uma elevada concepção da humanidade e de defesa dos Direitos Humanos, eventualmente poderia resultar na negação desses direitos para alguns homens, declarados *inimigos da humanidade* (*hostis humani generis*).

A herança universalista e cosmopolitista kantiana desponta em várias das teorias contemporâneas dos Direitos Humanos. No pensamento de Habermas, bastante conhecido e divulgado no Brasil, os dois aspectos despontam, ainda que o autor de Frankfurt seja tímido no que diz respeito ao segundo. Habermas aposta, numa expansão dos Direitos Humanos como sendo quase uma decorrência do espraiamento de um modelo tipicamente europeu de democracia. No texto “O conceito de dignidade da pessoa humana e a utopia realista dos direitos humanos”, Habermas retoma a discussão sobre a permanente tensão entre direitos humanos e soberania. Por um lado, “os Direitos Humanos só podem adquirir a validade positiva de direitos fundamentais em uma comunidade particular – primeiro, no interior de um Estado nacional”. De outro, prossegue, “sua pretensão universalista, que aponta para além das fronteiras nacionais, só pode ser resgatada em uma comunidade cosmopolita inclusiva”. (HABERMAS, 2012, p. 29-30). Decorre tal pretensão, portanto, “da força civilizadora da juridificação democrática além das fronteiras nacionais”, o que torna o objetivo de uma Constituição democrática, para a sociedade mundial, não apenas uma utopia, mas algo a ser realizado mediante a constituição de uma comunidade de cidadãos do mundo (*Welbürgergemeinschaft*). (HABERMAS, 2012, p. 94).

Tal postura de Habermas, em face do universalismo dos Direitos Humanos e sua tese cosmopolita correlata, leva alguns autores, como é o caso de Costa, a criticarem sua teoria como um projeto de expansionismo do Iluminismo europeu. “É como se a história europeia se repetisse com atraso de décadas ou até séculos nas demais regiões, permitindo que as respostas encontradas pelos europeus aos problemas colocados por seu próprio processo de modernização pudessem ser recicladas nos diversos contextos.” (COSTA, 2006, p. 37). O grande desconhecimento e

preconceito de Habermas em relação ao *Rest der Welt* revela-se, por exemplo, na referência por ele feita a Marcelo Neves e a sua tese da constitucionalização simbólica e à “força meramente simbólica dos direitos fundamnetais em muitas das democracias de fachada da América do Sul e de outros lugares”. (HABERMAS, 2012, p. 30-31).

Para Benhabib (2006), que parte também das teses de Kant e, principalmente, do debate Arendt-Jaspers⁶ no pós-guerra, a Declaração de Direitos do Homem de 1948 iniciou uma fase, na sociedade civil global, de transição de normas internacionais para normas cosmopolitas de justiça.⁷ Seguindo a tradição kantiana, Benhabib funda seu cosmopolitismo em normas que não são nem meramente morais nem exclusivamente jurídicas, apontando para uma “moralidade do direito” tanto no contexto global quanto no contexto doméstico. A novidade em relação à tradição kantiana, aqui, é a propositura de um cosmopolitismo que não se pauta pela hierarquização prévia das diferentes culturas, renunciando a uma postura etnocêntrica. O cosmopolitismo de Benhabib (2006) implica a coexistência das diferenças, garantindo ao mesmo tempo a preservação de direitos e garantias individuais.

Com isso, Benhabib dá um importante passo na tradição kantiana. Reconhece-se que, na realidade, a organização mundial é composta, em efeito, por países que possuem nítidas diferenças, o que na tradição do cosmopolitismo kantiano, que inspirou a formação da ONU, por exemplo, foi abstraído, criando-se um mito de união pela paz perpétua. Será que é viável a imposição de liberdade religiosa a todos os países que têm representação nas Nações Unidas? Como essa Declaração Universal dos Direitos dos Homens pode ser imposta a todos membros da organização se são eles mesmos compostos por grupos étnicos e culturais que possuem vários interesses? Há, realmente, um acordo entre os povos que participam? Nesse ponto, apontamos para a necessidade de se fazer as contas da tradição cosmopolita, que renuncia às fronteiras, mas não necessariamente às diferenças, com o universalismo.

⁶ Trata-se do debate travado entre Hannah Arendt e seu mestre, Karl Jaspers, a propósito do processo movido em Israel contra Eichmann. Para Arendt, o processo de Eichmann deveria se dar numa Corte Internacional, não como um processo criminal em Israel.

⁷ “Cosmopolitan norms of justice, whatever the conditions of their legal origination, accrue to individuals as moral and legal persons in a worldwide civil society.” (BENHABIB, 2006, p. 16).

No outro lado do debate, em torno da noção de diferença construiu-se uma semântica social que aproxima noções como multiculturalismo, comunitarismo, contextualismo e relativismo. Onde a tradição liberal falava em individualismo, a tradição comunitária aponta para a primazia da comunidade (e dos direitos dela advindos), em relação ao indivíduo e a uma suposta natureza humana. As posições, aqui, vão desde um ceticismo em relação aos direitos humanos até a necessidade de reconstruir essa tradição dando-se uma primazia ao direito à diferença, em face da clássica noção de igualdade. Aqui, situamos autores como Richard Rorty, William Kymlicka, Charles Taylor, Boaventura de Sousa Santos.

Embora não possa ser rotulada como uma multiculturalista no sentido *pós-moderno* do termo, Arendt, na obra *Origem do Totalitarismo*, trar a tona não só uma crítica à validade universal dos Direitos Humanos, como também à fundamentação e validade desses direitos na normatividade de uma sociedade específica. (LIMA; MAGALHÃES, 2005). Arendt dispõe acerca de três contradições da noção tradicional dos direitos humanos “inalienáveis”: (a) que eles se referem a um ser humano abstrato, teórico, que, em efeito, inexistente, pois mesmo os primitivos estão inseridos em algum tipo de ordem social; (b) e, em que pese serem direitos limitadores da soberania do Estado, ou do Poder Público, apesar de independermos de uma autoridade para serem estabelecidos, não são garantidos ao homem sem que haja um governo próprio para defendê-los, e (c) pressupõem certo estágio de civilização, pois têm como alicerce os direitos dos povos a um autogoverno soberano.

Referindo-se aos refugiados e apátridas, *displaced people*, Arendt golpeia a noção universalista de Direitos Humanos, para dizer que, ao perder seu lugar na comunidade, os homens, desprovidos de direitos, retornam à sua elementaridade natural, sendo, apenas seres humanos em si. Arendt afirma:

O conceito de direitos humanos, baseados na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas, exceto que ainda eram humanos. (ARENDR, 1989, p. 329).

Os Direitos Humanos são, portanto, uma garantia de liberdade que se dirige para aqueles que já têm tais direitos e, também, para aqueles que, com tais direitos, nada podem fazer. (LUHMANN, 2002, p. 559). Se observarmos as fotografias que o fotógrafo brasileiro Sebastião Salgado fez sobre os *êxodos*, podemos perceber os olhos dos homens que fogem de seu país, à procura de algum lugar onde o fato de ser humano possa valer-lhe algum direito. O fotógrafo mostra, também, as crianças e os trabalhadores do mundo, em várias partes do mundo, igualmente famintos e explorados. Para aquelas pessoas, privadas de todo direito humano, serve o discurso dos Direitos Humanos. Não para o fotógrafo, o jurista ou o sociólogo, que deles não precisam se socorrer. Ou seja: os Direitos Humanos são direitos que são reivindicados quando um indivíduo está desprovido de qualquer direito. E exatamente porque desprovidos de qualquer direito, de nada vale para esses homens, em fila atravessando as montanhas do Afeganistão ou executando trabalho escravo na Amazônia, a retórica dos Direitos Humanos. Como homens, eles nada podem fazer.

As teorias multiculturalistas parecem, nos últimos 30 anos, ter buscado um “consolo” para essas pessoas. Trata-se de partir de uma nova noção de pertinência social e, portanto jurídica, ou, seja, de se articular uma nova forma de inclusão social, para além da referência às organizações políticas, seja ela um Estado ou uma ordem cosmopolita. A referência, agora, é a comunidade e a inclusão que se reivindica é, precisamente, a partir dessa referência. Com base nessa premissa, o multiculturalismo comumente aparece como sinônimo de relativismo cultural ou contextualismo e irá, na esteira das críticas de Arendt, reagir aos ideais universalistas do Iluminismo, negando padrões de racionalidade neutros, a-históricos, “impessoais”, vistos como independentes da tradição. Tais teorias têm um matiz comunitarista, recusando o subjetivismo desenvolvido a partir de teorias individualistas, que creem na essência do homem em si como um ser autônomo (um fim em si mesmo) e, que o insere em uma moralidade racional individual. Tal é a postura de Kymlicka, que define cultura, e, portanto, multiculturalismo com relação às diferenças étnicas e nacionais – o que não inclui outros modos de vida comunitária, como movimentos sociais e associações voluntárias. (KYMLICKA, 2004, p. 19). O multiculturalismo se põe, nesse passo, no contexto de Estados que, por sua formação ou em virtude da imigração, são multiculturais.

Conforme observaram anteriormente Lima e Magalhães, a questão exposta pelos contextualistas é a de que o homem justifica a si mesmo em

face do grupo que pertence, sendo a dignidade humana uma *dignidade* derivada de alguma comunidade específica. Pois, a identificação do ser ocorre de acordo com a tradição de sua comunidade particular, sendo pensada como produto histórico. Portanto, lendo-se a doutrina cultural relativa de maneira menos filosófica e mais como objeto da ciência jurídica, ela será apresentada como uma concepção contextualista para a qual a normatividade social, ou seja, os costumes, a cultura, a identidade de determinada sociedade são alicerces para a fundamentação dos direitos. A dignidade humana, como direito humano, emana de dentro das nações (ou comunidades particulares), apoiando-se numa validade pragmática, em que a perda de tais direitos é consequência da perda de direitos nacionais. Isso justificaria, certamente, uma especial proteção dos direitos das minorias multiculturais. Mas essa questão se torna ainda mais complexa quando nos colocamos a pergunta sobre o dever de se fazerem respeitar tais direitos multiculturais, quando estes se confrontam com outras culturas.

Para Taylor, a identidade humana não é produto de um *ethos*, sendo construída dialogicamente na relação entre nós e os outros. Assim, a identidade de cada um se constrói por meio do reconhecimento ou da ausência deste (TAYLOR, 1994, p. 25), o que remete às políticas de reconhecimento: “Todos devem ser reconhecidos por sua identidade única”, diz Taylor, “mas reconhecimento, aqui, significa algo mais”. Implica políticas de diferença, que trazem o reconhecimento da identidade única de um indivíduo ou grupo e que se desenvolvem, de forma orgânica, fora das políticas universalistas. Enquanto as políticas de dignidade universal lutam por formas de não discriminação, mostrando-se cegas em relação ao modo como os indivíduos se diferem entre si, “as políticas de diferença frequentemente redefinem a não-discriminação de forma a fazer das diferenças a base para um tratamento diferenciado”. (TAYLOR, 1994, p. 39). Em ambos os casos, em ambos os extremos, Taylor encontra paradoxos. A saída, que Taylor mesmo reconhece como moral é uma progressiva abertura para outras culturas, um *estudo* do outro, conhecendo aquilo que uma cultura tem de respeitável e admirável e, também, aquilo que eventualmente pode ela trazer de repugnante. (TAYLOR, 2004, p. 72-73).

Se olharmos retrospectivamente, e também realisticamente, vemos que a “onda” do multiculturalismo assumiu, nos últimos anos, muito mais uma dimensão de um projeto de transformação social (projeto que traz consigo todas aquelas controvérsias e mesmo aporias), do que uma modalidade da descrição social. Mais que o reconhecimento das diferenças sociais existentes, o multiculturalismo clama pelo reconhecimento de tais diferenças no plano jurídico e político, de forma a que as minorias possam ter uma vida digna.

É evidente, portanto, que o projeto de uma sociedade multicultural contrapõe-se a um outro projeto, que caracterizou a modernidade da sociedade moderna: aquele de uma sociedade pautada pela universal igualdade entre os homens. Mas, como veremos, assim como a fórmula moderna da igualdade não significou a abolição das diferenças sociais, tampouco os multiculturalistas clamam, em nome de tais diferenças, pela abolição dos Direitos Humanos. Antes, o que se reivindica, sob o rótulo reconhecimento, é exatamente o direito à diferença (o que pressupõe, portanto, uma concepção e um protagonismo da noção de direitos).

O programa conhecido por Iluminismo apontou para uma homogeneidade cultural e muitas vezes moral que, talvez, nunca tenha efetivamente existido. E, mesmo que nunca tenha se concretizado, objetivamente aquele foi um projeto histórica e culturalmente localizado que, a grosso modo, indicou-se pelo rótulo *Modernidade*. Modernidade que, como se sabe, é secularizada, branca, urbana, masculina, nacional. Assim, a própria modernidade pode ser compreendida como um projeto de homogeneidade cultural que, ao que parece, encontrou resistência na sobrevivência de diferentes culturas e formas de vida. E isso tanto porque a assunção do primado da igualdade universal comportou, de fato, a manutenção de algumas diferenças, mas também porque, como veremos, na modernidade ocorre uma multiplicação das diferenças sociais, dando margem ao reconhecimento e ao aparecimento de novas diferenças.

Ou seja: a Modernidade, ao projetar uma sociedade de homens livres e iguais, não apagou as diferenças entre homens e mulheres, civilizados e selvagens, negros e brancos. O que ocorreu foi, antes, o contrário: essas diferenças “reentraram” no contexto da proclamada igualdade. Assim, se na sociedade medieval, onde também se falava em igualdade, se praticava a mais alta desigualdade (com a estruturação dos estratos sociais), na

modernidade, as diferenças estratificatórias, entre senhores e servos, nobres e plebeus, foram anuladas por um discurso igualitário que, enquanto tal, apenas impedia que elas se manifestassem enquanto tais: apenas as liberava para, de novo, serem praticadas sob o véu da igualdade entre os homens. É assim que um autor como Kant, precursor da noção de Direitos Humanos, esboçou uma noção de humanidade como constituída por diferenças biológicas:

Nos países quentes o homem amadurece, em todas as suas partes, mais cedo, não atinge, contudo, a completude das zonas temperadas. A humanidade apresenta-se com sua maior completude na raça dos brancos. Os indígenas amarelos têm um talento limitado. Os negros encontram-se mais abaixo e mais baixo de todos encontra-se parte dos povos americanos. (Apud COSTA, 2006, p. 41).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824, de cunho liberal, enquanto que enuncia que são cidadãos brasileiros “os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos” (Constituição de 24, art. 6), exclui do direito de votar nas eleições paroquiais, dentre outros (mulheres não são sequer mencionadas), aqueles “que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos” (Constituição de 24, art. 91, V), sendo que, nas eleições para deputados e senadores, o valor é mais alto, sendo excluídos de votar “os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego” (art. 94, I). Não há, ademais, qualquer menção à escravidão, embora por duas vezes apareça, no texto daquele documento, a expressão libertos. Podemos ainda mencionar, para não falar nas diferenças de classe, na exclusão das mulheres do direito de voto, situação que, na França, durou até 1946 ou, ainda, na segregação racial nos EUA, com especial referência à decisão da Suprema Corte norte-americana, no caso Brown, em 1954. Na Europa do século XXI, o reentrar da exclusão, no contexto da igualdade, encontra-se (tal como proposto por Touraine) na pauta dos governos, que pretendem modos legais de excluir imigrantes extracomunitários, não apenas dos direitos, mas também dos territórios.

Como observou De Giorgi, “a sociedade moderna é infeliz consigo mesma porque produz uma violência e uma bárbarie tipicamente modernas e, assim, diversas da violência e da bárbarie que se reproduziram em outras

sociedades”. (DE GIORGI, 1998, p. 151). A *modernidade-projeto* confronta-se, de forma muitas vezes violenta, com a “modernidade-realidade da sociedade moderna”, em que as diferenças são não apenas praticadas, mas (re)introduzidas no discurso jurídico-legal. Mas isso não se deve, como se pode concluir, ao “fracasso” do projeto iluminista, e isso mesmo que ele tenha se exaurido discursivamente, sobretudo no que diz respeito a seus pressupostos jusnaturalistas.

Primeiro porque aquele projeto incluía, e até mesmo pressupunha, que sob o manto da igualdade, a desigualdade fosse praticada. Mulheres, não proprietários, negros e insanos não eram iguais dentre os iguais. O Iluminismo pautou, portanto, um pano de fundo universalista capaz de legitimar as diferenças não como desvios, mas como compatíveis com a fórmula da igualdade e dos Direitos Humanos. As diferenças passam então a ser não apenas toleráveis, mas também aceitáveis, dado que são juridicamente estabelecidas. As Constituições parecem cumprir essa função, qual seja: aquela de regular as desigualdades. A constitucionalização do princípio, segundo o qual todos são iguais perante a lei, explica De Giorgi, “significa tão somente que tratamentos desiguais são possíveis, desde que suficientemente motivados.” (DE GIORGI, 1998, p. 119).

Em segundo lugar, é preciso frisar a condição estrutural da sociedade moderna, diferenciada funcionalmente, é incompatível com a semântica dos Direitos Humanos e a promessa de uma universal igualdade entre os homens. A hipótese que, em outra ocasião, já discutimos, é aquela de que o aparecimento, no século XVIII, de um discurso dos Direitos Humanos e seu sucessivo reconhecimento, primeiro nas declarações e depois nas Constituições, consiste numa espécie de reação à diferenciação funcional. De acordo com essa hipótese, “os direitos humanos, enquanto moderna explicação da fundação do direito e da política (ao lado da ideia de soberania popular) consistiram numa reação à diferenciação funcional e, nesse passo, num mecanismo de acoplamento entre o direito e os outros sistemas funcionalmente diferenciados”. (MAGALHÃES, 2004, p. 294). Isso não significa, entretanto, que os Direitos Humanos surgiram para promover a integração numa sociedade desintegrada em diferentes sistemas sociais. Os direitos reagem à diferenciação, desfrutando-a e reforçando as diferenças sociais. Os direitos são, dessa forma, interpretados no contexto operacional de cada sistema social, o que significa que a *liberdade*, por exemplo, que se pratica no âmbito da Política, não é, necessariamente, a mesma praticada no contexto da Arte. Mediante os *direitos*, o sistema

jurídico pode oferecer relevantes prestações aos outros sistemas sociais, pois são capazes de “acoplar” dois diferentes sistemas sociais, numa espécie de *linguagem comum* que, entretanto, é livremente interpretada individualmente pelos sistemas acoplados.

As pressões por uma inclusão generalizada de todos os homens em todos os sistemas sociais manifestaram-se como pretensões dirigidas aos sistemas político e jurídico de um modo que a diferenciação funcional não pode mais garantir. No contexto da diferenciação funcional, nem mesmo o direito é capaz de promover a integração social. A onnipresença do direito nessa sociedade, por muitos compreendida como sua preponderância, talvez seja a maior prova disto: os direitos são violados por toda parte. Ou seja: a cada momento, os sistemas sociais incluem e excluem, em suas operações, os homens na sociedade. Não é possível, neste quadro, uma universal inclusão, enquanto que, no plano da exclusão, a integração ocorre em muito maior grau.

Isso porque a sociedade moderna caracteriza-se, precisamente, pela multiplicação das diferenças, com a diferenciação de sistemas sociais que, na busca de solução para específicos problemas sociais, produzem e reproduzem continuamente a diferença exclusão/inclusão. Assim, as diferenças políticas e aquelas econômicas, por exemplo, não se deixam reconduzir à diferença direito/não direito, podendo, no máximo, encontrarem nessa distinção apoio para a realização de suas próprias operações. Isso acontece, por exemplo, quando a Economia utiliza-se do instrumento jurídico do contrato para a consecução de transações econômicas.

Por isso, a modernidade não é, ao contrário das promessas contidas no discurso dos Direitos Humanos, a realidade de universal inclusão social de todos os homens, mulheres e crianças em todos os sistemas sociais, protegidos sob o manto da *igualdade*. A universal inclusão produziu, como se pode ver por toda parte, a universal exclusão. O projeto *moderno* é incompatível com a modernidade. E, a cada vez que a sociedade se transforma, por exemplo com o avanço da tecnologia e o “encurtamento das distâncias e do tempo”, no quadro se convencionou chamar de *globalização*, mais se tornam visíveis as diferenças que, de fato, se produzem e reproduzem continuamente... E, em que pese o *avanço* dos Direitos Humanos, e seu desdobramento em sucessivas gerações, estes não são capazes de (re)integrarem uma sociedade que já não tem mais uma sala de comando, antes é ocupada pela religião ou pela moral. Cada sistema social,

diferenciado para solucionar um específico problema social (produzir riqueza, gerar consenso, estabilizar normas...), utiliza-se de uma diferença na produção de suas operações.

Aqui, podemos ousar uma segunda hipótese: aquela de que o discurso contemporâneo do multiculturalismo, antes de se opor ao universalismo dos Direitos Humanos, consiste numa resposta à incompatibilidade entre o projeto iluminista de modernidade e a realidade da modernidade da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada. Em face da impossibilidade de se terem todas as diferenças anuladas e canceladas, o multiculturalismo constrói-se como um outro projeto, que renuncia ao universalismo e que se apresenta, também ele, como *emancipatório*. Como já acenamos, também aqui se fala de *direitos*, pois que também aqui estamos diante da situação em que se pretende um reconhecimento jurídico-político. Ocorre que o reconhecimento dos direitos multiculturais pressupõe, antes de mais nada, o direito à diferença. O primado da igualdade, desse modo, é substituído pelo primado da diferença. O primado do direito à diferença resulta no multiculturalismo, como aquilo que os críticos, sarcasticamente, consideram de “tratamento terapêutico das minorias”. Mas, em se tratando sempre de direitos, aqui como no caso dos direitos universais, a formulação e realização dos direitos multiculturais não é capaz, tampouco, de impedir a contínua produção de diferenças. Pode surgir, em decorrência disso, a necessidade de novas terapias, pois novas e anteriormente inexpressivas diferenças irão, fatalmente, aparecer...

No contexto de uma sociedade que se reconhece a um só tempo mundial e multicultural, portanto, tanto a defesa de uma concepção universalista de direitos quanto aquelas de tipo relativista ou contextualista encontram-se em embaraço. E o ponto de inflexão, diria Luhmann, é precisamente o fato de que ambas tomam como ponto de partida a premissa – equivocada – de que, por meio do reconhecimento jurídico, pode-se realizar a inclusão social. Isso não acontece, por óbvio, pois a inclusão – tratar o homem como pessoa e tema das comunicações sociais e não apenas como homem – depende das operações, também, dos outros sistemas sociais.

Em face disso, as construções teóricas também se tornaram cada vez mais complexas, de modo que, na atualidade, aquelas posições *opostas* (universalismo X relativismo) são perfeitamente intercambiáveis. Se de um lado se proclama “o fim dos Direitos Humanos” (Costas Douzinas), ou ainda estes são tratados como uma ficção (Agnes Heller), de outro,

como vimos, é anunciado “o fim do multiculturalismo”. Do lado dos multiculturalistas, se reivindica um cosmopolitismo não universalista, mas sim multicultural, ou, ainda, um multiculturalismo emancipatório (Boaventura Sousa Santos e, em certa medida, Giacomo Marramao). Para Santos, que defende o multiculturalismo, este não se opõe ao projeto igualitário. “Multiculturalismo, justiça multicultural, direitos coletivos, cidadanias plurais são hoje alguns dos termos que procuram jogar com as tensões entre a diferença e a igualdade, entre a exigência de reconhecimento da diferença e de redistribuição que permita a realização da igualdade.” (SANTOS, 2003, p. 25).

Em ambas as vertentes teóricas que aqui expusemos, o tema da exclusão subjaz latente a toda reivindicação de inclusão social, sob a forma seja da efetivação dos Direitos Humanos, seja do reconhecimento do direito à diferença: de um lado (universalismo), renuncia-se a uma proteção das diferentes formas de vida como diferentes manifestações de cultura, enquanto que, de outro (contextualismo), abre-se mão dos Direitos Humanos como valores universais, excluindo-se de uma comunidade todos os que não partilham daquela cultura.

Marramao (2009) propõe, entre aqueles extremos e de forma não menos radical, um *universalismo da diferença*, por ele entendido como uma “saída do paralisante dilema teórico e político entre universalismo identitário (postulado pelas concepções assimilacionistas de cidadania) e diferencialismo antiuniversalista (postulado pelas versões fortes do multiculturalismo”. É preciso realizar uma *distinção líquida e certa*, segundo Marramao (2009), entre direito à diferença e diferença no direito. Isso evitaria alguns riscos, decorrentes do reconhecimento multicultural ser referido a grupos e não a indivíduos, como já observava a jurista Amy Gutmann (citada por Marramao), como aquele do Poder Público tornar-se impotente para interferir no critério com base nos quais os grupos selecionam seus dirigentes ou, ainda, de que um indivíduo não se reconheça como pertencente a nenhum grupo, o que lhe traria poucas chances de ter garantidos e respeitados seus próprios direitos.

Concordamos com Marramao (2009): o *direito à diferença* é, mais do que nunca, a forma de se apresentar e de se afirmar seu outro lado, o *direito à igualdade*. Nós preferimos falar em Direitos Humanos como uma construção, como uma estrutura social, como uma instituição, como uma invenção. A partir daí podemos ver como eles operam, o que eles produzem e, sobretudo, podemos pensar que os Direitos Humanos, em seu substrato

e em seu conteúdo, também podem ser contingentes. Ao assumirmos essa posição, abre-se um novo horizonte de perspectivas. Autores como Niklas Luhman, mas também Giacomo Marramao, têm enfatizado a diferenciação como sendo a característica estruturante da modernidade. Então, aquilo que o primeiro viu com os olhos do observador, leva o segundo a fazer uma proposta. Essa é a da subversão das hierarquias desde onde se produzem as diferenças, ou seja, desde onde se seleciona quais são as diferenças toleráveis. Marramao (2009) desafia-nos a pensar a democracia como uma comunidade paradoxal, como uma comunidade de sem-comunidade, cujos princípios constitutivos descendam diretamente da prioridade normativa da dor ou, adotando a fórmula de uma teologia política invertida, da autoridade daqueles que sofrem. (MARRAMAIO, 2009, p. 284). A ideia de uma *comunidade dos sem-comunidade* é, sem dúvida, um paradoxo. Mas, se é um paradoxo, isso não significa que não tenha um grande potencial operacional. Afinal, o paradoxo é um problema apenas para o observador, não para o sistema. Essa é uma possibilidade que descortina novos horizontes para o desdobramento da semântica dos Direitos Humanos.

Referências

- BENHABIB, Seyla. *Another cosmopolitanism*. New York: Oxford University Press, 2006.
- BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil, 1924. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21 ago. 2011.
- COSTA, Sérgio. *Dois atlânticos*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2006.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 556-614.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. São Paulo: Unesp, 2012.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- KOSELLECK, Reinhardt. *Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1993.

LIMA, Paula Gabriela Mendes; MAGALHÃES, Juliana N. Pluralismo cultural e direitos humanos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA – PERSPECTIVA PARA O SÉCULO XXI.2005, Braga. *Anais...* Braga: Revista Portuguesa de Filosofia, 2005.

LUHMANN, Niklas. Die gesellschaft Differenzierung und das Individuum. In: *Soziologische Aufklärung 6*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995.

_____. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javeir Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARRAMAO, Giacomo. Pensar Babel: o universal, o múltiplo, a diferença. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 7, p. 273-287, 2009.

MILANO. *Persona in Teologia*. Napoli: Edizione Devoniene, 1984.

MAGALHÃES, Juliana N. Woman and Human Rights. In: CONGRESSO “WOMEN IN LAW AND POLITICS”, 2000, Yaroslávia. *Anais ... Yaroslávia*: Universidade da Yaroslávia, 2000.

_____. *Estrutura e função dos direitos humanos*. 2004. Tese (Doutorado) – Università degli Studi di Lecce, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar*. os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

TOURAINÉ, Alain. Multiculturalismo. Perché è andato in crisi il sogno della convivenza. In: *La Repubblica*, 2011. Disponível em: <<http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2011/02/10>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

TERRAS INDÍGENAS E O JUDICIÁRIO

Deborah Duprat*

Não se pode recusar ao Poder Judiciário importante papel na estipulação de alguns marcos teóricos em relação à demarcação das terras indígenas, à vista do novo paradigma instaurado pela Constituição de 1988.

Persiste, todavia, ainda hoje, forte incompreensão sobre a natureza do território indígena e as repercussões jurídicas correlatas. O próprio processo em que se desenvolve a discussão a respeito do tema revela, por si, essa marca, em diferentes perspectivas. Vejamos.

O direito anterior à Constituição de 1988, na linha do pensamento ilustrado e moderno que o informava, resolveu o tema da justiça com a doutrina das *esferas de liberdade* de cada indivíduo. Frases, como “minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro”, desenhavam apropriações territoriais sob o signo da ubiquidade. O termo *ubiquidade*, na Física, é sinônimo de exclusão: dois corpos físicos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo. Levado para o campo do Direito, significa que todo homem desloca os demais homens de seu campo de ação. (CARPINTERO, 1993, p. 40). A propriedade privada é o arquétipo dessa geografia de figuras geométricas, fronteiriças e excludentes entre si.

A Constituição de 1988 reconfigura, em larga medida, a noção de indivíduo, ao recuperar, para o direito, os espaços de pertencimento. É constitutivo do ser humano viver em horizontes qualificados, dentro dos quais ele se torna capaz de tomar posições, de se orientar acerca do que é bom ou ruim, do que vale ou não a pena fazer. A identidade do indivíduo é definida pelos compromissos e pelas identificações que estabelece no

* Subprocuradora-Geral da República. Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

seio dessa comunidade, porque ali são vividas as relações definitórias mais importantes. (TAYLOR, 1997).

Os territórios indígenas, no tratamento que lhes foi dado pelo novo texto constitucional, são concebidos como espaços indispensáveis ao exercício de direitos identitários desses grupos étnicos. As noções de etnia/cultura/território são, em larga medida, indissociáveis.

Resulta inequívoca a diferença substancial entre a propriedade privada – espaço excludente e marcado pela nota da individualidade – e o território indígena – espaço de acolhimento, em que o indivíduo encontra-se referido aos que o cercam.

A prática judiciária, no entanto, tende a equiparar ambos os institutos, conferindo-lhes, de resto, tratamento processual idêntico.

A situação mais recorrente é o manejo de ações possessórias em face de territórios indígenas. Citem-se, como exemplos mais recentes, as inúmeras liminares concedidas a favor de particulares em território tradicional dos pataxó hã-hã-hãe, na Bahia; na área indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, e em diversas áreas indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul.

Uma ação vocacionada à tutela de direito de cunho nitidamente civilista neutraliza a disciplina constitucional dos territórios indígenas, porque a luta processual se desenvolve sob o controle das normas constitutivas daquele campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas. (BOURDIEU, 2001, p.134). Assim, elementos tais como posse velha, ocupação física, passam a ser acriticamente definitórios de direitos possessórios.¹

Outro dado, bastante eloquente em ações desse tipo, é a própria definição de posse. Não cuida o julgador de examinar que as partes contrapostas pertencem a comunidades linguísticas distintas.

Há um estreito vínculo entre identidade e interlocução, reconhecido pela própria Constituição (art. 216, I e II: *formas de expressão e modos de criar, fazer e viver*). É nesses espaços comuns de vida que se estabelece o acordo de significados. Ou, talvez melhor dito, o uso da linguagem é que ativa esse espaço comum. (TAYLOR, 1997). Daí a expressão de

¹ Não obstante o Supremo Tribunal Federal, já em 1993, afirmasse que *não descaracteriza o animus possidendi dos silvícolas o fato de terem sido forçados a se retirarem de suas terras*. (ACO 323, Relator Ministro Francisco Rezek, julgamento em 14-10-93, DJ 16-9-94).

Wittgenstein, de que o acordo de significados envolve o acordo de juízos. Só por meio da experiência comum posso avaliar e definir o que são a raiva, o amor, a lua, a terra, e... a posse. Cada um desses elementos é significado de forma própria em cada comunidade de falantes, a partir de sua experiência de vida, quotidianamente renovada.

No entanto, no debate processual, apenas a definição oficial de posse é levada em consideração. Desconhece-se, por exemplo, que, para os guaranis, o *tekoha* é uma instituição divina criada por Ñande Ru. (MELIÀ et al., 1976, p. 218). Deles desalojados com a chegada do homem branco, procuram ali permanecer, inclusive trabalhando para este nos ervais e em roças.² Consideram-se, dessa forma, de posse de seu território tradicional.

A visão naturalizada da posse civil, apresentada como evidente, estabelecida de uma vez por todas, fora de discussão, escamoteia o fato de que toda e qualquer definição oficial importa em adoção de um determinado ponto-de-vista e o descarte de visões concorrentes. (BOURDIEU, 2001).

Se no regime constitucional anterior, cabia ao Estado, com exclusividade, homologar determinadas representações sociais e inscrevê-las, pelo direito, como universais, a prática não se sustenta sob uma constituição que apresenta esse mesmo Estado como etnicamente plural.

E, se o processo se desenvolve sem que se confrontem visões concorrentes de mundo e a respectiva tradução na linguagem de cada uma das partes, nega-se o postulado constitucional da pluralidade étnica e reinstala-se, na prática judiciária, a marca etnocêntrica do regime anterior.

Mas, não bastasse a situação de desequilíbrio entre as partes que a ação possessória enseja, há decisões que causam enorme perplexidade.

Em diversas ações, são concedidas medidas cautelares para assegurar a presença de supostos proprietários na área, a despeito de já concluído o processo administrativo de demarcação da terra indígena.

No Mandado de Segurança 25.463, o presidente do Supremo Tribunal Federal concedeu medida desse naipe em relação à área indígena *ñande ru marangatu*, dos guaranis *kaiowá* de Mato Grosso do Sul, cuja demarcação fora homologada pelo Decreto s/n de 28 de março de 2005. O fundamento da decisão foi a existência de uma ação judicial, anterior ao decreto presidencial, onde se discute o domínio das terras e a nulidade do processo administrativo.

² Laudo pericial para a AI *Potrero Guassu*.

Todavia, não havia, na ação em curso na justiça federal, decisão liminar que impedisse o regular desenvolvimento do procedimento demarcatório, tanto que este chegou ao seu termo.

A prevalecer esse entendimento para outras situações, estaria inviabilizada a atividade da administração pública. Bastaria a existência de uma ação judicial, onde se discutisse, *v.g.*, a constitucionalidade de um tributo, para impedir a sua arrecadação. Ou, em hipótese mais próxima, o ajuizamento de uma ação tendente a provar a produtividade de determinado imóvel rural, a impedir o desenrolar do processo de desapropriação para fins de reforma agrária. Marque-se, mais uma vez, que não se está falando de obstáculo à atividade administrativa por força de decisão judicial, mas sim da mera existência de uma ação.

De resto, liquida-se o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Há uma outra justificativa na decisão liminar que merece registro: *o perigo da demora consubstanciado na possibilidade dos índios começarem a ocupar as terras objeto do Decreto.*

Ao que sugere o texto, constitui um risco índios ocuparem suas terras tradicionais, inclusive aquelas que foram assim consideradas, em definitivo, pelo Estado.

Assim, afora os equívocos jurídicos, há, aparentemente, na decisão, certa dose de preconceito e discriminação.

Curiosamente, em mandado de segurança com idêntico objeto, relativo aos potiguara de Jacaré de São Domingos (MS 21.986), o presidente do STF, em 5/10/2005, votou pela denegação da ordem, exatamente sob o fundamento de que a mera existência de uma ação judicial não era o suficiente para inviabilizar os efeitos próprios do decreto homologatório.³

Também no RE 416.144, o STF determinou, por unanimidade, o retorno dos xavante à terra indígena *Marãiwatsede*, sob a consideração de *ser fato incontroverso a declaração das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pela Portaria 363/93, do Ministro de Estado da Justiça, homologada por Decreto do Presidente da República, contra o qual fora proposta ação de nulidade*

³ O julgamento, até o momento, não foi concluído, em face do pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Por ora, concedem em parte a segurança, para sustar os efeitos do decreto homologatório, os ministros Carlos Velloso e Cesar Peluso; e a denegam os ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Carlos Britto, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

*do processo de demarcação, cujos efeitos persistem, uma vez que até o momento não houve decisão judicial que os suspendessem.*⁴

O julgamento desse recurso extraordinário deu-se em 10/8/2004, o que significa que, desde a portaria declaratória – ato este também dotado da presunção de legitimidade – se passaram onze anos até que se desse o retorno dos índios ao seu território tradicional.⁵ Tal dado não passou despercebido do ministro Gilmar Mendes, que, por ocasião do seu voto, afirmou que *o Judiciário pensa que o tempo da sociedade é eterno*.

Rigorosamente, para além da eternidade é o tempo que o Judiciário concede aos índios.

Tramita desde 1983, no Supremo Tribunal Federal, a ação cível originária 312, em que se pretende a nulidade dos títulos incidentes sobre o território tradicional dos *pataxó-hã-hãe*, do Sul da Bahia. Por todo esse longo período de tempo, superior a 20 anos, os índios vêm sendo impedidos de ocupar integralmente seu território, sob o pretexto, recorrentemente invocado por juízes e tribunais, de que o Supremo ainda não definiu os exatos limites de suas terras. Questão esta, aliás, que sequer era objeto da ação, mas que passou a sê-lo por compreensão do atual relator.

Após os índios da Raposa Serra do Sol esperarem por mais de 20 anos o decreto de homologação de sua área, e o STF ter afirmado a sua competência para conhecer de ação popular contra a portaria declaratória e demais ações correlatas, a justiça federal em Roraima continua a conceder medidas liminares, em ações possessórias, a favor de não índios.^{6, 7}

Esse quadro de indefinições, de decisões contraditórias no âmbito de um mesmo tribunal, às vezes de um mesmo julgador, gera, nesses povos, sentimento de discriminação perfeitamente compreensível. Pior ainda, subtrai-lhes a eleição do seu próprio destino. Tal como K., de *O Processo*, de Kafka, estão condenados a viver num tempo orientado pelos outros.

⁴ Informativo STF nº 356.

⁵ Mesmo assim, parcialmente, porque ainda permanecem na área não índios, mediante autorização judicial.

⁶ A propósito, Reclamações 2833 e 3331, no STF.

⁷ Os exemplos se multiplicam. O Parque Indígena do Araguaia, que abriga os povos *javaé*, *karajá* e *avá-canoero*, criado pelo Decreto 69.263, de 22 de setembro de 1971, conta, até hoje, com a presença de não índios, em face de sucessivas liminares a estes concedidas pelo TRF-1ª Região (AG 1999.01.00.093325-4).

Mas há mais.

Em uma ação possessória que se iniciou na justiça federal de Alagoas, o juiz considerou provada a posse mansa e pacífica do autor e a existência de esbulho violento pelos índios *xucuru-kariri*, uma vez que aquela se encontrava lastreada em títulos aquisitivos legalmente constituídos. A sentença e o acórdão que a confirmou consignavam, todavia, a existência de laudo da Funai, indicando os limites da área indígena, onde também se situava a suposta posse do autor. Concluíam ainda não ser cabível perícia antropológica, porque a posse indígena já estava evidenciada por meio daquele estudo.⁸

Contrariando assim expressa disposição constitucional (art. 231, § 6º), foi conferida validade a títulos incidentes sobre área indígena, cujo laudo produzido pela Funai não foi contestado. Esse caso tem especial gravidade, porque passa ao largo de um dos postulados mais evidentes do texto constitucional, no trato dessa matéria, e da jurisprudência que foi consolidada ao longo do tempo.

Em uma outra oportunidade, e para não fugir à linha de incoerências que permeiam a atuação judicial nessas questões, o mesmo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, analisando recursos interpostos pela comunidade indígena *tremembé*, pela Funai e pela União, declarou nula a sentença que afirmara a validade de títulos de propriedade apresentados pela Ducoco Agrícola S/A. Naquela ocasião, disse o Tribunal que prevalecia o ato administrativo de reconhecimento da área indígena, por sua presunção de legitimidade, e que a sua desconstituição dependia de perícia antropológica, a ser suportada por quem o impugnava.⁹

Todas essas decisões judiciais estão inspiradas, de uma forma ou de outra, pelo mito da propriedade privada, reputado direito fundamental, tal qual o é o direito à identidade. Ambos são ponderados como se fossem princípios, e a prevalência de um ou outro depende das peculiaridades do caso sob exame, simplificadamente na linha do que ensina Dworkin, Alexy e alguns outros.

⁸ Processo 9400026196, 3ª vara federal de Alagoas. AC 9805002845, TRF-5ª Região. A questão, na atualidade, é objeto do Recurso Extraordinário 370.808. O Recurso Especial, interposto perante o STJ, não foi conhecido (Resp. 264.654).

⁹ A propósito, Resp. 242.126-CE, não conhecido.

Ferrajoli (2001) aponta diferenças estruturais entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais.

A primeira diferença consistiria no fato de que os direitos fundamentais – nos quais se incluem tanto os direitos à liberdade, à identidade e à vida, como o direito a adquirir e dispor dos bens objeto de propriedade – são direitos universais (*omnium*), no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que são seus titulares; já os direitos patrimoniais são direitos singulares (*singuli*), no sentido, também lógico, de que para um deles existe um titular determinado, com exclusão de todos os demais. Assim, os primeiros são reconhecidos como seus titulares em igual forma e medida, enquanto os segundos pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela qualidade quanto pela quantidade.

A segunda diferença é que os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimos. Ao contrário, os direitos patrimoniais são disponíveis por natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam; aqueles permanecem invariáveis. Não é possível, juridicamente, ser mais livre, mais eu, ter direito a mais vida. No entanto, a ordem jurídica consente em que alguém seja mais rico.

A terceira diferença está em que os direitos patrimoniais, exatamente por que disponíveis, estão sujeitos a vicissitudes, *i.e.*, destinados a ser constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos. Já os direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei. Assim, enquanto os direitos fundamentais são *normas*, os direitos patrimoniais são *predispostos por normas*. Aqueles decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional, enquanto estes dependem da intermediação de um ato.

De modo que esses direitos, a par de não serem equivalentes, têm, entre si, relação óbvia de hierarquia, homologada pelo próprio texto constitucional.

O que constituições de países capitalistas inscrevem como direito fundamental é o direito de todos serem proprietários. Nesse sentido, não há como se recusar o caráter universal e indisponível de tal direito. Diferentemente, contudo, é o direito de propriedade em si, que, por sua própria natureza, não pode ser concebido, logicamente, como fundamental e, portanto, universal.

A inversão nessa ordem de hierarquias conduz ao estágio em que nos encontramos na atualidade. Aos índios, se recusa a ocupação dos seus

espaços definitórios, subtraindo-lhes a possibilidade de exercício amplo de seus direitos identitários, em nome de supostos direitos de propriedade.

Situação bastante emblemática dessa inversão é aquela que diz com a figura dos embargos de retenção. A Constituição, em seu art. 231, § 6º, ao estabelecer a nulidade dos títulos incidentes sobre terras indígenas, assegura aos seus titulares indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. No entanto, é bastante comum, na prática judiciária, assegurar a essas pessoas permanência em território indígena, enquanto não se paga a indenização.

Não bastasse a disputa que se estabelece entre direitos indígenas e direitos de propriedade, há forte incompreensão no que diz respeito ao que sejam *terras tradicionalmente ocupadas*.

Veza por outra, o conceito “resvala” para a imemorialidade, e o juiz exige a produção de um laudo arqueológico que evidencie que a presença indígena no local remonta a tempos pré-colombianos. Tal requisito vem impedindo que os *terena* de Mato Grosso¹⁰ e os *krahô-kanela* de Tocantins¹¹ tenham acesso a um território, com o argumento de que as áreas *pretendidas* não correspondem às suas terras ancestrais.

O requisito da imemorialidade, no entanto, há muito foi abandonado. A uma, por sua impossibilidade lógica. O processo dito colonizador avançou sobre esses territórios, descaracterizando-os. É um truísmo dizer-se que não há como recuperar Copacabana para os índios. A duas, porque esse mesmo processo promoveu deslocamentos constantes, e a territorialização desses povos teve que ser constantemente redefinida. E, a três, porque estamos tratando de populações que existem no presente, com perspectivas de vida atuais e futuras, e que não podem ser condenadas a um imobilismo do passado.

De outro giro, muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de *terras tradicionalmente ocupadas* requer uma compreensão narrativa da vida desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente. (GADAMER, 1998, p. 571). Não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação.

¹⁰ Ação civil pública 2002.36.00.005497-8.

¹¹ Ação civil pública 2005.43.00.002884-8.

Daí porque, a definição do que sejam *terras tradicionalmente ocupadas*, de cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

É importante ressaltar, quanto ao estudo antropológico, que este não tem nem poderia ter uma posição neutra em relação à sua pesquisa, no sentido de *objetificar*, de definir determinado domínio, a partir de normas ou padrões externos ao grupo, pois tal importaria privá-lo de sua força normativa. (TAYLOR, 1997, p. 210). E um esquema puramente behaviorista, necessariamente fracassa quando se trata de explicar a conduta humana. (CARPINTERO, 1993, p. 187).¹²

Assim, o estudo antropológico tendente à identificação de um território tradicional pressupõe compreensão e tradução das formas como o grupo se vê ao longo de sua trajetória existencial, como vê e conhece o mundo, como nele se organiza. E a compreensão de uma outra cultura, porque compreensão de sentido, não se dá mediante a atitude objetivante que adota o observador frente aos estados e sucessos fisicamente mensuráveis. Como observa Habermas (1996, p. 460), “a realidade simbolicamente preestruturada constitui um universo que permanece hermeticamente fechado, ininteligível às olhadas do observador. O mundo social da vida só se abre a um sujeito que faça uso de sua competência de linguagem e ação, estabelecendo relações interpessoais. Só se pode penetrar nele participando, ao menos virtualmente, nas comunicações dos membros e convertendo-se, ele mesmo, em um membro, ao menos potencial”.

Nesse sentido, não deixam de ser curiosas as decisões que negam validade à perícia antropológica por *suspeição* do pesquisador, porque este tem intimidade com o grupo.¹³ No entanto, para toda e qualquer perícia, requer-se, do profissional, conhecimento técnico e científico (art. 424, I, CPC). E, no caso da antropologia, apenas está habilitado a produzir essa prova aquele que conhece o grupo, que pode revelar a sua existência cotidiana.

¹² A neutralidade valorativa do objeto, para as ciências experimentais, importa, no âmbito das ciências sociais, em abstração dos valores do plexo da vida social, coisificando-a. Quando, o que, na verdade, se sancionava *a posteriori*, como valor, não é exterior a coisa, mas sim imanente a ela. Quando se neutraliza um aspecto da vida social, as categorias do mundo da vida ficam falsificadas. Falsifica-se o objeto da ciência. (HABERMAS, 1996).

¹³ Como exemplo, processo 2004.36.00.002130-5, da 3ª vara federal de Mato Grosso. Há outras tantas decisões similares da justiça federal em Dourados-MS.

Por outro lado, a definição de um território tradicional não pode passar ao largo do estudo antropológico, salvo se pretendermos reinstaurar o viés etnocêntrico que orientava o direito anterior, em que o juiz atribuiu aos agentes a sua própria visão.

Enfim, sem a pretensão de exaurir todas as dificuldades com que nos defrontamos nas lides diárias, o que se revela, nesse breve esboço, é um Judiciário ainda marcadamente civilista, seja na interpretação do direito, seja na ritualística processual. Mesmo as decisões, que vêm ao encontro das aspirações dos povos indígenas, dificilmente conseguem fugir desse viés. É pouca a reflexão sobre direitos coletivos, e quase nenhuma sobre direito étnico.

A tarefa que se impõe a todos nós é a luta por um Judiciário mais curioso e atento à novidade do que nostálgico de suas certezas.

Referências

- BOURDIEU, P. *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- CARPINTERO, F. *Derecho y ontología jurídica*. Madrid: Actas, 1993.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.
- GADAMER, H.G. *El giro hermenêutico*. Madrid: Cátedra, 1998.
- HABERMAS, J. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1996.
- MELIÁ, B., GRÜNBERG, F. G. Los Paí-Tavyterá: etnografía guarani del Paraguai contemporâneo. *Suplemento Antropológico de la Revista del Ateneo Paraguayo*, v. XI, n. 1-2, 1976.
- TAYLOR, C. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.

INCLUSÃO SOCIAL COMO PROJETO DEMOCRÁTICO DE TODOS: CASO ESPECÍFICO DA PROSTITUIÇÃO

Gustavo Moreira Capela*

“The morally grounded primordial human right
to equal liberties is intertwined in the social
contract with the principle of popular sovereignty.”
(HABERMAS, 1996, p. 94).

203

Introdução

Habermas explica com essa frase, em resumo, os pressupostos, as bases, de todo um sistema democrático e de direito, no qual estamos inseridos. A soberania popular, para além de tentar garantir a participação dos destinatários das regras na formação das próprias, é, nos dizeres do autor, o que garante uma participação que reconhece, que se ampara na igualdade e na liberdade de cada um. Nesse sentido, não restam dúvidas de que é indispensável a um Estado Democrático de Direito, que pressupõe a inclusão constante e ativa de todos aqueles que se sujeitam as suas regras, o respeito à diferença. Isso, aparentemente, é claro. O que se discute, pois, é a efetividade da inclusão. Afinal, estando a validade das leis, dos direitos e das expectativas normativas gerais do direito completamente vinculadas à garantia de liberdades iguais, deve-se questionar até que ponto isso acontece.

Nesse sentido, muitos teóricos, como Marcelo Neves, Jessé Souza, Axel Honneth e Nancy Fraser têm discutido o tema da inclusão, como objetivo necessário para qualquer estado democrático de direito.

* Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Militante do Grupo Brasil e Desenvolvimento (B&D).

Num livro que abarca tal problemática nas especificidades do Brasil, Jessé Souza delimita a exclusão social num contexto de classes. Segundo ele, a partir de noções melhor introduzidas por Bourdieu, o capital cultural que envolve uma classe é determinante para esclarecer as oportunidades que cada indivíduo pertencente à classe possui. Em suma, refuta a ideia de que as leis são para e servem a todos. Sendo as leis fruto de uma construção cultural que, segundo o autor, são moldadas de acordo com os valores dominantes, quais sejam, os da classe média, tais perspectivas beneficiam: 1) as capacidades cognitivas e acumulativas de capital (cultural e econômica) das classes dominantes (culturalmente, a classe média, economicamente, os ricos); e 2) a moralidade privada e os valores comuns à classe média no que diz respeito às regras de convivência.

Essa perspectiva tem especial relevância para a teoria de Habermas, que pretende afirmar a possibilidade, através de um agir comunicativo e de uma abertura procedimental que garanta as condições de possibilidade para a discussão racional dos argumentos em torno dos mais diversos temas, de se atingir, com frequência razoável, um entendimento genérico e abstrato que beneficie a sociedade como um todo. Traz-se à tona, pois, o embate que dá nome a um dos livros de Habermas: o embate entre faticidade e validade. Como ele diz no livro: “History of political theory is a necessary element of reflection on the tension between facticity and validity built into law itself, between the positivity of law and the legitimacy claimed by it”. (HABERMAS, 1996, p. 95).

Habermas explica, em síntese, que a lei induz determinadas condutas, mas é a legitimidade da lei, da exigência normativa, que vincula (*binds*) indivíduos socialmente. Esse vínculo é capaz de criar um “eu” simbólico, nos termos lacanianos,¹ que se constitui a partir do outro. Isto é, outros “eu” além de si que permitem a própria existência egoica. Daí a relação entre a autoconstituição e o outro, entre o ser como existente e a linguagem como condição de possibilidades. Em tese, a teoria habermasiana se ampara

¹ “Outro registro aparece que está ligado a nada menos que à própria função que o eu [moi] tem, a esta teoria do eu [moi] na qual não entrarei hoje, e que é o que é absolutamente preciso distinguir em toda e qualquer noção coerente e organizada do eu [moi] da análise; isto é, do eu [moi] como função imaginária do eu [moi], como unidade do sujeito alienado a ele mesmo, do eu [moi] como aquilo em que o sujeito não pode se reconhecer primeiro a não ser em se alienando, e, portanto, só pode se reencontrar se abolir o alter ego do eu [moi] que, como tal, desenvolve a dimensão, muito distinta da agressão, que se chama em si mesma e desde já, a agressividade.” (LACAN, Jaques. *O simbólico, o imaginário e o real*). Conferência de 8 de julho de 1953 na Sociedade Francesa de Psicanálise.

na perspectiva de que a aceitação do outro, como igual, é um pressuposto de um agir comunicativo, isto é, uma ação que busca se comunicar, se relacionar racionalmente para atingir um determinado fim. Uma discussão, pois, só discussão, é enquanto aberta e ampla. Só se sustenta quando garante uma pluralidade tal que impede a anulação, que impossibilita a exclusão social. Logo, toda e qualquer regra parte, indiscriminadamente, de um pressuposto de reconhecimento que é indispensável para a deliberação democrática que se entende intersubjetiva. Veja-se:

Com estas objeções, vincula-se Hegel certamente mais a uma mera perspectiva crítica da concepção de direito de seu tempo; a evidência do caráter relacional e intersubjetivo dos direitos deve de fato tornar explicitamente definido (*ausschnitthaft deutlich*) o fato de que as liberdades individuais só podem ser, de todo, o produto de uma forma de comunicação intersubjetiva (*zwischenmenschlicher*) que exiba o caráter de um reconhecimento recíproco. Nessa medida, o conceito de “reconhecimento” constitui, para Hegel, a chave para uma compreensão não-individualista das liberdades subjetivas: a realização da liberdade denota, para que se obtenha um ganho de poder de ação, como através da afirmação por parte de todos os outros, a compreensão acerca das capacidades e desideratos individuais. (HONNETH, 2005, p. 6).

Habermas enxerga no espaço público de discussão o *locus* propício para a disputa político-social, que reconhece o outro como igual e conforma instituições sociais que, do ponto de vista democrático, representam os anseios coletivos.

Desse ponto de partida, surgem questões que buscaremos responder ao longo do trabalho. Primeiramente, a abertura procedimental, no Brasil, existe? Isto é, apesar de abstratamente entendermos, com Habermas, que a linguagem do direito num estado democrático e de direito pressupõe a possibilidade de todo e qualquer cidadão se manifestar publicamente e exigir que seja ouvido de maneira igual aos outros, podemos afirmar que isso, de fato, acontece? Se sim, ótimo, mas, se não, o que pode ser feito? Para responder a essa pergunta, devemos, antes, responder outra. Afinal, o que é inclusão e como podemos aferi-la num campo democrático? Quando podemos afirmar que alguém está incluído no processo de decisão que garante, segundo a teoria de Habermas, a autonomia pública que só é

possível através da privada e vice-versa? Respondendo a essas duas perguntas, chegamos à última que vai especificamente a um grupo de pessoas cuja profissão pode comumente ser entendida como excluída do rol dos cidadãos com respaldo social: as prostitutas. Elas estão “incluídas” socialmente? Elas, como prostitutas, são igualmente livres, respeitadas na sua diferença para exercerem seus direitos e participarem ativamente da construção social? Se, sim, ótimo; se, não, é desejável inclui-las? Queremos, como sociedade, de fato, incluir todas as pessoas nesse espaço público? Estamos dispostos a dizer quem pode e quem não pode participar do espaço público? É o que tentaremos responder.

Inclusão – o que é?

Para começarmos a tentativa de definir o termo *inclusão*, é importante frisar que, desde o giro linguístico, não falamos mais de significados únicos e exclusivos de palavras. Por razões hermenêuticas e pragmáticas, é interessante entendermos o termo *significar* como aquele que diz respeito tanto ao uso dentro do arcabouço teórico trazido, como dentro do contexto social do autor que, como está relativamente claro pela língua em que está sendo redigido o artigo, como pelas inferências acima elencadas, é o Brasil do século XXI.

A antropologia crítica nos ensina que a identidade é um caso particular da diferença e que, portanto, nosso olhar para o outro nos lembra, constantemente, que podemos ser outro, algo diferente, mas que, no final, não o somos. Podemos, mas não somos. Assim, apesar de estar disposto a ter o juízo “desorientado”, a relativizar a razão, a criar uma continuidade através de uma dupla descontinuidade entre as pontes que são o “eu” e o outro, como ensina Almeida, está claro que o aqui exposto manifesta uma visão que engloba os preconceitos academicistas do Ocidente e se vinculam a um projeto englobante que é a modernidade, apesar de tentar criticá-la performativamente.

Tentaremos, portanto, entender o termo *inclusão* a partir de uma frase utilizada por Habermas quando ele explica exatamente o que a modernidade e, em torno, a racionalidade trouxe de diferente à sociedade antes vinculada por uma ética social abrangente e costumes. Segundo ele, a reflexão sobre a própria vida altera substancialmente a vida social, pois as pessoas passam a (e aí vem a frase que indica o caminho para entendermos o que significa “inclusão”) ter “liability for one’s own existence”. Isto é, o sujeito passa a se sentir responsável por sua própria existência, a traçar

projetos, para usar um termo da tradição existencialista. Essa perspectiva, ainda segundo Habermas (1996, p. 96), significa que “a transmissão da cultura é cada vez mais afetada pelo discurso voltado para o entender-se”. Afirma: “In place of religious or metaphysical self-interpretations, history and its interpretation have now become the medium in which cultures and peoples find their self-reassurance”.

Isto é, a vida joga o *ser* num emaranhado de facticidade e exige sua tomada do poder sobre a própria vida, uma interpretação própria, um fazer-se próprio, uma reafirmação de sua condição de *ser*, um ser único e singular-singularíssimo.

Ao mesmo tempo em que essa reflexividade racional traz à tona um individualismo que molda a (re)interpretação da história, dos costumes, da moral e da ética, voltado para um fazer-se, há reflexão e questionamento sobre os regramentos sociais. Ora, se esse *eu* simbólico, repleto de intencionalidades, interesses e desejos² (HABERMAS, 1996, p. 97) se vê diante de outro *ser*, tão imprevisível quanto ele próprio, *haunted*, como ele, pelo fato de que irá morrer e, por isso, com a mesma urgência de fazer seus projetos valerem, o que fazer? Deixar que o outro, única e exclusivamente, decida todas as regras do jogo? Não. Não há mais espaço para a heteronomia absoluta num paradigma que recebe e enaltece a individualidade e, mais, a individualidade como reflexividade sobre a própria autonomia.

Não é por acaso, pois, que a justificação torna-se indispensável.³ (HABERMAS, 1996, p. 102). Ora, se um indivíduo vai se vincular a um projeto que abarca não só seus próprios anseios, é importante que: 1) sua autorealização seja possível; 2) qualquer limite ou dificuldade imposta ao seu projeto seja racionalmente⁴ posto. Assim, a esfera pública pode ser caracterizada pelo embate entre os projetos existenciais do *ser* (os *Dasein* de Heidegger) e, principalmente, pela visão de igualdade que respeite o princípio do discurso, ou seja, que traga o senso de liberdade individual conjugada com a liberdade coletiva. Somente assim não teremos um *locus*

² “The conscious life conduct of the individual person finds its standards in the expressivist ideal of self realization, the deontological idea of freedom and the utilitarian maxim of expanding one’s life opportunities.”

³ “Argumentation is the reflective form of communicative action.”

⁴ Habermas explica que o discurso racional, para ele, é aquele que respeita o princípio do discurso, isto é, garante uma neutralidade formal para que toda e qualquer formação de opinião pública seja debatida e discutida por agentes que se enxerguem e sejam tratados como iguais.

público onde o interesse coletivo seja justificado única e exclusivamente pelo interesse da maioria.

Nesse sentido, é possível entendermos a vinculação intrínseca entre moral e direito, consoante a teoria de Habermas. Segundo ele, com o declínio da vida ética tradicional, devido à capacidade reflexiva apontada anteriormente, a moral adquiriu uma autonomia apoiada na razão. Essa moral se preocupa, em consequência, exclusivamente com fazer julgamentos corretos. O nível pós-tradicional de justificação causou, nos dizeres do autor, uma consciência moral que criticava e questionava todo mandamento de ação, através das lentes peculiares à moral: a universalização. A moral, então, acaba por se firmar em torno dessa consciência que julga tudo de acordo com os parâmetros universalizantes de justiça, de igualdade, de distribuição justa, etc. e se concebe como conhecimento que orienta atores quanto ao que é certo, quanto ao *como se deve agir*.

Entretanto, na narrativa histórica de Habermas, a moral exige atores demasiadamente capazes, dispostos e organizados para agirem de acordo com esses regramentos, sem poder exigir, legitimamente, ao menos no sentido democrático, condutas. O direito, então, englobado e justificado pelo princípio democrático,⁵ que dá a todos a possibilidade de se vincular a um projeto coletivo, em razão de procedimentos que garantam a participação ativa na criação daquilo que os limita, consegue, como sistema de conhecimento e de ação, lidar com o ônus de universalização imposto à moral. O direito, logo, não requer, como a moral, que a formação superegoica dos indivíduos seja peculiarmente adepta à moral, que haja internalização dos valores e princípios morais universalizantes de igualdade e liberdade ampla. O direito “suplementa a moral pós convencional de forma a efetivá-la”. (HABERMAS, 1996, p. 105). Isto é, o direito não requer atores dispostos a internalizar a moral e com uma estrutura de personalidade moralmente desejável. Se não agir de acordo com a lei, sofre sanção e, devido a essa consequência, o direito consegue estabilizar expectativas. Da mesma forma, o direito, em tese, não exige que todo indivíduo seja capaz de julgar situações e exigir condutas, sem levar em consideração seu próprio interesse. O Direito cria instituições que aplicam a lei e terceiros que possuem conhecimento especializado para lidar com

⁵ “The principle of democracy only tells us how this can be institutionalized, namely, through a system of rights that secures for each persona in equal participation in a process of legislation whose communicative presuppositions are guaranteed to begin with.” (HABERMAS, 1996, p. 109).

problemas sociais. Por fim, o direito, através das instituições, concebe regramentos capazes de lidar com problemas morais de forma mais efetiva e, o que é mais importante, coletiva. O problema moral da pobreza, segundo Habermas, é melhor atendido com a criação de organizações que podem agir como pessoas, apesar de representarem várias. É o caso de organizações como a Cruz Vermelha, por exemplo.

Logo, é evidente que, segundo o autor, as justificativas para as normas de agir estão completamente vinculadas ao plano da moral, no sentido de que é necessário sentir que há uma abstenção do egocentrismo ou etnocentrismo, para que haja “respeito igual para cada pessoa e igual consideração para o interesse de todos”. (HABERMAS, 1996, p. 97). Esse é um preceito moral que está dentro do direito.⁶

Isso não significa que o direito adere somente a justificativas morais. O princípio do discurso, que requer a validação de todos os argumentos em igual plano, desde que racionalmente postos (no sentido de levar em consideração, de estar disposto a ser convencido), não só permite, mas valida as justificativas éticas, as morais e as pragmáticas, sendo cada uma aplicada de forma maior ou menor dependendo das situações em jogo.⁷

O direito, pois, tem o papel de integrar essas pessoas, esses *ser*, esses *eu* simbólicos, de acordo com a perspectiva de: 1) atingir anseios com base em premissas moralmente aceitas e passíveis de justificação; 2) legitimar normas devido ao princípio democrático, que inclui todos os atores nas decisões e molda a autonomia privada e a pública como duas faces da mesma moeda.

Com todo esse pano de fundo em vista, a inclusão é e se encontra na capacidade e na potência de agir livremente na defesa de seus interesses e de suas opiniões na esfera pública, para conformar e influenciar as decisões coletivas, a partir de uma posição reconhecidamente igual a todos os outros participantes.

⁶ “Discourse theory conceives of morality as an authority that crosses boundaries between private and public spheres... In complex societies, morality can become effective beyond the local level only by being translated into the legal code.” (HABERMAS, 1996, p. 105).

⁷ “The democratic principle must specify, in accordance with the discourse principle, the conditions to be satisfied by individual rights in general, that is, by any rights suitable for the constitution of a legal community and capable of providing the medium for this community’s self-organization. Thus, along with the system of rights, one must also create the language in which a community can understand itself as a voluntary association of free and equal consociates under law.” (HABERMAS, 1996, p. 116).

Inclusão no Brasil

A visão de “um Brasil” é extremamente complicada. Nem sempre o que se enxerga, por razões óbvias, é o que, de fato, é. Por isso, falar do Brasil e das condições que nos levam a afirmar se há ou não inclusão requer remissão a trabalhos que se propuseram a analisar a sociedade brasileira como um todo e que estudaram as condições *reais* presentes. De nada adianta falarmos, como é comum no direito, como *se deve ser* se não tivermos noção do que, ao menos em tese, é a realidade. Expusemos acima, é verdade, todo um plano de como a democracia deve e almeja ser, como um sistema de direitos deve funcionar para que possamos dizer que ele, de fato, representa não só a maioria, como todos aqueles que se vinculam socialmente mediante e através do direito.

É evidente que a filosofia do século XX já nos mostrou que o discurso é ação e que é impossível falarmos de algo sem intervir na realidade, sem alterá-la, inclusive. Mas isso não quer dizer que não devamos diferenciar os discursos que são, efetivamente, diferentes. Enquanto a teoria democrática habermasiana nos envolve num dever-ser sempre buscado e abstratamente indispensável à prática, o discurso que engloba e se preocupa com a realidade brasileira traz outro aspecto capaz de complementar e, ao mesmo tempo, expor pontos de divergência e crítica em relação à teoria pretensamente universal.

Souza (2009) é um dos expoentes do discurso que tenta definir a sociedade brasileira a partir de uma visão sociológica. O autor, em seu livro: *A ralé brasileira: quem é e como vive*, estuda o Brasil, suas raízes históricas e a realidade atual. Ele explora o sentido atual de classes e conceitua uma sociedade brasileira que se baseia em privilégios culturais que nem sempre são explícitos, mas, não obstante, estão vividamente presentes.

Dentro do estudo, Souza (2009) explica, primeiramente, que existem, no Brasil, classes dominantes, ou seja, que dominam algo ou alguém. Essa dominação, longe de ser única e exclusivamente econômica, dá-se, também, tanto no plano cultural quanto político. As classes que, segundo ele, dominam o cenário social brasileiro são: 1) a classe rica, devido à apropriação de grande parte do capital (IBGE divulgou em novembro de 2011 que 75% da riqueza do País está na mão de 10% da população); 2) a classe média, que detém e dita a transformação do capital cultural. Além dessas duas classes, existe, ainda, a classe trabalhadora, caracterizada pela parcela da população que possui trabalhos tradicionalmente manuais, com pouca especificidade técnica, mas

alguma, e a ralé,⁸ que “não só (é) sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas (é) desprovida, esse é o aspecto fundamental, das condições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação”. (SOUZA, 2009).

Para ele, em síntese, a ralé é um grupo social excluído das decisões sociais por ser, em suma, tratada como classe subcidadã, ou seja, como pessoas menos capazes (de trabalhar, de votar, de participar), menos humanas, menos cidadãs. Segundo Souza, essas pessoas não são tratadas como sujeitos de direitos, como membros e cidadãos efetivos da sociedade brasileira. (SOUZA, 2009).

Parece óbvio, pois, que, se tomarmos o dito pelo sociólogo acima mencionado como verdade, há um problema de legitimidade na sociedade brasileira. Afinal, como já vimos, o princípio democrático capaz de unir pessoas, em prol de um projeto único de sociedade requer, necessariamente, a possibilidade de os agentes serem tratados igualmente na esfera pública e terem a mesma oportunidade de participação para ditar rumos e escolhas sociais.

Segundo Souza (2009), a ideologia dominante “abandonou social e politicamente essa classe de indivíduos precarizados e a impõe os estigmas de ‘inadequados’, ‘culpados’ e ‘incapazes’, relegando-os a uma classe excluída de todas as oportunidades materiais e simbólicas de reconhecimento social”. (SOUZA, 2009). Eles são inadequados para exercerem profissões, por não possuírem conhecimento técnico necessário à inserção mercadológica; culpados por não adquirirem o capital econômico ou cultural necessário para suceder justamente por serem incapazes de proceder segundo o protocolo cultural ditado pela classe dominante. Segundo Souza, a diferença de renda, em verdade, é resultado de uma diferença cultural que afasta a ralé do modo de produção qualificado e exalta as classes superiores e seu modo de viver. A ralé, segundo Souza (2009), não é sequer considerada como aglomerado de pessoas. São números, são estatística.

⁸ “Essa classe social designamos neste livro de *ralé* estrutural, *não para ‘ofender’* essas pessoas já tão sofridas e humilhadas, mas para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social e político: o abandono social e político, ‘consentido por toda a sociedade’, de toda uma classe de indivíduos ‘precarizados’ que se reproduz há gerações enquanto tal.” (SOUZA, 2009).

É verdade que, como Habermas explica, o direito possibilita que se invoque e se exija a inclusão, devido aos preceitos e às premissas que dão validade ao sistema, mas, ao mesmo tempo, é indispensável reconhecermos que os processos de socialização por vezes aparentam bloquear o que é manifestamente enunciado pelo direito, reduzindo garantias a frases inaplicáveis e, muitas vezes, desconhecidas na realidade.

Inclusão e prostituição

A inclusão social desses sujeitos *esquecidos, deixados para trás*, é indispensável para o projeto democrático brasileiro. Vislumbrar a possibilidade de um projeto cidadão, que olvida certos indivíduos e os remete a situações humilhantes e degradantes é impossível. E o que a prostituição tem a ver com isso? Bem, de acordo com o estudo de Souza (2009), existem atividades costumeiramente desempenhadas pela ralé, como o posto de empregada doméstica, o de prostituta, o do delinquente, o de guardador de carro e o de todos os que exercem os chamados trabalhos desqualificados.

Se analisarmos mais de perto a prostituição, entretanto, perceberemos que existem alguns aspectos que lhes são peculiares:

Primeiramente, é importante enxergarmos como a prostituta, ao mesmo tempo, é tratada socialmente como agente de um ato ilícito, aproximando-se, por isso, da delinquência, e como vítima e agente passiva em crimes como tráfico internacional de pessoas, em que a lei penal brasileira parece enxergar a prostituição como uma forma de exploração sexual, ao dizer que há tráfico internacional de pessoas quando ele é feito com o fim específico de exercer a prostituição “ou outra forma de exploração sexual”.

Por conseguinte, enquanto a lei penal brasileira parece tentar impedir que um ser humano seja tratado como objeto, como mercadoria, não obstante o sistema econômico que nos envolve fazê-lo com frequência,⁹

⁹ As dinâmicas sociais e as consequentes regras de convivência, nas quais a prostituição obviamente se insere, são influenciadas por todo um *background* socioeconômico e geopolítico, tal como explica Renato Ortiz. Para este autor, a história das configurações capitalistas de nossa sociedade não podem ser definidas sem entendermos a “tendência modernizadora” das indústrias culturais. Isto é, a construção de um vínculo, hoje indissociável, entre a produção de bens materiais e, ao mesmo tempo, de bens simbólicos, que não só foram cada vez mais produzidos e pensados conjuntamente, como fomentavam um ao outro. A própria configuração do espaço nacional, ainda segundo o autor, se deu numa correlação de forças que fincava seus pés tanto na arena econômica, numa perspectiva de dominação clássica de classe, como também por um viés cultural. Dessa forma, a produção de cultura e, por

acaba por condenar a prostituição, acaba reduzindo o leque de escolhas de quem a exerce. Vejamos:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Percebe-se, por exemplo, que o tipo penal diz que é tráfico internacional de pessoas *facilitar* a entrada de uma pessoa em outro território nacional para lá exercer a prostituição. Isto é, segundo a lei, configura crime o auxílio financeiro de uma prostituta, no Exterior, que ajuda a amiga prostituta a se deslocar para exercer sua atividade em outro lugar. De certa forma, esse tratamento dificulta a autodeterminação de uma pessoa que, em tese, exerce uma atividade que não é ilícita, isto é, não é condenável pela estrutura que representa, bem ou mal, o projeto coletivo de sociedade que nos engloba.¹⁰

O que isso significa? Significa que o tratamento social dispensado à prostituta determina que sua vontade ou é ilícita, quando, como veremos, é delinquentizada ou é descartada; quando exclui a validade de seu projeto de vida de exercer, em tese, a prostituição no Exterior. É óbvio que o tráfico de pessoas é algo muito mais complexo do que a aglomeração de prostitutas livremente escolhendo sair do país para exercer seu ofício em outro. No entanto, o tipo penal, que busca, em tese, punir aquele que se beneficia da exploração das desigualdades sociais para traficar seres

consequência, a atribuição de sentido e interpretação coletiva das memórias também coletivas passaram a ser controladas e manejadas por uma indústria cultural, com o objetivo de “uniformizar consciências, segundo os ditames da modernidade capitalista”. Já a lógica pós-moderna se edifica sobre a fluidez de uma retórica social capaz de criar vínculos sem a hegemonia reguladora do Estado. A determinação mercadológica, cuja preponderância econômica – apesar de aliada a aspectos simbólicos e comunicacionais – remonta aos ensinamentos de Marx, acaba, em prol de seu próprio funcionamento e sua própria lógica de buscar mercados rentáveis, esfacelando fronteiras físicas e, ao mesmo tempo, construindo barreiras virtuais.

¹⁰ É interessante ver como essa passividade, para além de ter propósitos políticos, no sentido de, em muitos casos, dar a ideia de incapacidade de autodeterminação, também é referência mercadológica do que é procurado por clientes, quando se busca a prostituição. A passividade e a aceitação de *ser explorado*, de ser sem vontade, é uma das características comumente desejada pelo cliente. Ele, na posição de aquele que *paga por sexo* quer se sentir dono do ato, do prazer e, indubitavelmente, do corpo da prostituta.

humanos, acaba, propositalmente ou não, impedindo, em vários casos, o exercício da prostituição como uma profissão igual às outras.

Afinal, é ou não é uma profissão?

Mattos (2009) analisa a questão dizendo que, no Brasil, apesar de a prostituição não ser considerada crime, há uma condenação da atividade, sendo as mulheres tratadas como agentes de atos ilícitos. Diz ela:

Mesmo que a prostituição no Brasil não seja considerada uma atividade ilegal, isto é, não há lei que proíba uma mulher de trocar favores sexuais por dinheiro, ela é associada como numa relação de “contágio” a crimes como lenocínio e furto. É isso o que legitima que a polícia faça operações como a ‘Copacabana’ e ‘Barrabacana’ realizadas nas praias de Copacabana e da Barra da Tijuca, que tinham o objetivo de encaminhar prostitutas, travestis e meninos de rua à delegacia para serem cadastrados sob a justificativa de reprimir a desordem urbana nessas regiões da cidade. (MATTO, 2009).

Essa tendência de taxá-las como delinquentes revela claramente um viés excludente. O delinquente, o criminoso, é geralmente visto como um membro da sociedade incapaz de conviver pacificamente com o restante do corpo social, devendo, em alguns casos, ser retirado do convívio para ser, ao menos em tese, reeducado. O estigma da prostituição, portanto, ao que tudo indica, envolve esse mesmo entendimento.

Assim, entender a prostituição como profissão é, antes de mais nada, reconhecer certas prerrogativas e certos direitos reconhecidos juridicamente, para combater a exploração constatada pelo capital no trabalho. Entender, pois, a prostituição como profissão, é entendê-la como uma atividade sujeita à lógica capitalista e, por conseguinte, sujeita abjetamente à exploração pelo capital. A exploração e coisificação que advém da relação cliente/prostituta e agenciador/prostituta é, antes de qualquer coisa, um reflexo da lógica mercadológica capitalista.

A diferença essencial, nesse caso, relativamente às relações sociais clássicas, que constituem o modo capitalista de produção é que as relações constituídas na prostituição, apesar de serem necessárias e, ainda mais, produzidas pelo mundo do capital, são inteiramente marginalizadas tanto social quanto jurídica e ideologicamente.

Parece evidente, como demonstrado por Mattos (2009) e pela Pesquisa Sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (Pestrafe), que a prostituição é uma atividade que raramente se dá por vontade própria. Na maioria dos casos, mulheres são levadas ao exercício da prostituição por questões de vulnerabilidade social (PESTRAFE), pela naturalização do “estupro infantil e familiar” (SOUZA, 2009) ou outras situações análogas relacionadas à sua classe social. Porém, é importante fazer a ressalva de que os trabalhos relacionados à ralé raramente são tidos como trabalhos *escolhidos*. Uma das características centrais desse tipo de trabalho é a imposição dele como necessário para subsistência própria e da família. Em suma, a ralé admite sua própria incapacidade e utiliza a estratégia de “transformar necessidade em virtude”. (MATOS, 2009).

A prostituição, como as outras ocupações da ralé, são menos fruto de uma escolha do que se *deseja* fazer do que uma escolha entre o que se *pode* fazer para conquistar condições materiais mínimas. Assim, a análise sobre a prostituição como profissão perpassa o exame de um dos casos emblemáticos de toda uma classe de subcidadãos que, apesar de estarem incluídos formalmente no rol de destinatários dos direitos constitucionais, não são considerados na esfera pública de tomada de decisões.

Tal perspectiva viola uma noção emergente, que considera a democracia como sistema político do outro. (HABERMAS, 2002). Nela, como já vimos, os indivíduos são igualmente livres e livremente iguais para decidirem sobre o que os vincula, o que os limita e, conseqüentemente, o que os constitui como comunidade de direitos. Em um mundo complexo,¹¹ onde o *outro* significa *o diferente, o plural, o diverso*, a abertura para ele requer o entendimento de uma igualdade na diferença. Somos agora, e seremos cada vez mais, igualmente diferentes. O reconhecimento institucional e constante do plural, como igualmente capaz, igualmente digno, igualmente necessário, revela o conceito democrático de cidadania.

Assim, o problema da ralé como um todo e, conseqüentemente, de grande parte da prostituição, é um problema democrático. É a abertura

¹¹ “In information-theoretical terms, complexity designates a lack of information that prevents a system from completely observing itself or its environment. Complexity enforces selectivity, which in turn leads to a reduction of complexity via the formation of systems that are less complex than their environment.” (LUHMANN, 2005).

democrática que consolida e vincula, em um procedimento,¹² várias vontades, trazendo à esfera pública uma perspectiva que aumenta o campo de visão de indivíduos, fazendo-os não só compreender o mundo e sua situação de forma diferente, como também enxergar no diverso,¹³ no outro,¹⁴ um *eu* que precisa ter seus direitos defendidos. Afinal, autonomia pública é justamente a possibilidade e o entendimento de um *fazer-se* coletivo, a partir de uma autolimitação individual.¹⁵

Conforme expõe Müller (s.d.), “uma democracia, legitima-se a partir do modo pelo qual ela trata as pessoas que vivem no seu território [...]. Isso se aproxima, finalmente, da idéia central de democracia: autocodificação, no direito positivo, ou seja, elaboração das leis por todos os afetados pelo código normativo”.

Por todo o exposto, parece que os ganhos com o reconhecimento do direito à prostituição e a conseqüente regularização da profissão geraria mais benefícios à ralé do que sua criminalização, extinção, no que diz respeito à aceitação do *outro* no processo democrático. Veja-se:

Como defende Souza (2009), a valorização de uma profissão enseja maiores pré-condições para alcançar o sucesso econômico social. Isso porque os valores de classe refletem necessariamente valores morais da sociedade do tipo maior /menor, melhor /pior, bonito /feio. Uma mulher que exerce a prostituição, sem ter garantido os direitos de se prostituir, no sentido de ter resguardado algumas garantias trabalhistas e ser tratada como pessoa igual perante seus pares sociais, colhe para si e reproduz para outros a

¹² “Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 49).

¹³ A política organiza, de antemão, as diversidades absolutas (dos indivíduos) de acordo com uma igualdade relativa em contrapartida às diferenças relativas (dos povos). A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças. (BECK).

¹⁴ O homem só existe (ou se realiza) na política, a partir do momento em que seus pares reconhecem direitos iguais aos mais diferentes. Os homens devem a si mesmos sua pluralidade. (ARENDDT, 1998, p. 11).

¹⁵ “A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo.” (HABERMAS, 2007, p. 229).

aversão ao seu modo de vida, às vezes essencial para resguardar seu sustento econômico. A mulher, ou homem, rechaçada(o) socialmente pela atividade que exerce, para possibilitar o sustento material de sua família, transmite sua própria sensação de fracasso e *ensina*, por seus atos, o senso de inferioridade e os modos de viver que não coadunam com os valores sociais dominantes.

A autoestima elevada de um grupo de pessoas costumeiramente excluídas é capaz de promover a análise e (re)construção de valores, devido, principalmente, à percepção de que a regulação das condutas dos agentes não lhe pertencem pelo mero fato de que não levaram em conta sua existência, como sujeitos de direitos.

No mesmo sentido, é indispensável enxergarmos os problemas sexistas em torno da prostituição. O mercado da prostituição se constrói e se desenvolve a partir de uma relação intrínseca com os bens culturais e os bens simbólicos emitidos constantemente pelos produtores culturais. Isso não o diferencia de nenhum outro mercado no mundo.

Porém, em se tratando de um aspecto inteiramente ligado ao sexo, cuja regulação perpassa a redução da mulher a um papel objetificado, o dever democrático do Estado é buscar mecanismos que impeçam ou ao menos diminuam essas perversidades. Afinal, a cultura, ao que tudo indica, majoritariamente sexista, molda os aspectos da prostituição para que se entenda o serviço prestado como advindo de um *ser* sexualmente objetificado. Logo, o aspecto *objeto* do serviço está ali impregnado por questões socioculturais que enaltecem o poder do homem e diminuem a agência feminina. Tanto é que a reivindicação pela regulamentação do serviço se dá majoritariamente em razão dos abusos trabalhistas, sexuais e físicos que essas mulheres sofrem.

Destarte, mesmo que se condene a prostituição, e se entenda que ela perfaz um caminho não desejável aos indivíduos, parece indispensável o reconhecimento da escolha, induzida ou não, plena ou deficitária, de exercer a atividade. O seu não reconhecimento e a conseqüente entrega às vias informais do mercado submetem as pessoas que disso vivem a um ambiente mais hostil. Tendo em vista o fato de que a prostituição está geralmente atrelada às classes sociais mais baixas (PESTRAFE), o empurro social dessas pessoas à informalidade acaba por restringir o acesso às vias institucionais de defesa à dignidade da pessoa humana, dificultando mais ainda a emancipação desejável e a conseqüente inclusão social.

Referências

BARROS, Lúcio Alves de. *Mariposas que trabalham*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O corpo e a saúde*.

_____. *A dominação masculina*. Trad. de Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. Introdução a uma Sociologia Reflexiva. In: _____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; Difel, 1989.

CADERNOS PAGU. Disponível em: <<http://www.pagu.unicamp.br/>>.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GASPAR, Maria Dulce. *Garotas de programa*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade (I e II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

LEFEBVRE, Henri. *Introdução à modernidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito (I e II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983-1985.

_____. *Social systems: fifth printing*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Democracia e exclusão social em face da globalização. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/Artigos/Friedrich_rev72.htm. s/d>.

_____. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno9/legitimidade.pdf>>.

_____. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: PIOVESAN, F. *Direitos humanos, globalização econômica e interação regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2009.

SOBRE A NECESSIDADE DE ESTUDOS EMPÍRICOS PARA COMPREENDER O DIREITO (COMO UM SISTEMA DE PRÁTICAS): UM ESTUDO EXPLORATÓRIO SOBRE A CONSTITUIÇÃO DE IDENTIDADES INSTITUCIONAIS NO LEGISLATIVO*

João Pedro Pádua**

219

Introdução: um modo diferente de ver o direito

Os estudos enquadrados sob a categoria *ciência do direito* (ou, às vezes, “doutrina”, ou “dogmática”) têm, como característica geral, a abstração e o foco em questões de lógica (jurídica), com os valores e critérios pertinentes a essas questões. Os estudos são melhores ou piores à medida que sejam mais coerentes, tenham mais rigor, coloquem bem os seus pressupostos e as conclusões, etc. Madrazo (2008), referindo-se à história da formação do Direito, como campo do conhecimento acadêmico, liga essa tendência autocentrada da ciência do direito à criação de algumas das primeiras escolas jurídicas:

[...] características ainda presentes na tradição do *civil Law* [grifo adicionado] também encontram suas origens no pensamento legal

* Uma versão um pouco diferente deste trabalho foi originalmente apresentada na IV Jornada de Estudos do Discurso (JED), na PUC-RIO, em outubro de 2010.

** Professor Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutorando em Estudos da Linguagem e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

medieval: uma confiança em conceitos para gerar soluções normativas e uma tendência a abstrair para princípios mais amplos e mais gerais estão ligadas às metodologias usadas no desenvolvimento da tradição da *civil Law* [grifo adicionado]. Essas raízes históricas também ajudam a entender a dupla personalidade da ciência do direito, a qual, de um lado se imagina como uma atividade [*enterprise*] descritiva, científica, ocupada em encontrar o que o direito é, mas, de outro lado se engaja em afirmações normativas vigorosas sobre como os erros dos legisladores devem ser ignoradas em favor da real natureza dessa ou daquela instituição jurídica. (Madrazo, 2008, p. 66).

Tanto os assim-chamados *positivistas*, quanto seus opositores acadêmicos (chamados, às vezes, de pós-positivistas, neoconstitucionalistas, neojusnaturalistas, etc.)¹ padecem dessa mesma origem metodológica abstracionista, normativista e autocentrada. Quando as *insuficiências do positivismo* são *identificadas*, a solução, normalmente, é rever a teoria de alguma coisa (por exemplo, da *adjudicação*: Calsamiglia, 1998), em prol de uma *melhor compreensão* das normas, dos princípios, dos valores, etc. Essa *melhor compreensão* se daria, justamente, através de novas empreitadas conceituais, de um refinamento da arquitetura lógica da própria teoria, e/ou de uma perspectiva *crítica*, que fuja “das arapucas ideológicas do positivismo”.²

Porque ambos os discursos se servem do mesmo enquadramento metodológico, eles parecem fadados a não sair muito do lugar, tanto em termos teóricos, quanto, principalmente, em termos de influência em contextos práticos de concretização e (re)contextualização do direito. A mediação entre os debates, no contexto acadêmico da ciência do direito e a aplicação prática de normas, métodos, concepções, protocolos e parâmetros jurídicos, em juizados, tribunais, órgãos administrativos, relações entre cidadãos e autoridades, etc. são ainda uma grande lacuna – mesmo

¹ Para uma discussão sobre positivismo e pós-positivismo/neoconstitucionalismo, ressaltando as suas continuidades e descontinuidades, permito-me remeter o leitor a Pádua (2008, cap. 3).

² A última expressão é de Coutinho (2005, p. 38). As demais expressões entre aspas não são citações, mas reconstruções e paráfrases de motes comuns em discursos acadêmicos do direito, que criticam as várias visões sobre *positivismo* jurídico e *neutralidade científica* no direito. Para um apanhado mais aprofundado desses discursos, remeto novamente o leitor a Pádua (2008, cap. 3).

quando os debates acadêmicos do direito são bem realizados e se propõem a resolver *questões práticas*.

No entanto, é justamente nos juizados, tribunais, nas autoridades administrativas, etc., que o direito realmente se afirma como um fenômeno de relevância social para a vida das pessoas. Além disso, é somente nesses contextos práticos, em que as normas são escritas, lidas, estudadas, reportadas, citadas, interpretadas, afastadas e recontextualizadas, que o direito realmente pode ser descritível como fenômeno. (COULTHARD; JOHNSON, 2007, cap. 2; WATSON, 2009). Além de uma virada metodológica, trata-se de uma virada ontológica: o direito deixa de ser um sistema de lógica e abstrações do *mundo do direito*³ e passa a ser *um sistema de práticas* – ou, como usei em outro trabalho (PÁDUA, 2011), um *conjunto de jogos de linguagem*.

Essa visão diferente do que é o direito resulta numa forma diferente de estudá-lo. Ao invés de ler, construir sentido, interpretar e enquadrar logicamente normas (desde leis até dispositivos de decisões judiciais) e proposições sobre normas, a agenda de pesquisa passa a ser centrada em práticas: como agentes, cidadãos, autoridades, representantes recebem, leem, produzem e afirmam o sentido do direito em situações sociais específicas, e em tipos de atividade específicos dentro dessas situações.⁴ Esses estudos devem ser feitos como parte da ciência do Direito, não como uma *sociologia do direito* ou uma *antropologia do direito*, expressões que parecem servir para manter a ciência do Direito dentro da sua lógica abstracionista autocentrada.

No presente trabalho, então, vamos apresentar um estudo modesto e meramente exploratório sobre como uma agenda de pesquisa jurídica, orientada para o direito como sistema de práticas, poderia se apresentar na forma de estudos concretos. Como se trata de estudos que lidam com o Direito, como um sistema de práticas, em contextos e situações sociais concretos e específicos, esses estudos têm de ter um componente empírico

³ Por oposição ao *mundo dos fatos*, na distinção conceitual de Pontes de Miranda (1977), que, embora raramente citada, está notoriamente implícita na maioria dos trabalhos de ciência do direito/dogmática/doutrina.

⁴ Essa é uma proposição diretamente inspirada na agenda de pesquisa proposta, na década de 60, por um campo da sociologia americana a etnometodologia. Não há espaço ou tempo para tratar dos seus pressupostos mais a fundo. Cfe., no entanto, os estudos seminais do criador desse campo: Garfinkel (1967) – além das demais referências citadas ao longo deste trabalho.

focal. Neste estudo, far-se-á uma breve análise sobre o fenômeno da construção de identidades institucionais dentro de um contexto jurídico negligenciado, mesmo nos estudos tradicionais da ciência do direito: o contexto parlamentar, em que se criam as principais normas jurídicas.

Breve aproximação sobre o conceito social de identidade

Na literatura sociológica, o conceito de identidade (correlato aos conceitos de *self*, papéis e *status*; cfe. Sarangi (2010), para uma revisão) se refere à maneira como os interagentes e participantes de situações sociais concretas se apresentam, reivindicam e atribuem aos coparticipantes características, tipos sociais reconhecidos prévia e mutuamente. Apresentar ou reconhecer alguém como juiz ou parlamentar, por exemplo, implica atribuir a ele certos predicados que podem ser visíveis ou invisíveis na interação, mas que estão sempre latentes naquela situação social.

Ivanic (1998), escrevendo sobre as relações entre identidade e produção escrita, usa uma alegoria para ilustrar a multiplicidade de identidades que podem ser construídas, para cada indivíduo, a partir dos múltiplos locais e *foci* de interação com o qual ele se depara(rá) nas suas múltiplas interações sociais:

Quem sou eu quando escrevo esse livro? Eu não sou um escritor neutro, objetivo, apresentando [*conveying*] os resultados objetivos da minha pesquisa, impessoalmente na minha escrita. Eu estou trazendo para ela uma variedade de comprometimentos baseados nos meus interesses, valores e crenças, que são construídas a partir da minha própria história como uma mulher inglesa de 51 anos de idade, vinda de uma família de classe média, como uma educadora de adultos na Londres central e multi-étnica nos anos 70 e 80, como uma esposa e mãe, [...]. Eu sou uma escritora com uma identidade social múltipla, traçando um caminho entre ideologias competidoras [*competing ideologies*] e seus discursos correspondentes [*associated discourses*]. (IVANIC, 1998, p. 1).

Embora seja parcialmente discordante de uma forma mais forte de socioconstrucionismo (cfe. IVANIC, 1998, p. 13-17), Ivanic parece captar, no trecho citado acima, o fato, já notado por Goffman ([1967] 2006), de que a apresentação do *self* na interação social depende crucialmente do papel atribuído a ele, através de normas que se apresentam em práticas e

particularidades do contexto local de interação (cfe., para uma visão filosófica dessa normatividade básica das práticas sociais (BRANDOM, 1998); do ponto de vista sociológico, já Goffman, [1974] 1984, p. 22-23 e *passim*).

Como sugere Ivanic, esses múltiplos papéis sociais adentram a esfera subjetiva do indivíduo, a partir de processos de aprendizado social (HABERMAS, 1984), preparando-o para apresentar-se em diversos momentos e locais sociais, nos quais tais papéis se mostrem necessários. Ao mesmo tempo, a elaboração subjetiva de tais papéis é, por si, constitutiva e complementar à formação de um *self* único e autêntico, que será capaz de definir o indivíduo como tal (WINNICOTT, [1971] 2005; JOHNSTONE, 2000), ou seja: como substrato psíquico da *face* (GOFFMAN, [1967] 2006), que emerge da assunção de papéis na interação.

Essa relação entre o *self* como unidade e o *self* como construto social é um grande problema para uma interseção disciplinar que conjuga sociologia, antropologia, linguística, psicologia. E, embora, como em tantas outras questões academicamente controversas, pareça hoje claramente equivocado adotar uma postura extremada em qualquer dos dois pontos do espectro, também parece possível, ainda assim, diferenciar momentos interacionais – contextos⁵ se se preferir –, em que é mais relevante, de um ponto de vista apriorístico e, principalmente, local, um ou outro foco sobre a face utilizada *naquele momento*.

No presente trabalho, analisar-se-ão dados extraídos de um contexto em que, por definição, se torna mais relevante uma face pública. Trata-se de uma interação entre congressistas (ou parlamentares) no âmbito de uma reunião de uma comissão congressional (ou parlamentar).⁶ Como se trata de um contexto institucional (DREW; HERITAGE, 1998), espera-se que o enquadramento interacional do evento e as identidades apresentadas e mostradas relevantes na interação sejam relacionados a um local social

⁵ A noção de contexto é tão amorfa e tão controversa na sociolinguística, que provavelmente seja melhor, nesse momento, não tentar defini-la de nenhum modo e deixar ao leitor o julgamento eminentemente normativo acerca da correção da utilização do termo neste trabalho. Apenas para cumprir uma obrigação acadêmica, remeta-se o leitor para a discussão sobre a noção de contexto em Linell (1998), por todas as inumeráveis referências possíveis.

⁶ Os pares substantivo/adjetivo, congressista/congressual e parlamentar/parlamentar serão usados indistintamente no presente trabalho.

em que a publicidade é uma nota distintiva, inclusive no que diz respeito a uma potencial infinidade de ouvintes ratificados (GOFFMAN, [1974] 1984), os cidadãos, de cujo discurso o congressista é, ao menos em parte, um mero animador. (GOFFMAN, [1979] 2002).

Como veremos, no entanto, e como em tantas outras interações em contextos institucionais no Brasil, nem sempre essa expectativa se confirma localmente. Em verdade, uma ambiguidade estrutural parece dominar a própria significação social atribuída à nossa de público – por oposição a privado –, com consequências óbvias para a configuração concreta das interações em contextos institucionais, tanto no que diz respeito ao enquadramento do evento/momento interacional em si, quanto no que diz respeito à construção de identidades localmente. Os efeitos disso sobre a maneira como o direito opera em casos concretos será objeto de consideração na conclusão deste trabalho.

A dialética entre distância e proximidade no Brasil: público e privado numa lógica *fuzzy*

Uma tradição clássica de estudos interpretativos sobre a formação cultural do Brasil, que vem de Sérgio Buarque de Holanda a Roberto Damatta, passando por Raimundo Faoro e Roberto Schwartz, aponta para uma confusão bastante marcada, no Brasil, entre o domínio público e o domínio privado, que, em outras formações histórico-culturais, operariam segundo lógicas e enquadres interpretativos⁷ bastante diferentes e, em certo sentido, opostos.

É possível até mesmo dizer [...] que, no caso brasileiro, a sociedade sintetizou de modo singular o seu lado tradicional (simbolizado no paradigma da casa; ou melhor: da casa como um modelo para a sociedade) e o seu lado ‘moderno’ (representado por um conjunto de leis que deveriam tornar o país uma sociedade contemporânea). [...] Daí eu estar me referindo ao Brasil [...] como uma *sociedade relacional*. Isto é, um sistema onde a conjugação tem razões que os termos que ela relaciona podem perfeitamente ignorar. (DAMATTA, 1997, p. 24-25).

⁷ Embora o uso desse termo, neste momento, não seja uma evocação implícita do trabalho de Goffman (1986 [1974]), mas talvez antes de uma tradição interpretativa da antropologia (GEERTZ, [1983] 2000), também o conceito goffmaniano parece se encaixar bem na presente sequência textual.

No Brasil, portanto, é muito comum uma mistura de enquadres que torne “borradas” as fronteiras entre uma interação num contexto institucional e num contexto particular, ou conversacional. Ou seja: os discursos públicos parecem oscilar entre uma forma própria (prototípica, talvez) do contexto em que tais discursos seriam cabíveis e esperados, e uma forma que, sem apagar completamente traços do contexto institucional,⁸ inserem, não marcadamente – vale dizer: naturalmente –, seqüências típicas de discursos privados.

Essa característica de fusão de fronteiras entre o público e o privado parece produzir uma espécie de lógica *fuzzy* para as interações – especialmente em contextos institucionais (públicos). A estruturação discursiva dos contextos institucionais, no Brasil – ao menos em muitos deles, e certamente no que será analisado a seguir –, ao incorporar uma lógica *fuzzy* gera, igualmente, um enquadre (ou enquadramento) *fuzzy*. E isso ocorre porque esse enquadre *fuzzy* é, ele mesmo, *um enquadre primário* para a situação social. Como qualquer enquadre primário, ele contém/ implica suas próprias normas e regras, as quais, por sua vez, se impõem aos participantes *como tais*, e não pela via da consideração de outras normas características de outros enquadres primários – como o seriam, por exemplo, um debate público, como tipo ideal, ou mesmo um debate parlamentar, para manter o tema do presente trabalho.

Em outras palavras, sistemas de expectativas inferenciais e práticas⁹ são gerados pelo enquadre *fuzzy*, derivados da própria lógica *fuzzy* que o informa, e ajudam os participantes a atuarem no contexto correlato e a formularem inferências conversacionais corretas para o funcionamento da interação. No item seguinte, isso será ilustrado a partir das marcas discursivas de construção de identidades – e de suas implicações para a construção do próprio significado global da interação pelos participantes de uma reunião de uma comissão parlamentar.

⁸ Estamos aqui pensando em aspectos como os que apontam Heritage e Drew (1998), que dizem respeito tanto à forma da produção da fala-em-interação, como em relação ao conteúdo dos turnos e seqüências de tal forma produzidos. Mais sobre tais aspectos será dito no item seguinte.

⁹ *Prático*, aqui, se usa no sentido filosófico clássico de atributo relativo à ação, à conduta humana.

“Meu aplauso a Fulano, grande amigo”: a proximidade como marca institucional

Dos dados analisados

Os dados analisados nesse singelo trabalho foram extraídos das transcrições oficiais da reunião de instalação da Comissão de Redação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), que ocorreu em 20 de abril de 1988, com início às 14h30min e final em hora não registrada. Essa transcrição da reunião, que foi gravada para esse fim, está publicada no Suplemento B do *Diário da ANC*, disponível na internet.¹⁰

Embora originalmente a reunião tenha sido gravada, como diz a própria ata, os dados disponíveis são apenas os da transcrição dessa gravação. Além disso, como se poderá ver nos excertos que serão citados abaixo, essa transcrição ocorreu sem qualquer preocupação metodológica com o fato, muito conhecido para os sociolinguistas e analistas da conversa, de que toda interação face a face é, ou encerra, uma matriz semiótica (LINELL, 1998; GOODWIN, 2000), em que a fala é, se bem que o mais importante, apenas um dos componentes do significado global da interação. (GOFFMAN, [1979] 2002). Ademais, também não é costume se preocupar, na produção desse tipo de transcrição *oficial*, com o fato de que a análise da fala tal como ela se produz – com pausas, hesitações, silêncios, sobreposições, etc. – pode se revelar essencial para aclarar muito do que está ocorrendo naquele momento. Assim, os dados que se vão analisar são espécies de *textualização do discurso oral*, (in)convenientemente expurgado dos fenômenos típicos da oralidade mencionados acima, bem como de eventuais desvios de concordância, sequências sintáticas incompletas, etc.

Nada obstante, postulamos que, para os fins deste trabalho – exemplificar, através da formulação da identidade e da face dos participantes, o enquadramento *fuzzy* da interação institucional no Brasil –, todos os problemas apontados na transcrição não são essenciais. A uma, porque, em se tratando de um contexto institucional, seria de se esperar, de todo modo, um formalismo que aproximasse o discurso oral do discurso escrito.¹¹ A duas, porque, o tipo de marcador que se buscará na fala dos

¹⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 dez. 2009.

¹¹ Muito embora, para demonstrar cientificamente essa hipótese, uma análise comparativa fosse necessária entre uma transcrição detalhada e a *oficial* que se utiliza no presente trabalho. Isso, todavia, pelas razões expostas, e infelizmente, não será possível agora.

participantes – referentes a sintagmas e sequências que encerram elogios, qualificações e definições dos coparticipantes ou participantes ratificados – não parece muito vulnerável, de qualquer jeito, a particularidades do discurso oral, ou da fala em geral, que pudessem ter sido capturados por uma transcrição mais cuidadosa; vale dizer: metodologicamente orientada.

Vamos aos dados, enfim

Observações gerais

Os dados compõem-se de uma interação de 12 turnos – na sua maioria, bem longos. Trata-se, como dito, da reunião de instalação da Comissão de Redação da ANC. A Comissão de Redação já preparava a fase final dos trabalhos da Constituinte, já que o projeto que apresentaria (chamado projeto C) seria o projeto a ser votado no segundo turno do plenário da Constituinte, alguns meses depois, e, com algumas poucas alterações, se tornar-se-ia a própria Constituição, aprovada em 5 de outubro do mesmo ano (1988). Assim, embora se tratasse, inicialmente, de uma comissão intermediária, apenas para consolidar o texto, que (supostamente) tinha vindo fragmentado e incoerente da votação de primeiro turno, na verdade o trabalho dessa comissão seria essencial para o texto final.¹²

Nesses 12 turnos de fala, o primeiro e último foram exercidos pelo presidente da comissão, constituinte Ulysses Guimarães, que os utilizou, principalmente, para declarar aberta e encerrada a reunião, respectivamente, o que contribui para caracterizá-la como um contexto institucional. (DREW; HERITAGE, 1998).

Os demais 10 turnos foram assim distribuídos: mais um turno para o presidente, Ulysses Guimarães (total de três), três turnos para o relator da

¹² Ainda que – a título de comentário lateral – os constituintes, eles mesmos, parecessem não se aperceber disso, alegando que “o que há aqui é um trabalho de garimpagem, mas que não se atentou e nem se mutilou em nenhum instante em relação ao que foi decidido. E por que não? Porque o que precisávamos tirar eram palavras inúteis, redundâncias, as falhas de linguagem, isto sim”. (Excerto do primeiro turno do constituinte Bernardo Cabral, relator da comissão). Nada obstante essa alegação, note-se que, mais adiante, o mesmo interlocutor diz, por exemplo, que “toda boa técnica legislativa recomenda que se dispensem expressões exemplificativas como tanto, tais como, entre outras, especialmente. Isto saiu do texto por desnecessário”. Ou seja, o que sejam “palavras inúteis, redundâncias, as falhas de linguagem” dependeria, na verdade, ao menos num primeiro momento, da concepção que o relator tivesse sobre que tipos de componentes textuais fossem assim definidos; aparentemente sem nenhuma concepção linguística de fundo – ou mesmo nenhuma concepção linguística, a não ser uma difusa e discutível “boa técnica legislativa”.

comissão, constituinte Bernardo Cabral, dois turnos para o constituinte Plínio de Arruda Sampaio, um turno para o constituinte Afonso Arinos, um turno para o constituinte Vivaldo Barbosa, e um turno para o constituinte Siqueira Campos. Ou seja: de 15 integrantes presentes à comissão, apenas seis tiveram turnos de fala na reunião analisada.

A construção de identidades como mostra do enquadramento fuzzy

Como se disse antes, postula este trabalho que, em contextos institucionais no Brasil, tal como, com outra preocupação, havia intuído Roberto Damatta que um enquadramento *fuzzy* se constrói com misturas de notas (prototipicamente) pertinentes a contextos privados, como conversas privadas, e a contextos públicos, como (seria esperado) uma discussão parlamentar, leia-se: um debate público. Algumas notas relativas ao enquadramento de debate público já foram feitas acima: uma abertura e um encerramento solene, feitos pelo presidente que *declara*¹³ o início e o encerramento da reunião; uma troca de turnos relativamente alongados; um maior acesso à oportunidade de fala e ao tamanho do turno, de acordo com a posição institucional dos falantes – o presidente e o relator falavam mais vezes e em turnos mais longos do que os outros membros, e a maioria dos constituintes sequer se pronunciou nessa reunião,¹⁴ a escolha de termos de tratamento sempre formais, com preferência para *Vossa Excelência*, quando se trata de chamamento ou referência diretos a um ouvinte.

No entanto, o que mais interessa aqui são as permanências de atuações discursivas pertinentes, canonicamente, a enquadramentos mais privados. Dentre elas, ganha destaque a necessidade de expressa demonstração (discursiva) de amizade ou proximidade entre os participantes da interação – e mesmo em referência a terceiros, como possíveis ouvintes ratificados. Algumas vezes, a manifestação discursiva de proximidade se dá através da utilização de um modificador, nominal ou adjetivo, que serve para fixar uma definição – e, logo, uma identidade – do personagem referido como amigo. Por exemplo, no turno de abertura da reunião, o presidente Ulysses

¹³ A referência implícita aqui é ao ato de fala que Searle (1976) chama de *declarativo*, no sentido de que o próprio ato cria algo no mundo (social), que antes da pronúncia do ato não existia – atos solenes e rituais que, de resto, foram a intuição fundamental de que se valeu Austin para criar a teoria dos atos de fala.

¹⁴ Embora, como argumentaremos a seguir, isso também seja um indício do enquadramento *fuzzy* do evento analisado.

Guimarães, depois de apresentar alguns membros da comissão que iniciava, apresentou o relator da comissão, o constituinte (senador)¹⁵ Bernardo Cabral:

Excerto 1:

“O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – O Relator, por força do Regimento, como não poderia deixar de ser, é o *nosso companheiro* Bernardo Cabral, o coordenador de todo o esforço que vamos fazer para a elaboração do texto da futura Constituição do País.”

Embora aqui a estratégia discursiva utilizada não tenha sido o modificador nominal, mas o modificador adjetivo (ou adjunto),¹⁶ a escolha do pronome possessivo de primeira pessoal do plural (dêixis pessoal, cfe. LEVINSON, 2007) e a escolha lexical de “companheiro”, por contraste a “constituinte” ou “senador” (veja-se nota 9, abaixo) ajudam a compor uma identidade interacional para o cointeragente referido, típica dos enquadramentos discursivos privados – como uma conversa comum –, ou seja, uma relação de proximidade, ao invés de uma relação de distância,¹⁷ mais afeita aos enquadramentos discursivos públicos – como um debate parlamentar seria, segundo um modelo canônico.

Além disso, um tipo de definição identitária como essa, por aparentemente violar a estrutura de expectativas de um enquadramento

¹⁵ A ANC, depois de um longo e delicado arranjo político que se seguiu à eleição de Tancredo Neves para presidente em 1984, acabou sendo formada pelos membros que haviam sido eleitos, naquele mesmo ano, para as duas câmaras do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal); ficou, portanto, vencida a hipótese, defendida por vários atores da sociedade civil, de uma assembleia constituinte exclusiva, em que os constituintes fossem eleitos com mandato somente para esse trabalho. Por isso, foi chamado, pela literatura científico-política de *Congresso* Constituinte, em vez de *Assembleia* Constituinte, se bem que esse último nome ficou popularizado no léxico geral. No presente trabalho, procuramos optar somente por qualificar os personagens da interação como “constituintes”, as mais das vezes. Aqui, a referência ao fato de o relator Bernardo Cabral ser também senador foi enfatizado apenas para estabelecer o contraste da escolha lexical feita no trecho que vem a seguir, em comparação às múltiplas identidades institucionais que estavam, por assim dizer, à mão naquele momento. (Cfe. sobre um pouco da história da ANC: BONAVIDES; ANDRADE, 2006; PÁDUA, 2008.

¹⁶ As nomenclaturas sintáticas estão aqui sendo tiradas, sem maior preocupação com o debate sintático-teórico propriamente dito, de Azeredo (1997).

¹⁷ Para uma exploração teórica das marcas de proximidade v. distância na interação discursiva (ABRITTA, 2009).

(típico ou canônico) de discurso público, poderia gerar, do ponto de vista pragmático, uma implicatura conversacional que induziria a uma inferência de ironia dos cointeragentes – aqui, por violação da máxima tanto da quantidade, quando da relação (cfe. GRICE [1975] 2006). No entanto, nos dados analisados, os participantes não só parecem não fazer essa implicatura – o que indica o cancelamento parcial das máximas citadas, como parte do tipo de atividade institucional ali desenvolvida (cfe. LEVINSON, 1998) –, senão, ao contrário, parecem reconhecer sua pertinência e mesmo a necessidade no tipo de interação ali desenvolvida. No turno seguinte, o relator Bernardo Cabral, após receber a palavra do presidente da comissão, também adere à mesma prática de marcação de proximidade:

Excerto 2:

“O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – [...] Vamos ouvir o Relator.

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – [...] E aqui preciso fazer um elogio à nossa equipe, com a coordenação do *nosso* Konder Reis. Foi um trabalho árduo, difícil, porque os direitos e deveres individuais estavam todos misturados, à medida que as emendas foram sendo aprovadas.”

Novamente, aqui, o pronome possessivo de primeira pessoa do plural, marcando a proximidade como marca identitária, porém agora sem adjetivo, o que sugere ainda mais fortemente a proximidade, já que refere uma relação tão próxima que entra no mesmo campo semântico da posse pura e simples. É ainda interessante notar, no mesmo turno do relator, justamente a mescla de traços de discurso privado e público, que aqui se vem chamando de enquadramento *fuzzy*. Ao se referir, linhas antes, ao mesmo constituinte Konder Reis, o relator alterna proximidade, quando o chama por somente um sobrenome, sem marca institucional – mas acompanhado de uma definição novamente marcada pelo possessivo de primeira pessoa do plural –, e distância, quando se refere a ele como o “Prof. Konder Reis”:

Excerto 3:

“O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – [...] Além do plenário, e uma tarefa que consome nosso tempo até a madrugada. Pedimos *ao Konder, nosso técnico* no PRODASEN, que fosse compondo

isso. [...] Isso foi uma longa conversa que tivemos com o Prof. José Afonso, quando, logo no começo, estávamos no gabinete do Senador Mário Covas, e com o *Prof. Konder Reis*, porque fica melhor ‘República Federativa do Brasil’ para ficar um texto uniforme.”

A estratégia de marcar a identidade do cointeragente como pessoa próxima, de convívio privado também aparece na fala de outros membros da reunião. E a obrigação de usar essa estratégia¹⁸ parece crescer, paradoxalmente, com o grau de importância institucional *ex ante* da pessoa que fala.¹⁹ O constituinte (senador) Afonso Arinos, o decano da comissão, ex-presidente dela, e um dos mais importantes políticos e juristas da História da República brasileira, foi especialmente pródigo no uso da estratégia discursiva de inserir proximidade na definição da identidade das pessoas referidas:

¹⁸ De certa maneira, ao falar que há aqui uma “obrigação”, perde um pouco o sentido falar de “estratégia discursiva”, já que estratégia parece ter o uso acompanhado de uma implicatura (convencional, digamos) de atividade deliberada, planejada, calculada, até. Aliás, essa é a base para que o filósofo social Jürgen Habermas (1984) distinga as ações sociais em “estratégias” – voltadas para um fim utilitário – e “comunicativas” – voltadas para o alcance de um entendimento (*verständigung*). O uso, neste trabalho, se justifica pela tradição que o sintagma “estratégia discursiva” já ganhou na sociolinguística interacional, mesmo quando se trata de opções discursivas não (totalmente) deliberadas ou utilitárias. Para uma discussão terminológica desse tipo no âmbito da sociolinguística, no entanto, cf. Ide (1989). Mais será dito sobre essa dualidade estratégia v. obrigação discursiva no item 4, abaixo.

¹⁹ À objeção natural que se faria, do ponto de vista da etnometodologia, a essa consideração que de qualquer coisa *ex ante* em relação à interação propriamente dita, devemos responder que, de um lado, os dados não favorecem a que se possa, por exemplo, encontrar pistas paralingüísticas da importância social que um personagem qualquer traga para a interação; e, de outro lado, todas as informações que demos, sucintamente, sobre a biografia deste personagem específico podem ser legitimamente supostas como parte dos esquemas cognitivos dos demais co-interagentes, todos políticos profissionais/experientes. Lateralmente, devo dizer que esse é um limite natural para o radicalismo socioconstrucionista: os esquemas mentais de conhecimento, embora estejam sempre presentes na atividade humana consciente, muitas vezes permanecem implícitos mesmo no curso de todo um episódio de interação, ou só são encontrados se especificamente procurados, talvez mesmo caricaturalmente como em Van Dijk (2004). De todo modo, há ao menos uma pista nesses dados que sugere explicitamente a importância institucional do constituinte Afonso Arinos: ele foi o primeiro a falar depois do presidente e do relator, e teve o maior turno de fala dentre os que não tinham uma função específica na comissão.

Excerto 4:

“O SR. CONSTITUINTE AFONSO ARINOS: – [...] Então, a presença do Prof. Celso Cunha para mim é grata e significativa. *Somos velhos amigos*. Posso dizer até mais, que *fui amigo do seu pai*, Tristão da Cunha. E conheço bem a obra de Celso Cunha.[...] Eu acho muito importante que V. Exa., Sr. Presidente, tenha designado o *nosso Relator*, a quem rendo aqui as homenagens *da minha grande amizade* e pelo esforço que fez durante todo o decurso desse trajeto que estamos vivendo [...].”

O constituinte Afonso Arinos, nesse trecho, não só apresenta uma definição identitária de um personagem referido a partir da amizade, uma das formas prototípicas de proximidade social – aqui, não através propriamente de um modificador, mas de um predicativo nominal (“somos velhos amigos”) –, mas reforça essa proximidade através da construção da sua própria identidade, a partir da amizade com o pai daquele mesmo personagem: ou seja, tanto a identidade do personagem referido (Celso Cunha) como a do próprio falante (Afonso Arinos) podem ser construídas, no contexto da interação analisada, pela proximidade mútua e transgeracional entre os dois, por assim dizer. A mesma estratégia de definição da identidade do outro, a partir da própria identidade do falante, é usada, no mesmo trecho, para marcar a proximidade entre o falante e o relator, referido posteriormente: o falante enuncia, reflexivamente, a sua proximidade com o ouvinte direto (endereçado), mais uma vez com um possessivo de primeira pessoa do singular – e um adjetivo de intensidade – (a “minha grande amizade”). Com esse movimento discursivo, nomeadamente por usar e nominalizar o termo para marcar a amizade (“minha amizade” v. “meu amigo”), o falante deixa também implicada a amizade que o personagem referido (relator), endereçado, também tem por ele, sendo essa a fonte das *homenagens* que eram rendidas a este último. Obviamente, é também essa a definição principal – por oposição à relação institucional: ambos são congressistas – da relação que se estabelece entre os dois no contexto da comissão constituinte de que participam.

Se voltarmos, pois, às duas discussões iniciais, travadas no início deste trabalho, a saber: (i) a identidade-na-interação – em grande parte, ao menos – como um produto da construção feita na e pela própria interação discursiva; (ii) a presença de um enquadramento *fuzzy* que parece permear as interações discursivas que se definiriam, idealmente, como públicas,

em contextos institucionais brasileiros, agora é possível unir as duas perspectivas para enunciar que:

(I) o enquadramento na reunião analisada, no presente trabalho, oscila entre traços distintamente públicos, tais como a estrutura de transmissão de turnos, a distribuição abertamente desigual da oportunidade de falar, uma abertura e um encerramento solenes *declarados* pelo presidente da reunião, termos de endereçamento formais; e traços distintamente privados como o que se verá a seguir;

(II) a construção da identidade dos participantes da reunião, uma atividade primordial para a reunião de instalação de uma comissão, que trabalhará junto por semanas, se dá, muitas vezes, por estratégias discursivas que marcam proximidade entre os cointeragentes, seja através do uso de possessivos de primeira pessoa, para fixar uma dêixis social de relacionamento próximo/privado, seja através da própria utilização de orações e modificadores que definem o personagem referido na fala – ou o próprio falante – como “amigo”;

(III) essas estratégias discursivas de construção de identidade privada num contexto institucional – que continua a ser tratado com tal, através de traços discursivos tais como os citados no item I, acima – não só não geram implicaturas conversacionais irônicas ou ofensivas, mas também parecem ser obrigatórias na interação analisada, como parte da estrutura de expectativas do evento, no que respeita à fala dos cointeragentes;

(IV) todavia, essas construções identitárias de proximidade/amizade convivem com outras que marcam o contexto institucional em que estão inseridas, tais como os já citados termos de endereçamento formais, principalmente o pronome de tratamento *Vossa Excelência*; e outros adjetivos de definição do endereçado, tais como *Prof.*, *Constituinte*; *Relator*;

(V) essa mistura de formações e construções de contexto, em que características públicas e privadas convivem, se complementam e deixam de se opor, compõem um espécie de enquadramento *fuzzy*,

em que os cointeragentes parecem ter expectativas interacionais misturadas em relação ao domínio do discurso (público ou privado) acionado.

Uma discussão conexa

Vimos, no presente trabalho, que as marcas de proximidade que se mostram paradoxalmente permeadas no discurso, em um contexto tipicamente institucional (uma sessão de uma comissão parlamentar), fazem parte de um enquadramento *fuzzy* que se estabelece no âmbito desse momento interacional. Em outras palavras, como parte do enquadramento, tais marcas de proximidade se inserem, como demonstrado no presente trabalho, nas definições dos participantes sobre “o que é que está acontecendo” e, pois, fazem parte da estrutura de expectativas e definições situacionais, que permitem aos participantes reconhecer a natureza de sua interação e como produzir e reconhecer significados nas suas ações (GOFFMAN [1974], 1984); ações discursivas para o que interessa no presente trabalho.

Também vimos que esse enquadramento é *fuzzy* porque essas marcas de proximidade não fazem parte de um enquadramento secundário (transformação), fabricado ou reconhecido. Ao contrário, elas são vocalizadas e tornadas expressas pelo discurso; sua recepção é reconhecida pelos destinatários e não geram quaisquer implicaturas conversacionais (pense-se nos pronomes possessivos como em “o nosso Konder”, no excerto 3, acima, por exemplo). Trata-se, pois, de um enquadramento primário, batizado *fuzzy* justamente por reunir elementos paradoxais.

Ao mesmo tempo, na qualidade de enquadramento, esses elementos de conduta observados assumem a posição (dentre outras) de regras, ou melhor: de normas sociais²⁰ (GOFFMAN, 1974, p. 24-25). Os participantes não só se orientam para as expectativas geradas pelo e constitutivas do enquadramento, mas também *têm de* se orientar por essas expectativas se querem se sentir (adequadamente) participantes da interação em questão. Assim, as *estratégias* utilizadas para indicar proximidade e mesmo amizade, nos dados analisados, não parecem bem-estratégias – de face,

²⁰ Conforme Brandom (1998), para um longo estudo filosófico sobre a natureza constitutiva das normas derivadas de práticas sociais (e, pois, não escritas, mas praticadas), como base para a adequação de conduta e para a formação de inferências sobre comportamentos discursivos em geral.

como seria de esperar, num primeiro momento –, no sentido de que não são bem-escolhas utilitárias que os cointeragentes fazem com o objetivo de alcançar algum fim específico (como alcançar maior aceitação para as suas propostas e/ou argumentos, por exemplo). Esses movimentos discursivos, por assim dizer, se caracterizam melhor; portanto, como parte das expectativas geradas pelo enquadramento *fuzzy* da interação analisada, e, como tal, embora sejam trabalhos de face, se mostram como *exigências normativas* derivadas das práticas sociais estabelecidas, tal como Ide (1989) identificou em interações japonesas, com apoio na dualidade habermasiana já citada. (Nota 14, acima).

Logo, interessante, a construção da identidade de cada cointeragente, como próximo, ou mesmo amigo dos demais cointeragentes, parece uma exigência normativa – e não uma estratégia de polidez. (BROWN; LEVINSON, [1987] 2008) – atrelada a um enquadramento *fuzzy*, misto de público (institucional) e privado (relações de amizade), que permeia e estrutura a interação em comissões parlamentares, tal como a estudada neste trabalho. Damatta (1997) assinalou essa como uma característica geral da construção da cultura brasileira.

Observações finais

Os estudos empíricos (neste caso, um estudo de análise qualitativa) têm o grande inconveniente de serem menos *glamourosos* e muito mais trabalhosos do que estudos conceituais. Nas páginas deste trabalho, por exemplo, vê-se quanto espaço tem de ser despedido para apresentar uma análise bastante limitada tematicamente.

No entanto, sem estes estudos, aspectos práticos de efetiva concretização do direito serão sempre omitidos ou, no melhor dos cenários, imaginados como hipóteses em experimentos de pensamento. Ao tratar de Direitos Humanos, cidadania, normas jurídicas, julgamentos, etc., é preciso notar que esses conceitos só se tornam relevantes quando ganham enquadramento, reforço e concretude em situações concretas de práticas jurídicas. Estudar essas situações implica estudar as maneiras, formas, os procedimentos e protocolos pelos quais os diversos atores jurídicos lidam com as normas e os conceitos do direito e como ambos são operacionalizados como aspectos positivos ou negativos de experiências, atividades e bens sociais.

No exemplo de análise acima, pôde-se notar que, mesmo em contextos jurídicos altamente institucionalizados, marcas de proximidade, estratégias de pessoalização e formas de tratamento privados são indispensáveis para permitir o debate e o trabalho institucional de criar normas. Um modelo conceitual que tratasse a atividade legislativa, como uma circulação de ideias, uma composição de interesses ou uma discussão de princípios e ideologias (cfe., p. ex., ATIENZA, 1989), seria, portanto, incompleto, no mínimo. Também incompletas são referências eventuais à *intenção do legislador*, assim como a sua rejeição apriorística, como se não houvesse negociações sociais e discursivas de várias ordens na atividade legislativa. (PÁDUA, 2012).

Parece claro, enfim, que, para que a ciência do Direito realmente sirva para ser *crítica* ou *construtiva*, ela precisa avançar para ver seu objeto de estudo como um sistema de práticas, que seguem ou não modelos conceituais e predicados lógicos desenvolvidos internamente pela academia. Do contrário, cidadania, Direitos Humanos, etc. serão (ou continuarão sendo) apenas expressões de livros, manifestos e declarações.

Referências

ABRITTA, Carolina Scali. O gerenciamento das relações sociais e as várias facetas do poder em uma audiência de conciliação. SANTOS, Leonora Werneck dos (Org.). In: CONGRESSO DA ASSEL-RIO, 15., 2009, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

ATIENZA, Manuel. Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, v. 6, p. 385-403, 1989.

ATIENZA, Manuel. El postpositivismo. *Doxa*, v. 6, p. 385-403, 1989.

AZEREDO, José Carlos de. *Iniciação à sintaxe do Português*. 4. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB, 2006.

BRANDOM, Robert B. *Making it explicit: reasoning, representing & discursive commitment*. Cambridge: Harvard University, 1998.

BROWN, Penelope; LEVINSON, Stephen C. [1987]. *Politeness: some universals in language use*. Cambridge: Cambridge University, 2008.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 21, v. I, p. 209-220, 1998.

- COULTHARD, Malcolm; JOHNSON, Alyson. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 3, p. 37-44, 2005.
- DAMATTA, Roberto. Conversa para receber leitor. In: _____. *A casa & a rua: espaço cidadania, mulher e morte no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997., p. 11-28.
- DREW, Paul; HERITAGE, John. Analyzing talk at work: an introduction. In: _____. *Talk at work: interaction in institutional settings*. Cambridge: Cambridge University, 1998. p. 3-65.
- GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1967.
- GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. 2nd ed. Cambridge: Basic Books, 2000.
- GOFFMAN, Erving [1967]. On face-work: an analysis of ritual elements in social interaction. In: JAWORSKI, Adam; COUPLAND, Nicholas (Ed.). *The discourse reader*. 2nd ed. New York: Routledge, 2006. p. 299-310.
- _____. [1974] *Frame analysis: an essay on the organization of experience*. Boston: Northeastern University, 1984.
- _____. [1979] Footing. In: RIBEIRO, Branca Telles; GARCEZ, Pedro M. (Org.). *Sociolinguística interacional*. São Paulo: Loyola, 2002., p. 107-148.
- GOODWIN, Charles. Action and embodiment within situated human interaction. *Journal of Pragmatics*, n. 32, p. 1489-522, 2000.
- GRICE, Herbert Paul. [1975] Logic and conversation. In: JAWORSKI, Adam; COUPLAND, Nicholas (Ed.). *The discourse reader*. 2nd ed. New York: Routledge, 2006. p. 66-77.
- HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Trans. Thomas McCarthy. Boston: Beacon, 1984. v. 1.
- IDE, Sachiko. Formal forms and discernment: two neglected aspects o universals of linguistic politeness. *Multilingua*, v. 8, n. 2/3, p. 223-248, 1989.
- IVANIC, Roz. *Writing and identity*. Amsterdam and Philadelphia: John Benjamins, 1998.
- JOHNSTONE, Barbara. The individual voice in language. *Annual Review of Anthropology*, v. 29, p. 405-24, 2000.
- LEVINSON, Stephen C. Activity types and language. In: DREW, Paul; HERITAGE, John. *Talk at work: interaction in institutional settings*. New York: Cambridge University, 1998. p. 66-100.

_____. *Pragmática*. Trad. de Luís Carlos Borges e Anibal Mari. São Paulo: M. Fontes, 2007.

LINELL, Per. Discourse across boundaries: on recontextualizations and the blending of voices in professional discourse. *Text*, v. 18, n. 2, p. 143-57, 1998.

MADRAZO, Alejandro. From revelation to creation: the origins of text and doctrine in the civil law tradition. *Mexican Law Review*, v. 1, n. 1, p. 3-66, jul./dez. 2008.

PÁDUA, João Pedro C. V. *A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. 2008. 203f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Orientadora: Gisele Guimarães Cittadino, 2008.

_____. Norm-enacting activity as an object of study in forensic linguistics. In: TOMLBIN, Samuel et al. (Ed.). *Proceedings of the tenth biennial conference of the International Association of Forensic Linguistics*. Birmingham, UK: Aston University, 2012. p. 104-114. Disponível na internet: <<http://www.forensiclinguistics.net/iafl-10-proceedings.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

_____. Vale o que está escrito: considerações em torno da relação entre direito e escrita. *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUC-RIO, n. 38, p. 112-32, jan./jul., 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. v. 1.

SARANGI, Srikant. Reconfiguring Self/Identity/Status/Role: The case of professional role performance in healthcare encounters. In: ARCHIBALD, J.; GARZONE, G. (Ed.). *Actors, identities and roles in professional and academic settings: discursive perspectives*. Berna: Peter Lang, 2010. p. 27-54.

SEARLE, John R. A classification of illocutionary speech acts. In: HYMES, Dell (Ed.). *Language in society*. Cambridge: Cambridge University, 1976. p. 1-23.

WATSON, Rod. *Analysing practical and professional texts: a naturalistic approach*. Farnham: Ashgate, 2009. (Kindle® Edition).

WINNICOTT, Donald W [1971]. *Playing and reality*. New York: Routledge, 2005. (Routledge Classics).

DOGMÁTICA E CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA (OU DA VOCAÇÃO DA DOUTRINA EM NOSSO TEMPO)*

Otávio Luiz Rodrigues Junior **

Colocação do problema

Na Introdução da obra coletiva sobre a Lei de Modernização do Código Civil alemão de 2002, organizada por Horst Ehmann e Holger Sutschet, encontra-se uma advertência perturbadora, que vale a transcrição literal:

Na [exposição de] motivos do antigo legislador do Código Civil lê-se frequentemente que certa questão é deixada nas mãos da Ciência [do Direito] ou da jurisprudência. Nos materiais [estudos e justificativas] da Lei de Modernização, por outro lado, lê-se, na maioria das vezes, que a controvérsia [literalmente, a questão] deve ser deixada a cargo da jurisprudência. Não se trata de uma casualidade; por detrás disso esconde-se um menosprezo à doutrina, à qual se aplica a maldição de Mefistófeles:

‘Despreza somente a razão e a Ciência,
A força suprema do homem [...]
E ainda que não se tenha entregado ao diabo,
De todos os modos estará perdido!’¹

* Texto originalmente publicado na *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. A versão atual foi modificada e atualizada.

** Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito Civil – Universidade de São Paulo. Estágios pós-doutorais na Universidade de Lisboa e no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*-Hamburgo, com bolsa da Sociedade Max-Planck.

¹ No original: “*In den Motiven des einstigen BGB-Gesetzgebers (1900) heit es des fteren, da diese oder jene Frage Wissenschaft und Rechtsprechung bertlassen bleiben soll. In den Materialien*

Esse trecho revela a crise da histórica divisão de funções entre a doutrina e a jurisprudência, pela qual competia à primeira a “tarefa de projetar a compreensão geral das normas individuais em relação à totalidade do Direito e assim dar em caráter geral à jurisprudência [*Rechtsprechung*] a ajuda necessária para que reflita sobre as regras gerais teóricas em sua aplicação em um caso concreto”.²

Não é o direito civil o único campo no qual se observa esse estado de coisas. Um expoente da dogmática criminal alemã contemporânea, como Ingerborg Puppe, denuncia que os tribunais superiores de seu país têm assumido comportamento autárquico em relação à doutrina. O uso de conceitos jurídicos indeterminados, especialmente na distinção entre dolo, culpa e tentativa, serve de biombo para a atitude pretoriana de se evadir do debate com a doutrina e, com isso, exercer de modo arbitrário o *ius dicere*.³

No direito italiano, ainda nos anos 70, Pietro Perlingieri ressaltava a renúncia da doutrina a seu papel histórico. Chegou-se ao paradoxo de ter a doutrina perdido prestígio e credibilidade, ou haver desconhecido sua missão: a crítica das decisões judiciais e a conformação do sistema jurídico.⁴

No Brasil, é sensível a diminuição de citações doutrinárias nos acórdãos ou nas decisões monocráticas dos tribunais superiores. A partir da observação empírica dos julgados mais recentes dessas cortes, não deveria ter causado sensação o que afirmou um então ministro do STJ, ao proclamar que não

des Modernisierungsgesetzes heißt es demgegenüber zumeist, daß die Frage der Rechtspredung überlassen bleiben soll. Das ist kein Zufall; dahinter verbirgt sich eine Verachtung der Wissenchaft, für welche der Fluch des Mephistopheles gilt:

‘Verachte nur Vernunft und Wissenschaft,

Des Menschen allerhöchste Kraft,...

Und Hätt’ er sich auch nicht dem Teufel übergeben,

Er müßte doch zugrunde gehn!’ (EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*. München: Vahlen, 2002. p. 13).

² EHMANN; SUSTSCHET, op. cit., p.14.

³ “A jurisprudência – pelo menos entre nós – de há muito está decidida a caminhar sem a ajuda da ciência do direito. O resultado disso, como demonstrado a partir dos exemplos da jurisprudência sobre o dolo de homicídio e a desistência da tentativa de homicídio é a insegurança jurídica e arbítrio.” (PUPPE, Ingeborg. *Ciência do direito penal e jurisprudência*. Trad. de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 14, n. 58, p. 113, jan./fev. 2006).

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 21-22.

lhe importava o que pensavam os doutrinadores; para fundamentar seus votos bastar-lhe-iam o notório saber jurídico e sua investidura constitucional.⁵

A redescoberta contemporânea do sistema romano-germânico pelos juristas de *Common Law* deveu-se, em grande medida, a John Henry Merryman, que realizou pesquisa rigorosa sobre o método, as escolas e os fundamentos do direito, que se desenvolvia no Continente. O interesse desse autor foi despertado quando ele notou que havia um direito dos *professores* e não um direito dos *juízes*, como é o existente em sua pátria, os Estados Unidos da América.⁶

É sobre a crise desse direito dos *professores*, nascido dos que ensinam (e por isso também aprendem, *docendo discimus*), o objeto deste artigo. O exame do problema posto demandará a abordagem de três questões: a) que é a doutrina e para que ela serve; b) quais as razões da crise da doutrina em nosso tempo; c) como devem se relacionar a doutrina e a jurisprudência contemporaneamente. A conclusão do estudo, além da sistematização de seus resultados, procurará responder, tanto quanto possível, qual a vocação da doutrina em *nosso tempo*. Não por acaso, esse é o subtítulo do artigo.

⁵ “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o Superior Tribunal de Justiça decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como estes ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não Somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (AgRg nos EREsp 319.997/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 14.08.2002, DJ 07.04.2003, p. 216). Há incisiva contestação – doutrinária – dessas palavras no seguinte ensaio: STRECK, Lenio Luiz. Ao contrário do ministro, devemos nos importar (muito) com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=23310>. Acesso em: 1º ago. 2008.

⁶ MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2007, passim. Há versão em português: MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: S. Fabris, 2009.

Que é doutrina e qual sua função?

Origens etimológica e teológica da doutrina

A palavra *doutrina*, segundo a boa etimologia, é oriunda do Latim (*doctrina, ae*) e refere-se a *docere*, ensinar. Em português, a palavra “acumulou os significados de ‘ciência, saber, erudição, ensino”⁷. Os antigos Pais da Igreja, no movimento conhecido como Patrística, elaboravam obras de *doutrina* para os recém-convertidos à fé verdadeira do Cristo. Eles escreviam a partir de seus *ensinamentos* nas pregações ao povo. Surge a noção da *doutrina* da Igreja, os ensinamentos baseados na autoridade (moral e intelectual) dos homens que conviveram com Jesus ou com seus primeiros discípulos e, com base na sucessão apostólica, transmitiam essas verdades aos cristãos. O bispo, na sé diocesana, possuía uma cadeira, de onde, sentado, ensinava aos assistentes as verdades eclesiásticas. Essa cadeira era a cátedra, daí se falar em igreja catedral.

Diferentes acepções da doutrina

Considerações iniciais

Essa concepção teológica de doutrina foi transposta para o direito. Nesse processo de adaptação, surgiram diferentes acepções de *doutrina*: (a) é a opinião de certos juristas, unanimemente respeitada e consolidada no tempo, que ganhou força normativa por ato do soberano, tornando-se verdadeira fonte do direito; (b) é o conjunto de princípios extraídos das decisões judiciais, por meio de indução, que se tornam aplicáveis a outros casos, como autênticos modelos; (c) é o ensinamento dos mestres (*magister*) da Ciência do Direito, proferido em razão de sua autoridade universitária ou de seu reconhecimento pelos pares, como saber digno de acatamento uniforme e reiterado.

Primeira acepção: (a) doutrina obrigatória pela vontade do príncipe

A acepção (a) tem bons exemplos históricos. No Dominado, em Roma, a decadência dos costumes não se limitou à sociedade imperial e chegou ao Direito. Houve explosão de glosas e comentários a textos de leis, *senatusconsultos*, editos dos pretores e sentenças de grandes expoentes da

⁷ HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Verbete “doutrina”. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=doutrina&styp=k>>. Acesso em: 1º ago. 2008.

jurisprudência clássica.⁸ Essa prolífica criação doutrinária deu causa a abusos, seja por meio de escritos que deturpavam obras antigas, seja pela utilização de citações capciosas, apresentadas a juízes incultos, falsamente atribuídas a renovados jurisprudentes do passado. A mais famosa intervenção de Roma contra essas práticas foi a “Lei das Citações”, de 426, uma constituição imperial baixada por Teodósio II e Valentiniano III, pela qual se reconheceu a autoridade dos jurisconsultos Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino.⁹ Esses eram os únicos doutrinadores recitáveis em petições e julgamentos. Ressalvavam-se os autores por eles referidos, desde que se trouxesse a fonte original comprobatória da citação. Esse conjunto de juristas recebeu o nome sugestivo de “Tribunal dos Mortos”, pois se realizava o cotejo de suas opiniões e, no caso de divergência entre elas, prevalecia a tese seguida pela maioria. Se houvesse empate, a *opinio* de Papiniano preponderaria.¹⁰

Na Idade Média, no Reino de Castela, houve atos normativos que reconheceram a autoridade das opiniões de Bartolo de Saxoferrato e Baldo de Ubaldis, com a “Lei das Citações de Madri”, baixada por El-rey D. João II.¹¹

⁸ Modernamente, a palavra *jurisprudência* é usada para referir o conjunto de decisões dos tribunais. Esse não é o único sentido, porém. *Jurisprudência* (*iurisprudentia*) é a Ciência do Direito, como ainda se usa no idioma alemão, a atividade cometida ao *prudens* (o perito em matéria jurídica) de *ius dicere* (dizer ou interpretar o Direito). Os jurisprudentes eram inicialmente os pontífices, sacerdotes romanos da religião pagã. Com a dessacralização do Direito, em fins do século IV e início do século III A.C., a atividade foi assumida pelos estudiosos da Ciência Jurídica. A era de ouro da *Jurisprudência* corresponde ao período entre 27 a.C. (Otávio Augusto) e 235 d.C. (dinastia dos Severos). São representantes desse período, dito clássico, os juristas Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino. Alguns deles foram mortos por razões de Estado, ante haverem feito a opção pelo rigor de suas posições científicas em detrimento da vontade do imperador. Papiniano, *ad exemplum*, foi condenado à morte por Antonino Caracala em decorrência de sua negativa a justificar o homicídio praticado pelo imperador contra seu próprio irmão. (IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 12. ed. Barcelona: Ariel, 1999. p. 36-38). A. Santos Justo (*Direito privado romano: parte geral* (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos). 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 1, p. 56) adverte que “a *iurisprudentia* romana aproxima-se da doutrina actual”.

⁹ MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de direito romano: parte introdutória e geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 120. t. 1.

¹⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 44. v. 1.

¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 161. v. 1.

Em Portugal, as Ordenações Afonsinas (1446-1447) definiram como fontes do direito lusitano a lei, o costume e o estilo da Corte, este último correspondente à jurisprudência dos altos tribunais, marcada pela ideia de reiteração e de constância.¹² Como instrumento de integração das lacunas, indicavam-se o Direito Romano, o Direito Canônico, a glosa de Acúrsio, as opiniões de Bartolo e a vontade do rei.¹³ Ainda aqui, a doutrina (glosa e opiniões) assumia o caráter de fonte jurídica por reconhecimento do Estado. Ela era *veículo* do direito, não por ser doutrina, mas por se equiparar à norma jurídica. As Ordenações Manuelinas (1521) abrandaram a relevância da glosa e admite-se o recurso à *opinio communis doctorum*, para se combater os excessos nas citações de Acúrsio e de Bartolo.¹⁴

Segunda acepção: (b) doutrina jurisprudencial

A acepção (b) é denominada *doutrina jurisprudencial*. Essa nomenclatura é equívoca, pois confunde o trabalho das Cortes de justiça com a *opinião dominante* dos doutores, equiparando-as, pois encontra certo prestígio entre autores contemporâneos. Seu conteúdo deriva da união de sentenças e de escritos (comentários, artigos, manuais), que servem de fundamento às decisões dos juízes, os quais formam a *opinio iuris* (opinião dominante). Por meio dessa doutrina, concretizar-se-iam cláusulas gerais (boa-fé, bons costumes) e permitir-se-ia a evolução do direito.¹⁵

Díez-Picazo e Gullón também mencionam a existência de uma “doutrina jurisprudencial”, que viria a ser “um corpo de doutrina, que possui a autoridade que lhe proporciona o órgão da qual emana e que deve entroncar-se nas funções que dito órgão realiza em relação com o ordenamento jurídico”. Em regra, para esses autores, o órgão com autoridade para criar essa doutrina é o Tribunal Supremo, equivalente espanhol ao brasileiro Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, a doutrina jurisprudencial apresentaria três funções: i) *interpretativa em sentido estrito*, por meio da qual o Tribunal Supremo estabeleceria o alcance, a inteligência ou o significado de expressão ambígua ou obscura de determinado preceito

¹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 304-308. v. 3.

¹³ COSTA, op. cit. p. 308-317.

¹⁴ *Ibidem*, p. 314-316.

¹⁵ HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: S. Fabris, 2005. p. 58.

de lei; ii) *integradora*, de nítida feição criativa, que permite estender preceitos legais ou conceitos indeterminados a casos não regidos por normas específicas; iii) *veículo para aplicação dos princípios gerais do Direito*, os quais preexistem à jurisprudência e são fontes autônomas do Direito, mas que recebem a consagração pela jurisprudência no caso concreto.¹⁶

Terceira acepção: (c) doutrina propriamente dita

A terceira (c) é a que se enquadra no conceito contemporâneo de doutrina.

Crê-se que a doutrina como *ensinamento magisterial*, para os fins de delimitação e conceituação ora empreendidos, deve ser distinguida de espécies aproximadas, que se opta por denominar de *doutrina-norma* e *doutrina-parecer*. Examinem-se essas duas espécies:

α) *Doutrina-norma*: é a existente em algumas fases da História, como sendo a *opinio iuris* indicada expressamente em lei como regra jurídica, ao estilo da constituição do Tribunal dos Mortos. É o equivalente moderno da doutrina reconhecida pelo príncipe com força normativa (acepção [a]). Nos dias atuais, tem-se, como resquício dessa natureza normativa da produção intelectual, os pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União, que, se aprovados e publicados, juntamente com o despacho presidencial, obrigam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.¹⁷ O curso do despacho do presidente da República empresta caráter genérico ao parecer e faz com que suas conclusões dilatem-se a outras hipóteses de fato. As opiniões nele contidas não valem pela autoridade de quem as proferiu, tão-somente, mas por seu reconhecimento formal pelo chefe do Poder Executivo, após obediência a procedimento legalmente estabelecido.

β) *Doutrina-parecer*: a contratação de advogados para que se pronunciem sobre determinado direito controvertido em juízo ou em fase prejudicial é prática antiga. Confunde-se com as próprias origens do direito. Os antigos jurisperitos romanos começaram suas atividades por meio das respostas a questionamentos dos interessados, que com eles se aconselhavam sobre a melhor forma de propor uma ação ou de como se conduzir em juízo. A função de *respondere*, “resolver casos práticos, através

¹⁶ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, op. cit., p. 157-158.

¹⁷ Art. 40, Lei Complementar 43, de 10-2-1993, DOU 11-2-1993.

de pareceres (*responsa*) dados a particulares ou a magistrados”, era considerada a mais importante de todas as atribuições da *iurisprudencia* (a Ciência do Direito em Roma), como salienta Justo.¹⁸ Nesse contexto histórico, essa atividade era *descomprometida*, porquanto não se admitia qualquer compensação pecuniária (D. 50, 13, 1, 5).¹⁹

Na atualidade, a regra é o pagamento por essas respostas jurídicas. A esperada isenção do parecerista ante quem lhe paga por uma opinião jurídica foi objeto de irônica crítica por Piero Calamandrei. O autor italiano ataca com ferocidade o expediente de se acostarem às petições os pareceres “a que chamam ‘para a Verdade’, como se quisessem nos fazer crer que, nessas consultas pagas, não pretendem atuar como patronos partidários, mas como mestres desinteressados que não se preocupam com as coisas terrenas”.²⁰

A visão do Direito como ciência (ou arte, ao estilo de alguns) *neutra* é atualmente criticável.²¹ A tomada de posição ideológica, ainda quando se afirma não o fazer, é inerente à natureza do pensamento jurídico, como de resto essa é uma decorrência do reconhecimento da *impureza* humana. Não há neutralidade em assuntos humanos, como afirma Vasconcelos.

Feita essa observação, é também equívoco admitir que a falta de neutralidade no Direito confunda-se com a admissão pura e simples do parecer, como uma peça doutrinária de semelhante dignidade a um manual ou a uma tese de doutorado. Na Alemanha, até agora pelo menos, existe sensível diferença entre a função magisterial e a função operativa, respectivamente atribuída a professores e a advogados (e, por extensão, a juízes e promotores). Dos primeiros espera-se a emissão de juízos tendencialmente abstratos e ligados ao plano teórico. Aos segundos, por sua atividade profissional, aguarda-se o fornecimento de casos concretos, os quais findarão em acórdãos e, por sua vez, tendem a constituir a jurisprudência, índice de aplicação (maior, menor ou nenhuma) das teorias. Dividem-se bem os planos e, por assim, o parecer não é considerado como peça doutrinária autônoma, ainda que ele haja influenciado o juiz da causa. Em países como a Itália e o Brasil, no entanto, há essa íntima

¹⁸ SANTOS JUSTO, op. cit. p. 86.

¹⁹ “Na época republicana é eminentemente criadora e tem por suporte uma *auctoritas* (saber socialmente reconhecido) inequivocamente expressa na consideração dos *iuris periti* como *principes civitatis* e da sua casa como *oraculum civitatis*; e protegida na recusa de qualquer compensação pecuniária.” (JUSTO, op. cit., p. 87).

²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2000, p. 37.

vinculação entre a vida acadêmica e o universo operativo do Direito. Daí a importância de se qualificar o parecer como obra doutrinária (ou não).

A resposta mais simples, e também reducionista, seria atribuir aos pareceres, como sugere causticamente Piero Calamandrei, valor idêntico ao de petições iniciais, de respostas do réu ou de arrazoados dos recorrentes. Peças comprometidas, *ab initio*, com teses de interesse dos litigantes e, por isso, não servíveis a ocupar a nobre função doutrinária. Na prática, essa questão assume contornos ainda mais delicados quando se recorda de casos, bastante comuns, de pareceristas que são autores de manuais ou lições de Direito. Alguns juízes, inspirados ou não pelos adversários, transcrevem trechos das obras didáticas dos pareceristas, nos quais figuram opiniões bem-diversas das contidas nos pareceres. A leitura das sentenças ou dos acórdãos chega a ser constrangedora, pois se utilizam opiniões doutrinárias dos livros para negar o direito da parte sob o patrocínio do doutrinador-advogado.

Por outro lado, há pareceres históricos que introduziram novos institutos ou renovaram a dogmática de modo radicalmente positivo. Esses pareceres, que efetivamente mereceram emprego em processos judiciais e defenderam pontos de vista interessantes para os contendores, depois foram publicados em revistas especializadas ou integraram coletâneas, com grande interesse para a Ciência Jurídica.²² Como lhes negar valor? O tempo e a consagração das ideias neles contidos, a despeito de sua origem, deram-lhes relevância para o Direito. Há, também, pareceres emitidos por membros dos órgãos da procuratura das Fazendas Públicas (advogados da União, procuradores dos Estados ou dos municípios) e do Ministério Público, a despeito de sua

²¹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito*: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 174 ss. (com robusta fundamentação filosófica e epistemológica sobre o fim da “era da inocência” no mundo científico); ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 30 (especificamente sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade do juiz, o que se estende ao próprio Direito).

²² A título de exemplo, cite-se as obras seguintes: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004 (com parecer que introduziu no Direito brasileiro a doutrina do terceiro cúmplice); AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 115-134, ago. 2000; BARBOSA, Ruy. Inadimplemento de contrato Madeira-Mamoré Railway Co.: direitos da concessionária a perdas e danos: remédio jurídico: parecer. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1962, v. 40, t. 2, p. 103-117; BEVILAQUA, Clovis. *Soluções práticas de Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1923-1945. 4 v. (coletânea de pareceres).

aprovação superior (com caráter vinculante) ou seu uso como peças processuais, que se podem submeter a esse processo de abstração superveniente da origem administrativa ou contenciosa. O transcurso do tempo, sua originalidade e seu impacto na transformação de institutos jurídicos podem atuar para a descaracterização de seu propósito originário.²³

A solução aqui proposta é intermediária. A *doutrina-parecer* é de ser considerada a opinião oferecida por um jurista a cliente, para lhe servir em negócios extrajudiciais ou em ações, tendo como destinatário o magistrado e, por assim, merecedora de valoração específica, considerados seus vínculos imediatos com o interesse posto sob seu crivo. Posteriormente, desligada do caso concreto e submetida à comunidade jurídica, aquela contribuição *poderá* assumir natureza doutrinária. O tempo e a autoridade do subscritor farão com que se decantem os elementos estritamente parciais da *opinio*, porque realmente inseridos em uma disputa de interesses, e do parecer se extraíam resultados apreciáveis à Ciência do Direito.

A visão da doutrina na dogmática e na lei

Excluídas a *doutrina-norma* e a *doutrina-parecer*, com as mitigações propostas em relação à última, volte-se para a doutrina na acepção (c), entendida como *ensinamento magistral* (*ex magister*, do mestre).

Parte significativa dos livros de Introdução à Ciência do Direito, de Teoria Geral do Direito ou de Direito Civil aponta que a doutrina, entendida como o produto cultural dos cientistas jurídicos, é uma fonte do direito, ao lado da lei, dos costumes e dos princípios gerais do direito.²⁴ Com menor ênfase, mas lhe conservando certo prestígio, encontra-se sua qualificação como fonte de modelos dogmáticos.²⁵

A doutrina na acepção (c) revela seu fundamento na autoridade dos juristas que a produzem. A doutrina não teria força vinculante, mas orientaria os aplicadores do direito e seus intérpretes, a saber, os juízes e os agentes administrativos encarregados dessa função. Ela também serviria

²³ É o caso, no Direito Público, dos pareceres de José Horácio Meirelles Teixeira, Hely Lopes Meirelles e Francisco Campos, cujos ecos se fazem ouvir nas modernas obras doutrinárias ou influenciaram no modo de ser de figuras ou institutos jurídicos.

²⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 276; GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 129-132. Nos manuais de direito civil: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, p. 18-19; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*: parte geral. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 112, v. 1. (apontando a doutrina como fonte indireta do Direito).

como farol iluminador dos caminhos a serem trilhados pelos legisladores.²⁶ A crítica doutrinária abriria margem para a edição de novas leis, que criariam institutos anteriormente inexistentes; suprimiriam outros, por inadequados, e corrigiriam os desvios dos que se acham em vigor.²⁷ Seria, ainda, pela porta da doutrina que entrariam para o direito concepções, figuras e teorias jurídicas novas, que, após serem apresentadas aos juízos pelos advogados, transformavam-se em jurisprudência e, ao fim de certo tempo, eram recolhidas pelo legislador e normatizadas.

Nesse sentido, a Reforma do BGB de 2002, não deveria ser entendida como a legitimação do direito pretoriano pelo legislador, mas a prova dos sucessos da doutrina, incorporada pelos tribunais e que, ao cabo de cem anos, finalmente mereceu o reconhecimento dos congressistas alemães. A teoria da alteração da base do negócio jurídico, que possui a vertente francesa (teoria da imprevisão) e italiana (teoria da onerosidade excessiva), é o exemplo desse processo de interferência criativa da dogmática.²⁸ Assim também o abuso do direito, a exceção de pré-executividade, o dano moral independente do dano material ou a função social da propriedade.

O ordenamento jurídico brasileiro consigna textualmente a doutrina em duas normas legais: a) “a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações” tem a função de “meio auxiliar para a determinação das regras de direito” nos julgamentos da Corte Internacional de Justiça, criada com a Carta das Nações Unidas;²⁹ b) é conduta sancionável administrativamente a deturpação do sentido de citação doutrinária para “confundir o adversário ou iludir o juiz da causa”.³⁰ Em dezenas de outros

²⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 176. Negando à doutrina a natureza de fonte do Direito, mas concedendo-lhe a função participativa na “*formação legislativa ou costumeira do Direito, influenciando nela tão só pelo rigor científico ou técnico de suas soluções*.” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 430).

²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Uma perspectiva luso-brasileira. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 230.

²⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*: atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 44.

²⁸ MORIN, Gaston. Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif. In. AA.VV. *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1934. p. 64.

²⁹ Art. 38, Decreto 19.841 de 22-10-1945 – DOU 5-11-1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas.

³⁰ Lei 8.906 de 4-7-1994 – DOU 5-7-1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, art.34, inciso XIV.

diplomas, fala-se em *doutrina militar* ou em doutrina como sinônimo de conjunto de posições ideológicas subversivas.³¹ Não se concedeu à doutrina o privilégio de ser acolhida expressamente como *fonte do direito*, ao estilo da equidade (art. 8º, CLT; art. 108, CTN); da jurisprudência (art. 8º, CLT); dos costumes (art. 126, CPC; art. 8º, CDC) ou dos princípios gerais do direito (art. 3º, CPP; art. 108, CTN).

Conceito de doutrina proposto

Conceito e elementos

Convém sistematizar as asserções até agora apresentadas.

A doutrina é o conjunto de *opiniões postas* pelos *juristas* sobre o direito, seu fundamento, seus institutos, suas figuras e o modo de sua aplicação, com a *finalidade* de criá-lo e interpretá-lo.

Há, nesse conceito, três elementos fundantes: a opinião posta (o meio), o jurista (o agente causador) e a criação e a interpretação do direito (o fim).

Primeiro elemento: opinião posta (disponível)

O primeiro elemento, a *opinião posta*, exige esclarecimento prévio. A tradição cientificista, que teve seu auge no século XIX e prosperou até meados do século XX, criou compartimentos separando a Ciência (exata, objetiva, neutra, causal, empírica, metódica, provável por meio de experimentos controlados) e as Artes, bem assim outros conhecimentos suportados em critérios subjetivos, extraídos do senso-comum, dos valores coletivos e, por essa razão, insusceptíveis de verificação. Nesse contexto, a *opinião* é uma assertiva, um juízo pessoal sobre um fato, logo subjetivo, sem controle por grupos-teste e sem valor científico. De partida, se *doutrinar* é *opinar*, a doutrina não merece respeito científico. A ciência

³¹ No primeiro caso (doutrina com sinônimo de doutrina militar), cite-se, por todas, a Lei Complementar 97 de 9-6-1999, DOU 10-6-1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, em cujo art.13, se diz que “o preparo compreende, entre outras, as atividades permanentes de planejamento, organização e articulação, instrução e adestramento, desenvolvimento de doutrina e pesquisas específicas, inteligência e estruturação das Forças Armadas, de sua logística e mobilização”. Quanto ao segundo caso (doutrina como sinônimo de ideias filosóficas), anote-se o art.11, § 2º, alínea “c”, da Lei 1.802, de 5-1-1953, DOU 7-1-1953, relativa aos Crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, que declara não constituir propaganda tipificável como criminosa a “exposição, a crítica ou o debate de qualquer doutrina”.

contemporânea, todavia, não resistiu a ela própria. A teoria da relatividade (Albert Einstein), o princípio da incerteza (Werner Heisenberg) e a física quântica (Max Planck) abalaram as *certezas* de uma ciência exata, ao menos nos moldes clássicos da era inaugurada por *sir* Isaac Newton.³² Essa virada científica refletiu-se na Filosofia e na Epistemologia e faz com que a doutrina possa ser levada a sério como forma de produção de conhecimento. Admita-se que o Direito não é Ciência e sim uma Arte, como já enunciavam os romanos – *jus est ars boni et aequi* (o Direito é a arte do bom e do equitativo). Com maior fundamento a doutrina é de ser aceita como uma opinião, um juízo sobre um objeto, emitido por um sujeito cognoscente, baseado em reflexões, conjecturas, refutações ou, em certos casos, no exame indutivo, como se dá no estudo da jurisprudência. Nesse sentido, o Direito-Arte (e não Direito-Ciência) torna mais aceitável a ideia de doutrina como um conjunto de opiniões. Em quaisquer das vinculações, Ciência ou Arte, o mero estado de subjetividade da doutrina não mais pode ser encarado como causa do *deficit* de valor de sua autoridade. E, até por isso, tem-se o resgate da fórmula consagrada da “comum opinião dos doutores” (*communis opinio doctorum*).

Muito bem, isso está claro. Mas, por que falar em opinião *posta*? Sim. Não é a simples opinião, pensada e não declarada, ou meramente declarada, que serve à formação do conceito de doutrina. É necessário que ela seja *posta*, disponível. Com isso, a opinião dos doutores há de ser apresentada à comunidade jurídica. Os meios para assim o proceder são tão antigos quanto o direito: livros, escritos, artigos, ensaios, teses. Apesar das mídias eletrônicas, a doutrina ainda é a opinião posta em *fólios*. Com a evolução tecnológica, tem-se hoje a doutrina posta (*rectius*, disponível) em meio digital. Essa mudança de suporte da disponibilidade, bem como o barateamento e a ampliação descomunal do acesso a esses meios na sociedade contemporânea, criaram sérios problemas à autoridade da doutrina, como já ocorridos na decadência do Império Romano e merecerão estudo na próxima secção. Por enquanto, fica-se com a qualificação da *opinio* como necessariamente disponível.

³² VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura...*, p. 176-177. Ressalve-se, porém, que isso não significa o total “colapso da visão mecanicista do mundo”, como adverte Friedrich Müller (*Teoria estruturante do direito*. Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. p. 13). Há ainda espaço para o mecanicismo na Física, só que em experimentações restritas e sem mais a pretensão universal que se lhes reconhecia até o século XX e o surgimento das novas teorias quântica, da relatividade e da incerteza.

Segundo elemento: jurista-doutrinador

A *opinião posta* ou *disponível* é de ser criada por alguém, os doutores. No caso do direito, chamam-se *juristas*. Na elegante definição de doutrina oferecida pela Conferência das Nações Unidas, tornada *direito positivo* no Brasil, ela assim é considerada quando produzida pelos “juristas mais qualificados das diferentes nações”. Não é necessário ir tão longe. A doutrina *nacional* é suficiente, embora possam ser utilizados – e é muito conveniente que assim o seja – os ensinamentos de juristas de outros países. E quem são os juristas? Os jurisconsultos, jurisprudentes, na linguagem antiga dos romanos. Os homens de grande conhecimento do direito, que estudaram sua natureza, seus fundamentos, suas normas, sua História, e, além disso, compreendem a interação dos elementos axiológico e fático com o elemento normativo.

Objetivamente, ter-se-iam nesse grupo os professores de direito; os autores de obras jurídicas e os juízes ou os legisladores, quando escrevam na qualidade de estudiosos do direito e não pela autoridade que o Estado lhes conferiu, ao exemplo dos famosos *justices* norte-americanos como Benjamin Cardozo, Black ou Holmes. Reitere-se. Neste último caso, a autoridade de suas opiniões é a que surge de seu reconhecimento como jurisconsultos e não por serem juízes. Mais ainda. O *locus* da doutrina – na acepção estrita – por eles elaborada não está em seus acórdãos ou em suas sentenças, mas em seus livros ou artigos.

Este não é o momento, ainda, para discutir o problema da restrição ou da ampliação excessiva do conceito de *jurista-doutrinador*. A esse problema, dedicar-se-á a secção posterior. Registre-se, por agora, que não basta ser jurista para que se tenha um doutrinador. É necessário que esse *doctor* cerque-se de alguns requisitos. Ele escreve para transmitir conhecimentos. Ele é um *docente*, ele ensina, ainda que não possua uma cátedra formal. O jurista-doutrinador também há de escrever, criar, produzir conhecimento. Não basta ser um jurisperito, se não fecunda suas ideias e as faz divulgar. Daí ser requisito escrever e, mais que isso, aceitar submeter suas opiniões à apreciação, à crítica e ao controle da comunidade jurídica.

Em arguição de concurso de provas e títulos para o cargo de professor livre-docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, João Baptista Villela produziu uma das mais elegantes definições dos requisitos necessários para se habilitar a esse mister.³³ Por sua adequação ao objeto

³³ A livre-docência é um título acadêmico concedido no Brasil, por uma instituição de Ensino Superior, por meio de concurso público, tão somente aos que possuem o título de Doutor, e

deste artigo, faz-se a transcrição de passagem um tanto extensa de suas palavras:

O candidato se declara expressamente na “busca do grau de livre-docência na Faculdade de Direito Largo São Francisco” (p. 6 da tese). Devo dizer-lhe, preliminarmente, que a Livre-Docência não é um grau que se possa buscar. É, antes, uma habilitação a que se candidata e que, obtida, se traduz no reconhecimento da *venia legendi*, se posso retomar a expressão do bom e decantado sabor medieval (cf. a propósito, J. F. Niermeyer e C. van de Kieft, *Mediae Latinitatis Lexicon Minus*, v.1, 2. Überarb. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellschaft, 2002, verbo *legere*).³⁴

Conferir a habilitação significa certificar que o candidato se encontra capacitado ao exercício do magistério na sua expressão plena e acabada. Isto é, que está apto a:

1. lecionar, com proficiência em todos os níveis do ensino superior;
2. formar recursos humanos para a constituição e reposição dos quadros docentes;
3. dirigir e fomentar grupos de estudo;
4. fazer nascer escola ou linha de pensamento pela mobilização de experiência, talento e espírito criativo;
5. intervir, com representatividade e níveis aceitáveis de excelência, em congressos e reuniões científicas no País e no Exterior;
6. produzir textos doutrinários de qualidade.³⁵

Conquanto extensos e vinculados ao exercício da livre-docência, muitos desses requisitos servem à qualificação de um doutrinador: a) boa, plural e fecunda formação jurídica; b) capacidade de mobilizar experiência, talento

que confere a seus titulares o reconhecimento de uma qualidade superior na docência e na pesquisa. Seu fundamento normativo está na Lei 5.802, de 11.9.1972, que dispõe sobre a inscrição em prova de habilitação à livre-docência, e na Lei 6.096, de 5.9.1974, que prorroga o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 1º, da Lei 5802, de 11/09/1972.

³⁴ *Venia legendi*, expressão utilizada por João Baptista Villela, tem significado específico de habilitação para o título de *Privatdozent*, a equivaler ao livre-docente no Brasil.

³⁵ VILLELA, João Baptista. Livre-docência: apontamentos de uma arguição. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 143, p. 39-41, jul./set., 2006.

e espírito criativo; c) aceitação, acatamento ou reconhecimento de suas opiniões em encontros científicos, nos tribunais e em meios idôneos de divulgação doutrinária, com controle e sindicância pelos pares (conselhos editoriais representativos e rigorosos).

Três inferências mediatas são extraíveis do que se afirmou sobre o *jurista-doutrinador*.

α. O magistério é condição importante para ser doutrinador. Dir-se-ia em outros sistemas, como o alemão, que é necessária essa condição. Dadas as peculiaridades brasileiras, não se revela adequada essa causalidade. Com isso, tem-se a possibilidade de haver o *magistério doutrinário*, sem que o jurista seja titular de uma cátedra. Tanto melhor que o seja, mas não é essa uma qualidade *sine qua non*. Sobre isso há, ainda, uma lamentável observação empírica: o acesso à cátedra, especialmente por concurso público, não representa o elemento legitimador que se pressupõe. Recuperando a bela terminologia da *venia legendi*, encontra-se o paralelo entre essa e a aprovação em concursos públicos para universidades. O postulante à *venia legendi* ganhava o reconhecimento dos doutores, para que se tornasse um *lente* (*lecture*, no idioma inglês) na universidade. Mal comparando, ele exercia a função do leitor (e é esse o significado da palavra *lente*) dos Evangelhos na missa. O bispo, sentado na *cátedra*, pregava o sermão. Analogicamente, o professor *catedrático* (hoje *titular*, por efeito da legislação em vigor no Brasil), que representa o cargo máximo na estrutura da docência superior, equivale ao bispo, daí se exigir dele algo mais do que a mera reprodução do pensamento alheio.

Hoje em dia, a obtenção do cargo de professor é marcada por expedientes não pouco raros de favoritismo, pessoalidade e autorreferência, com as escolas de Direito repudiando o acesso de professores formados em outras instituições ou que não integrem certas camarilhas. A certeza de que essa tragédia não é (exclusivamente) brasileira tem-se pela leitura de Pietro Perlingieri:

A crise, infelizmente, é tal e tão grave que se insinua entre os componentes da Justiça, especialmente advogados e magistrados; tal e tão grave é, também, a crise da docência e da pesquisa, principalmente no setor das ciências humanas e sociais. A pouca seriedade dedicada à própria formação e à de terceiros, a desenvoltura decadente que circunda todas as formas de recrutamento cada vez mais privilegiando o nepotismo, e a perda

de credibilidade das instituições contribuem à ineficiência, frustrando toda e qualquer ilha fundada na dedicação.³⁶

A primeira inferência é a de que o jurista-doutrinador *deveria ser* um docente, mas, dadas as condições atuais, a produção dogmática há de ser aceita como válida ante o preenchimento dos requisitos propostos por Villela, com as necessárias mitigações. Logo, afirmar que a doutrina é o *direito dos professores*, não exclui totalmente aqueles juristas alheados das cátedras universitárias. Em certas circunstâncias e instituições, infelizmente, não *ser professor* talvez seja um mérito para o doutrinador. Parafraseando Rui Barbosa, de tanto ver triunfar as nulidades, o doutrinador honesto sente vergonha de o ser.³⁷

â. Em seguida, observe-se que o *doutrinador* tem de se notabilizar por sua cultura, sua formação e seu conhecimento científico (ou, como querem, artístico) do direito. Os modos de se *afervir* essas qualidades são formais: obtenção de títulos universitários;³⁸ aprovação e ingresso na carreira docente superior³⁹; produção científica; exposição de suas ideias em textos publicados em órgãos idôneos, com controle de pares. A revelação *material* dessas qualidades observar-se-á pelo acatamento das ideias do doutrinador pelos tribunais e pela comunidade científica, seja pela formação ou alteração de correntes jurisprudenciais, a partir do ensinamento dogmático, seja pela formação de escolas de pensamento.

Nesta secção, adiantou-se o problema da perda de credibilidade na concessão de títulos e de cargos acadêmicos. Essa questão será cuidada ao final deste estudo com maior profundidade. Na secção seguinte, será exposta

³⁶ PERLINGIERI, op. cit., p.24.

³⁷ O célebre discurso de Rui Barbosa, jurista e Senador brasileiro, tem a seguinte oração: “De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.” (BARBOSA, Rui. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1914. p. 86. v. 41, t. 3).

³⁸ Mestrado, doutorado, livre-docência e titularidade.

³⁹ Na Universidade de São Paulo, a organização da carreira acadêmica alcança os seguintes níveis: Professor doutor; Professor associado (com exigência do título de Livre-Docente) e Professor titular (com defesa de tese de titularidade). Nas universidades federais brasileiras, têm-se os cargos de Professor auxiliar (com graduação), Professor assistente (com exigência do título de Mestre), Professor adjunto (com doutorado), Professor associado (com doutorado e mais tempo de carreira) e Professor titular (último nível na carreira, com titulação mínima de doutor).

a grave crise gerada para a própria doutrina pela excessiva produção jurídica. Por enquanto, conservem-se esses critérios como definidores formal e materialmente da qualidade do jurista-doutrinador.

γ. A terceira e última inferência está em que não se considera doutrina a produção jurídica com funções *normativas* ou ligada ao poder e a interesses privados concretos. E, por isso, não será doutrinador o que emite opiniões jurídicas aprovadas pelo Estado e tornadas aplicáveis a casos concretos. Sobre isso já se expôs acima. Mas, cabe um aprofundamento. O doutrinador é necessariamente um homem *desvinculado de quaisquer compromissos com o poder*, na expressão de Vasconcelos.⁴⁰

A doutrina, e quem a faz, têm a missão de criar o direito, além da lei, da jurisprudência e do costume. A diferença, e que nobre diferença, é que a doutrina nasce com a nota da altivez acadêmica, a independência do Estado e dos poderes humanos da época. Lembre-se de Papiniano, que foi condenado a morte por Antonino Caracala em face de não legitimar o homicídio praticado pelo imperador.⁴¹

Os estudos elaborados *ad hoc*, para satisfação de interesses privados, também não merecem o nome de doutrina. Acima se fez a exclusão da *doutrina-parecer*, com as necessárias ressalvas dos pareceres publicados em revistas e submetidos ao exame dos pares. Infelizmente, a queda dos custos editoriais fez com que grupos de interesse patrocinassem a publicação de livros monotemáticos, com textos elaborados sob a forma de artigos, mas essencialmente tendenciosos, como forma de produzir uma falsa impressão de que existe a *communis opinio doctorum* em torno de uma tese. Com isso, toda a doutrina cai em descrédito e perde um dos suportes de sua autoridade, a independência. Nem se esqueça de situações ainda mais vexatórias como a inclusão de pareceres sob a forma de capítulos inteiros em livros de formação de jovens juristas.

Terceiro elemento: finalidade de criar o Direito

Veja-se, agora, o terceiro elemento do conceito de doutrina: expor o fundamento, os institutos, as figuras e o modo de aplicação do direito, com a *finalidade* de criá-lo e interpretá-lo.

⁴⁰ VASCONCELOS, op. cit., p. 275.

⁴¹ A. Santos Justo (Op. cit., p. 88) anota que sempre houve tentativas dos poderes políticos de controlar a atividade dos doutrinadores em Roma.

Levou-se bastante tempo para se admitir que a jurisprudência *cria* o direito, além da própria lei. As explicações teóricas são variadas. Fala-se em pós-positivismo,⁴² diferença entre *soft cases* e *hard cases*, nova configuração da teoria da separação das funções do Estado. Concluiu-se que a mera *subsunção* da norma ao fato seria insuficiente para a aplicação do direito.⁴³ Os juízes e agentes administrativos com poder decisório são convocados a valorar autonomamente as normas ou, até mesmo, “a decidir e agir de um modo semelhante ao do legislador”.⁴⁴ As raízes dessa nova postura em relação à jurisprudência estão em movimento teóricos alemães do século XIX e da primeira metade do século XX, ao estilo da *jurisprudência de interesses*, a *hermenêutica concretizadora* e a *tópica*.⁴⁵

Não é este o momento apropriado para se criticar o sincretismo da doutrina e de algumas decisões jurisprudenciais, quanto o emprego desses diversos movimentos, como fundamentação contrária ao positivismo e favorável à intervenção judicial ativa, com base no texto constitucional. Registre-se, apenas, o desconforto de se encontrar citações de Ronald Dworkin e Robert Alexy, especificamente sobre ponderação, conflito, regras e princípios, como se houvesse franca uniformidade de pensamento entre esses autores.⁴⁶ Importa, sim, comentar que a mesma eloquência na defesa da atividade jurisprudencial pelo uso de princípios e na superação do método subsuntivo não se encontra no que respeita à doutrina. Em diversos textos, sempre é enaltecido o juiz, como o herói contemporâneo do pós-positivismo, como se não fosse ele também um agente estatal, da mesma forma que o legislador, e, ainda, bem menos susceptível de controle social.⁴⁷

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 237.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 371, p. 175-202, jan./fev. 2004.

⁴⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 207.

⁴⁵ Para um extenso apanhado do enfraquecimento do monismo sob a óptica da doutrina alemã: TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade, tributos contraprestacionais e harmonia entre os poderes do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 384, p. 155-169, mar./abr., 2006.

⁴⁶ Para uma crítica aprofundada sobre o sincretismo doutrinário no Brasil, na questão da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29-38.

⁴⁷ Como exemplo dessa visão judicializada do Direito, veja-se essa passagem: “A conclusão inarredável é que, respeitado o espaço de discricionariedade legislativa e administrativa, não

É oportuno fazer uma observação sobre o problema do chamado *sistema aberto*, em contraponto ao que se convencionou chamar de *sistema fechado*, tão característico do positivismo do século XIX. A simples admissão da doutrina como fonte do Direito é um gesto eloquente de quebra de compromisso com a autorreferência legalista. Criticar a supervalorização do decisionismo, portanto, não é tomar partido do velho *sistema fechado* e sim acudir que os mesmos problemas que deram causa ao surgimento da *legislatria* podem, como nuvens no céu, estar a se formar no horizonte.

É demasiado importante referir essa *jurisprudenciolatria* na doutrina, a qual, como se observará na próxima secção, tem sido uma das causas do desprestígio e da crise da dogmática. Adite-se que se a doutrina sacraliza a jurisprudência, em paralelo, esta última tem-se tornado autorreferente e dispensado o concurso da primeira.

Síntese conceptual

Com essas ressalvas, volte-se ao ponto: a doutrina é fonte criadora do direito. Ela “está antes da lei, sugerindo-a; está na lei, apoiando-a; e está depois da lei, vivificando-a”.⁴⁸

há limites ao emprego da técnica de ponderação de bens e interesses: o Neoconstitucionalismo consagrou a abertura da Caixa de Pandora, reconhecendo que ao Poder Judiciário cabe inescapável monopólio da última palavra, sendo inútil lançar mão de artifícios com a exigência de cega obediência à lei escrita e a medidas hermenêuticas previsíveis (interpretação literal, sistemática, histórica, teleológica) para proclamar uma falsa segurança jurídica. Na falta de elementos objetivos, o controle de legitimidade da ponderação pelo juiz tem sido realizado pelo exame da argumentação (ou, melhor dizendo, da fundamentação) desenvolvida.” (MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 393, p. 173-204, set./out. 2007, p. 192). Convém registrar que essa tendência não é unânime. Veja-se a séria crítica feita por Carlos Bastide Horbach (A nova roupa do Direito Constitucional: Neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007): “Já no Brasil, em tempos de ‘neo-constitucionalismo’, quando se afirma ‘sou contra esta lei porque é inconstitucional’, está-se na verdade dizendo: ‘Esta lei é inconstitucional porque sou contra ela!’ [...] Na verdade, essas decisões mostram como o ‘neo-constitucionalismo’ faz com que o direito constitucional deixe de ser uma ciência objetivamente considerada e passe a ser a expressão emocional das intenções do intérprete, o que é reforçado com a conclusão de que, sob a ótica da dogmática constitucional, as velhas e novas técnicas de interpretação em nada diferem.”

⁴⁸ VASCONCELOS, op. cit., p. 276.

A doutrina é a liberdade em ação no ato criador do jurídico. Ela não é o direito, mas seu continente. Como bem afirma Cornu, a atividade doutrinária é fundamentalmente livre. A disparidade de opiniões jurídicas é um sintoma da independência dos doutrinadores no trato das coisas do direito.⁴⁹ Não há temor reverencial por súmulas, vinculantes ou não. O doutrinador, muita vez, prega a interpretação *contra legem*, quando não defende a própria revogação de uma norma jurídica.

O doutrinador pode ser – e n'alguns casos deve ser – crítico em relação às normas e ao próprio Estado. Espera-se dele a crítica da jurisprudência, severa quando necessário.⁵⁰ É por essa razão que, em alguns sistemas, prefere-se a separação entre o campo acadêmico e o operativo, de molde a preservar a liberdade de crítica dos autores.

Ao escrever um livro ou um artigo, no qual se propõe um modo de se interpretar o direito, o doutrinador poderá transformá-lo. A norma, interpretada com base em suas lições, não será mais aquela primitivamente cogitada pelo congressista.

A junção dos três elementos – doutrinador, opinião e criação do direito – compõe o quadro conceitual da doutrina, aqui proposto.

Funções da doutrina

As funções da doutrina mereceram referência nos parágrafos anteriores. A título de sistematização do que já se afirmou, apresentam-se as mais importantes de entre elas: a) criar o direito, quando transforma a regra em outra regra, após sua interpretação; b) sistematizar o direito, por meio de constructos teóricos, que procuram agrupar instituições, províncias e figuras jurídicas, por diferentes métodos (aproximação específica, comparatismo, pandectismo, tópica); c) reformar as leis e as instituições jurídicas, por meio de estímulos ao legislador, o que se faz com grande superioridade pela doutrina, dada a vantagem de pensar o direito de modo sistemático, teórico e descompromissado com elementos circunstanciais; d) influenciar e criticar as decisões jurisprudenciais, servindo-lhes de fundamento e de meio de reflexão; e) controlar a atuação judicial, o que deveria ocorrer pelas críticas nos fóruns acadêmicos, simpósios, congressos, livros e ensaios;

⁴⁹ CORNU, Gérard. *Droit civil*: introduction, les personnes, les biens. 12. ed. Paris: LGDJ, 2005. p. 193.

⁵⁰ CORNU, op. cit., p. 194.

f) criar novos institutos e figuras jurídicas, muita vez a partir da elaboração racional ou da observação dos fenômenos.⁵¹

Causas e extensão da crise da doutrina

Insuficiências do discurso crítico

Na secção introdutória, evidenciou-se o *mal-estar* da doutrina – *rectius*, dos doutrinadores – com o papel que se lhe atribui nos dias de hoje. A sensação é de crise.

Inventariar as causas e a extensão dessa crise é uma providência necessária. Nesta secção disso se cuidará, não sem antes uma advertência. Esse é um exercício dos mais corriqueiros nos estudos jurídicos atuais: a desconstrução de figuras, categorias ou institutos, por meio da chamada *visão crítica* ou *leitura crítica*. Trata-se de postura sedutora, pois agrada às expectativas de significativa parcela da academia, comprometida com esse discurso, e é conveniente ao estudioso, por colocá-la na cômoda posição niilista de tudo corroer com palavras ácidas e em nada contribuir para novos modelos. A fim de não se incorrer nesse desvio, após o exame dos problemas enfrentados pela doutrina, tentar-se-á fornecer elementos para a revisão de seu papel no Direito.

Inventário de causas da crise da doutrina

A) A doutrina, ao menos em sua mais ampla extensão, deixou de ser uma arte de *juristas*. E nisso tem sucesso grande parte de seu desprestígio.

A redução nos custos de publicações e de impressos, resultado da fabulosa transformação no mercado gráfico nos últimos 15 anos, em decorrência das novas Tecnologias da Informação, permitiu que fossem estampados livros e revistas em quantidades nunca antes vistas na História

⁵¹ Em trabalho publicado originalmente no ano de 1944, já oferecia Francisco Clementino San Tiago Dantas uma síntese das funções da dogmática jurídica, que é muito próxima da que ora se formula: “Ela ergue o sistema, explica as relações e a interdependência dos comandos, destaca os institutos inclusos, hierarquiza princípios, faz generalizações, e exerce mesmo um papel revelador da excelência ou da imprestabilidade da lei, quando a submete às deduções extremas e a experimenta nas várias situações práticas possíveis. E é graças a este último aspecto, que os estudos dogmáticos construídos *sobre a lei*, reinvertem na própria legislação os seus melhores produtos, pois muitas reformas e inovações legislativas encontram sua origem, não nos fatos econômicos ou políticos, mas na própria elaboração doutrinária que o Direito anterior suscitou.” (SAN TIAGO DANTAS, F.C. Nova dogmática jurídica. *Revista Forense*: comemorativa – 100 anos, Rio de Janeiro: Forense, p. 141-146, v. 2, 2007).

humana. O acesso a uma editora tornou-se mais simples. Houve aumento significativo no número de casas publicadoras jurídicas no Brasil. Do universo de 5 ou 6 editoras nacionais, nas primeiras oito décadas do século XX, têm-se hoje mais de duas dezenas de empresas dedicadas a esse mercado.

Em alguns lugares, há gráficas que enviam convites para advogados, jovens professores ou recém-formados, a fim de que esses publiquem seus livros em tiragens econômicas e, com isso, obtenham prestígio profissional, acadêmico ou pontos nas provas de títulos de concursos públicos. As próprias editoras jurídicas nacionais, por exigência de mercado, ou pela própria queda de nível do público leitor, reduziram os antigos rigores na seleção de obras a serem estampadas por seus selos. Ao menos no Brasil, a edição de um livro com a marca de uma grande editora especializada não significa mais a certeza da filtragem ortodoxa de tema ou de autor.

B) As revistas jurídicas, tradicional repositório de boa doutrina e de seleção dos principais acórdãos, padeceram com os efeitos dessa revolução tecnológica.

O desenvolvimento de sistemas de informática pelos tribunais, especialmente o STF e o STJ, tornaram imediatamente acessíveis os acórdãos e as decisões, capturáveis por mecanismos de busca *booleana* dos mais eficientes. A certificação digital, com a mudança nos atos regimentais que controlam o uso dos precedentes para efeitos de prova do dissídio pretoriano nos recursos extraordinário e especial, criou “revistas eletrônicas de jurisprudência”, o que aliviou os periódicos tradicionais da exclusividade na indicação como fonte autorizada.⁵²

Indiretamente, isso afetou a doutrina. A abertura para as fontes digitais, com a perda de mercado daí resultante, não foi a única consequência negativa. A redução nos custos gráficos e o aumento exponencial do número de cursos jurídicos deu ensejo à explosão de novas revistas jurídicas, organizadas e vinculadas às instituições de ensino superior recém-abertas. Seja por exigências do Ministério da Educação, nos critérios de avaliação dos cursos superiores, seja por vaidade acadêmica, cada faculdade de Direito pode contar, hoje, com uma publicação de doutrina. Com isso, os doutores tiveram de se dividir entre solicitações às mais diversas e, ante a

⁵² Art. 541, parágrafo único, CPC.

impossibilidade de preenchimento das pautas editoriais, reduziram-se as exigências para se ter um artigo publicado nesses periódicos.

Os estudantes, que possuíam antigas e tradicionais revistas jurídicas, mantidas pelo esforço de centros ou diretórios acadêmicos, passaram a ter seus estudos publicados em revistas tradicionais. Antes um espaço para os que ensinavam (*docentes*), o templo da doutrina foi ocupado pelos que, em tese, deveriam (ainda) aprender (*discentes*). Não é raro encontrar texto de autoria de um terceiro-anista de Direito em algum periódico jurídico sério. Em tempos igualitários e emancipacionistas, nos quais os estudantes escolhem reitores em votações paritéticas ou podem afastar docentes por meio de abaixo-assinados, nada mais esperável do que a ocupação de espaços destinados à produção da chamada *doutrina* jurídica por aqueles que, em razão do tempo e da maturidade nos estudos, deveriam ser os receptores dessas obras.⁵³

C) Dois outros fatores, intimamente associados, podem ser referidos como causais desse processo de crise da doutrina.

O primeiro está na exigência de produção científica dos docentes. Os critérios de avaliação dos cursos superiores pelo Ministério da Educação prestigiam a realização de pesquisa pelos mestres. O meio objetivo de se aferir sua efetividade é o número de livros, artigos, relatórios e *papers* publicados pelos integrantes do magistério. Obrigou-se até mesmo à criação de um currículo eletrônico padronizado, com acesso direto na rede, que recebeu o nome do grande físico brasileiro César Lattes, como forma de objetivar o controle dos títulos acadêmicos e expor à comunidade universitária o grau de comprometimento de cada docente com a produção de conhecimento. A fecundidade na publicação de textos jurídicos tornou-se razão direta da qualidade do professor e, ainda, serve como fator importante para a obtenção de aumentos (nas universidades particulares) ou gratificações e progressões na carreira (nas universidades públicas). Quem ousaria não *doutrinar* hoje em dia, com tantos estímulos para o autor?

⁵³ Obviamente, que deve ser simplesmente fechada a porta à publicação de artigos de estudantes em periódicos sérios. Em alguns casos, a precocidade do discente e seu destaque intelectual fazem com que se supere essa presunção. Mas, como parece ser óbvio, não há como se receber com naturalidade essa situação tornar-se uma regra, quando deveria ser excepcional.

O segundo fator está na utilização do número de livros ou artigos jurídicos como critério de pontuação em provas de títulos nos concursos públicos. Com isso, o ato de escrever textos jurídicos serviu a propósitos nada científicos. Edições com tiragens pequenas hoje são custeadas pelos autores com essa finalidade. A publicação de artigos em série, destituídos de qualquer reflexão ou estudo que possa contribuir para o avanço do direito, constituiu-se em objetivo primaz de alguns. Estabeleceu-se funesta competição entre os juristas (?) em torno do número de textos levados a estampa em revistas ou em obras coletivas.

Produzir artigos deixou de ser preocupação de juscientistas (ou artistas, para os que não creem no Direito como Ciência) e tornou-se instrumento de prestígio pessoal ou melhoria nas classificações profissionais ou nos certames públicos. O ato solitário, reflexivo, baseado em leituras razoáveis, focado em tema específico e orientado pela vocação de contribuir originalmente para o Direito, tornou-se a exceção.

Em dois estudos, baseados em sólida pesquisa empírica, encontram-se algumas explicações para esse modo particular de ser da doutrina no Brasil, o qual guarda conexões com o estado das atividades de pesquisa e dos cursos de pós-graduação em Direito.

No primeiro texto, Fragale Filho demonstra que, entre 1996 e 2003, o número de mestres e doutores em Direito cresceu, respectivamente, 1.100% e 940% no País. Apenas em 2003, formaram-se 250 novos doutores e 1.800 novos mestres.⁵⁴ O resultado desse incremento no número de candidatos à *venia legendi* é uma das causas dessa exponencial produção jurídica, de que ora se cuida.

No segundo estudo, dessa vez escrito em coautoria com Veronese, Fragale Filho, após ressaltar a evolução sensível na pesquisa científica em Direito, bem como na expansão de vagas de pós-graduação, ratifica o que se defende neste trabalho: houve um aumento *formal* da pesquisa e das publicações. Com isso, faz-se necessário o exame da qualidade *material* dessa produção.⁵⁵ Os critérios instituídos pela Capes, como o padrão Qualis

⁵⁴ FRAGALE FILHO, Roberto. Quando a empiria é necessária? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 14., 2005, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 323.

⁵⁵ FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre Kehrig. A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós Graduação*, Brasília, v. 2, p. 53-70, 2004.

e a exigência de adaptação dos periódicos a certos padrões internacionais, foi uma evolução. No entanto, o aumento quantitativo não veio acompanhado de soluções efetivas no controle de qualidade.

D) A atividade legislativa perdeu os juristas. São poucos os membros do Congresso Nacional que possuem sólida formação jurídica e, dentre esses, mais raros ainda os que se dedicaram à vida intelectual na academia. Diferentemente do que ocorrera nas seis ou sete primeiras décadas do século XX, quando o parlamento ostentava nomes como Bilac Pinto, Aliomar Baleeiro, Rui Barbosa, Carvalho de Mendonça, Paulo Brossard, Neri da Silveira, a criação de leis é pouco influenciada pela doutrina. Ressalvam-se os contributos de associações de juristas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, nas reformas do CPC,⁵⁶ ou de grupos de doutrinadores, como se verificou na comissão de autores do anteprojeto do CDC, liderada por Ada Pellegrini Grinover, além dos integrantes do comitê revisor do Código Civil de 2002, dentre esses Regina Beatriz Tavares da Silva, Mário Delgado Regis e Carlos Alberto Dabus Maluf.

Em quase todas essas situações, porém, o que verdadeiramente ocorreu foi que os juristas organizaram-se sob a forma de grupos de pressão, à semelhança do que já fazem pecuaristas, fazendeiros, médicos, representantes da indústria de armas, sindicatos, religiosos e outros segmentos sociais. Com isso, provocaram a iniciativa do legislador, seja convencendo-o, seja fornecendo-lhe cabedal técnico para levar adiante ideias socialmente úteis. Não é de se estranhar que nos exemplos de maior sucesso dos juristas organizados em grupos estavam projetos de normas de elevada tecnicidade e vinculadas à própria atuação dos profissionais do direito, como a reforma das regras processuais e a revisão do Código Civil.

⁵⁶ Lê-se da Exposição de Motivos n. 40, do Senhor Ministro de Estado da Justiça, ao anteprojeto de lei que introduziu no CPC o art. 543-C (recursos repetitivos): “De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.”

E) O campo de maior visibilidade da crise funcional da dogmática é na atividade dos juízes.

As citadas palavras do ministro do STJ, para quem não interessa o que pensam os *doctores*, perdem-se em um cenário mais amplo. De fato, têm diminuído sensivelmente a quantidade de referências doutrinárias nos acórdãos dos tribunais superiores. Menos do que a baixa estima pelo que se produz doutrinariamente, esse é – em maior medida, reconheça-se – o resultado do acúmulo monstruoso de processos e recursos nessas Cortes. Somente em 2005, foram remetidos mais de 210.000 processos ao Superior Tribunal de Justiça. Em 2006, esse número passou a 251.020. No primeiro semestre de 2008, as seis Turmas do STJ julgaram em média 25.000 processos, o que dá um total de 150.000 processos na metade do ano. Com isso, a elaboração de decisões tornou-se mecânica e repetitiva, sem espaço (ou tempo) para a consulta de tratados, monografias ou artigos jurídicos. Essa pesquisa, quase sempre, é limitada aos casos inovadores ou aos debates de significativa repercussão na jurisprudência do tribunal. Nos demais processos, busca-se incessantemente o julgado que sirva de precedente ao caso e resolva expeditamente o recurso. A estatística tornou-se o Grande Irmão, em paráfrase a George Orwell, dos órgãos jurisdicionais brasileiros, por sua vez, submetidos ao controle externo inédito em sua História e de duvidosos efeitos práticos na melhoria da prestação oferecida ao povo brasileiro.

Se havia a romântica distinção entre um *direito dos professores*, em contraponto ao *direito dos juízes*, como praticado na Inglaterra e no País de Gales, tem-se hoje no Brasil o permanente distanciamento do modelo romano-germânico em prol do modelo anglo-americano dos precedentes. Não se fala apenas da súmula vinculante ou do excessivo avanço do STF sobre áreas não constitucionais. É a realização de uma *jurisdição de resultados* que pode ser identificada como principal responsável por essa mudança de eixo. Para se chegar a esse estado de coisas, combinaram-se fatores como a base de dados de jurisprudência, que tornou possível a busca de informações pretorianas em poucos segundos por meio dos critérios *booleanos*, e a saturação do nível de judicialização da vida. Não há tempo a perder. Há precedente aplicável ao recurso? Se existe, ótimo. O operador do direito estará dispensado da penosa construção de raciocínios jurídicos, que exige leitura e reflexão de obras doutrinárias. Ele ficará limitado ao uso do computador, com os comandos do editor de texto, e concluirá seu ofício.

O descompromisso da jurisprudência com a doutrina, é menos sensível no Brasil, se comparado com a forma descrita por Ingeborg Puppe na Alemanha.⁵⁷ Nos *hard cases*, os tribunais superiores costumam fundamentar-se em ensinamentos doutrinários, como se nota de decisões recentes do STF, de grande impacto social ou jurídico, ao estilo dos seguintes acórdãos: a) HC 94173 MC/BA (investigação criminal pelo Ministério Público);⁵⁸ b) STA 235/RO;⁵⁹ c) HC 91386/BA.⁶⁰

Curiosamente, em alguns países da tradição de *Civil Law*, como a Itália, há expressa proibição a que se citem autores jurídicos (*In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici*), embora seja admitida a indicação de julgados (art. 118, Regras para aplicação do Código de Processo Civil).⁶¹ No Reino Unido, prevalecia a estranha praxe de não se citar autores vivos, o que foi abandonado nos últimos trinta anos. Na Alemanha, o emprego de obras doutrinárias é abundante nas decisões judiciais. Em França, o laconismo prevalece. Os julgados mais se parecem com as ementas de julgados brasileiros e não referem doutrinadores, o que não impede que a dogmática faça críticas impiedosas a alguns acórdãos.⁶²

F) Outra causa para o sensível desprestígio da doutrina está na própria atitude dos que a fazem.

O desconhecimento de noções epistemológicas, a deficiente formação de base em Filosofia (Geral e Jurídica) e o pragmatismo encontram-se na base do problema. A contemporaneidade parece ser inimiga das teorizações e da investigação profunda das causas primeiras. Em uma era tecnológica e tomada pela ideia de mudança, o desenvolvimento dessas aptidões é um

⁵⁷ PUPPE, op. cit., p.113.

⁵⁸ Acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello, no qual se invocam as lições de Fauzi Hassan Choukr, Ada Pellegrini Grinover, Rogério Lauria Tucci, Roberto Maurício Genofre, Paulo Fernando Silveira, Romeu de Almeida Salles Junior e Luiz Carlos Rocha (Informativo STF n. 513, Brasília, 30 de junho a 4 de julho de 2008).

⁵⁹ Acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes, que cita José Joaquim Gomes Canotilho e J. Chevalier (Informativo STF.505, Brasília, 5 a 9 de maio de 2008).

⁶⁰ Acórdão relatado pelo Min. Gilmar Mendes, com referências a Martín Kriele, Maunz-Dürig e a Norberto Bobbio (Informativo STF n. 500, Brasília, 31 de março a 4 abril de 2008).

⁶¹ MARKESINIS, Basil S. *Comparative Law in the courtroom and classroom: the story of the last thirty-five years*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 131.

⁶² BRAUN, Alexandra, Burying the living? The citation of legal writings in English Courts. *American Journal of Comparative Law*, v. 58, p. 27-52, jan. 2010.

contrasenso. No outro extremo, tem-se o discurso *gramisciano* mal-disfarçado, que se apresenta sob a forma de posições ditas libertárias em relação a costumes, sociedade, família e propriedade. Com isso, permanece a negligência aos estudos filosóficos e epistemológicos, salvo por meio de leituras superficiais (a erudição de orelha de livros) e pelo manuseio (desastrado) de meia dúzia de categorias ditas *pós-modernas*.

A introdução dos informativos jurisprudenciais e o acesso imediato aos acórdãos pela rede criou, nos últimos dez anos, o que se poderia chamar de *dogmática judicializada*, à falta de expressão melhor. Longe de pensar sistemas, formular abstrações e fornecer dados ao juiz, essa doutrina é escrita a partir do que já pensaram os juízes em seus acórdãos. Não há margem para erros ou desvios. O doutrinador concede ao estudante a visão dos tribunais. Nada além. Quando muito alguma posição acessória de crítica discreta ou de aplauso eloquente. O doutrinador surge como o autômato, o organizador de jurisprudência em blocos, esquemas e sumas do pensamento do tribunal. O leitor deve comprar a novíssima edição, pois, a cada ano, com as mudanças de humores nas Cortes, a obra está desatualizada. Não pela revogação da lei, mas pela alteração de entendimento do pretório.

No Direito Constitucional, a *dogmática judicializada* fez enorme progresso. O modelo francês de Teoria Constitucional, representado por nomes como José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Raul Machado Horta, perdeu espaço ante a engenhosa percepção de que seria mais interessante ao aluno ler diretamente o que o STF afirmar ser a Constituição. Aqui, os próprios doutrinadores parecem afirmar que pouco importa o que pensam seus colegas de dogmática.⁶³ Nesse campo, existem notáveis exceções, como a obra de Virgílio Afonso da Silva, na qual se encontram sólidas críticas ao método (ou à ausência de método) de construção das decisões judiciais.⁶⁴

⁶³ Chega a ser emblemático o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. VII-VIII) escreveu em prefácio de recente edição de seu manual: “Diga-se de passagem que ninguém está mais surpreendido com a longevidade do *Curso* de que o seu próprio autor. Trata-se de um curso escrito segundo o padrão cultural europeu, mormente francês, que insiste nos fundamentos doutrinários, e também políticos e sociais, das instituições, bem como dos grandes temas constitucionais. Visa a preparar cabeças capazes de raciocinar por si próprias em face de qualquer Constituição e não as que querem receber, prontas, as respostas certas para os questionários escolares ou de concursos elementares. Ora, não é essa a mentalidade hoje predominante, em cursos e cursinhos, o que torna ‘elitista’ este *Curso*.”

⁶⁴ SILVA, op. cit. Especialmente, p. 162-170.

Posteriormente, esse modo de fazer a dogmática chegou ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, províncias jurídicas tradicionalmente marcadas pela riqueza do debate científico, com escolas de pensamento ligadas historicamente aos grandes movimentos filosóficos, como a Escola Sudocidental alemã e o Círculo de Viena.⁶⁵ No Direito Tributário, essa *doutrina judicializada* também aportou. Algumas resistências ainda se observam, como nas obras de Hugo de Brito Machado (com forte carga crítica em relação a certas posições assumidas pelos tribunais), Paulo de Barros Carvalho e Luciano Amaro.

O Direito Civil foi a última barreira a ser vencida nesse processo de transformação, nem sempre feliz, da doutrina. De início, cite-se o recurso ao *estudo do caso*, cujos fundamentos, a despeito da terminologia utilizada para justificar sua superioridade, em muito lembram o estudo de situações concretas através das quais se tenta induzir conclusões gerais aplicáveis a outras hipóteses particulares. É notável, também, a mudança na estrutura da apresentação de certas obras. Privilegia-se o acórdão e, a partir de suas consequências, tenta-se construir fundamentos dogmáticos. Inverte-se a função da doutrina e da jurisprudência. A crítica desse modelo é refutada por argumentos pragmáticos. Interessa expor ao discente o que pensam os tribunais e não as alocações subjetivas de certo autor.⁶⁶

O prestígio dado aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais, por sua vez, é outra marcante característica da dogmática civil contemporânea. Provavelmente sem a exata percepção da teia em que se têm enredado, os adeptos dessa corrente contribuem para debilitar o papel da doutrina, na medida em que aumentam o grau de discricionariedade

⁶⁵ São exceções, dentre outras, os manuais de Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, *passim.*) e Eugênio Pacelli de Oliveira (*Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, *passim.*).

⁶⁶ É de ser reconhecido, todavia, que a dogmática civilista necessitava de renovação, especialmente quanto a aspecto bem-destacado por Francisco Clementino San Tiago Dantas (Op. cit., p.146), a saber, o descompromisso com as leis especiais e os fenômenos que se afastavam do tratamento harmônico dado pelos códigos: “A visão do Direito objetivo que muitos juristas conservam e defendem é a de um sistema harmônico de normas de Direito comum, em torno do qual cresce acongérie das normas de Direito especial, caprichosas, contraditórias e efêmeras. A doutrina abona e explica as primeiras; para as segundas, temos de cair numa positividade estreita, pois, não se reconhece estrutura doutrinária capaz de lhes dar continuidade e coerência.” Com isso, temas importantes em demasia (locações prediais urbanas, filiação genética, cláusulas abusivas, leis de urbanismo) foram segregados nos manuais de doutrina a referências em notas de pé de página ou em parágrafos isolados. O resultado dessa renúncia em se enfrentar a heterodoxia normativa foi a ampliação de zonas cinzentas ou a perda de espaço do Direito Civil para outras disciplinas.

dos juízes e abdicam de “projetar a compreensão geral das normas individuais em relação com a totalidade do Direito”.⁶⁷ Os efeitos de longo prazo dessa opção não têm sido compreendidos com a necessária prudência. A esse respeito, a advertência de Juan Javier del Granado é atualíssima: deu-se uma fratura no Direito Privado (no Brasil e em alguns países latino-americanos), que poderá implicar a ruptura com a tradição romano-germânica. Esse abandono das raízes históricas do Direito Civil e Comercial em nada contribuirá para a conservação do espaço da autonomia privada e dos valores humanísticos dessas duas províncias jurídicas. Dir-se-ia mais: em nada coopera com o fortalecimento da doutrina frente à jurisprudência.⁶⁸

A vocação da doutrina em nosso tempo

A vocação da doutrina

O título desta secção, na verdade o subtítulo do artigo, é uma homenagem a Friedrich Carl von Savigny. Sua obra mais famosa foi *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, em português, “Da vocação de nosso século para a legislação e a Jurisprudência [*Ciência do Direito*]”. O pai da Escola Histórica, após analisar a realidade das nações que possuíam e das que não possuíam códigos civis, defendeu a tese da impotência de um código para fundar uma Ciência do Direito verdadeiramente substantiva. Isso porque, o império dos códigos geraria dois efeitos: “Ou nos veríamos completamente privados de literatura jurídica, ou, o que é mais provável, teríamos uma [*literatura jurídica*] tão débil, escassa e insuportável”, quanto a gerada sob o fastígio da recém-baixada codificação francesa.⁶⁹

A despeito de sua derrota, pois, em sua pátria, a Alemanha, o novo século XX veria o nascer do Código Civil de 1900, Savigny contrapôs o direito produzido pelo Estado, a lei codificada, ao direito produzido pelo espírito do povo (*Volksgeist*), o costume.⁷⁰

⁶⁷ EHMANN; SUSTSCHET, op. cit., p.14.⁶⁸ GRANADO, Juan Javier de. Pós-fácio. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do Direito Civil e a privatização do Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 202-204.

⁶⁹ SAVIGNY, F. Von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Trad. del alemán de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977. p. 177.

⁷⁰ Alf Ross (*Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre La base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López

Ainda que consideradas a perspectiva histórica e a ideologia de Savigny, a dualidade existente era entre o Estado e o povo. Nesse ponto, o jurista prussiano foi vitorioso. O século XX revelou a falência de um Direito monista, fundado tão-somente na lei.

Ocorre, todavia, que os maiores artífices da derrocada do chamado Positivismo legalista fizeram surgir um novo Positivismo, de matriz igualmente estatal, mas fundado no *decisionismo*. Das leis passa-se ao que os juízes dizem sobre as leis. E, nesse ponto, permanece o problema-chave denunciado por Savigny nos Oitocentos. Continua-se sob o prestígio dos poderes estatais, embora se tenha no Brasil o privilégio de uma magistratura culta, responsável e democrática. Mas, em regimes que desbordam do Estado Democrático de Direito, e *nosso tempo* é pródigo de exemplos assim, o uso feito da interpretação judicial muita vez conduz – ou reconduz – à busca da literalidade da norma, a última garantia do cidadão contra o abuso do Estado, cometido com a lamentável participação de agentes judiciais, enfraquecidos pela quebra da independência do Poder Judiciário. Como à era contemporânea repugnam movimentos armados e golpes de Estado, a dissolução da independência judicial ocorre de modo pouco sensível à população, seja pela mudança na composição das Cortes, seja pelo aparelhamento ideológico dos juízes nomeados para cargos de maior relevo na hierarquia pretoriana.

Como desdobramento natural das ideias de Savigny, pode-se afirmar que a doutrina é o costume em *nosso tempo*. A função histórica do costume, o contraponto ao racionalismo e ao estatualismo legal, pode – e deve – ser exercida pela doutrina.⁷¹ Se o costume é uma resultante do espírito do povo (*Volksgeist*), a doutrina também o é, pois nasce do pensamento dos juristas, eles mesmos uma parte do povo.⁷²

Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 198-224) desenvolveu amplo estudo sobre o espírito do povo (*Volksgeist*), o qual se recomenda consulta, dado ultrapassar os limites deste artigo o exame das proposições desse autor. Destaque-se, tão somente, os vínculos estabelecidos entre Savigny e o movimento do Romantismo alemão, indicados por Alf Ross como a chave para a compreensão da Escola Histórica. É também digno de observação o intenso debate, descrito por Alf Ross, acerca de ser Savigny um naturalista, um positivista ou um precursor da Escola do Direito Livre.⁷¹ “Restaria, por último fixar a posição e as perspectivas da doutrina no universo jurídico de nossa época. Alguns eminentes juristas já o fizeram com singular discernimento. Todos eles partem da teoria de Savigny, de que a dinâmica do progresso social motiva a substituição do costume pela doutrina.” (VASCONCELOS, op. cit., p. 283).

⁷² VASCONCELOS, op. cit., p. 276. Por honestidade intelectual, atribua-se a passagem do costume, como fundamento do Direito, para a *opinio necessitatis* dos que operam com o Direito, a expoentes tardios da Escola Histórica, ao exemplo de Cosack, Kohler e Brie. (ROSS, op. cit., p. 506).

A vocação da doutrina em *nosso tempo* é perturbar, criticar, insurgir-se, denunciar e obrigar à reflexão sobre o direito. Ela deve exercer essas funções sobre a sociedade, o Estado e os agentes mais ligados à produção jurídica, o legislador e o juiz. Não se veda a esses dois que doutrinam, desde que o façam sem confundir a autoridade que decorre de suas respectivas funções no Estado. Doutrinar é convencer, persuadir, influenciar com ideias, pelo efeito de sua qualidade e do mérito de quem as produz. Gérard Cornu faz um interessante jogo de palavras sobre o fundamento da autoridade da doutrina: *Non ratione auctoritatis sed auctoritate rationis*, não em razão da autoridade, mas pela autoridade da razão.⁷³

A doutrina tem a vocação de ser o elemento necessariamente desagregador na produção jurídica legal-jurisprudencial. Não se recusa a legitimidade democrática dos legisladores e a legitimidade dos juízes, fundada no mérito. No entanto, é necessária a oxigenação do sistema pelo recurso direto ao povo, sob a forma de uma parcela sua, a classe dos juristas. Quem os escolheu? Ninguém. Quem os autorizou? Ninguém. A liberdade de manifestação é quem os suporta, aliada ao reconhecimento singular de seu mérito, conquistado pela *prudência* e pela *perícia* no trato das coisas do direito, para se fazer uso da graciosa linguagem dos romanos, conservada pelos medievais. A *prudência*, qualidade que repousa na experiência, e a *perícia*, qualidade que se esteia no estudo técnico-científico (ou artístico, como querem alguns) das normas, segundo a natureza da coisa (*Natur der sache*). A natureza da coisa tem na sentença de Horácio (Livro I, Épodo IX) sua mais literária e elegante expressão: *Naturam expellas furca tamen usque recurret* (Expulsai a natureza, ela voltará correndo). Essa doutrina, desenvolvida por autores como Karl Larenz, Gustav Radbruch e Reinhold Zippellius, funda-se em pressupostos da filosofia de Aristóteles, ao pôr em evidência a faticidade-axiológica, não apenas os fatos, mas esses sob a óptica dos valores, tendo como antecedente o plano da validade.

Essa perspectiva da doutrina tem consequências. Se o fundamento da doutrina como fonte do direito conjuga a liberdade, a criação plural do direito, a prudência, a perícia e a natureza das coisas, não se pode admitir que ela se valha *exclusivamente* da autoridade do Estado para existir. Se hoje, as afirmações dos velhos catedráticos franceses do século XIX, de que eles “não eram professores de Direito Civil” e sim “professores do Código Napoleão”, servem de modelo nas escolas jurídicas sobre os extremos

⁷³ Conquanto o autor, para não fugir à Escola Francesa, considere que a doutrina não é uma fonte formal do Direito, mas possui a força de sua autoridade. (CORNU, op. cit., p. 195).

da Escola da Exegese e do Positivismo dos Oitocentos, não é possível substituir essa doutrina *legalista* por outra *jurisprudencialista*. É provável que, em muitas Faculdades de Direito, os docentes de direito constitucional não mais ensinem essa disciplina e sim, embora não o confessem, sejam meros “professores da Constituição interpretada pelo Supremo Tribunal Federal”.

Ao viso deste trabalho, não há diferenças entre a doutrina *legalista* e a doutrina *jurisprudencialista*. Ambas condenam a liberdade dos doutrinadores à submissão ao Direito produzido pelo Estado. Nada mais contrário à essência e à vocação da dogmática.

Essa assertiva, porém, não deve ser levada ao extremo de isolar a dogmática da lei e da jurisprudência. O direito prático faz-se, em grande medida, pela interpretação da norma legal e ela se manifesta de modo socialmente organizado, com aparato repressivo legítimo, em larga escala – mas não exclusivamente – dentro do Poder Judiciário. A separação entre professores e juízes é interessante, como forma de permitir a autonomia dos primeiros, mas isso não significa que aqueles não se debruçam sobre o ofício laborado pelos últimos. É conveniente e fecunda essa interação entre o *direito doutrinário* e o *direito pretoriano*. Retorne-se a Savigny. Para o jurista, a Ciência do Direito (a Jurisprudência) conforma-se pela ampliação de seu raio para além dos jurisconsultos teóricos, os doutos e os historiadores. É “a aproximação da teoria e da prática”.⁷⁴

Não se há como admitir, porém, é uma jurisprudência que usurpe as funções da doutrina e rompa com a harmônica coexistência entre essas duas fontes de criação do Direito. Pela primeira vez, em muitos séculos, vive-se sério risco dessa ruptura, aqui e alhures, como se notou dos exemplos transcritos ao longo do texto. Friedrich Carl von Savigny, em sua obra clássica, *Sistema do direito romano atual*, ensinava que a atividade humana é susceptível de duas direções: o “conjunto do sistema científico, o qual compreende a Ciência, os livros, o ensino” ou “a aplicação particular das regras aos acontecimentos da vida real”. Essa distinção entre a teoria e a prática é da natureza do próprio Direito, bem como a própria evolução das civilizações tem dado às pessoas a missão de desenvolver cada um desses campos do saber: “assim, todos os que se ocupam do direito, salvo algumas exceções, fazendo da teoria ou da prática sua vocação especial, se não é sua vocação exclusiva”. No entanto, essa departição é boa quando

⁷⁴ SAVIGNY, op. cit., p.141.

não perde de vista sua *unidade primitiva*. Isso ocorre quando “o teórico conserva e cultiva a inteligência da prática e o prático a inteligência da teoria”.⁷⁵ Se radicalizada a divisão entre as funções, a teoria se converterá em exercício vão de pensamentos etéreos e a prática se consumirá em atividade puramente mecânica. Hoje, a teoria padece da incapacidade de conservar e cultivar a inteligência prática, pois se tornou serva dessa última, enquanto a prática, por não encontrar respostas na teoria, volta-se para si mesma, em um processo de contínua autorreferência.

A vocação da doutrina e sua crise: meios de superação

Na secção anterior, fez-se inventário das causas da crise da doutrina. Interessa sumariá-las: a) ampliação excessiva do número de obras jurídicas; b) crise dos periódicos tradicionais de doutrina, com a ampliação de revistas e a demanda exagerada por contribuições, o que fez decrescer a seletividade e a qualidade dos textos; c) uso das publicações como meio de pontuação em concursos públicos, ascensão funcional e obtenção de gratificações na carreira do magistério superior; d) ausência de legisladores-juristas; e) redução nas citações doutrinárias nos acórdãos; f) má-qualidade na formação jurídica, especialmente pelo desinteresse com a formação filosófica e epistemológica, e vícios na seleção de quadros nas universidades, como o favoritismo e a autorreferência; g) avanço da dogmática judicializada e da valorização do estudo de casos.

Examinem-se os tópicos, com a esperança de serem oferecidas algumas soluções.

a) ampliação excessiva do número de obras jurídicas; b) crise dos periódicos tradicionais de doutrina, com a ampliação de revistas e a demanda exagerada por contribuições, o que fez decrescer a seletividade e a qualidade dos textos; c) uso das publicações como meio de pontuação em concursos públicos, ascensão funcional e obtenção de gratificações na carreira do magistério superior.

O barateamento das edições, as publicações eletrônicas, os sítios jurídicos e outros meios de difusão dos escritos científicos criaram a demanda maior do que a oferta de textos de qualidade, além de colocar praticamente no mesmo nível o jurista e o indivíduo não dotado das

⁷⁵ SAVIGNY, F. Von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. del alemán por CH. Guenoux. Vertido al castellano por Manuel Durán y Bas. Granada: Comares, 2005. p. LXXIV.

qualidades de *prudência* e *perícia* necessárias à doutrina. É de certo modo reconfortante observar a História e perceber que os homens, antes da imprensa ou da *internet*, viveram momentos daquilo que Rudolf von Ihering chamou, não sem sarcasmo, de *grafomania*, a mania de escrever prolixamente obras jurídicas.⁷⁶ Sim. A Lei de Citações do Dominado não foi algo mais do que uma tentativa do Estado de controlar a decadência e os abusos dela advindos na produção *grafomantaca* de escritos, glosas e adulterações em textos de direito. É esse o sentido da denúncia de Ihering, em pleno século XIX, da corrida sem *mérito* pelo *mérito* de se doutrinar.

A criação de mecanismos de controle da produção científica, baseados na premiação financeira ou funcional, foi, inicialmente, uma forma positiva de apartar docentes inertes e pesquisadores diligentes, além de estimular o crescimento intelectual dos servidores, por meio da realização de cursos como espécie de sanção premial. Como em todos os processos dessa natureza, em certo tempo, descobriu-se que a *forma* prepondera sobre o *fundo*. Se para obter uma gratificação, alguns pontos em provas de títulos ou boas notas nas avaliações da Capes basta escrever um livro e quatro ou cinco artigos por ano, então, que se o faça.⁷⁷ Descobriram os inertes que bastaria seguir as regras e a partida estaria ganha. A denúncia de Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese, quanto à insuficiência dos critérios formais de avaliação do desempenho dos cursos de pós-graduação, é cada vez mais atual.⁷⁸ Em termos rigorosos, se a produção científica em direito for submetida a uma auditoria, ter-se-iam duas conclusões: ou ela é o produto de gênios, com imensa fecundidade no desenvolvimento de novos saberes jurídicos, ou ela é uma fraude, marcada por práticas viciadas, como o “manualismo”, o sincretismo metodológico, a repetição de temas ou a visão da atividade científica como algo que “rouba horas do convívio” dos familiares.⁷⁹

⁷⁶ IHERING, Rudolf von. *Bromas y veras*: ridendo dicere verum. Trad. del alemán por Tomás A. Banzhaf. Madrid: Civitas, 1987. p. 99.

⁷⁷ A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) é uma fundação autárquica, vinculada ao Ministério da Educação, que tem por finalidade subsidiar o Ministério “na formulação de políticas e no desenvolvimento de atividades de suporte à formação de profissionais de magistério para a educação básica e superior e para o desenvolvimento científico e tecnológico do País”. (art. 2º, Lei 8.405, de 9-1-1992).

⁷⁸ FRAGALE FILHO; VERONESE, op. cit., p. 58.

⁷⁹ Sobre o inventário dessas mazelas da produção jurídica nacional, confira-se: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, *passim*.

Algumas providências a respeito desses desvios merecem reflexão: i) revisão dos textos normativos que prevêm pontuação por trabalhos publicados para ascensão funcional ou gratificações de servidores. O estabelecimento de número máximo de textos para fins de contagem de pontos desestimularia o excedente derivado do simples espírito de competitividade, que nada diz com a Ciência; ii) aumento no rigor do credenciamento de periódicos no sistema Qualis, com a eleição de critérios menos formais e, portanto, facilmente obteníveis.⁸⁰ A exigência de conselhos editoriais efetivos é uma medida adequada; iii) estabelecimento de selo de qualidade para as editoras, como forma de se restringir a aceitação de determinadas publicações como válidas para pontuação de títulos ou de gratificações. Como contrapartida, dever-se-ia obrigar as editoras a possuir conselhos editoriais efetivos; e iv) estímulo às pesquisas por meio de financiamento público ou privado, com agrupamento de investigadores.

Em síntese, os três problemas expostos demandam o controle *qualitativo* da produção científica, o que passa necessariamente pelo *desvalor* da pesquisa e da escrita voltadas para a competição de pontos em provas e em concursos.

d) ausência de legisladores-juristas

A crise dos parlamentos é mundialmente reconhecida. Não há muito que se fazer sobre a perda de influência direta dos juristas nas assembleias e nos congressos. Trata-se de um fenômeno dos tempos atuais. A melhor reação a isso é a ampliação da atividade das associações de juristas como *grupos legítimos de pressão*, ao exemplo do que já se verificou no âmbito do direito processual e do direito do consumidor.

e) redução nas citações doutrinárias nos acórdãos

Esse problema resulta de uma combinação de fatores: a) massificação da atividade doutrinária (se todos somos doutrinadores, ninguém verdadeiramente o é); b) baixa qualidade da doutrina produzida; c) aumento exponencial do número de litígios em dissonância com a estrutura do Poder Judiciário; d) informatização.

⁸⁰ O Qualis é uma lista de meios utilizados para a divulgação da produção científica dos programas de pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado). A lista classifica esses veículos quanto à circulação (Local, Nacional, Internacional) e à qualidade (A, B, C), por área de avaliação. O Qualis serve como parâmetro para fundamentar o processo de avaliação do Sistema Nacional de Pós-Graduação.

A repercussão geral, a arguição de relevância e a técnica dos processos repetitivos, no STF e no STJ, poderão, em poucos anos, reverter esse quadro, na medida em que os tribunais passarão a emitir julgados em menor quantidade e com maior tempo para se aprofundar nos temas de efetivo relevo. Essa é a grande esperança para a recuperação *exterior* da doutrina, porque se não houve melhora *interna*, de nada adiantarão essas mudanças. Os tribunais, ante uma dogmática atrasada e autorreferente, deixarão de consultá-la por sua própria inutilidade a seus officios.

A redução no número de recursos e o aumento na qualidade da doutrina poder servir de meios bastantes e suficientes a esse fim. Há descrições comoventes do quanto um jurista-doutrinador sério contribui para a construção de grandes molduras jurisprudenciais e, de outro lado, quando um tribunal sabe reconhecer a importância da contribuição da dogmática. O ministro Carlos Velloso relatou acórdão do STF que pareceu reviver a antiga prática de consulta aos jurisprudentes romanos. No RE 262651/SP, julgado aos 16.11.2005, em Segunda Turma, RTJ 194-2/675, analisou-se a controvérsia relativa à extensão ao terceiro, que não está se utilizando do serviço público, alheio ao serviço de transporte, a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. O relator afirma que procedeu à investigação em diversas fontes doutrinárias, sem maior sucesso na identificação de uma resposta específica ao caso. Então, informa o min. Carlos Velloso, em gesto de singular homenagem ao conhecimento dogmático, que dirigiu ao jurista Celso Antonio Bandeira de Mello “carta, pedindo o seu pronunciamento a respeito”; tendo recebido pronta e gentil resposta do autor sobre tema a respeito do qual suas obras não apresentavam posição. Esse é um exemplo do quão podem ser profícuas as inter-relações entre doutrina e jurisprudência. Faz-se necessário, para isso, que aos juízes importe o que os doutores com *venia legendi* tenham a dizer e que esses juristas tenham o que dizer. A falta de um desses fatores elimina a justa e harmônica equação dogmática-jurisprudência.

f) má-qualidade na formação jurídica, especialmente pelo desinteresse com a formação filosófica e epistemológica, e vícios na seleção de quadros nas universidades, como o favoritismo e a autorreferência.

Em respeito a esse tópico, uma advertência faz-se indispensável: a crise no ensino jurídico não é um privilégio de *nosso tempo*.

Fala-se de crise da formação de bacharéis ao longo de todo o século XX, para se limitar à última centúria. Esse não é um problema novo e crê-se firmemente na sensível melhora nas Faculdades de Direito em diversos aspectos, a despeito de elementos de decadência e degeneração, os quais não lhes podem ser atribuídos isoladamente. Eles resultam do comprometimento generalizado do Ensino, nos diversos níveis, com o pragmatismo, a exclusão do Humanismo e o despreço pelo esforço acadêmico, tanto de alunos quanto de professores. Hoje, de outro lado, estudam mais pessoas. Os níveis de exigência profissional e teórica são mais profundos. Deu-se grande impulso no estudo de Filosofia (Geral e Jurídica), com diversos mestres e doutores que se dedicam a matérias de Teoria Geral do Direito. O discurso da crítica pela crítica não convence.

Mas, é também inquestionável a concorrência de três fatores, todos contemporâneos, a justificar que a má-formação dos juristas é causa de declínio da dogmática:

á) Conquanto se note o florescimento dos estudos filosóficos nas Escolas de Direito, ele se mostra restrito a grupos de discentes, os quais se relacionam com disciplinas de Teoria Geral na graduação e seguem nos mestrados e doutorados por esses caminhos metajurídicos. Dá-se, na verdade, uma exclusão mútua, de péssimo resultado para a cultura jurídica. O especialista, se é possível dizer isso de um filósofo do direito, em temas teóricos busca cada vez mais evadir-se dos estudos dogmáticos, provavelmente tangido pelo choque entre a óptica teórica e o direito praticado. Parecem esquecer que o elemento humano contamina e torna *impuras* todas as Ciências Culturais. É a tragédia do homem, o toque de Midas da Humanidade, que transforma o sacro em profano, o puro em impuro, dada a contradição essencial do próprio homem, imperfeito e pecador. Com isso, criam-se *torres de marfim* jusfilosóficas em alguns centros de ensino do direito, nas quais, por uma geração, no máximo, o filósofo da moda atrai um secto de crentes, até que seja substituído por um novo “guia das consciências”, à semelhança dos padixás do Império Otomano, cujos sucessores eliminavam os vestígios de seus antecedentes, como forma de afirmar com maior ênfase seu próprio poder. Não há, desse modo, a abertura para o diálogo entre os juristas-filósofos e os juristas-dogmáticos. Nesse aspecto, houve irrecusável decadência na formação jurídica. Recorde-se que Hans Kelsen, antes de ser o magnífico jurista-filósofo do século XX, era um renomado constitucionalista e internacionalista em sua Áustria natal. Miguel Reale dedicou-se ao Direito Civil. Arnaldo Vasconcelos, o maior representante

da Escola Ecológica na América Latina, foi especialista em Direito Comercial.

O afastamento também se dá por parte dos juristas-dogmáticos. A mera leitura de alguns manuais contemporâneos de direito civil apresenta a renúncia desses autores aos clássicos capítulos iniciais das obras de Teoria Geral do Direito Civil, dedicados ao estudo do Direito, Estado, da norma jurídica, de seu fundamento e sua natureza. Salvo honrosas exceções, as obras que conservam esses capítulos fazem-no com base em uma Filosofia Jurídica do pós-guerra, sem dialogar – ou criticar – com as novas correntes justeoréticas. Estagnação ou absentéismo. Eis o elemento preponderante da crise e, com ela, surgem efeitos deletérios: sincretismo metodológico, manualismo, incapacidade de se construir grandes sistematizações, repetição acrítica de conceitos pós-marxistas, repúdio ao Direito Romano, simplificações e mistificações.

α) Não há doutrina sem bons juristas. E não se formam bons juristas sem escolas de Direito com qualidade. O elemento-central desse processo é o *magister*, o professor.

Muito bem. Desde o início dos tempos, sempre houve e haverá a política do *favoritismo*. Esse é outro convidado indiscreto dos impuros negócios humanos, apesar das heroicas tentativas do legislador de escoimá-lo da coisa pública. O art. 37 da Constituição de 1988 é o mais completo libelo escrito na História recente brasileira contra o pessoalismo e a imoralidade no trato da administração pública e do recrutamento de seus quadros.⁸¹

O regime dos *professores catedráticos*, anterior à grande reforma do sistema educacional realizada nos anos 70, era fortemente contaminado pelo favoritismo. No entanto, o controle dos próprios titulares das cátedras em relação a seus pupilos era implacável. Havia certa ética nesse recrutamento. O compromisso era bilateral. A deficiência do pupilo implicava a não obtenção do cargo de docente.

⁸¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998) [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).”

Nos dias atuais, porém, tanto no Brasil quanto em outros países, ao que já visto, o mérito perdeu relevo em comparação ao favoritismo. Essa é uma das causas mais pronunciadas da crise da dogmática: a seleção descomprometida com a moralidade e a impessoalidade nos quadros universitários. Com isso, excluem-se grandes doutrinadores do cenáculo, que se lhes deveria reservar, as cátedras das Escolas de Direito, das quais poderiam realizar o antigo e sempre novo *docendo discimus*. Pode-se chegar ao extremo, em alguns casos, de que o bom doutrinador assim será considerado porque *não integra* a estrutura da universidade. E, dentro das Escolas, haverá tudo, menos doutrinadores. Com isso, quebra-se o compromisso da doutrina com a criação do direito, pois lhe falta o fundamento da *perícia* e da *prudência*. A dogmática deslegitima-se porque desacreditada. A dogmática desaparece porque não consegue produzir algo de útil. Na raiz? A falta de semeadores de trigo e o excesso de semeadores de joio.

β) Como último fator, destaque-se a *autorreferência*. Com seleções marcadas pelo vício do favoritismo, não se abrem as portas da universidade para elementos formados em outras escolas, com outros valores, conhecimentos e visões de mundo. Fecha-se a Escola de Direito em um ciclo vicioso de autorreferência. Não há crescimento científico sem pluralismo. Não há produção de conhecimento sem heterorreferência.

O historiador britânico Benedict Anderson, em seu livro *Comunidades imaginadas*, examinou o surgimento dos modernos estados nacionais nos séculos XIX-XX, com a descolonização da América, Ásia e África.⁸² Um das causas determinantes da independência desses novos países foi o sentimento de que todos os nativos pertenciam a uma *comunidade* com valores, símbolos e elementos unificantes *imaginados*. A literatura, a imprensa e a cartografia contribuíram decisivamente nesse processo. E, segundo o autor, a criação, nas décadas que antecederam a independência, de escolas centrais para formação de quadros entre os colonos e nativos foi outro elemento fundamental para o surgimento das *comunidades imaginadas*. Elementos de diversas regiões da colônia afluíam para uma mesma universidade central, conheciam-se, trocavam experiências e compartilhavam suas visões de mundo. Ao voltarem, traziam as sementes da noção de identidade nacional e cultural.

⁸² ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Trad. de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. *passim*.

No Brasil, o melhor exemplo dessa função agregadora, sob o prisma dos discentes, oriundos de diversas regiões do país, é a Universidade de São Paulo, especificamente sua Faculdade de Direito. Esse modelo de *heterorreferência* é uma das razões mais significativas da permanente pujança dessa Escola.

Suponha-se o valor da *heterorreferência* no plano docente nas diversas instituições universitárias brasileiras? Os ganhos seriam notáveis.

Muito bem. Mas, o que fazer? Algumas sugestões:

i) durante décadas, os concursos públicos foram objeto de variegadas suspeitas de pessoalidade. Convenceu-se o Estado, na maior parte das seleções de pessoal hoje realizadas no Brasil, de que a melhor forma de assegurar os valores do art. 37, CF/1988, seria atribuir a instituições externas a elaboração, aplicação e correção dessas provas. Diminuíram sensivelmente os casos de irregularidades, desde então. E, mais do que isso, a instituição do concurso público ganhou respeito social e tornou-se mecanismo de constituição de uma elite burocrática baseada na meritocracia de investidura. Nada impede que se adote esse modelo de *realização externa* de concursos públicos para as universidades estatais. Some-se a isso a unificação de vagas nacionalmente – nas escolas superiores federais –, para fins de ocupação de cargos em quaisquer das regiões do País. Medidas simples baixadas pelo Ministério da Educação teriam efeitos históricos nesse campo.

ii) A adoção de critérios universais, objetivos e impessoais de avaliação dos postulantes a cargos de docente também poderia ser levada a efeito pelo Ministério da Educação. Estabelecimento de pontos e notas mínimos e máximos para cada fase, com redução da subjetividade e da discricionariedade das bancas examinadoras em fases nas quais esses fatores não poderiam prosperar, como em provas de títulos, de notória objetividade.

iii) Objetivação de critérios prévios de suspeição e impedimento, com base em normas baixadas pelo Ministério da Educação.

iv) Atuação mais efetiva dos órgãos de controle interno e controle externo do Estado sobre os concursos públicos nas universidades. Esses órgãos são por demais eficientes na fiscalização de obras públicas, contratações de pessoal, mas, apesar da constância de representações ao Ministério Público de candidatos defraudados em certames para professor, é praticamente nula a intervenção desses plexos no âmbito universitário.

A mera perspectiva de uma sanção disciplinar, advinda de auditorias ou tomadas de contas especiais pelo Tribunal de Contas ou pela Controladoria-Geral, por certo, desestimularia abusos hoje cometidos nas universidades públicas.

g) avanço da dogmática judicializada e da valorização do estudo de casos

Nesse último tópico, que foi tangenciado ao longo do artigo, destacam-se dois problemas: a) a judicialização da dogmática; b) a questão do estudo de casos jurisprudenciais.

Quanto à judicialização, basta ressaltar que esse fenômeno revela a dificuldade da doutrina em exercer suas próprias funções: sistematizar, criar, criticar e produzir conhecimento. Essa leniência já cobra seu tributo. Se a doutrina é mera paráfrase de acórdãos, para que os juízes terão interesse em ler obras dogmáticas? Se a doutrina é incapaz de propor, criticar, sistematizar, para que existe?

Na raiz, a crise de fundamentos filosóficos, epistemológicos e metodológicos. Sem Filosofia, Teoria do Conhecimento e algum método, não há como se evadir das armadilhas do manualismo, da reprodução e da estagnação.

A jurisprudência é índice de aplicação teórica. E, quando atua criativamente, gerando novas figuras jurídicas ou institutos não pensados, ela influencia a doutrina, *embora não lhe seja isso exigido*. É necessário ter em consideração exatamente esse ponto: a jurisprudência pode criar, mas não se lhe pode demandar esse papel. E, ao fazê-lo, oferece importantes subsídios à doutrina. No entanto, é da dogmática que se deve exigir a função criativa. Se ela renuncia a esse ofício e escora-se no que os tribunais afirmam, perde sua *ratio essendi* e dá mercê a que seja demitida pela História.

Quanto ao estudo de casos, observa-se que há um movimento de reconstrução da dogmática a partir de duas perspectivas: i) a mera afirmação do jurista-doutrinador é insuficiente para criar conhecimento jurídico, trata-se do velho recurso ao argumento de autoridade, sem referibilidade e com excesso de subjetivismo; e ii) o conhecimento jurídico necessita de alguma dose de método indutivo, a partir do exame de casos, tendências jurisprudenciais, estatísticas e base de dados.

Não é adequado confundir o manualismo, e a escrita jurídica baseada em chavões, com a doutrina. Essas duas espécies revelam sintomas da doença da *grafomania*, denunciada por Rudolf von Ihering, e literatura

jurídica de baixa qualidade. Daí se haver dedicado, nas seções anteriores, fortes linhas em ordem a se *qualificar* quem é o jurista apto a doutrinar. E, basear-se na opinião doutrinária não é estimular o argumento de autoridade. Como dito: *Non ratione auctoritatis sed auctoritate rationis*. A doutrina vincula não em razão da autoridade, mas pela autoridade da razão.⁸³ Mais que isso, a doutrina fundamenta-se no valor democrático, na abertura para que o povo, através da classe dos juristas, crie Direito e modifique ou se contraponha ao direito produzido pelo Estado, por meio dos legisladores ou dos juízes. Só por isso, a doutrina já estaria devidamente validada, em termos sociais, históricos e políticos.

Por fim, o estudo de casos, especialmente quando focado em decisões judiciais, tem seu valor. É uma boa forma de se conferir a aplicação da doutrina (ou sua não aplicação) pelos órgãos estatais autorizados a dizer o direito em última instância. No entanto, não se pode extrair dessas sistematizações a força (ou a autoridade) decorrente da supremacia de um método indutivo sobre o método dedutivo. Verificar tendências pretorianas ou entender o porquê das decisões dos tribunais, a partir delas mesmas, não gera conhecimento superior ao produzido pela doutrina. O fato é simples. A autoridade dos tribunais decorre simplesmente de serem *tribunais*. Seu poder é emanado da Constituição e, com isso, devem ser respeitadas, estudadas e analisadas suas decisões. Daí a concluir que são ótimas por serem judiciais, vai-se ao absurdo da *jurisprudenciolatria*. Há boas e ruins decisões judiciais. Seu valor intelectual é variável, portanto. Logo, o exame desses julgamentos não substitui a tradicional forma de se doutrinar.

A empiria é importante. Este articulista já desenvolveu pesquisas empíricas que coadjuvaram significativamente as teses concebidas dedutivamente. É até necessário o estímulo à empiria no direito. Não se pode é ignorar que a doutrina faz-se pelo direito de o jurista emitir sua *opinio* sobre fatos, normas e valores e, com ela, modificar ou criar o direito.

Conclusões

A crise da doutrina, diferentemente da chamada *crise do ensino jurídico*, é relativamente nova, embora tenham sido historicamente identificados momentos de sério comprometimento dessa fonte do direito. À semelhança de ocorrências do passado, a situação atual tem por ingredientes a má-

⁸³ CORNU, op. cit., p. 195.

formação e a seleção dos juristas e docentes, o pragmatismo e o avanço do Estado sobre a liberdade do povo em criar o direito.

As soluções para a crise são possíveis de implementação, com maior ou menor facilidade. Algumas dependem do Estado, outras dos próprios doutrinadores. Em tudo, destaca-se a imperativa recuperação, pelos doutrinadores, de seu espaço. É a esses quem compete a mais difícil tarefa: recobrar o respeito pela própria doutrina, tão abalado pelos sucessos descritos neste texto.⁸⁴

Em tempos de Direito Comunitário e da Integração, deve assumir a doutrina maior importância ainda, pois tem a aptidão de harmonizar e servir de meio à cooperação entre as comunidades jurídicas.⁸⁵ A doutrina, como elemento democrático na criação do direito, tem de sobreviver.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 2000., v. 3.

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Trad. de Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato atípico misto e indivisibilidade de suas prestações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 115-134.

BARBOSA, Ruy. Inadimplemento de contrato Madeira-Mamoré Railway Co.: direitos da concessionária a perdas e danos: remédio jurídico: parecer. *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, v. 40, t. 2, p. 103-117, 1962.

⁸⁴ Esse é uma preocupação que já se expressa na óptica de observadores mais lúcidos da crise da dogmática brasileira: “Quanto à doutrina, ela já há muito deixou de ser fonte do direito, e cada vez menos se publicam textos com algum resquício de criatividade. As mais das vezes, não passam de considerações analíticas sobre leis e decisões judiciais, de discutível valor científico e ao sabor das conveniências do grande mercado editorial formado pela classe dos operadores do direito.” (COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 76).

⁸⁵ Veja-se o papel da doutrina na formação de códigos-tipo: CARDILLI, Riccardo. El papel de la doctrina en la elaboración del sistema: el ejemplo de la responsabilidad contractual. AA.VV. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano: bases para um Código Latinoamericano Tipo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 61-90.

- _____. *Obras completas*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1914. v. 41. t. 3.
- BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 371, p. 175-202, jan./fev. 2004.
- BEVILAQUA, Clovis. *Soluções práticas de direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1923-1945. 4 v. (Coletânea de Pareceres).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRAUN, Alexandra. Burying the living? The citation of legal writings in English Courts. *American Journal of Comparative Law*, v. 58, jan. 2010.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- CARDILLI, Riccardo. El papel de la doctrina en la elaboración del 'sistema': El ejemplo de la responsabilidad contractual. AA.VV. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano: bases para um Código Latinoamericano Tipo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- CORNU, Gérard. *Droit civil: introduction, les personnes, les biens*. 12. ed. Paris: LGDJ, 2005.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. de António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11.ed. Madrid: Tecnos, 2005. v. 1.
- EHMANN, Horst; SUSTSCHET, Holger. *Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten*. München: Vahlen, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRAGALE FILHO, Roberto. Quando a empiria é necessária? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre Kehrig. A pesquisa em direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós Graduação*, Brasília, v. 2, p. 53-70, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRANADO, Juan Javier de. Pós-fácio. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: S. Fabris, 2005.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Verbetes "doutrina". Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=doutrina&stype=k>>. Acesso em: 1º ago. 2008.

IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 12. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

JHERING, Rudolf von. *Bromas y veras: ridendo dicere verum*. Trad. del alemán por Tomás A. Banzhaf. Madrid: Civitas, 1987.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano: parte geral*. Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. v.1.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 393, p. 173-204, set./out. 2007.

MARKESINIS, Basil S. *Comparative law in the courtroom and classroom: the story of the last thirty-five years*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

MATOS PEIXOTO, José Carlos de. *Curso de direito romano: parte introdutória e geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. t.1.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: S. Fabris, 2009.

_____. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Palo Alto: Stanford University Press, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1.

MORIN, Gaston. Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif. In: AA.VV. *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris: Sirey, 1934.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: parte geral*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Trad. de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 58, p. 105-113, jan./fev. 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SAN TIAGO DANTAS, F.C. Nova dogmática jurídica. *Revista Forense: comemorativa – 100 anos*, Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 141-146, 2007.

SAVIGNY, F. Von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. del alemán por CH. Guenoux. Vertido al castellano por Manuel Durán y Bas. Granada: Comares, 2005.

_____. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Trad. del alemán de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1977.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Ao contrário do ministro, devemos nos importar (muito) com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=23310>. Acesso em: 1º ago. 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg nos EREsp 319.997/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 14.08.2002, DJ 07.04.2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade, tributos contraprestacionais e harmonia entre os poderes do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 384, p. 155-169, mar./abr. 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.1.

VILLELA, João Baptista. Livre-docência: apontamentos de uma arguição. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 143, p. 39-41, jul./set. 2006.

COLABORADORES

Alexandre Fabiano Mendes: Professor de Direito (PUC-RJ). Pesquisador associado do LabTec-UFRJ. Doutor em Direito da Cidade (UERJ). Foi Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (2006-2011), tendo coordenado o Núcleo de Terras e Habitação (2010). É co-editor da Revista *Lugar Comum, estudos de mídia, cultura e democracia* (ISSN 14158604), participa da Rede Universidade Nômade.

César Augusto Baldi: Mestre em Direito pela ULBRA/RS. Doutorando pela *Universidad Pablo Olavide* (Espanha). Servidor do TRF da 4ª Região desde 1989. Organizador do livro “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (Ed. Renovar, 2004).

Deborah Duprat: Subprocuradora-Geral da República. Coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Eduardo Manuel Val: Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Coordenador do Curso de Especialização em Direito da Administração Pública. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Enoque Feitosa: Doutor em Direito e Doutor em Filosofia. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Filosofia, ambos na UFPB. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Marxismo e Direito”. Advogado.

Enzo Bello: Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Assessor do Procurador-Geral da República. Coordenador dos grupos de pesquisa “Direito e Marxismo” e “A cidadania contemporânea no ambiente urbano: direito e política na produção de novos direitos”.

Gustavo Moreira Capela: Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Militante do Grupo Brasil e Desenvolvimento (B&D).

João Pedro Pádua: Professor Assistente de Direito Processual Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutorando em Estudos da Linguagem e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Juliana Neuenschwander Magalhães: Pós-doutora em Direito pelo Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu (Alemanha). Doutora em Direito pela *Università degli Studi di Lecce* (Itália). Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e integrante do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição.

290

Otávio Luiz Rodrigues Júnior: Doutor em Direito Civil pela USP. Membro da *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano* – Oviedo. Avaliador *ad hoc* de cursos jurídicos do MEC. Advogado da União. Adjunto do Advogado-Geral da União.

René José Keller: Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Bolsista Capes. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Rodrigo de Souza Tavares: Professor Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF).

Siddharta Legale Ferreira: Professor Substituto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor convidado do Curso de Especialização em Direito da Administração Pública. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Taiguara Líbano Soares e Souza: Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito IBMEC-RJ, Professor da Pós-graduação em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal da UCAM, Doutorando em Direito pela PUC-

Rio, Membro do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, Membro do IBCCRIM, Membro da ANDHEP, Membro do Conpedi.

Tarso de Melo: Mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. É advogado, professor das Faculdades de Campinas (Facamp) e coordenador de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Autor de *Direito e Ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural* (Expressão Popular, 2009).

