

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

O século XXI termina sua segunda década com crescentes desafios relacionados aos encontros de culturas diferentes e a necessidade de reconhecimento e tolerância entre grupos. O Direito, como principal fenômeno de coordenação social, precisa alcançar um equilíbrio para a convivência e avanço nessas relações, criar novos mecanismos de coexistência quando os presentes não suprem as necessidades que emergem. Este livro apresenta diversos estudos sobre o tema e seus desafios, com autores tratando eles sob perspectivas filosóficas, históricas, sociológicas, relacionando elas ao Direito e buscando contribuir com as construções ainda necessárias.

Wagner Silveira Feloniuk, Sobre o livro



Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI



ORGANIZAÇÃO

Alejandro Montiel Alvarez,
Anderson Vichinkeski Teixeira
Wagner Silveira Feloniuk

AUTORES

Alejandro Montiel Alvarez
Alfredo de J. Flores
Alice Rocha da Silva
Aline Andrighetto
Álvaro Filipe Oxley da Rocha
Anderson Vichinkeski Teixeira
Anna Cecília Faro Bonan
Antônio Miller Madeira
Bárbara Josana Costa
Bianca Rodrigues Toledo
Camila Paese Fedrigo
Carlos Alberto Simões de Tomaz
Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego
Carolina Dutra Normeyi
Carolina Schröder Alexandrino
Celso Gabatz
Enzo Bello
Fabio Caprio Leite de Castro
Fabrício Diesel Perin
Gerson Neves Pinto
Gilberto Paglia Júnior
Gustavo Oliveira Vieira
Josué E. Möller
Kenny Sontag
Lenio Luiz Streck
Letícia Núñez Almeida
Luís Fernando Barzotto
Luiz Gonzaga Silva Adolfo
Luiz Hasse
Lurdes Denise Crispim Moreira
Mériam Kielbovicz
Nathan Bueno Macêdo
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
Rafael Köche
Roberta Drehmer de Miranda
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Rodrigo Espíúca dos Anjos Siqueira
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
Thaís Janaina Wenczenovicz
Vicente de Paulo Barretto
Wagner Silveira Feloniuk
Willame Parente Mazza

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI



ORGANIZAÇÃO

Alejandro Montiel Alvarez
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor e mestre em Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Anderson Vichinkeski Teixeira
Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Decartes-Sorbonne. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

Wagner Silveira Feloniuk
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Verbo Jurídico e IDC. Editor da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS e membro pesquisador do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul.

Perspectivas do Discurso Jurídico:

novos desafios culturais
do século XXI

ORGANIZAÇÃO

Alejandro Montiel Alvarez,
Anderson Vichinkeski Teixeira
Wagner Silveira Feloniuk

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

PORTO ALEGRE

2017



FAPERGS

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Perspectivas do discurso jurídico : novos desafios culturais do século XXI / Alejandro Montiel Alvarez, Anderson Vichinkeski Teixeira e Wagner Silveira Feloniuk (organizadores). – Porto Alegre: DM, 2017.

Vários autores, 504 p.

Bibliografia

ISBN: 978-85-68497-06-7

1. Direito : coletânea 2. Hermenêutica 3. Multiculturalismo I. Alvarez, Alejandro Montiel. II. Feloniuk, Wagner Silveira. III. Teixeira, Anderson Vichinkeski

CDU- 34

Bibliotecária Responsável

Cristiani Kafski da Silva - CRB 10/1711

CONSELHO EDITORIAL

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, UFRGS

Augusto Jaeger Júnior, UFRGS

Gustavo Castagna Machado, UFRGS

Henrique Montagner Fernandes, UFRGS

Marcos Roberto de Lima Aguirre, UFRGS

Marcus Paulo Rycembel Boeira, UFRGS

Wagner Silveira Feloniuk, UFRGS

*Apoio da Fapergs e da Capes – Programa Editoração
e Publicação de Obras Científicas - FAPERGS 229/2015*

*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode
ser reproduzida, arquivada ou transmitida de nenhuma forma
ou por nenhum meio, sem a permissão do autor.*



Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul



Editora DM

R. Jandyr Maya Faillace, 365

Porto Alegre RS

CEP 91240-010l: (51) 3347-5666

dm.editoralivraria@gmail.com



C A P E S

APRESENTAÇÃO

No final de 2015, foi realizado o Segundo Congresso Direito e Cultura. Com grande satisfação, contamos novamente com a presença de mais de uma dezena de professores apresentando suas pesquisas, unindo universidades como a UFRGS, PUC/RS, Uniritter e Unisinos. E, além deles, o Grupo de Trabalho lançou um novo edital, e mais de duas dezenas de pesquisadores do mestrado e doutorado de todo o Brasil vieram apresentar seus trabalhos. Agora, este esforço é concretizado em uma obra feita com a participação de todas essas pessoas que colaboraram com o sucesso da iniciativa.

Encontrar novas soluções e fazer análises sobre temas como a imigração, a violência, a recepção de conceitos jurídicos e filosóficos, o direito à informação, o racismo, são importantes para o avanço da sociedade. E diversos destes temas se tornaram ainda mais presentes ao longo dos últimos anos. A segunda década do século XXI, talvez contrariando expectativas, é um período em que problemas que pareciam diminuir ressurgiram com força. O reconhecimento de outros grupos e a necessidade de tolerância são tópicos que ganham novos contornos rapidamente no nosso tempo.

O fenômeno da imigração é um dos temas de grande destaque nesse sentido. Nos dados mais atualizados, de 2015, a Agência de Refugiados das Nações Unidas reporta que havia mais de 65 milhões de refugiados no mundo, ou 0,89% da população mundial, e um terço dessas pessoas são crianças. Tal número tem crescido a partir de 1980 e se expandiu muito rapidamente especialmente depois de 2010. A relação com o passado mostra a profundidade do fenômeno e os desafios trazidos são mostrados na imprensa quase diariamente. Quando esses números começaram a ser estimados pela ONU, acabara de terminar a segunda-guerra mundial e, no entanto, apenas 0,08% da população mundial havia se deslocado, um número mais de dez vezes inferior ao atual.

Além da proteção dessas pessoas, uma tarefa indispensável, tais migrações têm colocado constantemente em contato pessoas de culturas e visões de mundo profundamente diferentes. Os refugiados Sírios são o caso mais contundente, pois mais de 13,5 milhões de pessoas foram deslocadas em um período curto de tempo, mas ele não é o único, diversos tem sido os acontecimentos que levam pessoas a mudar de países e até

continentes para proteger a si e a suas famílias. O contato entre culturas diferentes pode trazer conflitos. A tentativa de respeitar as diferenças culturais enquanto se garantem condições de coexistência pacífica impõe desafios que uma sociedade mais homogênea culturalmente não enfrenta. Agora, sociedades antes desacostumadas com essa realidade carecem de mecanismos e a academia é um dos locais privilegiados para tentar contribuir.

Uma área igualmente importante relacionada ao evento trata dos desrespeitos aos Direitos Humanos ocorridos contra pessoas em seus próprios países, como nos casos de discriminação religiosa, étnica ou de gênero. Também nesses casos, o papel de compreensão dos fenômenos culturais e a necessidade indicar soluções aparece com grande clareza frente as conhecidas e constantes dificuldades.

O Direito é o principal meio de coordenação social e precisa garantir que haja tolerância e proteção de todas as pessoas envolvidas - aquelas que chegam, aquelas as recebem, aquelas que sofrem algum abuso em suas prerrogativas e direitos em qualquer outra situação. Fazer isso, no entanto, não é simples e, na academia, cada vez mais se mostra uma tarefa interdisciplinar e que tem muito a se beneficiar de um ambiente de colaboração e diálogo. Resolver esses problemas exige alterações de comportamento dos membros da sociedade, intervenções estatais, uso de recursos escassos em sentido financeiro e humano. Antes de criar sanções em leis, é preciso compreender o fenômeno para normatizá-lo com sucesso. As pesquisas relacionadas à cultura e seus desafios, portanto, tem uma grande e compressível importância e são feitas em todo o mundo. Encontrar com a filosofia, a história, a sociologia um meio de amenizar ou solucionar esses problemas é o motivo de dedicação de muitos pesquisadores.

Este livro é mais um esforço nesse sentido. Com a contribuição de dezenas de pessoas, diversos temas relevantes são trabalhados. As perspectivas são muitas, mas o objetivo é contribuir com ideias, conceitos, análises históricas e filosóficas para melhorar a nossa sociedade, cada vez mais globalizada, mas também carente de construções que garantam um processo menos conflituoso nas transformações que a modernidade traz.

Por Wagner Silveira Feloniuk

SUMÁRIO

ARTIGOS

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

1. Crítica do “novo” constitucionalismo latino-americano: alteridade intercultural ou “mais do mesmo”? 13
Gustavo Oliveira Vieira
2. A constitucionalização simbólica e a desconstitucionalização fática: os direitos fundamentais transindividuais em um país de modernidade periférica 31
Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego e Willame Parente Mazza
3. Migração e as fronteiras intangíveis 48
Gilberto Paglia Júnior e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
4. O princípio da laicidade na sociedade global: estudo de caso da proibição do uso do véu islâmico na França 59
Alice Rocha da Silva e Tarin Cristino Frota Mont’Alverne
5. Intolerância religiosa na sociedade brasileira contemporânea: liberdades em risco e laicidade em crise? 76
Celso Gabatz
6. Combate ao racismo a partir do pensamento descolonial..... 92
Aline Andrighetto
7. O direito à leitura e à informação: uma trajetória à construção cultural..... 108
Thaís Janaina Wenczenovicz e Lurdes Denise Crispim Moreira
8. Cultura escolar, identidade e tecnologias digitais 125
Thaís Janaina Wenczenovicz e Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira
9. Eu quero é botar... meu bloco na rua! Direito à cidade e cultura em carnavais de luta 146
Anna Cecília Faro Bonan, Bianca Rodrigues Toledo e Enzo Bello
10. O direito das famílias na contemporaneidade e a influência da cultura na produção do direito..... 163
Bárbara Josana Costa e Carolina Schröder Alexandrino

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

11. Paradoxos modernos do conceito jurídico de “pessoa” 181
Alfredo de J. Flores
12. *Rule of law*: a Justiça como isonomia 193
Luis Fernando Barzotto
13. Amizade e mercado: a relação mercantil como pressuposto ético-social dos direitos humanos 200
Luis Fernando Barzotto
14. Como a doutrina brasileira ensina hermenêutica jurídica? 213
Lenio Luiz Streck e Rafael Köche
15. A equidade, exceção e determinação de sentido 232
Alejandro Montiel Alvarez
16. Cultura, jurisdição e verdade: a cultura como substrato material de pré-compreensão das decisões judiciais, permitindo o acontecer de uma verdade contextualizada 239
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
17. Uma reflexão sobre a justiça, a mediação e implicações da tolerância 261
Josué E. Möller
18. A prisão dourada de Dostoiévski sob a luz do conceito de liberdade negativa desenvolvido por Axel Honneth 282
Fabrcio Diesel Perin

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

19. O diálogo entre o pensamento de John Finnis e a tradição romano-germânica: recepção e tradução cultural no jusnaturalismo contemporâneo 299
Alfredo de J. Flores
20. Direito público na origem do Brasil: organização administrativa, tributária, governamental e judiciária das capitanias hereditárias 313
Wagner Silveira Feloniuk

21. Pressupostos ao estudo dos direitos reais moderno	330
<i>Kenny Sontag</i>	
22. Resíduos da dominação colonial: a fragilidade da democracia brasileira	358
<i>Fabio Caprio Leite de Castro</i>	
23. O tribunal constitucional como ‘instância simbólica’ das democracias contemporâneas	374
<i>Roberta Drehmer de Miranda</i>	

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

24. A misericórdia, a punição e a Justiça.....	389
<i>Vicente de Paulo Barretto</i>	
25. Criminologia cultural: algumas proposições	407
<i>Álvaro Filipe Oxley da Rocha</i>	
26. Uma antropologia do crime: Pierre Legendre e o caso Lortie.....	423
<i>Gerson Neves Pinto</i>	
27. Considerações acerca das definições conceituais de crime político e de terrorismo	432
<i>Anderson Vichinkeski Teixeira</i>	
28. A confiabilidade da prova oral como meio de prova no processo penal e os danos causados pelas falsas memórias	444
<i>Antônio Miller Madeira</i>	
29. Direito e os estrangeiros: fronteiras entre os sistemas penitenciários brasileiro e japonês	464
<i>Letícia Núñez Almeida, Nathan Bueno Macêdo e Carolina Dutra Normey</i>	

RESENHAS

30. Sobre o impacto social do historicismo.....	483
<i>Wagner Silveira Feloniuk</i>	
31. Babel: entre a incerteza e a esperança	491
<i>Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Mérian Kielbovicz</i>	
32. O Pequeno Príncipe e a questão da invisibilidade	500
<i>Camila Paese Fedrigo e Luiz Hasse</i>	

PARTE I

Direitos Humanos e Multiculturalismo

A CRÍTICA DO “NOVO” CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: alteridade intercultural ou “mais do mesmo”?

Gustavo Oliveira Vieira*

Sumário: Introdução. 1 Sociologia Constitucional: perquirindo a compreensão autêntica do movimento latino-americano. 2 Percalços do Estado de Direito na América Latina: desafios sociais e jurídicos ante instabilidades político-econômicas. 3 O Enfrentamento da Desigualdade Social: melhorias monetárias com condições estruturais intocadas. 4 A Ressignificação da “Questão Indígena” e o reconhecimento das epistemologias do Sul. Considerações Finais. Referências.

Introdução¹

O constitucionalismo liberal oitocentista, francês e estadunidense, mesmo incluindo o vértice inglês, cumpriu sua função. Função ambígua, de servir enquanto plataforma para *transformações* jurídico-políticas, bem como para a *manutenção* do *status quo ante* em relação às estruturas econômicas – rupturas e continuidades, por mais que tenham se forjado no marco de revoluções, no contexto do desenvolvimento do liberalismo econômico e político. Ou seja, cumpriram importante papel histórico em seu contexto histórico-cultural. Razão pela qual se faz necessária uma abordagem que abarque a especificidade latino-americana pelo recorte do constitucionalismo em sua dinâmica regional, por isso, uma sociologia constitucional localizada.

Há um expressivo número de autores que tem tentando ver novidades paradigmáticas em algumas experiências latino-americanas, e com abordagens teóricas distintas. O “novo” constitucionalismo latino-americano tem recebido uma diversidade de adjetivações (BRANDÃO, 2011) que indicam a construção de novos marcos jurídico-estatais. O tema tem sido elevado à condição de pauta necessária aos constitucionalistas do subcontinente. A autenticidade das abordagens constitucionais,

* Gustavo Oliveira Vieira é professor adjunto da Universidade Federal da Integração Latino-Americana em Foz do Iguaçu, PR. Doutor em Direito pela Unisinos (São Leopoldo, RS), com período sanduíche na University of Manitoba (Canadá) mestre e bacharel em Direito pela UNISC. Autor dos livros “Constitucionalismo na Mundialização” e “A Formação do Estado Democrático de Direito”, ambos pela editora UNIJUÍ, 2015 e 2016.

¹ Texto baseado na publicação: VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sociologia Constitucional Latino-Americana: desafios antigos com novos experimentos. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Ano 14, n. 19, jan./jul. 2016, p. 151-176.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

notadamente Bolívia e Equador, impõe repensar o fenômeno jurídico latino-americano numa perspectiva “situada e crítica” - no dizer de Alejandro MEDICE (2013) -, seguindo a onda da “opção decolonial” – epistêmica, teórica e política - promovido pela abordagem da decolonização das teorias sociais (BALLESTRIN, 2013, p. 89), e de situações históricas concretas e localizadas.

É preciso frisar que o fenômeno constitucional na América Latina sempre esteve sujeito a um jogo de tensões que lhe é muito peculiar e, portanto, substancialmente díspar do que se tem e se tinha nos “centros” produtores da “teoria constitucional autêntica”, ou melhor, da “teoria constitucional autenticamente europeia e estadunidense”. Nesse contexto, a relação do constitucionalismo com Direitos Humanos, Paz e Democracia têm gerado narrativas contraditórias a respeito das práticas perpetradas sobretudo nos citados países andinos, ao mesmo tempo em que vêm tensionando com as tradicionais forças políticas e econômicas em face às criticadas fórmulas de enfrentamento da pobreza extrema e de reconhecimento de outras epistemologias, no marco da plurinacionalidade e pluralismo jurídico.

A abordagem do constitucionalismo a partir da Sociologia Constitucional tem por finalidade investigar criticamente o se desenvolvimento na região, não em seu sentido normativo, enfocando no que “dizem” os textos constitucionais, mas sobretudo atentos ao modo como enfrentam os desafios político-sociais e as novidades que engendram, a partir de uma abordagem interdisciplinar que envolva Sociologia, Ciência Política, Filosofia, História e Antropologia, entre outras áreas. Qual é o contexto em que o constitucionalismo latino-americano surge e qual a tarefa histórica que vem a cumprir? Quais seus limites e quais suas possibilidades? De que modo o novo constitucionalismo tem sido visto, lido e pensado pelos pesquisadores da área? Qual conteúdo e práxis efetivamente nova que emerge dessa, pretensamente nova, abordagem jurídico-política? E, por fim, é preciso questionar a possibilidade efetiva de se decolonizar o próprio pensamento jurídico latino-americano, forjado sob um olhar profundamente subordinado à matriz europeia e estadunidense.

Com isso, o presente texto tem como mote, num segundo nível, a busca por compreender se os novos marcos definidores da condição político-jurídica dos Estados latino-americanos estariam coerentes com o movimento de decolonização do poder (QUIJANO, 2000). As experiências produzidas na direção do reconhecimento dos povos originários, na revisão da questão agrária, na redistribuição direta de renda, e mesmo de democracia direta apontam novidades e inspirações importantes rumo à efetivação dos desafios históricos.

Nesse sentido, alguns autores de viés progressista tem tecido enaltecimentos encorajadores de um “novo” constitucionalismo latino-americano, por serem dotadas de um sentido autêntico de plurinacionalidade entre outros aspectos de religação da condição humana com a natureza e formas de participação social – como Boaventura de Sousa SANTOS (2010), José Luiz Quadros de MAGALHÃES (2012; 2013; 2016), BALDI (2014), entre tantos outros.

Para traçar este estudo optou-se por apresentar o modo como se desenvolve na América Latina (1), para na segunda parte enfrentar o Constitucionalismo Latino-Americano, em graves “dilemas” com o Estado de Direito (2), na esteira do desafio histórico da desigualdade social na região (3), mas desvelando algo de novo ao aportar epistemologias subalternas para a questão indígena (4), buscando situar seus desafios e possibilidades.

1 Sociologia Constitucional: perquirindo a compreensão autêntica do movimento latino-americano

O surgimento do constitucionalismo na América Latina é resultado da independência dos países em relação às antigas metrópoles, cuidando para moldar uma leitura bastante *sui generis* do liberalismo, ante uma mestiçagem étnica-cultural que se produziu sob uma episteme ibérica, fechada para as novidades de *Nuestra América*. Na verdade, um conservadorismo liberal que conseguiu, de modo sumamente incoerente, conjugar escravagismo com discursos liberais diante de práticas pré-liberais, e perquirindo desse modo legitimá-las. Tudo isso a partir de uma orientação político-ideológica direcionada à construção de Estados nacionais culturalmente homogeneizantes, próprio da cosmovisão do século XIX.

Ainda que GARGARELLA (2009) ressalte o evidente aspecto liberal individualista do primeiro ciclo do constitucionalismo latino-americano no século XIX, observa-se que a nomenclatura liberal pode ser usada muito restritivamente, pois não representou nem de perto a luta por romper estruturas arcaicas, aristocráticas e repressoras que o termo suscitou nos Estados Unidos e na Europa. Tratou-se de um uso deslocado do discurso liberal que tentou legitimar as estruturas políticas e econômicas herdadas do período colonial nos ciclos que sucederam a independência dos países do subcontinente – na peculiar ambiguidade do binômio “colonialidade-modernidade” (BALLESTRIN, 2013). Ou seja, um constitucionalismo que nasce produto de uma pacto das elites retoricamente liberais, mas sobretudo conservadora diante do *status quo* (GARGARELLA, 2011).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A gênese do constitucionalismo é marcada pelas revoluções liberais do século XVIII, deflagradas na luta pela liberdade, enlaçando a liberdade dos antigos com a dos modernos – na leitura de Benjamin Constant. Ou seja, o constitucionalismo marcado por forjar uma ruptura na tradicional estrutura política aristocrática, voltada à construção de garantias em prol da liberdade civil com direitos políticos menos desequilibradamente distribuídos. Nesse sentido, fica evidente que o constitucionalismo cumpre, ou melhor, pode cumprir uma função de transformação estrutural na América Latina para a superação dos esquemas institucionais perpetuadores das estruturas políticas arcaicas – ainda que se atente ao clamor do peruano José Carlos Mariátegui (1894-1930), “nem decalque, nem cópia”.

Na América Latina, os autointitulados “liberais” conviviam muitas vezes sem conflito com a escravidão, a monarquia, como no caso do Brasil, e a manutenção das estruturas de poder herdadas do período em que eram regidos pelas metrópoles, e usando o direito para legalizar a marginalização dos grupos originários, os afrodescendentes e demais minorias e povos economicamente vulneráveis e culturalmente invisibilizados.

Nesse sentido, o constitucionalismo da América Latina na última quadra da história responde, ainda que normativamente, às expectativas sociais de inclusão da estrutural subalternidade de maiorias oprimidas há séculos. Ao albergar um projeto democrático, de reconhecimento sem precedentes dos povos originários, e compromissório em relação às históricas demandas sociais - razão pela qual deve ser necessariamente levado em conta ao se compreender o papel de transformação social que também cabe ao Direito. Por isso, toda sua análise precisa estar ciente do alerta que faz Quadros de Magalhães:

Existe um grande risco na análise das Constituições da Bolívia e do Equador: analisá-las sob o enfoque da teoria da constituição moderna europeia. Acredito que utilizar as lentes da teoria da constituição europeia moderna inviabilizará enxergar e logo compreender o potencial revolucionário de ruptura radical com a modernidade presentes nestas constituições. Serão apenas mais duas constituições interessantes e diferentes dentro de um paradigma que não mudou na sua essência. Não é este o potencial destas duas constituições. Elas exigem a construção de uma outra teoria da constituição, de uma outra teoria do direito, de uma outra teoria do Estado. Elas exigem uma teoria não moderna, não hegemônica e, logo, não europeia (MAGALHÃES, 2013, p. 120)

O enfoque que denominamos por *sociologia constitucional* parte de um pressuposto teórico fundado na interdisciplinaridade, baseado num duplo argumento. Em primeiro lugar, por entender que uma abordagem meramente normativa, a partir dos textos constitucionais, do constitucionalismo e da democracia representativa, lembrando a alegoria da Caverna de Sócrates nos relatos de Platão (428-347 a.C.), a busca da realidade pela percepção das meras sombras projetadas pelo fogo nas paredes da caverna. A teoria jurídica não pode representar a afirmação do estatuto científico do fenômeno jurídico ao modo de *correntes que nos impeçam de voltar a cabeça e olhar ao redor*, sobretudo no que diz respeito aos impactos sociais, às razões filosóficas e às origens e dilemas políticos do constitucionalismo.

Além disso, em segundo lugar, entende-se que a compreensão do constitucionalismo e da democracia enquanto fenômenos jurídicos exigem uma abordagem interdisciplinar – filosófica, sociológica, política, econômica e jurídico-normativa. Desse modo, mister empreender-se uma abordagem dialética, sob a ótica da sociologia constitucional, para além dos aspectos normativos, olhar interdisciplinarmente o movimento dos atores e seus reflexos sociais e econômicos, para assim perquirir esclarecimentos acerca dos dilemas e desafios democráticos em marcha. Até por que não é regra perceber-se a “estética” normativa – os belos textos – guardar consonância com a realidade social, sobretudo nestes quadrantes. Por isso, pretende-se abordar aqui o efetivo funcionamento do constitucionalismo, nas relações Estado-Mercado-Sociedade, as interações entre os poderes do Estado e seu exercício na concretização dos direitos humanos e fundamentais, assim como na capacidade de regulação ou pela submissão ao poder econômico – e por isso, denominamos de *sociologia constitucional*.

Evidente que as narrativas de pretensão científica a respeito do Estado, Direito e Sociedade estão fortemente amarradas à cosmovisão europeia e eurocêntrica. De modo que ao se descortinar a formação do Estado, ainda que noutros continentes, somos trivialmente remetidos ao processo que desaguou na realidade dos Estados europeus contemporâneos, pelo fio condutor da historiografia inglesa, francesa, espanhola, alemã, italiana, enfim, dos países centro-europeus, confundindo, muitas vezes equivocadamente, tais construções como as nossas raízes latino-americanas. Evidente que a historicidade latino-americana dialoga e se entrelaça em certos pontos, mas fundamental evidenciar componentes que os diferenciam. A trajetória que aqui se percorre pertence a um jogo de tensões entre Estado, Sociedade e Mercado específico, tecendo formações jurídico-políticas que, mesmo

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

usando uma gramática similar ou idêntica, externa compreensões distintas e serve a outros escopos.

Por consequência, esse arquétipo de compreensão dos fenômenos sociais latino-americanos conduz a uma (certa) crise de identidade das instituições e da própria sociedade. Crise gerada pela tensão entre um modelo desenhado sobre o sistema normativo de matriz europeia e um modo de ser e de fazer que é distinto, mestiço, próprio, que emerge de uma outra situação histórica e com demandas que lhes são específicas, numa ambiguidade perene que não indica o caminho da coerência entre os desenhos normativos e suas realidades políticas e sociais.

Tudo está a indicar que a origem deste *modus operandi* de pretensão científica, para a autocompreensão social e construção político-institucional, está baseada no que se pode chamar de “geopolítica do conhecimento”, partindo da referência de que a própria noção de América Latina é uma categoria definida na visão do Norte Global (CASTRO-GÓMEZ; GROSFUGUEL, 2007). De modo que a pretensão de compreender nas similitudes e diferenças já expressa em si um caráter ou uma pretensão “decolonial”.

Nesse sentido, cabe lembrar algumas lições de Lenio Streck, a partir da problematização de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, adequada aos países periféricos, enquanto uma teoria “*como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática*” (idem, p. 135) da obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, evoca o Constitucionalismo como implementação das utopias do Direito Positivo (STRECK, 2004, p. 95). A Constituição em uma condição paradoxal, mas sobretudo no sentido daquela que triunfa com a Revolução, enquanto “texto fundador, inspirado no ideal progressista das Luzes e na confiança na capacidade da lei de organizar um futuro libertador”(idem, p. 95). Uma teoria da constituição que “resgare as especificidades histórico-factuais de cada Estado”, no “*binômio democracia e direitos humanos-fundamentais*” (idem, p. 134), que promova a construção “das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas” (idem, p. 135).

Com tudo isso, cabe postular se as recentes experiências no âmbito do constitucionalismo nos países andinos da América Latina estabelecem novos marcos emancipatórios na relação Estado-Mercado-Sociedade, com o desvelamento das subalternidades.

2 Percalços do Estado de Direito na América Latina: desafios sociais e jurídicos ante instabilidades político-econômicas

Aunque podría decirse que ninguna de las nuevas constituciones [latinoamericanas] supera totalmente el constitucionalismo liberal, también puede decirse que ponen de alguna forma en crisis la coherencia del contenido liberal de las mismas (FRIGGERI, 2014, p. 224).

Há novidades no constitucionalismo latino-americano que precisam ser adequadamente compreendidas e dimensionadas, identificando seus desafios que persistem e os elementos de vanguarda que o justifica como objeto de estudo. Para isso, é preciso elencar o que se entende como as grandes dificuldades institucionais na marcha dos percalços do Estado de Direito na América Latina e os problemas sociais gerados pela grave desigualdade social – no círculo vicioso entre Estado de Direito e desigualdade –, para perscrutar a contribuição destas novas experiências latino-americanas.

Pensar o constitucionalismo evoca entender a sua premissa, o Estado de Direito, enquanto parte de sua condição originária. A constituição só tem sentido quando se pode concebê-la no marco de um Estado de Direito constitucional, não apenas enquanto uma forma jurídica, mas como um pacto fundante, válido e eficaz. Desse modo, os problemas e os desafios do Estado de Direito na América Latina afetam o próprio papel do constitucionalismo, e do Direito, na região. Ciente do risco de nesta abordagem cair no alerta feito por Quadros de Magalhães – usar as lentes do constitucionalismo europeu para compreender o “novo”.

A respeito da disputa conceitual da expressão “Estado de Direito”, Vilhena VIEIRA aduz que “seria difícil encontrar ideal político louvado por públicos tão diversos” (2007, p. 31), incluindo defensores dos Direitos Humanos, libertários como Hayek e marxistas. Entretanto, lembra que “Estado de Direito é um conceito multifacetado”. Razão pela qual assume-se aqui o conceito que se coaduna com o dos defensores dos direitos humanos: ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força” (Idem, ibidem), assumindo prioridade na igualdade de tratamento e a integridade das instâncias de aplicação da lei.

Daí decorre uma série de distintas origens do conceito. O projeto moderno pode ser sintetizado no ideário carregado pelo Estado de Direito - *Rule of Law* na expressão britânica (CANOTILHO, 1999, p. 24 e 25), *Rechtsstaat* (BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1999, p. 251) (LEAL, 2006, p. 288) entre os germânicos, e *État de Droit* para os franceses (CHEVALLIER, 1994). O Estado de Direito segundo ZAGREBELSKY é uma das mais

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

afortunadas expressões da ciência jurídica contemporânea, alude ao valor da eliminação das arbitrariedades estatais e ao desenvolvimento da organização do Estado (2009, p. 21) – o “Estado como a personificação da ordem jurídica nacional” (KELSEN, 2000, p. 261) – , cuja direção aponta a inversão da relação entre poder e Direito, “que constituía a quintessência do *Machtstaat* e do *Polizeistaat*: não mais *rex facit legem*, senão *lex facit regem*” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 21). Com isso, o Estado de Direito, como tipo de Estado que se submete ao regime jurídico, se distingue do *Machtstaat* que seria o Estado sob o regime da força, ou melhor, o Estado absoluto e do Estado de Polícia. No Estado de Direito, o Estado da força submete-se a força da lei (*force de la loi – Herrschaft des Gesetzes*).

É evidente que desse conceito deve-se fazer emergir o questionamento do movimento epistemológico do Grupo Modernidade/Colonialidade, pois, se o Estado de Direito é a síntese do projeto moderno, é por que também contempla um viés de colonialidade. E com tal perspectiva ambígua que precisa ser compreendido. Dado o alerta, são notórias as fragilidades do Estado de Direito nesta região, o que deságua no mal-estar com o projeto constitucional, num conjunto longo de incongruências tem sido apontadas sob esse modelo, que se em um viés de colonialidade, também é fonte de percepção acerca dos graves disfunções institucionais locais – que denunciam problemas estruturais de maior profundidade.

Exemplos da fragilidade do Estado de Direito em suas disfunções institucionais dos países do novo constitucionalismo latino-americano, em suas diversas crises (BOLZAN DE MORAIS, 2011), são retratos pelos relatórios internacionais. O relatório da HUMAN RIGHTS WATCH de 2015 sobre as violações de direitos humanos na Bolívia, e. g., informa que “ameaças à independência judicial e impunidade nos casos de crimes violentos continuam sérios problemas, bem como o uso extensivo e arbitrário de prisões provisórias” (2015, p. 104). Destaca-se a falta de clareza quanto à escolha dos juízes do tribunal constitucional, e as desconfianças sobre os critérios dos três juízes suspensos pelo parlamento em 2014 – tudo indica por terem se posicionado contra o governo. Soma-se ao cenário o fato 87% dos presos serem provisórios (LA VANGUARDIA, 2015). Relata-se ainda a permanência dos defensores de direitos humanos e dos jornalistas críticos como alvos do presidente Evo Morales (HUMAN RIGHTS WATCH, 2015, p. 104), incluindo a adoção do decreto pelo qual o governo pode dissolver organizações da sociedade civil, não permitindo que funcionem de forma livre, independente e efetiva, nos termos do Comitê de Direitos Humanos da ONU (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 71). Além das atribuladas notícias que falam de perseguição a opositores.

É uma pequena lista exemplificativa de indícios que dão a entender que a nova constituição não transformou substancialmente a tradição de uso do poder arbitrário.

Além das fragilidades institucionais, onde se percebe a precariedade da coerência a aplicação do Direito, os indicadores correspondentes à violência direta também precisam ser correlacionados. Com apenas 8% da população mundial, a América Latina e Caribe respondem por 33% dos homicídios do planeta segundo dados do Instituto Igarapé (2015) – homicídios que vitimizam populações mais carentes. A violência direta captada pela desproporcional quantidade de homicídios em relação às demais regiões e países do planeta evidencia a presença contemporânea das políticas autoritárias do passado sobre as instituições e a desfuncionalidade das políticas sociais e de segurança da região. Os números alarmantes de homicídios, superando países que vivem em conflitos armados, com 380 pessoas assassinadas por dia na região, retratando heranças malditas de tempos autoritários e violentos cujas resacas institucionais persistem.

A insegurança endêmica reflete também a falta de confiança nas instituições, como a visão popular sobre o judiciário e a polícia. Aliás, polícia que “sofre para virar a página de um passado autocrático dominado pela doutrina da segurança nacional advinda da Guerra Fria”, quando a violência política cedeu espaço para a violência criminal” (SANTISO; ALVARADO, 2015, p. 31). Nesse sentido, um dos principais autores dos homicídios tem sido o próprio Estado. “Região mais desigual do mundo, a América Latina continua sendo a mais violenta”. Acabar a pobreza não é suficiente (SANTISO; ALVARADO, 2015).

Tem-se um círculo vicioso em que Estado de Direito e desigualdade social se retroalimentam, em que “a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos” (VIEIRA, 2007, p. 46), com graus de inclusão que reforçam desigualdades e minam o Estado de Direito. Por isso, uma das tarefas magnas na transformação social do direito e compromissória do constitucionalismo na região atenta ao enfrentamento da desigualdade social (BEDIN; CENCI, 2013, p. 36-37).

3 O Enfrentamento da Desigualdade Social: melhorias monetárias com condições estruturais intocadas

A naturalização da desigualdade social na América Latina é uma das características sociológicas e um dos desafios políticos e socioeconômicos

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

micos que melhor sintetizam a história político-jurídica da região, profundamente marcadas por injustiças institucionalizadas – e constitucionalizadas. Razão pela qual esse é uma das matizes obrigatórias para compreensão do funcionamento do constitucionalismo latino-americano, velho ou novo. Qual papel do constitucionalismo, e sobretudo do novo constitucionalismo latino-americano, para a transformação destas estruturas? E que resultados e mudanças seriam possíveis perceber do novo constitucionalismo sobre a desigualdade social? Na medida em que se fundam em ideologias, políticas públicas, cosmovisões e ações vocacionadas a uma “mudança estrutural rumo à igualdade” (CEPAL, 2013), na região mais desigual do planeta, ou são apenas novos textos normativos de efeito cosmético na distribuição de renda, para fundamentar a continuação da mesma tradição autoritária, mantendo a concentração de riqueza, porém sob novas mãos?

Como asseverou Thomas PIKETTY, a “história da distribuição da riqueza jamais deixou de ser profundamente política, o que impede sua restrição aos mecanismos puramente econômicos” (2014, p. 27). Tais condições refletem diretamente nas contradições e anacronismos referentes à coesão social, ou melhor, na fragmentação social que se orienta à solidariedade intraclasses e, portanto, à (ausência de) efetivação dos direitos humanos, tanto civis e políticos quanto sociais, econômicos e culturais. Violações acobertadas por instituições supostamente impessoalizadas e ao mesmo tempo amplamente legitimadas pelo imaginário social hegemônico.

A desigualdade social, indicada pela discrepância da distribuição econômica (renda e riqueza) e de acesso a serviços básicos (saúde e educação, *e. g.*) é o meio pelo qual se permite captar o quanto de equidade ou iniquidade existe no compartilhamento da riqueza gerada por uma mesma sociedade nacional. Tais indicadores apontam os resultados dos esquemas político-econômicos vigentes e juridicamente ordenados – o Direito em sua tradicional função de manutenção do *status quo*.

Sob um olhar teórico, o fato social da desigualdade e sua naturalização aduz um sistema estruturado na “colonialidade do poder” que se impõe sobre aqueles que Jessé de SOUZA bem caracterizou como “excluídos e desclassificados” (2003, p. 91). Para Alejandro MEDICI, a “Colonialidad del poder que se identifica en la historia de desigualdades sociales y formas de opresión socioeconómica y cultural propias de una sociedad poscolonial, (...)” (MEDICI, 2013, p. 21).

É preciso reconhecer que os indicadores da “desigualdade social” são veiculadores de uma cosmovisão que tem marcas da colonialidade moderna, por expressar expectativas de vida e modelos mais ligados aos centros do capitalismo global, do Norte Global. Ainda que tenham uma

construção dinâmica e dialógica, tais indicadores são limitados para uma leitura mais ampla sobre as formas de vida, na variabilidade antropológica, e de distintas cosmovisões - como se pode denotar pelas demandas específicas dos povos originários que só na Bolívia são mais de 50% da população. Com tudo isso, não se pode dispensar a realidade que tais indicadores descortinam e desnudam sobre a história social e política de *Nuestra América*.

Do ponto de vista do entrelaçamento das questões políticas, econômicas e jurídicas, sociedades que vivem sob ampla desigualdade social tem caminhos abertos para que o direito vigente seja sobretudo um mecanismo de dominação em favor das classes economicamente mais abastadas, cuja funcionalidade é reflexo de uma deformação originária, servindo e protegendo poucos em detrimento de muitos. De modo que a suposta igualdade perante a lei, acobertada pelo manto da neutralidade e imparcialidade das formas jurídicas, torna-se o algoz da pobreza e o legitimador da exclusão. Tudo isso é absolutamente pertinente para pensar a tarefa prioritária do constitucionalismo na América Latina pois é a região do planeta com as maiores desigualdades sociais, incluídas aí as econômicas e de acesso a serviços básicos.

Por isso, a desigualdade social é uma questão caracterizadora do *pathos* societal latino-americano, reflexo de um arranjo político-econômico plurigeracional, que tem o poder de condenar o Estado de direito a mera retórica, ampliando o fosso entre a realidade social e o Direito.

Mesmo com alguns progressos na redução da pobreza extrema realizada após o ano 2000, as condições histórico-estruturais que instituem o *status quo* de sociedades caracterizadas por comporem a região mais desigual do planeta se mantém. Um estudo sobre os programas de transferência direta de renda na América Latina e Caribe reforça isso, ao afirmar que as melhorias nos indicadores de desigualdade de renda e de pobreza ocorreram do ponto de vista monetário, “embora permaneçam intocadas as condições estruturais da questão social latino-americana e do Caribe” (LIMA et. al, 2014, p. 68) – conclusão obtida com uma base estatística ampla e tendo em vista relatórios da CEPAL entre outras fontes.

De modo geral, as melhorias na condição de renda e redução da pobreza garantidos após 2003 pelos programas de transferências de renda, mudanças no mercado de trabalho e aumento do piso salarial, se deram com a inclusão dos indivíduos na condição de consumidores, sem correspondentes esforços para inclusão na cidadania. A inclusão no consumo que pode bem corresponder à submissão dos beneficiários à

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

lógica de mercado – passando da condição de invisíveis à consumidores. Cabe afirmar que tais mudanças aconteceram onde houve e onde não houve “novo” constitucionalismo.

Se o “novo” constitucionalismo latino-americano é guiado pelo mote decolonial, de ruptura e atendimento às demandas sociais históricas de grupos invisibilizados, como e por quais razões *não* foi capaz de refazer as estruturas que mantém a desigualdade social, notadamente no que diz respeito à distribuição de riqueza? Evidente que isso pode ser compreendido como um estágio no processo de transformação que visa reformular estruturas mais profundas, mas é fundamental afirmar que essas “estruturas mais profundas” seguem praticamente intocadas.

Já no que diz respeito ao tratamento dos povos originários, parece haver mudanças substanciais.

4 A Ressignificação da “Questão Indígena” e o reconhecimento das epistemologias do Sul

O “novo” constitucionalismo destaca-se ao afirmar a plurinacionalidade, e, nesse contexto, promover o reconhecimento dos povos indígenas originários, ou como aborda a Constituição boliviana no guarda-chuva da expressão dos “indígenas originários campesinos”, de maneira nunca antes realizado na região. Soma-se a tal inovação a perspectiva biocêntrica da Constituição do Equador ao reconhecer direitos à natureza ou “Pacha Mama” no assumpção de uma cosmovisão que também rompe com a perspectiva liberal. Ambas identificando no “bem-viver” o meio de realização dos projetos de vida de suas cidadãs e cidadãos.

A plurinacionalidade enquanto condição de compreender os povos originários como cidadãos plenos e capazes, em direitos e deveres, expressando sua legitimidade por preservar não apenas tradições folclóricas e ritualísticas, mas também de implicações jurídicas mais densas como o reconhecimento do pluralismo jurídico, reflete um novo modo de autocompreensão do sujeito latino-americano, cada vez mais conjugado num sentido pluralista e inclusivo.

A novidade inserida não diz respeito apenas ao reconhecimento de direitos, mas constitui um novo modo de dialogar com a cosmovisão dos povos originários, agora de modo equitativo, com alteridade, na expressão autêntica acerca do modo de compreender e incluir esses povos, seus saberes e modos de vida. Afirma a legitimidade acerca de outra maneira de compreensão de vida, antropológica portanto, expressando uma resignificação da própria narrativa histórica que forjou a formação dos

povos latino-americanos, fazendo emergir com orgulho e não mais com o desagravo e a subestima que havia marcado a condição dos povos originários, as civilizações do período pré-colombiano. Contribuindo, assim, acerca da constituição da sua própria identidade. Identidade na diversidade que é o que constitui o sentido a plurinacionalidade.

Essa “alteridade constitucional”, como bem conceituou Félix Pablo FRIGGERI, o original e o radical do novo constitucionalismo foi dado fundamentalmente pelo indígena, assentado num referencial de pluralismo jurídico igualitário. Para Friggeri, a ruptura que se produz no pluralismo jurídico assentado em formas jurídicas indígenas põe em questão toda vertebração do direito de matriz liberal:

[...] el principio de autodeterminación de los pueblos que está unido a su reconocimiento como naciones o nacionalidades originarias, o sea al principio de plurinacionalidad, políticamente mucho más ‘ofensivo’ para el carácter liberal/capitalista/colonial de nuestros estados (2014, p. 224).

Nessa linha, Marcio Bernardes e Ana Balim concluem que é preciso ajustar a lente para compreender a mudança paradigmática em curso, com a reformulação dos conceitos na luta pós-moderna “pela emancipação humana e reapropriação social da natureza” para este laboratório latino-americano de construções contra-hegemônicas emancipatórias. Alternativas evidenciadas no novo constitucionalismo enquanto processo constituinte aberto, que substituem a lógica do desenvolvimento pelo bem viver (Sumak Kawayay e Suma Qamaña) (2015, p. 106-107).

Razão pela qual Friggeri aponta o desafio de um aporte antropológico de alteridade, entendendo que o que há de mais autenticamente latino-americano é justamente o indígena – “antropología como elemento clave para el diálogo de saberes” (2014, p. 230), ciente dos desafios políticos enfrentados, radica-se enquanto um modo de enfrentamento e conteúdos descolonizadores radicalmente alternativos. Trata-se de uma preocupação acerca da colonialidade não como algo situado no horizonte além-mar, mas na pré-compreensão dos sujeitos que operam a institucionalidade latino-americana, condição epistêmica geograficamente deslocada em relação a sua realidade histórica.

Por tais razões, a abordagem da dita “questão indígena” emerge sob uma nova roupagem, que não apenas do reconhecimento de direitos civis e políticos engendrados na civilização ocidental, para povos indígenas originários, como um *plus* de reconhecimento. Muito além disso, o chamado novo constitucionalismo latino-americano traz de modo

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

absolutamente novo sob o ponto de vista normativo, constitucional, o reconhecimento da epistemologia legada dos povos originários – conectando a questão indígena às epistemologias do Sul, enquanto saberes capazes de produzir verdades e modos de vida ainda que contraditórios aos referências hegemônicas no capitalismo ocidental.

Os desafios do novo constitucionalismo latino-americano apontam a demanda por uma epistemologia ainda por ser desvelada, que não pode ficar a cargo de meios institucionais titubeantes. A resposta sobre como promover a descolonização do Direito não foi dada – por mais que o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia tenha sua unidade de descolonização, os resultados jurisprudenciais do seu labor ainda demonstram que o reconhecimento do pluralismo é um desafio cuja compreensão/aplicação estão por se desenvolver.

De outro lado, se o objetivo da abordagem das epistemologias do Sul é a denúncia da supressão de conhecimentos, ante a força epistemicida do colonialismo do “universalismo europeu”, e o consequente resgate das culturas subalternizadas sobreviventes, o esforço decolonial/descolonial surge de uma matriz epistêmica anteriormente colonizada, e agora, justamente o ser já colonizado assume, por meio de instrumentos colonizados/colonizadores como a constituição, descolonizar? O constitucionalismo, fruto da assumpção conceitual e técnica do direito moderno que decorre do universalismo europeu, é o instrumento usado para descolonizar? Pelo visto a resposta a ambas questões é sim. Essa é a contradição, e não mero paradoxo – esperar que os instrumentos jurídicos próprios do tão criticado europeísmo promovam a descolonização.

Considerações Finais

Nesse contexto é que se buscou compreender os papéis do novo constitucionalismo latino-americano, notadamente da Bolívia e Equador, por trazerem novidades sedimentadas na(s) cultura(s) dos povos originários. São experiências constitucionais bastante recentes, que geram grandes expectativas, e ao mesmo tempo demonstram persistentes os velhos desafios da sociedade latino-americana calcado no círculo vicioso e reciprocamente degradante das fragilidades do Estado de Direito e a aviltante desigualdade social. Dito de outra forma, o “novo” do constitucionalismo latino-americano que se faz com *rupturas* institucionais pela inclusão social e política de grupos sociais tradicionalmente invisibilizados também é carregado de *continuidades* de práticas políticas históricas, por vezes autoritárias e violadoras dos direitos humanos.

O dito novo constitucionalismo carrega consigo os velhos desafios e práticas também historicamente viciadas, pois registradas no DNA da cultura política, que degradam a cidadania – reafirmando que a novidade

no papel não basta, como já alertava há centenas de anos Ferdinand Lassalle. Nessa linha, é importante salientar que a Constituição não pode ser um instrumento de legitimação de programas de governo – sob pena de cada governante ou ciclo político-partidário demandar uma nova constituição, garantindo o não cumprimento do seu papel histórico. O constitucionalismo não pode se prestar a isso, sob pena de a Constituição não passar de mera *folha de papel*.

O constitucionalismo latino-americano inaugura uma trajetória autêntica que pouco se coaduna com o mimetismo da historicidade constitucional europeia. A ausência de rupturas, a defesa de interesses externos e elitistas, a confusão entre Estado e governo, bem como a representação do liberalismo sob o manto da proteção dos interesses meramente patrimoniais, sem as liberdades que o corresponderiam são alguns dos traços peculiares que evidenciam a necessidade de uma abordagem específica para *Nuestra América*. Trata-se de um cenário em movimento e de profundas transformações, cujos problemas históricos recém começaram a ser enfrentados, e os novos já são colocados em tela.

Contradição ou paradoxo é esperar que os instrumentos jurídicos próprios do tão criticado europeísmo promovam a descolonização. Ou seja, tentar fazer com que o constitucionalismo, o direito moderno e os tribunais, que sempre funcionaram como mecanismos homogeneizadores da realidade latino-americana, supressor da diversidade cultural, agora cumpra o papel inverso, na contramarcha das culturas em que foram forjadas. A possibilidade de ruptura com o direito e estado moderno (MAGALHÃES, 2016) por meio do constitucionalismo ainda é uma expectativa e não uma realização.

Posto isso, sob que hipótese o novo constitucionalismo cria algo efetivamente novo? Sob que referenciais identificar o novo, sem fazer uma busca com as velhas lentes eurocêntricas e de saberes hegemônicos? A viragem a ser produzida pelo constitucionalismo latino-americano não é na efetivação de direitos sociais, tão urgentes neste quadrante do planeta, mas pode ser o guião para uma viragem epistêmica de reconhecimento. O constitucionalismo latino-americano como constitucionalismo da alteridade – pelo menos do ponto de vista da interculturalidade (plurinacionalidade).

Como bem observou Moncayo, “Quizás, el principal equívoco se encuentra entre lo que, con el deseo, creemos ver en las nuevas constituciones y lo que en verdad son” (MONCAYO, 2013, p. 164). Afinal, o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano navega num oceano de contingências diacrônicas, que são complexas e por vezes contraditórias, razão pela qual situá-lo numa perspectiva unidirecional, emancipatória e decolonial, talvez seja assumir uma pretensão ingênua, senão prematura ante a novidade de seus conteúdos e a incerteza dos resultados efetivos de suas práticas recentes.

Referências

- BALDI, Cesar. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Disponível em: <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>> Acesso em: 22 jun. 2014
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e Giro Decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 11, Brasília, p. 89-117. maio-agosto de 2013.
- BEDIN, Gilmar; CENCI, Ana. *O Constitucionalismo e sua Recepção na América Latina. Uma leitura das fragilidades do Estado constitucional na região e suas possibilidades de realização*. In: ARAUJO, L. Ernani; SILVA, Rosane L. da. *Direitos Emergentes na Sociedade Global*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013.
- BERNARDES, Márcio de Souza; BALIM, Ana Paula C. *Soberania Contemporânea e as Possibilidades da Constituição do Comum no Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. In: SILVA, Maria Beatriz Oliveira da; MELLO, Rafaela da Cruz. *Soberania e Meio Ambiente: a soberania ambiental visa do lado de cá*. Curitiba: CRV, 2015, p. 77-110.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed. Trad. Carmen Varriale et al.; Coord. trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. I.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRANDÃO, Pedro A. D. M.. *O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay)*. Dissertação de Mestrado do Programa de PG em Direito da UFPE. Orientador: Bruno Galindo. Recife, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos n. 7. Coimbra: Gradiva, 1999.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUET, Ramón (Compiladores). *El Giro Decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso. *La Dinámica de la Libertad: evolución y análisis del concepto de libertad política en el pensamiento liberal*. Tesis Doctoral. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1993.

FAJARDO, Raquel Z. Y.. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. IN: GARAVITO, César Roberto (Org.). *El Derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo 21.

FRIGGERI, Félix Pablo. "Alteridad Constitucional". Nuevo constitucionalismo y principios indígenas: de la incoherencia a la revolución. *Cadernos PROLAM/USP*, num. 25, p. 173-187, julho 2014.

GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento*

GARGARELLA, Roberto. El período fundacional del constitucionalismo sudamericano (1810-1860). *Desarrollo Económico*, vol. 43, n. 170, p. 305-328, 2003.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: promesas e interrogante*. Santiago: CEPAL, 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2015: events of 2014*. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2015_web.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

INSTITUTO IGARAPÉ. *Observatório de Homicídios*. Disponível em: <<http://homicide.igarape.org.br/>>. Acesso em: 7 ago. 2015

LA VANGUARDIA. *Um 87% de presos no tienen sentencia en Bolívia*. Disponível em: <<http://www.lavanguardia.com/internacional/20140324/54404032865/87-presos-no-sentencia-bolivia.html>>. Acesso em: 8 ago. 2015.

LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. *O que é uma Constituição?* Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia da Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 288.

LIMA, Valéria Ferreira Santos de Amada; REIS, Carlos Nelson dos; ARREGUI, Carola C.; TRIPIANA, Jorge. *Contextualização socioeconômica e política dos PTRC na América Latina e Caribe*. In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e. *Programas de Transferência de Renda na América Latina e Caribe*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 37-84.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A tensão entre democracia e constituição e a alternativa democrática consensual. *Revista Jurídica*, v. 4, p. 16-23, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 11, p. 119-132, 2013.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Novo Constitucionalismo Indo-afro-latinoamericano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 13, n. 26, p. 83-97, dez. 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano II: rupturas e diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 20-19, jan.-abr. 2016,

MEDICI, Alejandro. Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. *El Otro Derecho*, n. 48; Debates Constitucionales em Nuestra America, ILSA, Bogotá, p. 19-44, diciembre 2013.

MIGNOLO, Walter. *La Idea de America Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007.

MONCAYO, Héctor-León. Las Nuevas Constituciones en América Latina: algunas reflexiones de contexto. *El Otro Derecho*. Debates Constitucionales en Nuestra América, ILSA, Bogotá, p. 135-167, diciembre 2013,.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del Poder y Clasificación Social. *Journal of World-Systems research*, Special Issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein, part I, vol. vi, n. 2, p. 342-386, summer/fall 2000.

SANTISO, Carlos; ALVARADO, Nathalie. Insegurança Endêmica na América Latina: reduzir a pobreza não é suficiente. In: *Le Monde Diplomatique Brasil*. Junho de 2015, p. 30-31.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SOUZA, Jessé. A Gramática Social da Desigualdade Brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 19, n. 54, p. 79-97, fev. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Almeida Maia, MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 5 n. 2, p. 122-132, julho-dezembro, 2013.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *A Formação do Estado Democrático de Direito*. Ijuí: Unijuí, 2016.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. Sociologia Constitucional Latino-Americana: desafios antigos com novos experimentos. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 14, n. 19, p. 151-176, jan./jul. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 4, n. 6, p. 29-51, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. São Paulo: ABDConst, 2009.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO FÁTICA: os Direitos Fundamentais transindividuais em um país de modernidade periférica

Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego*
Willame Parente Mazza**

Sumário: Introdução. 1 O Fenômeno da Constitucionalização Simbólica como Típico de um País de Modernidade Periférica. 2 A Constitucionalização Simbólica e Seus Reflexos na Efetividade dos Direitos Transindividuais. 2.1 Definição e classificação das Constituições. 2.2 A Constitucionalização Simbólica em seus dois sentidos: negativo e positivo. 3 Empecilhos à concretização do texto constitucional: o formalismo jurídico e suas consequências. 3.1 As normas programáticas: Direito ou política? Referências.

Introdução

Atualmente, o Estado brasileiro vive uma sobrecarga de ações judiciais que visam à concretização de direitos transindividuais, notadamente, o direito à saúde². De início, pode-se dizer que essa situação é consequência do modelo de Estado Social consagrado pela Constituição Federal de 1988, que, entretanto, não é concretizado na vida da maioria da população brasileira. A Carta Magna vigente soa mais como um “conjunto de promessas descumpridas”³ a um instrumento jurídico dotado de normatividade.

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Foi bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Advogado.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – RS), com período de pesquisa (doutorado “sanduíche”) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito com ênfase em Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB), Especialização em Direito tributário e Fiscal, Especialização em Direito Público e Especialização em Controle na Administração Pública. Auditor Fiscal da Fazenda Estadual do Estado do Piauí, Professor no curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI) e Instituto Camillo Filho - ICF. Membro do Grupo de pesquisa “Estado e Constituição” Unisinos-RS e do Grupo de pesquisa “Terceiro Setor e Tributação” UCB-DF.

² Nos últimos anos, houve uma proliferação de dissertações e teses que versam sobre a judicialização de políticas públicas, sobretudo, referente à concretização do direito à saúde. Essa problemática não se restringe ao meio acadêmico, porquanto já ocupa espaço de destaque na imprensa de massa, ex: VARGAS, André. Ações ajudam a criar novas regras. O Estado de São Paulo, São Paulo, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-ajudam-a-criar-novas-regras,1530126>, acessado em 28 de Abril de 2015.

³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis . As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Essa situação de uma Constituição desprovida de eficácia social (efetividade) é derivada de um processo de constitucionalização simbólica, típico de um país de modernidade periférica. Em face disso, a Constituição assume mais uma função ideológica, ao legitimar as “estruturas reais de poder”, a uma força normativa capaz de concretizar a vontade constituinte e assim cumprir os anseios advindos de um Estado Social Democrático de Direito.

Nesse contexto, algumas teorias e práticas jurídicas emergiram, a fim de subsidiar o fenômeno da constitucionalização simbólica. Fruto de um formalismo jurídico arraigado na cultura jurídica nacional, essas teorias e práticas serviram como obstáculos ao efetivo cumprimento das normas e princípios constitucionais e, desse modo, impedir os avanços propiciados através da concretização do texto constitucional. A teoria das normas programáticas e a teoria da reserva do possível são exemplos de óbices à materialização dos ditames constitucionais por intermédio de práticas e teorias jurídicas inadequadas ao marco constitucional atual.

1 O Fenômeno da Constitucionalização Simbólica como Típico de um País de Modernidade Periférica

Marcelo Neves ⁴ traz a noção de constitucionalização simbólica com o escopo de explicar e compreender a diminuta força normativa de Constituições em países de modernidade periférica. Nesses países, as Constituições são marcadas pela baixa concretização dos direitos fundamentais positivados, o que resulta no descrédito da população em relação à importância e ao potencial transformador do texto constitucional.

Inicialmente, deve-se esboçar o que se entende por modernidade periférica, conforme o pensamento construído por Marcelo Neves. É importante ressaltar que esse dualismo central x periférico dá-se no sentido de “conceitos típico-ideais”, na fórmula proposta por Max Weber, pois como são “utopias gnoseológicas”, nunca são encontrados na forma pura na realidade social ⁵.

A sociedade atual é caracterizada pelo incremento da sua complexidade (“hipercomplexificação social”), que resultou no “desaparecimento de uma moral material globalizante” ⁶. Nesse contexto, emergem

⁴ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011.

⁵ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995, p. 13.

⁶ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995, p. 13.

os sistemas sociais que operam autonomamente, reproduzidos com base nos seus próprios códigos binários, embora influenciados pelo ambiente circundante, interno e externo. Seriam, portanto, sistemas autopoieticos.

Em contraposição aos países centrais, os países de modernidade periférica são aqueles em que não houve a adequada autonomia entre os sistemas sociais, de acordo com o princípio da diferenciação funcional, e “nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania”. Exatamente nesses pontos reside a diferença entre modernidade central e modernidade periférica. O grau de diferenciação funcional entre sistema e ambiente é o fator crucial que indica o nível de maturidade/desenvolvimento de uma dada sociedade. A modernidade periférica seria uma “modernidade desestruturada e desestruturante” e, portanto, uma modernidade negativa, por isso, não se convém falar em sistemas sociais autopoieticos⁷. Diante desse desafio, e na tentativa de explicar a realidade vigente nos países de modernidade periférica, Marcelo Neves expõe a noção de alopoiese como típica de um país subdesenvolvido.

Alopoiese consiste na situação em que a produção do sistema jurídico dá-se através de critérios e códigos do meio circundante, negando, pois, a autorreferência operacional do sistema do Direito. Desse modo, o sistema jurídico é determinado por prescrições do ambiente externo e assim carece da diferenciação funcional entre o seu sistema e o ambiente. Fatores econômicos, políticos, relacionais, familiares e/ou religiosos passam a determinar a produção e a reprodução do sistema jurídico, sem critérios próprios, devido ao uso de códigos binários alheios ao sistema do Direito, comprometendo, pois, sua autonomia. Tal configuração reflete a ineficácia dos próprios instrumentos jurídicos. Em verdade, nos países em que não existe diferenciação funcional entre os sistemas sociais, particularmente, no sistema jurídico, Marcelo Neves afirma que se estaria numa “miscelânea social de códigos e de critérios jurídicos”⁸:

O respectivo sistema é determinado, portanto, por prescrições diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente. Por outro lado, o bloqueio autopoietico do sistema é incompatível com a capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por consequência, com a própria noção de referência ao meio ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos. (Tradução nossa)⁹.

⁷ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. Revista Direito em Debate, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995, p. 13.

⁸ NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. Revista Direito em Debate, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995.

⁹ No original: “El respectivo sistema es determinado, entonces, por prescripciones directas del mundo exterior perdiendo en significado la propia diferencia entre sistema y medio ambiente.

Sedimentadas esses conceitos preliminares, cabe explicitar as conseqüências de um sistema jurídico alopoiético no cenário constitucional de um país de modernidade periférica. A análise deve ser feita com base na existência e na concretização dos direitos fundamentais transindividuais, isto é, os direitos sociais, econômico e culturais, característicos do modelo de constitucionalismo social.

2 A Constitucionalização Simbólica e Seus Reflexos na Efetividade dos Direitos Transindividuais

2.1 Definição e classificação das Constituições

Numa perspectiva sistêmica, a Constituição é definida como o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. É, portanto, o mecanismo de “interpenetração entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”¹⁰. No entanto, para que a Constituição corresponda ao acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, é imprescindível a autonomia operacional dos dois sistemas, a fim de assegurar que as influências do sistema político no Direito sejam canalizadas através de instrumentos específicos do sistema jurídico, e que qualquer interferência indevida seja excluída, com o escopo de resguardar a autonomia do Direito¹¹. Ademais, a Constituição também pode ser definida, em termos sistêmicos, como “expectativas normativas congruentemente generalizadas” pela sociedade¹².

Marcelo Neves utiliza a classificação ontológica das Constituições proposta pelo jurista alemão Karl Loewenstein¹³. De acordo com Loewenstein, as Constituições podem ser classificadas em três categorias quanto à correspondência das normas constitucionais com a realidade do processo do poder: normativa, nominalista e semântico¹⁴.

Por otro lado, el bloqueo alopoiético del sistema es incompatible con la capacidad de reciclaje (apertura cognoscitiva) y, por consiguiente, con la propia noción de referencia al medio ambiente como interrupción de la interdependencia de los componentes sistémicos” NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho. Revista Doxa, Alicante, v. 19, p. 403-420, 1996, p. 413.

¹⁰ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 66.

¹¹ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 66.

¹² NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996, p. 326.

¹³ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 217.

A Constituição normativa é aquela que, efetivamente, direciona o poder, os seus detentores e seus destinatários, fazendo com que suas determinações, de conteúdo e de procedimento, influenciem e sejam acatadas pelos agentes de poder e pelas relações sociais e políticas estabelecidas¹⁵. Por outro lado, a Constituição nominalista é aquela em que há “um hiato radical entre texto e realidade constitucionais”¹⁶, ao refletir o insucesso na tentativa de limitação e controle do poder e do processo político:

O caráter normativo de uma Constituição não deve ser entendido como um fato dado e subentendido, mas sim que cada caso deverá ser comprovado empiricamente. Uma Constituição poderá ser juridicamente válida, porém se a dinâmica do processo político não se adéqua a suas normas, a Constituição carece de realidade existencial. Nesse caso, cabe qualificá-la de Nominal. (Tradução nossa)¹⁷

Já a Constituição semântica seria simples reflexo da realidade do processo político, ao servir como mero instrumento dos “donos do poder”, e não para a limitação ou o controle do poder político¹⁸. Nesse caso, a Constituição coincide com a realidade político-social, porquanto não tem a capacidade de transformar a realidade social, apenas é o espelho das “estruturas reais de poder”¹⁹. Esse modelo de Constituição retoma a concepção sociológica de Constituição defendida por Ferdinand Lassale, já referida nessa monografia, para quem a Constituição reflete as relações de poder dominantes, ou melhor, os “fatores reais de poder” presentes numa determinada sociedade²⁰.

¹⁵ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 105.

¹⁶ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996, p. 323.

¹⁷ No original: “El carácter normativo de una constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobrentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencia. En este caso cabe calificar a dicha constitución de nominal.” LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 218.

¹⁸ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 105 - 106.

¹⁹ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 33, n.132, p. 321-330, p. 323.

²⁰ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 30

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

2.2 A Constitucionalização Simbólica em seus dois sentidos: negativo e positivo

Para o desenvolvimento da concepção de alopoise, típica de países de modernidade periférica, a categoria que mais interessa é a Constituição nominalista. Enquanto a Constituição normativa é caracterizada pela “sua atuação efetiva como mecanismo de filtragem da influência do poder político sobre o sistema jurídico, constituindo-se em mecanismo reflexivo do direito positivo”²¹, a Constituição nominalista é marcada pela ausência de concretização dos ditames constitucionais na realidade social. Apesar de a Constituição possuir a aparência de um instrumento de mudança social, ao pregar pela limitação e controle do processo político, juntamente com a afirmação de uma vasta gama de direitos fundamentais, no momento de sua interpretação/aplicação, apresenta-se um descompasso entre a prática dos agentes públicos e as disposições constantes no texto constitucional.

Tendo em vista essa situação, o professor Marcelo Neves fala em “desconstitucionalização fática” ou “concretização desconstitucionalizante”, pois existe nítido distanciamento das premissas da Constituição com a realidade da sociedade. No caso, não se consegue visualizar a Constituição como “expectativas normativas congruentemente generalizadas” e nem a formação de “uma esfera pública pluralista constitucionalmente integrada”, em virtude do verdadeiro bloqueio na concretização das normas constitucionais²².

Isso acontece devido ao caráter alopoiético do sistema jurídico num país de modernidade periférica. Como não existe autonomia operacional do sistema jurídico, normalmente, injunções econômicas, políticas, familiares, amorosas e/ou religiosas, estranhas ao sistema do Direito, interferem, irregularmente, no sistema jurídico. Dá-se, portanto, a fragilização do sistema jurídico em contornar suas próprias situações, por meio de seu código binário (lícito/ ilícito), ao culminar numa “desconstitucionalização fática”, isto é, numa realidade social dissonante das diretrizes constitucionais.

Nesse cenário, Marcelo Neves traz a noção de “Constitucionalização Simbólica” para representar o fenômeno, a nível constitucional, de uma legislação normativamente ineficaz, caracterizado por sua função

²¹ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 105-106.

²² NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF v. 33, n.132, p. 321-330, 1996, p. 323.

“hipertroficamente simbólica”²³. A “constitucionalização simbólica” é mais radical e complexo que as Constituições nominalistas de Loewenstein²⁴, já que, além da inefetividade das suas normas, ela não serve para “orientar ou assegurar, de forma generalizada, as expectativas normativas”²⁵.

A Constitucionalização simbólica possui dois sentidos: um negativo e outro positivo. O primeiro elemento que caracteriza a Constitucionalização simbólica - o seu sentido negativo - é a mencionada reduzida concretização dos preceitos constitucionais na realidade social e a consequente “ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”²⁶:

Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do ambiente. Ao contrário, no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código lícito/ilícito sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais.²⁷

O segundo elemento que caracteriza a constitucionalização simbólica - o seu sentido positivo - é a sua função político-ideológica. Em virtude dos escopos do constitucionalismo - controlar e limitar o poder, assegurar direitos fundamentais, promover a paz e o bem-estar social -, a Constituição assume um valor simbólico perante a sociedade (e também perante o estrangeiro), numa clara tentativa de legitimar a ordem vigente – e, sem olvidar, as “estruturas reais de poder” postas no meio social.

²³ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 105.

²⁴ É importante advertir que Karl Loewenstein tem uma postura bem otimista em relação às Constituições nominalistas, diferentemente da posição de Marcelo Neves acerca da “constitucionalização simbólica”. Para Loewenstein, a Constituição nominalista possuiria uma função educativa; seria uma etapa da evolução da sociedade para que consiga obter uma Constituição normativa, com forte impacto nas transformações sociais: “La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella”. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 218.

²⁵ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 53.

²⁶ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 90-91.

²⁷ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 93.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Dessa forma, os preceitos constitucionais não passam de promessas, visto a patente inefetividade do texto normativo. Nota-se, portanto, que se sobressai o caráter hipertroficamente simbólico das normas constitucionais, em detrimento da materialização desses dispositivos.

Nesse caso, existe um problema ideológico, pois o modelo insculpido na Constituição, num cenário de constitucionalização simbólica, somente poderia se concretizar sob condições sociais totalmente diversas, o que implicaria numa verdadeira transformação da sociedade. O modelo constitucional seria deveras uma ilusão, um instrumento retórico usado tão-só como legitimação do sistema político dominante na sociedade:

O figurino constitucional atua como *ideal*, que através dos ‘donos do poder’ e sem prejuízo para os grupos privilegiados, deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral.²⁸

Essa afirmação é corroborada pela força simbólica dos direitos humanos, ao servir como instrumento de manipulação política, não apenas no âmbito nacional, como também no contexto internacional e mundial²⁹. No âmbito interno, a carga simbólica pode ser bem exemplificada pelo princípio da igualdade, consagrado na maioria das Constituições. Ao invés da generalização de sua aplicação a todos os indivíduos, como preconiza o dito princípio, na realidade, a efetivação dos direitos e garantias se submete a uma espécie de filtragem, segundo critérios particulares de natureza política, econômica e/ou afetiva. Assim, é pertinente afirmar que “ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucional excludente”³⁰:

Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir,

²⁸ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 98.

²⁹ “O problema refere-se ao uso político da retórica dos direitos humanos para fins da imposição dos interesses de determinadas potências: aqui caberia falar, um tanto paradoxalmente, de ‘imperialismo dos direitos humanos’”. NEVES, Marcelo. A força simbólica dos Direitos Humanos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out/Nov/dez, 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br> >. Acessado em: 20 de jul. 2015. Nesse trabalho, o professor Marcelo Neves exemplifica a força simbólica dos direitos humanos no contexto internacional ao retratar a utilização meramente retórica dos direitos universais pelos Estados Unidos da América do Norte.

³⁰ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 101.

nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nessa perspectiva, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista.³¹

Portanto, a “constitucionalização simbólica” engloba dois sentidos: primeiramente, o negativo, que consiste na ausência ou, ao menos, na restrita normatividade constitucional, ao resultar, em verdade, num esvaziamento do texto constitucional; ao mesmo passo em que, num sentido positivo, responde a exigências e a objetivos políticos dos grupos que detém influência política e econômica, a fim de que a Constituição não seja um efetivo meio de transformação da sociedade, e sim um instrumento legitimador e facilitador da perpetuação do *status quo*.

3 Empecilhos à concretização do texto constitucional: o formalismo jurídico e suas consequências

Apesar dos avanços democráticos e institucionais decorrentes do constitucionalismo contemporâneo, num cenário marcado pela “constitucionalização simbólica”, é importante alertar para os riscos advindos da permanência de algumas teorias e práticas consagradas no direito constitucional brasileiro que ainda não absorveram as diretrizes e os paradigmas exigidos pelo Estado Democrático de Direito. Urge, portanto, que as doutrinas e as práticas constitucionais ordinárias sejam repensadas sobre o prisma do novo constitucionalismo e da força normativa adquirida pela Constituição. Não é aceitável que velhos paradigmas teóricos e práticos do Direito Constitucional possam barrar as conquistas democráticas trazidas com o advento do Estado Democrático de Direito.

Apegados às teorias e às práticas tradicionais, os operadores do Direito demonstram dificuldades em trabalhar com os “novos direitos” e com os instrumentos adequados à sua concretização, surgidos no contexto de um aumento da complexidade social. Diante disso, os direitos fundamentais transindividuais, por não se adaptarem às estruturas tradicionais da hermenêutica jurídica clássica e por exigirem posturas diferenciadas tanto do administrador como do julgador, são vítimas da incompreensão e do despreparo de grande parte dos operadores jurídicos nacionais.

Num país de modernidade periférica, em que predomina a constitucionalização simbólica, não causa surpresa a notória deficiência do

³¹ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 99.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ensino e das práticas jurídicas. De uma cultura predominantemente bacharelesca, refletida no predomínio histórico da oferta de cursos de Direito em todo o país e no forte apego à Lei, a realidade do ensino e das práticas jurídicas no Brasil é lastimável. Há uma crença desmesurada no poder das Leis, dos decretos, das resoluções, ao mesmo passo em que há o desprezo por outros campos do conhecimento ou visões da sociedade que possam contribuir de forma significativa aos avanços sociais (economia, sociologia, filosofia e ciências tecnológicas). Ademais, há forte deferência concedida à figura da autoridade pública (a expressão “você sabe com quem está falando?”³² não deixa de ser reflexo disso), à burocracia e aos procedimentos estatais/burocráticos.

Andreas Krell utiliza a expressão “idealismo jurídico” para expressar esse “quantum utópico nos textos legais”³³. No Brasil, há forte esperança em que os inúmeros problemas do país sejam solucionados pela mera promulgação de leis, decretos ou regulamentos, sem atentar ao estágio posterior, isto é, à sua efetividade. Ademais, Andreas Krell é ainda mais incisivo, ao dizer que falta a luta pela eficácia social do Direito, numa referência à célebre obra de Rudolf Von Jhering:³⁴

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores do Direito, especialmente durante o período autoritário. A concepção “formalista” da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, os conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir.³⁵

³² Frase que o sociólogo Roberto Damatta trabalha em um dos seus principais livros, ao apresentar as características que formam a verdadeira identidade do Brasil: “O ‘sabe com quem está falando?’”, por seu lado, afirma um estilo diferente, onde a autoridade é reafirmada, mas com a indicação de que o sistema é escalonado e não tem uma finalidade muito certa ou precisa” DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1986, p. 68.

³³ KRELL, Andreas J.. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 26.

³⁴ É relevante lembrar que a luta pela eficácia social do Direito não deve ser pensando nos termos da luta de classes defendida por Marx e seus seguidores. Ela deve ser entendida como “processo político de transformação social”. KRELL, Andreas J.. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 14.

³⁵ KRELL, Andreas J.. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 71 - 72.

O formalismo jurídico arraigado na cultura jurídica brasileira inibe avanços sociais e institucionais. A consolidação de teorias e práticas incompatíveis com o novo paradigma constitucional, fortemente calcado nos direitos e garantias fundamentais, como a teoria das normas programáticas e a teoria da reserva do possível, bem como a tentativa de esvaziamento de instrumentos próprios para a materialização de direitos individuais, como o mandando de injunção, são exemplos da situação crítica em que se encontram a doutrina e a praxis jurídicas brasileiras e, pois, da necessidade de sua evolução, com o objetivo de contribuir na luta pela concretização das “promessas” trazidas pelo novo marco constitucional.

Lenio Streck, sarcasticamente, alerta para os perigos de uma “doutrina que não doutrina”³⁶ e de uma dogmática jurídica deficitária, que não conseguem “aposentar” algumas teorias e práticas incompatíveis com a realidade jurídico-social pós-Carta de 1988, ao não inovar em busca de adequação aos novos desafios impostos pelo constitucionalismo contemporâneo:

No Direito de *terrae brasiliis* velhas teses se encastram no imaginário social e jurídico e impedem o surgimento de novos saberes. Trata-se de algo que, pela passagem do tempo, já pode ser considerado como usucapião (anti)epistêmico, isto é, a sedimentação de algo errado e que passa a fazer parte do patrimônio do utente (e da comunidade jurídica). Usucapião antiepistêmico é uma variante do senso comum teórico dos juristas.³⁷

Realizadas essas observações, vale repensar, ainda que brevemente, sobre a teoria das normas programáticas, a fim de exemplificar como algumas teorias jurídicas impõem obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais transindividuais, ao corroborar o fenômeno da “constitucionalização simbólica” e das crises vivenciadas pelo Estado brasileiro.

3.1 As normas programáticas: Direito ou política?

José Afonso da Silva, na clássica obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”³⁸, traz uma classificação das normas constitucionais

³⁶ STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A doutrina precisa de “Taxi Driver” e “Os Imperdoáveis”. Coluna “Diário de Classe”. Revista Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, Maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/diario-classe-doutrina-taxi-driver-imperdoaveis>>. Acesso em: 21 jul 2015.

³⁷ STRECK, Lenio. Sintoma do Atraso de Nosso Direito: acreditar que basta estar na lei. Coluna “Senso Incomum”. Revista Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, Julho de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

³⁸ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

quanto à eficácia: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. A primeira categoria corresponde às normas que produzem todos os seus efeitos desde a promulgação da Constituição; logo, são caracterizadas por terem aplicabilidade direta, imediata e integral. A segunda categoria corresponde às normas que produzem efeitos logo após a promulgação da Carta Magna, “mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”; por isso, são caracterizadas por terem aplicabilidade direta, imediata, porém não integral, porquanto podem ser objetos de restrições pelo legislador ordinário. Já as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem todos os seus efeitos jurídicos desde a promulgação da Constituição. Essa última categoria pode ser subdividida em: declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático³⁹. Essa última subcategoria é a que mais interessa para o desenvolvimento das críticas.

José Afonso da Silva, alicerçado na doutrina de Pontes de Miranda, afirma que as normas programáticas são princípios/ diretrizes/ programas, isto é, “esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários”⁴⁰.

É importante esclarecer que José Afonso da Silva não nega normatividade às normas programáticas⁴¹. Essas não são apenas políticas; na verdade, são normas jurídicas, dotada de normatividade, ainda que limitada⁴². Considera, pois, ultrapassada a doutrina que nega juridicidade a essas normas, até porque isso possibilitaria que se tachasse qualquer norma constitucional incômoda de programática⁴³, ao perder, desse modo, sua eficácia jurídica e inviabilizar a normatividade da Constituição.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82 - 83.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7.º ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 137.

⁴¹ Em contraposição ao seu magistério, José Afonso da Silva cita Alfredo Augusto Becker e Del Vecchio como exemplos de juristas que negam normatividade às normas programáticas. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152.

⁴² “Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos. São, por isso, também aplicáveis nos limites dessa eficácia.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 155.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 153.

Entretanto, apesar de afirmar a normatividade das normas programáticas, José Afonso da Silva nega que dessas normas se possam extrair direito subjetivo positivo, ou melhor, que dessas normas se possam retirar a exigência de prestações do Estado, isto é, uma conduta ativa estatal que beneficie o particular. Em verdade, essas normas vinculam o legislador, o administrador e o juiz e podem “caracterizar simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e até direito subjetivo”⁴⁴. Todavia, o direito subjetivo produzido pelas normas programáticas é apenas no seu sentido negativo, configurado na possibilidade de exigir uma abstenção por parte do Estado, como, por exemplo, na possibilidade de invalidação de atos contrários às normas programáticas⁴⁵.

Exatamente nesse ponto é que reside a deficiência da classificação e da teorização das normas constitucionais realizadas por José Afonso da Silva, que obteve grande repercussão na doutrina e jurisprudência nacionais. Parcela crescente da doutrina brasileira já alertava para o perigo de uma interpretação restritiva das normas programáticas⁴⁶:

Cunhou-se, então, a teoria da "norma programática", espécie de limbo constitucional, no qual permaneciam as normas contenedoras de expressões de direitos para as quais a impositividade do cumprimento ficava a depender de providências supervenientes, sem limite temporal para a sua adoção e sem sanção específica para o seu não-cumprimento. Cassava-se, por aquela teoria, a palavra de ordem pela conquista de direitos fundamentais: contemplados, tinha-se-os como conquistados, cessada, pois, a luta; sem eficácia plena, tinha-se-os como inaplicáveis até que se adotassem as medidas em cujos termos se conteriam a sua eficácia: estas, contudo, não vinham.⁴⁷

Marcelo Neves afirma que a teorização das normas constitucionais programáticas serve para encobrir o problema da “constitucionalização simbólica”. A ausência de materialização dos preceitos constitucionais

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 176.

⁴⁵ “Se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

⁴⁶ “Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais”. KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha - os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁴⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v. 1, n.1, p. 76-91, 1997.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

não pode ser justificada simplesmente pelo caráter programático de várias normas do texto magno. Na realidade, é “através das chamadas ‘normas programáticas de fins sociais’ que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante”. Essas normas não possuem efetividade, já que não podem ser exigidas perante o Poder Judiciário, ao minar, dessa forma, as transformações sociais exigidas pela Constituição. Por outro lado, proporciona que a Constituição funcione como um “álibi” para a manutenção das “estruturas reais de poder”, instrumento hábil utilizado pelo poder político dominante para conferir uma aparência de vontade política por parte das elites nacionais⁴⁸:

Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *Welfare State* proclamado no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições constitucionais pseudoprogramáticas⁴⁹.

Marcelo Neves sintetiza suas críticas ao afirmar que as normas programáticas - ou “pseudoprogramáticas” como prefere falar- somente são “letras mortas” no sentido jurídico, haja vista que possuem imensa importância na “dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social”⁵⁰. Tendo em vista essas observações, é pertinente o alerta propagado por Lenio Streck no sentido de que “o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo”⁵¹. Dessa forma, Streck defende que os instrumentos constitucionais advindos da Constituição de 1988 devem ser utilizados pelos cidadãos e pelas instituições de maneira eficaz, a fim de evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição: “a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!”⁵².

⁴⁸ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 113 - 115.

⁴⁹ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 115-116.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 116.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo - uma crítica à ineficácia do Direito. O Direito Público Em Tempos de Crise, Porto Alegre, v. 1, p. 175-188, 1999, p. 188.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: Ainda é possível falar em Constituição dirigente? Doutrina, Rio de Janeiro/RJ, n.13, p. 280-310, 2002, p. 299.

Em meio ao cenário de “constitucionalização simbólica” em países de modernidade periférica, cujas Constituições são nominalistas e encobrem as relações de poder vigentes na sociedade, é importante atentar para o grau da democracia vigente nesses países, ao analisar se os instrumentos de canalização da vontade popular são efetivos e correspondem aos anseios da sociedade. Em visto disso, faz-se necessário repensar algumas características da democracia representativa, do seu possível esgotamento e da sua efetividade enquanto meio de expressão da vontade popular.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Referências

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis . *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1986.

KRELL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out/Nov/dez, 2005. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br> >. Acessado em: 20 jul. 2015.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica de Constituição e permanência das estruturas reais de Poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho. *Revista Doxa*, Alicante, v. 19, p. 403-420, 1996.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, v. 1, n.1, p. 76-91, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A doutrina precisa de “Taxi Driver” e “Os Imperdoáveis”. Coluna “Diário de Classe”. *Revista Consultor Jurídico - ConJur*, São Paulo, Maio de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/diario-classe-doutrina-taxi-driver-imperdoaveis>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

STRECK, Lenio Luiz. E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo - uma crítica à ineficácia do Direito. *O Direito Público Em Tempos de Crise*, Porto Alegre, v. 1, p. 175-188, 1999.

STRECK, Lenio. Sintoma do atraso de nosso Direito: acreditar que basta estar na lei. Coluna "Senso Incomum". *Revista Consultor Jurídico - ConJur*, São Paulo, Julho de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente? *Doutrina*, Rio de Janeiro/RJ, n.13, p. 280-310, 2002.

VARGAS, André. Ações ajudam a criar novas regras. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 jul. 2014. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-ajudam-a-criar-novas-regras,1530126>, acessado em 28 abr. 2015.

MIGRAÇÃO E AS FRONTEIRAS INTANGÍVEIS

Gilberto Paglia Júnior*

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

Sumário: Introdução. 1 O Imigrante Globalizado no Cenário Nacional. 2 O Amparo aos Refugiados. 3 A Positivização dos Apátridas. Conclusão. Sumário.

Introdução

A migração sempre acompanhou o ser humano, a aspiração de estar livre das barreiras sempre foi um anseio da humanidade; no decorrer dos séculos tais ambições estiveram fortemente aliadas a fatores econômicos, ocasionando migrações as quais objetivavam uma melhoria na situação socioeconômica, os séculos passaram-se e a globalização tende a consolidar a experiência de sermos cosmopolitas.

Com inúmeros casos de xenofobia e discriminações, tal espaço cosmopolita é frequentemente questionado, gerando a indagação acerca de como pode haver um cidadão do mundo enquanto os indivíduos são tratados no contexto estrangeiro baseando-se na sua condição socioeconômica, um indivíduo cosmopolita deveria sentir-se igualitário à um nativo em qualquer parte do mundo.

No cenário nacional, o âmbito trabalhista é um dos grandes responsáveis pelas violações aos Direitos Humanos quanto ao estrangeiro, esse extremamente vulnerável, o qual muitas vezes chega em nossa nação na clandestinidade, apresenta receios de procurar a jurisdição quando sofre violações, dificultando as reparações e a quebra do ciclo exploratório.

Os apátridas e refugiados são uma das grandes questões levantadas acerca dos movimentos migratórios, tais indivíduos encontram-se em situação de extrema vulnerabilidade social no estrangeiro, tal fato acentua a tendência de deixá-los periféricos. Em um mundo globalizado é

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Bolsista de Cultura – EPEM/FURG. E-mail: gilbjr@live.it.

** Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora adjunta da graduação em Direito e do mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professora convidada da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Participante dos Advogados Sem Fronteiras. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Professora participante do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC e Pesquisadora responsável pelo Grupo de Pesquisa Direito, Ambiente e Interculturalidade e do Grupo de Estudos da FURG sobre o Constitucionalismo Latino-Americano. Advogada. E-mail: fabiana7778@hotmail.com

essencial haver um sistema de proteção aos Direitos Humanos, o qual ocorra de maneira neutra e efetiva, a fim de que realmente ocorra a igualdade entre os indivíduos, evitando que seu tratamento e acesso aos direitos seja baseado na sua condição socioeconômica ou nação originária.

Nossa nação objetiva assegurar aos imigrantes um tratamento igualitário, o judiciário tornou-se um grande assegurador do estrangeiro, apesar das utópicas legislações, essas são de importância ímpar na segurança do imigrante, nossa nação apresenta gradativos passos para efetivar ao estrangeiro uma estadia digna em nossa jurisdição, tal como a integridade deste. Há inúmeros elementos que necessitam de aperfeiçoamento, além de ultrapassarem as barreiras da idealização, visando que o imigrante, especialmente o periférico, consiga estabelecer-se em sua nação e de fato conquiste os preceitos constitucionais previstos aos nativos.

Para haver uma efetiva regulamentação, os paradigmas necessitam ser rompidos, a própria positivação acerca de nacionalidade é posta em jogo quando analisado o aspecto global o qual vivenciamos. As facilidades de fronteiras livres e a busca por tratamento igualitário ao nacional perante o estrangeiro são elementos primordiais para de fato vivenciarmos a experiência cosmopolita; não podemos perpetuar os problemas os quais a migração apresenta, devido à pré-conceitos obsoletos, o rompimento com o paradigma colonizador é fundamental para que ocorra a efetiva igualdade.

1 O Imigrante Globalizado no Cenário Nacional

O século XX inaugurou uma nova era à humanidade, a globalização ampliou os fluxos migratórios e criou um novo tipo de imigrante; os horizontes ampliaram-se, mas simultaneamente a esta percepção surge uma falsa concepção acerca do cosmopolita, no âmbito prático as oportunidades de um indivíduo ser “cidadão do mundo” estão atreladas a sua situação socioeconômica e Estado originário:

Ao mesmo tempo, a globalização aumenta o fluxo de informações a respeito das oportunidades ou dos padrões de vida existentes ou imaginados nos países industrializados. Dessa forma suscita uma vontade cada vez maior de migrar e de aproveitar as oportunidades e as comodidades que aparentemente estão sendo criadas em outros países. Em suma, os padrões da migração internacional refletem tanto as desigualdades entre os países como as mudanças econômicas e sociais que ocorrem em diferentes países. No atual momento histórico, exceto no caso dos conflitos armados e dos desastres naturais, a globalização é o principal fator que ativa os movimentos migratórios e determina seus contornos. (MARTINE, 2005, p. 08).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Um mundo globalizado e livre de fronteiras é facilmente alcançado por um indivíduo oriundo de uma nação considerada “desenvolvida” pelos aspectos econômicos, o grande descaso da imigração está justamente quando se trata de um cidadão o qual migra de um Estado considerado “subdesenvolvido” para um país com elevado IDH.

Os alarmantes casos de xenofobia aos imigrantes expõem o quão ilusório é a concepção acerca de o Brasil ser um país multicultural e livre de preconceitos, nossa nação apresenta uma história de segregação e um paradigma colonizador ainda não superado, o qual é extremamente notório quando um indivíduo imigrante é discriminado ou agredido por “romper” com o “padrão social” pregado pelas elites:

Os migrantes latinos-americanos residentes no Brasil, sobretudo, peruanos e colombianos submetem a qualquer tipo de trabalho para o sustento da família. O abuso e violação dos direitos humanos pelos nacionais é marcante nesse processo migratório. Os transgressores do princípio da dignidade da pessoa humana sabem que nunca esses estrangeiros irão denunciar a situação de abuso e exploração da mão-de-obra, em razão da situação ilegal em que vivem no país. (OLIVEIRA, 2009, p. 390).

O aspecto econômico é um grande empecilho para que a integridade do indivíduo seja assegurada, muitos empregadores aproveitam da extrema vulnerabilidade dos imigrantes e os exploram, tal situação é alarmante em grandes metrópoles, nas quais as ocorrem inúmeras denúncias por trabalhos análogos à escravidão em empresas têxteis. O paradigma da exploração do estrangeiro exemplifica o quadro “globalizado” da coisificação humana na qual os indivíduos são descartáveis, tal degradação ocasiona o paradoxo da universalidade e eficácia da aplicação dos Direitos Humanos aos cidadãos.

É notória a dificuldade de acesso aos seus Direitos por parte dos cidadãos com menor condição socioeconômica, quanto se trata de imigrantes marginalizados o acesso torna-se dificultoso e o Estado acaba possuindo menos condições de assegurá-los. Tendo em vista as falhas fiscalizações no âmbito trabalhista, o lamentável quadro exploratório permite que o estrangeiro seja tratado e considerado o escravo globalizado:

Assim, os direitos humanos na concepção contemporânea são considerados universais e não podem ser submetidos às particularidades sociais, culturais, políticas e econômicas de cada povo. O mundo deve repensar a migração como fenômeno que carrega uma cidadania universal. Os Estados precisam integrar o migrante através de políticas humanitárias, participar das discussões sobre essa problemática. (OLIVEIRA, 2009, p. 397).

O cidadão cosmopolita continua sendo uma grande utopia, as fronteiras imigratórias variam muito de acordo com a nacionalidade e poder socioeconômico do estrangeiro. No âmbito prático os tratados internacionais possuem eficácia regulamentada por condições econômicas, fazendo com que o estrangeiro que realmente se encontra em situação periférica não consiga o status de cidadão em uma nação distinta da nativa; a desconstrução da marginalidade do imigrante é tarefa árdua, mas de extrema importância a fim de que sejam garantidos os direitos humanos a todos os indivíduos.

Grande parte dos países com elevados índices socioeconômicos tratam os imigrantes com rigorosas legislações, essas visam dificultar a entrada e estabelecimento destes no território estrangeiro. O impacto das severas jurisdições ressalta pontos cruciais, como os casos de xenofobia e as não estancadas feridas nacionalistas, as quais eclodiram no cenário europeu durante as grandes guerras mundiais.

No Brasil, os alarmantes casos de xenofobia estão atrelados ao histórico de segregação que nossa nação possui, nosso país possui o ilusório estereótipo de ser uma nação livre de preconceitos e amistosa ao estrangeiro, tal fato é facilmente rompido quando analisado o tratamento concebido aos que se encontram em desvantagem econômica em nossa nação de avassaladores abismos sociais. Vivenciamos em nosso país uma utópica igualdade, no âmbito prático é notório que o único imigrante o qual possui seus Direitos assegurados é o que se encontra em vantagem financeira ou oriundo de uma nação “desenvolvida”. Assegurar as garantias fundamentais ao estrangeiro no Brasil ainda é uma utopia, porém, a jurisdição nacional está alterando o paradigma xenofóbico e colonizador que assola nossa nação.

2 O Amparo aos Refugiados

No cenário contemporâneo é notória a migração ocasionada por casos fortuitos, os refugiados são indivíduos os quais são vítimas de tal situação, esses possuem evidência nas mais diversas nações, tanto nas quais acolhem quanto nas que ocasionam tal condição. A proteção para estes é extremamente dificultosa, envolvendo âmbitos que ultrapassam a jurisdição de uma nação e deve ocorrer de maneira que proteja a integridade, tanto aos deslocados por questões internas ou ambientais; porém, é visível a xenofobia de alguns estados em frente a tal problema e o não acolhimento destes indivíduos.

É essencial analisarmos que os Direitos Humanos não devem ser assegurados somente aos nacionais de uma nação, os Estados possuem a obrigação (ao menos moral) de garantir que o refugiado não sofra viola-

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ções enquanto estiver em seu amparo. Nossa jurisdição objetiva proteger os estrangeiros e brasileiros, conforme positivado no caput do artigo 5º de nossa carta magna “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1998).

O Judiciário é fundamental à efetivação dos Direitos Humanos; desde a década de 90 é visível a maior atuação deste poder à judicialização das questões envolvendo as migrações:

Esse processo de maior adjudicação por meio de recursos aos tribunais também é percebido no cenário internacional. Por um lado, percebe-se um adensamento jurídico do Direito Internacional, após a Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU)²³, e a busca por soluções pacíficas de controvérsias²⁴, a partir da codificação e da criação de mais normas internacionais e do estabelecimento de órgãos jurisdicionais internacionais. (JUBILUT, 2011, p. 167).

O Direito Internacional, aliado aos Direitos Humanos, age de maneira complementar aos regulamentos internos, a fim de que haja uma maior cooperação entre a comunidade internacional e a correta adequação da jurisdição, visando efetividade do ordenamento e a integridade do estrangeiro.

Apesar de possuir elementos ainda não sanados, o refúgio não é um fato contemporâneo, estando presente nas mais diversas eras sociais “o direito internacional de asilo tradicional passou a partir do início do século XX a ser concretizado por meio de dois institutos: o asilo e o refúgio.”. (JUBILUT, 2011, p. 168).

As grandes guerras mundiais trouxeram à tona a situação dos refugiados, os quais por terem sido obrigados a migrar por força maior, encontraram no destino uma total vulnerabilidade e marginalidade. O cenário pós-guerra ocasionou uma extrema xenofobia ao estrangeiro, tendo em vista as fragilidades estatais do período, no qual as nações não asseguravam condições mínimas nem mesmo aos nacionais.

Após Segunda Guerra Mundial, por patrocínio da Organização das Nações Unidas, o refúgio foi regulamentado internacionalmente, tendo como um dos marcos a Convenção sobre o Status de Refugiado, também conhecida como Convenção de 51; tal convenção possui natureza de tratado internacional, ou seja, possui as características de uma fonte primária do Direito Internacional:

[...] Se analise os termos da Convenção de 51 mais a fundo, se verificará que, para além de sua própria natureza jurídica, tal Convenção deixa clara sua intenção de garantir proteção aos refugiados de maneira ampla e por meio da linguagem do Direito, revestindo, então, as obrigações que traz, não apenas de caráter moral ou de solidariedade, mas também de caráter jurídico. Tal situação é visível tanto em termos dos direitos assegurados quanto em termos do conceito de refugiado por ela estabelecido. (JUBILUT, 2011, p. 169).

A Convenção de 51 veio para judicializar os princípios já positivados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual foi aprovada em 1948, mas “a Convenção de 51 entende que apenas listar os direitos não irá garantir sua efetivação e, portanto, permite que os refugiados recorram ao Poder Judiciário a fim de assegurar a mesma.” (JUBILUT, 2011, p. 171).

Em 1958 o Brasil passou a integrar o Comitê Executivo do ANCNU, ratificando a Convenção sobre o Status de Refugiado e o Protocolo de 67:

No final da década de 1970, o ACNU estabreceu um escritório ad hoc no Brasil. Todavia, somente em 1982, o governo brasileiro o reconheceu como um órgão internacional. A posição negativa do governo brasileiro por mais de uma década dificultou sobremaneira a atuação da comunidade internacional em prol da população refugiada. Neste período, em que se verificava o não reconhecimento, o Brasil (ainda não re-democratizado) servia apenas como território de passagem para refugiados latinoamericanos. Não assegurava proteção ou permitia o estabelecimento dos mesmos em seu território. Durante essa fase, cerca de 20 mil argentinos, bolivianos, chilenos e uruguaios foram reassentados na Austrália, Canadá, Europa e Nova Zelândia. (JUBILUT, APOLIÁRIO, 2009, p. 03).

Acerca do refúgio, a judicialização nacional “ainda é pontual, o que pode ser explicado pelos fatos de que parte do Poder Judiciário parece não concordar com a mesma salientando que o tema do Poder Executivo e que qualquer ingerência do Poder Judiciário seria indevida.” (JUBILUT, 2011, p. 175-176), esta possui a tendência em deferir os casos ao Poder Executivo, além de apresentar-se pouco padronizada. Nossa jurisdição apresenta uma lei específica acerca do refúgio, lei 9.474/97, a qual “estabelece um procedimento específico para a determinação do status de refugiado.” (JUBILUT, 2011, p. 176).

A jurisdição nacional engloba os requisitos mínimos do Direito Internacional dos Refugiados acerca da determinação do *status* de refugiado, porém, a Lei 9474 /97 apresenta algumas limitações, como exposto:

A Lei 9.474/97 foi genérica ao considerar os solicitantes de refúgio. Assim, não há procedimentos específicos, definidos na esfera das normas de refúgio, para casos em que os solicitantes sejam menores, idosos, doentes mentais, deficientes, vítimas de tortura, tratamento cruel ou desumano, entre outras situações de maior vulnerabilidade. Esse descompasso com a tendência de especificação dos sujeitos de direitos humanos, não seria uma falha da legislação, se todo o procedimento fosse orientado por uma abordagem integral de proteção, guiada pelas obrigações internacionais previstas em instrumentos internacionais universais e regionais a respeito da proteção específica no caso das mulheres, crianças em geral e crianças envolvidas no conflito armado, vítimas de tortura, tratamento cruel e desumano, deficientes. (JUBILUT, APOLIÁRIO, 2009, p. 19).

Muitos problemas acerca da complexa temática que envolve os refugiados ainda não foram sanados, porém, a judicialização acerca do Direito Internacional dos Refugiados é uma maneira a qual procura assegurar a integridade dos indivíduos e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionando a integração destes indivíduos em uma nova nação.

Devido à extrema vulnerabilidade jurídica encontrada pelo refugiado, os tratados internacionais e convenções são fundamentais para assegurar a integridade física e moral destes, possibilitando a manutenção do status de cidadão no território estrangeiro, sem sofrerem violações. A Organização das Nações Unidas e ONGs visam garantir os direitos do refugiado, porém, a falta de um efetivo sistema global de Direitos Humanos, no qual ultrapasse as barreiras intangíveis, acaba limitando o poder de atuação destas, inviabilizando a eficaz reparação das atrocidades sofridas.

3 A Posituação dos Apátridas

O indivíduo considerado cidadão possui um vínculo com os outros entes do Estado, ocasionando a percepção de coletividade e pertencimento a esse, mas o ser humano apátrida torna-se mero periférico em uma nação, pois apresenta uma situação de extrema marginalização e uma consequente vulnerabilidade socioeconômica.

Não há em nossa era globalizada uma concepção unificada acerca de nacionalidade, na percepção geral, pressupõe-se que é necessária cidadania para que os Direitos Humanos sejam respeitados, porém, é árdua a tarefa do Estado em garantir que um indivíduo apátrida possua sua subjetividade garantida, visto que esse não possui os recursos mínimos que o ente estatal fornece aos seus cidadãos.

Em virtude das grandes guerras, o tumultuado século XX deixou milhares de apátridas, o século XXI possui indivíduos vítimas dessa situação em virtude dos conflitos civis que assolam algumas nações. Os Estados nunca estão prontos para o diferenciado, a estranheza acaba sendo mais acentuada quando o indivíduo vem na situação de apátrida:

Com efeito, os direitos humanos enquanto conquista histórica e política, ou seja, uma invenção humana, estavam vinculados à solução de problemas de convivência coletiva dentro de uma comunidade política. É por isso que, no âmbito desta, o próprio cerceamento dos direitos humanos por força de lei não significa perder os benefícios da legalidade. É o que ocorre, por exemplo, com o soldado em época de guerra, que vê o seu direito à vida posto em questão; com o condenado por um crime à prisão, que perde o seu direito de ir e vir; com o cidadão que num estado de sítio enfrenta restrições em matéria de liberdade de opinião, de pensamento ou associação. Estas e outras restrições sempre permitem aos desprivilegiados um recurso aos direitos humanos no seu todo, desde que juridicamente tutelados. (LAFER, 2009, p. 147)

As concepções acerca da nacionalidade são antigas, mas a situação do apátrida apresenta-se de maneira avassaladora na contemporaneidade e expõe o quão ilusório é a condição do cosmopolita, surgindo o questionamento de como poderá haver um cidadão do mundo, se há indivíduos que nem pátria possuem:

Nas últimas décadas, as Nações Unidas têm desenvolvido e debatido o direito à nacionalidade e o direito de não ser apátrida, como um direito humano fundamental. Diante de tal situação, a ONU adotou uma série de disposições destinadas a evitar ou reduzir a apatridia, inseridas em vários tratados internacionais de direitos humanos, incluindo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção sobre os Direitos das Crianças, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, bem como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (MOREIRA, 2011, p. 49-50).

O Estatuto dos Apátridas, 1954, é um instrumento utilizado pela comunidade internacional, objetivando definir o status de apátrida e regulamentar o tratamento a estes.

O decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, promulgou a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, positivando:

[...] Para os efeitos da presente Convenção, o termo "apátrida" designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

[...] Todo apátrida tem, a respeito do país em que se encontra, deveres que compreendem especialmente a obrigação de acatar suas leis e regulamentos, bem como as medidas adotadas para a manutenção da ordem pública.

[...] O estatuto pessoal de todo apátrida será regido pela lei do país de seu domicílio ou, na falta de domicílio, pela lei do país de sua residência.

[...] Os direitos anteriormente adquiridos pelo apátrida e que decorrem do estatuto pessoal, notadamente os que resultem do casamento, serão respeitados por todo Estado Contratante, ressalvado, se for o caso, o cumprimento das formalidades previstas pela legislação do referido Estado, desde que, todavia, o direito em causa seja daqueles que seriam reconhecidos pela legislação do referido Estado, se o interessado não se houvesse tornado apátrida.

[...] Todo apátrida gozará, no território dos Estados Contratantes, de livre e fácil acesso aos tribunais.

[...] No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, todo apátrida fruirá do mesmo tratamento que um nacional no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e a isenção da caução judicatum solvi.

[...] Os Estados Contratantes facilitarão, na medida do possível, a assimilação e a naturalização dos apátridas. Esforçar-se-ão notadamente para acelerar o processo de naturalização e reduzir, na medida do possível, as taxas e despesas desse processo. (Estatuto dos Apátridas, artigos. 1º, 2º, 12, 16, 32).

A Corte Internacional de Justiça julga inúmeros processos relativos à nacionalidade, assim como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos; tais cortes apresentam relevantes contribuições e para a segurança dos apátridas, sendo exemplificada pela histórica decisão exemplificada pelo *Caso de las Ninãs Yean y Bosico Vs La República Dominicana*, no qual o Estado foi condenado ao pagamento de indenização às vítimas, além de uma reformulação acerca de suas legislações acerca da nacionalidade:

A Corte considerou que o governo dominicano aplicava as leis de nacionalidade e registro de nascimento de forma discriminatória, não concedendo a nacionalidade dominicana as crianças de ascendência haitiana. O juízo determinou que o Estado fracassou em não reconhecer a nacionalidade destas crianças, culminando na privação de outros direitos humanos, como o direito a um nome, direito à educação, direito a igual proteção perante a lei, dentre outros. (MOREIRA, 2011, p. 56-57).

É de extrema importância a presença das Cortes Internacionais no cenário globalizado, estas atuam como um organismo imparcial aos interesses socioeconômicos da nação, garantindo que de fato os Direitos Humanos sejam assegurados aos apátridas, os quais possuem nestas a expectativa de possuírem no território estrangeiro as mesmas garantias de um nacional.

O Estado-Nação contemporâneo ainda utiliza concepções não globalizadas para tratar de cidadão, conceituando que esses são apenas os nativos da comunidade nacional; tal percepção estabelece fronteiras intangíveis, mas fortes, as quais são legitimadoras de grandes preconceitos. Os Direitos Humanos devem ser aplicados a todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade ou vínculo de cidadania, concretizando a proteção ao indivíduo apátrida.

Conclusão

A imigração não é um fato contemporâneo, desde os primórdios o ser humano sentiu a necessidade de migrar; com o estabelecimento de fronteiras e a criação das concepções acerca da nacionalidade as relações ao estrangeiro possuíram novas formas, a globalização intensificou o fluxo migratório, mas não reduziu as concepções xenofóbicas presentes nas mais diversas nações.

O Direito Internacional é primordial para assegurar a integridade do migrante, especialmente quando tratar-se de situações que violem os Direitos Humanos, ainda que utópico, é primordial garantir a este as garantias básicas que um Estado proporciona a seus nacionais.

Apesar dos paradigmas globalizados terem alterado as sociedades, a concepção arcaica e praticamente imutável de nacionalidade exemplifica que os problemas da imigração ainda não foram sanados e muitos destes são os mesmos de outras eras históricas, a ilusória concepção acerca do indivíduo cosmopolita questiona o quão importante são as positivamente de nacionalidade e se de fato é possível um indivíduo ser considerado pertencente a somente uma nação.

Na contemporaneidade os apátridas e refugiados necessitam de excepcional amparo perante os Estados, nossa legislação procura assegurar a integridade destes, mas a realidade ainda torna tal jurisdição uma utopia. Muitos avanços foram efetuados perante o judiciário, porém as dificuldades de acesso a este por parte dos estrangeiros acaba dificultando a garantia da preservação dos Direitos Humanos.

A seguridade ao imigrante é objetivo tanto em nossa nação quanto no cenário internacional, é primordial a consolidação de um efetivo sistema de Direitos Humanos aliado ao Direito Internacional, objetivando assegurar a integridade dos migrantes, para então originarmos o verdadeiro cosmopolita, qual seja, o cidadão livre de fronteiras socioeconômicas.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Referências

- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.
- BRASIL. *Decreto Nº 4.246, De 22 De Maio De 2002*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.
- JUBILUT, Lílíana Lyra, APOLIÁRIO, Sílvía Menicucci O. S. A população refugiada no Brasil: em busca da proteção integral. *Universitas - Relações Internacionais*, v. 6, n. 2, p. 9-38, 2008.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. *Perspectiva*, São Paulo, vol. 19, n. 3, pp. 3-22, 2005.
- MOREIRA, Marcele de Almeida Lima. *APÁTRIDAS: a efetivação dos direitos fundamentais dos apátridas sob a tutela da Organização das Nações Unidas*. Brasília: UniCEUB, 2011.
- OLIVEIRA, Jaqueline J. S. O Brasil no Contexto das Migrações e os Direitos Humanos. *Estudos*, v. 36, n. 2, pp. 385-402, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho, RODRIGUES Gilberto e ALMEIDA, Guilherme Assis de (orgs.). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo : Editora CL-A, Cultural, 2011.
- SILVEIRA, Flávio Leonel Abreu da. As Complexidades da Noção de Fronteira, Algumas Reflexões. *Caderno Pós Ciências Sociais*, São Luís, v. 2, n 3, pp. 17-38, 2005.

O PRINCÍPIO DA LAICIDADE NA SOCIEDADE GLOBAL: estudo de caso da proibição do uso do véu islâmico na França

Alice Rocha da Silva*

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne**

Sumário: Introdução. 1 O princípio de laicidade como um princípio constitucional da República Francesa. 2 Breve comparativo com o quadro internacional e europeu. 3 O “Caso do Véu” e os princípios garantidos pela Constituição Francesa. 4 A Dificuldade do pluralismo religioso. 5 A necessidade de uma intervenção legislativa. Referências.

Introdução

A sociedade global é composta por uma diversidade de culturas e ordenamentos com concepções particulares do princípio da laicidade. Isso porque laicidade pode ser vista como a ausência de aspectos religiosos, mas pode ser também entendida como o respeito a várias religiões e crenças e justamente por isso garantiria a diversidade religiosa.

A evolução das relações internacionais para a formação de uma sociedade global implica em uma artificialidade de fronteiras cada vez maior, aumentando a interrelação entre Estados e seus cidadãos. Frente a esta nova realidade, cada vez mais se verifica a mistura de várias religiões em Estados que outrora eram marcados por uma só religião como é o caso do cristianismo e os países europeus.

O impacto desta nova realidade internacional leva teóricos, estudiosos e práticos a repensarem o conceito de “laicidade” que a priori designa o princípio da separação do poder político e administrativo do Estado, do poder religioso. Atualmente, este conceito deve ser revisto no sentido de que o Estado deve lidar com diversas religiões e crenças dentro de seu território, garantindo o respeito desta diversidade religiosa e ao mesmo tempo não permitindo que tal diversidade prejudique os direitos individuais dos indivíduos.

* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e da Faculdade Processus. Doutorado em direito internacional econômico pela Aix-Marseille Université. Mestrado em direito das relações internacionais pelo UniCEUB.

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutorado em direito internacional do meio ambiente pela Université de Paris V e Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito Internacional Público - Université de Paris V.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Esta nova realidade tem sido refletida na França que teve de lidar com o questionamento a respeito do uso do véu islâmico nas escolas públicas, da burca em locais públicos e mais recentemente do “burkini”, traje de banho muçulmano, nas praias. Interessante considerar que a França foi um dos primeiros Estados a lidar com a questão da laicidade se autointitulando uma “República indivisível, laica, democrática e social” (art. 1º da Constituição da Vª República Francesa), mas seus governantes não contavam com a diversidade religiosa que hoje permeia a sociedade francesa e defendem tais proibições para evitar alterações na ordem pública.

“Liberdade, igualdade, fraternidade... laicidade”: em face das discussões complexas acerca da noção de laicidade, em razão do uso do véu islâmico e demais trajes de conotação islâmica, poderíamos afirmar ser este o novo lema da República francesa.

Importante destacar que, qualquer que seja a época, a laicidade foi definida (ou redefinida) para resolver (ou tentar resolver) uma situação concreta de conflito. Isso, certamente, justifica os intensos debates relativos à laicidade. Como no final do século XIX, quando da adoção da Lei sobre o Ensino Médio em 1882 e da Lei sobre a separação da Igreja e do Estado em 1905, a classe política francesa encontra-se dividida em dois campos, quais sejam: os partidários de uma laicidade “pura e dura” e aqueles que têm dela uma ideia mais flexível, fazendo com que desapareça a clivagem tradicional da direita e da esquerda.

O debate acerca da laicidade, como no final do século XIX, reapareceu por onde nasceu: no âmbito das escolas públicas. No entanto, apesar dos cem anos que os separam, os termos das discussões não são mais os mesmos. O caso do véu islâmico reativou um debate sobre a laicidade, que parecia ser objeto de um consenso quase geral entre os franceses. Ademais, tal problemática revelou dois novos elementos que contribuem na adaptação da laicidade do início do século a um contexto que mudou bastante: a presença de uma nova religião, o islã, que se tornou a segunda religião da França, fato impensável na época da construção da República; além da verdadeira explosão das liberdades públicas nas ordens jurídicas internacionais e francesa. A consideração destes dois fatores aponta para a grande necessidade de adaptação do princípio da laicidade a este novo contexto. A esse propósito, necessário se faz mencionar os ensinamentos de Geneviève KOUBI, quando afirma que a laicidade não existe mais:

La laïcité a changé de nature ; déchargée de la valeur initiale du combat républicain, elle devient le lieu d’une conciliation entre l’ordre juridique et la liberté d’opinion (de la pensée à l’expression),

de plus en plus ouverte sur la prise en compte des phénomènes collectifs.¹

A partir da volta as aulas de 1989, na França, o debate está aberto sobre uma readaptação da laicidade “a la francesa” a este novo desafio, o uso do véu islâmico. Com efeito, diversas interpretações podem ser apresentadas em relação à vontade das jovens mulçumanas de não tirar seu véu no âmbito das escolas. Pode-se adotar uma posição radical oposta ao uso do véu em nome do princípio da laicidade, ou pode-se estimar que o véu e a laicidade não são antinômicos e tentar desenvolver novos conceitos para tal harmonização.

Cumpra ainda mencionar que a midiáticação exacerbada do caso do véu islâmico transformou este acontecimento em assunto de Estado. Da mesma forma, tal midiáticação também contribuiu para que o debate avance. A Constituição da Va República afirma o caráter “laico” da República. Ora, a laicidade da República Francesa figura entre os princípios constitucionais, mas o alcance e o conteúdo deste princípio continuam incertos. Isto porque a Constituição francesa não apresenta qualquer definição do princípio da laicidade. Na verdade, a laicidade tem vários significados e pode ser interpretada de diversas formas, o que leva, às vezes, a conceitos opostos. A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de C. NICOLET:

La laïcité ne nous a pas été donnée comme une révélation. Elle n’est sortie de la tête d’aucun prophète; elle n’est exprimée dans aucun catéchisme. Aucun texte sacré n’en contient les secrets, elle n’en a pas. Elle se cherche, s’exprime, se discute, s’exerce et, s’il faut, se corrige et se répand.²

Já M. BARBIER explica as principais razões que dificultam uma definição satisfatória dessa noção: “premièrement car la laïcité n’appartient pas à la catégorie de la substance, mais à celle de la relation; deuxièmement car elle n’établit pas un lien positif mais une séparation; dernièrement car elle n’est pas une notion statique mais dynamique”³

Neste sentido, propõe-se a análise do princípio da laicidade na perspectiva do estudo de caso do uso do véu na França, verificando-se a

¹ KOUBI *apud* CALENDRE, Olivier. *République et laïcité*. Mémoire de DEA Droit public fondamental soutenu à la faculté de droit de Grenoble, 1995, p. 42.

² NICOLET *apud* CALENDRE, Olivier. *République et laïcité*. Mémoire de DEA Droit public fondamental soutenu à la faculté de droit de Grenoble, 1995, p. 68.

³ BARBIER, Maurice. « Esquisse d’une théorie de la laïcité ». In: *Le débat*. novembre - décembre 1993, p. 78.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

abordagem deste princípio no direito internacional e no contexto normativo europeu e francês, para que se possa determinar algumas alternativas e instrumentos para a harmonização deste princípio com a nova realidade pluralista da sociedade internacional.

1 O princípio de laicidade como um princípio constitucional da República Francesa

No conjunto normativo francês, importantes leis marcaram a afirmação jurídica do princípio de laicidade, quais sejam: as leis escolares de 28 de março de 1882 sobre o ensino primário obrigatório e as de 30 de outubro de 1886 sobre a organização do ensino primário. No entanto, a lei de 09 de dezembro de 1905, regulamentada pela lei de 02 de janeiro de 1907 sobre o exercício público dos cultos, é considerada a lei que mais influenciou os debates sobre a separação entre a Igreja e o Estado.

Com efeito, a lei de 09 de dezembro de 1905 definiu o regime jurídico das relações entre o Estado e os cultos, mas sem nenhuma referência explícita à laicidade. Esta lei visava à separação da Igreja e do Estado⁴, declarando que o Estado não reconhece nem subsidia os cultos, mas a liberdade de consciência e o livre exercício dos cultos são garantidos.

No entanto, devemos constatar que a consagração constitucional do princípio de laicidade só ocorreu bem mais tarde com o artigo 1º da Constituição de 1946, se tornando uma realidade constitucional. Portanto, a primeira afirmação formal da laicidade do Estado republicano é recente, sendo repetida na Constituição da Va Republica em 1958.⁵ A laicidade foi, portanto, elevada ao mais alto nível da hierarquia das normas.

É preciso acrescentar que, desde a decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, o Preâmbulo da Constituição de 1946 é parte integrante do “bloco de constitucionalidade” e os textos aos quais ele se refere: “o povo francês proclama solenemente seu apego aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional, tais como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”.

Logo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o preâmbulo da Constituição de 1946 fazem parte do direito constitucional positivo, em que a noção de laicidade está igualmente presente. Pelo

⁴ Ao fim de uma luta bem viva contra as congregações docentes e num clima de tensão indo até a ruptura diplomática com a Santa Sé.

⁵ Ao contrário, o Conselho de Estado considerou na sua decisão inesperada de 06 de abril de 2001 que o princípio constitucional de laicidade é anterior às constituições de 1946 e 1958.

seu artigo 10, a Declaração dos direitos do homem e do cidadão enuncia que: “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.” E o Preâmbulo da Constituição de 1946, enuncia a respeito do ensino que a organização do ensino público gratuito e laico em todos os níveis é um dever do Estado. O preâmbulo da Constituição de 1946 se refere aos “Princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” e que são reconhecidos pelo Conselho Constitucional enquanto princípios tendo um valor constitucional.

Portanto, existe, a partir do Preâmbulo de 1946, um princípio geral de laicidade do serviço público que comporta, para os alunos do ensino público, o direito de expressar e manifestar suas crenças religiosas no interior dos estabelecimentos escolares e proíbe qualquer discriminação fundada sobre as convicções religiosas dos alunos.

A apreensão da laicidade do Estado se concentra também no artigo primeiro da Constituição francesa de 24 de agosto de 1958: “a França é uma república indivisível, *laica*, democrática e social. Ela garante a *igualdade perante a lei* a todos os cidadãos sem distinção de origem, de raça ou de *religião*. Ela *respeita todas as religiões*”⁶.

No entanto, por trás desta proclamação solene pelo poder constituinte do que parece ser um direito adquirido e bem conhecido do ordenamento jurídico francês, quantas controversas, quantos debates, quantas crises e rupturas em torno de um conceito, a laicidade, que, segundo a imagem usada pelo Professor J. RIVERO, “cheira a pólvora”.⁷

2 Breve comparativo com o quadro internacional e europeu

O princípio da laicidade está presente de modo implícito ou explícito em vários textos que compõem o ordenamento internacional e europeu, verificando-se uma tendência de utilizarem a noção de liberdade religiosa para resolver questões ligadas a diversidade de religiões. A laicidade na França está baseada em vários textos internacionais adotados por ela, tornando indubitável a evolução deste princípio também no direito interno francês. Além disso, esta evolução é acentuada por uma Europa cada vez mais integradora e uniformizadora.

É importante salientar que o artigo 55 da Constituição de 1958 reconhece, aos tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados, um valor superior aquele da lei interna. Mesmo se, durante muito tempo,

⁶ Até a lei constitucional n° 95 - 880 de 4 de agosto de 1995, a laicidade constava no artigo 2 da Constituição.

⁷ RIVERO, Jean. « La notion juridique de laïcité ». In: *Dalloz*. Chronique n°33, 1949.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

as convenções internacionais e europeias foram vítimas da interpretação deste artigo pelo Conselho Constitucional e o Conselho de Estado, o princípio, hoje, é efetivo já que estas convenções têm uma autoridade superior a das leis internas.

A França é um país que pertence à ordem jurídica internacional. Mesmo que, no âmbito dos compromissos internacionais, os Estados sejam soberanos e possam decidir livremente pelo estabelecimento de obrigações, eles sofrem pressões externas. Portanto, eles não podem desconsiderar a evolução geral das outras nações. Esta evolução consiste, justamente, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em um desenvolvimento considerável das liberdades públicas no mundo. A liberdade religiosa faz parte deste processo e a França, portanto, encontra-se numa posição delicada no que diz respeito à laicidade.

A concepção tradicional da laicidade era apreendida como um tipo de afastamento do fenômeno religioso, enquanto que a evolução atual tende cada vez mais a integrar as liberdades de consciência às liberdades garantidas pelo direito público. Para verificar isto basta notar o número de convenções internacionais ratificadas pela França que ilustram o crescimento do liberalismo religioso no mundo contemporâneo. Portanto, o direito internacional desconhece a noção de laicidade francesa e leva em consideração a liberdade religiosa e suas diferentes manifestações; como mostra a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948⁸ Devendo ainda ser ressaltada a Convenção pela luta contra a discriminação na área do ensino adotada, sobre a tutela da UNESCO e os dois Pactos internacionais da ONU, de 19 de dezembro de 1966, sobre os direitos civis e políticos, de um lado e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais de outro.

Quanto à Convenção europeia dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, seu artigo 9 protege a liberdade religiosa⁹. A respeito do fundamento deste artigo, a Corte foi levada a tratar questões que inte-

⁸ Seu artigo 19 dispõe: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

⁹ Seu artigo 9 estipula: “1- Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público ou em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2- A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou a proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

ressam a laicidade. A abordagem da Corte está embasada num reconhecimento das tradições de cada país, sem procurar impor um modelo uniforme de relações entre a Igreja e o Estado.¹⁰

Estas disposições foram quase integralmente retomadas no artigo 18, itens 1 e 3 do Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 6 de dezembro de 1966, também ratificado pela França em 1980.

Além da Convenção europeia, a Convenção relativa aos direitos da criança, adotada pelo Conselho da Europa em 1990, reconhece à criança o direito aos atributos da personalidade e o benefício dos direitos civis entre os quais a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de associação.

É importante acrescentar que o artigo 10 da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia menciona “a liberdade de manifestar individual ou coletivamente sua religião ou sua convicção em público ou em particular, através do culto, do ensino e das práticas do cumprimento dos ritos”. Assim, este artigo proclama o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e retoma as disposições do §1º do artigo 9 da Convenção europeia de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. O artigo 21 da carta proíbe qualquer discriminação baseada, notadamente, na religião ou nas convicções e, nos termos de seu artigo 22, a União respeita a diversidade cultural, religiosa ou linguística. Seu artigo 14 afirma o direito dos pais em garantir a educação e o ensino de seus filhos, conforme suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas. Temos que admitir que estes textos internacionais, que reconhecem uma liberdade religiosa muito geral, contribuam para o favorecimento de uma redefinição da noção tradicional da laicidade.

Se acrescentarmos textos como a declaração de 1789, o Preâmbulo de 1946 e a Constituição de 1958 verifica-se que uma verdadeira política de defesa e até de promoção da liberdade religiosa se estabeleceu na França. Esta nova política, inclusive, é totalmente compatível com a noção de laicidade tal como era compreendida em 1905 na lei de separação da Igreja e do Estado que, logo no seu artigo primeiro afirma que: “a República garante a liberdade de consciência. Ela garante o livre exercício dos cultos com as únicas restrições exigidas no interesse da ordem pública.” É o que J. RIVERO chama “aspecto positivo” da laicidade do Estado.¹¹ Com efeito, não devemos esquecer que a laicidade não é somente a sepa-

¹⁰ STASI, Bernard (presidida por). *Laïcité et République* (Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République). Paris : La Documentation française, 2003, p. 18.

¹¹ RIVERO, Jean. « La notion juridique de laïcité ». In: *Dalloz*. Chronique n°33, 1949, p. 138.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ração institucional entre o Estado e a Igreja, é também, como acabamos de ver, a consagração de um conjunto de “princípios de liberdades”.

Consequentemente, considerando estes dados, podemos perceber que os textos liberais adotados pelo Estado não se opõem, nos seus princípios, à laicidade. No entanto, se analisarmos globalmente o conteúdo atual da laicidade, podemos perceber que ela é composta, ao mesmo tempo, por elementos anticlericais e elementos liberais. Porém, os dois aspectos da laicidade são necessários à República: o aspecto anticlerical (que chegou à separação institucional) permite prevenir as tentativas de subversão religiosas de qualquer origem. O aspecto liberal permite consagrar a tradição humanista herdada da Revolução da qual desfruta o direito constitucional francês.

3 O “Caso do Véu” e os princípios garantidos pela Constituição Francesa

O caso do véu encontra-se no confluente de vários princípios garantidos pela constituição, portanto, o debate sobre a conciliação entre os princípios fundamentais intensificou-se. Assim, vários princípios fundamentais foram conciliados a fim de resolver este conflito.

Se o caso do véu somente tivesse conflitado com o princípio tradicional da laicidade, teria certamente provocado poucos debates. No entanto, não se trata da contestação de um único princípio republicano, mas sim de vários: o princípio da liberdade de consciência e de opinião (portanto de religião), o princípio da liberdade de expressão que é a sua manifestação e, evidentemente, os princípios de neutralidade e de laicidade dos poderes públicos.¹²

Neste sentido, a laicidade não se limita mais à separação da Igreja e do Estado, nem à neutralidade do Estado frente às religiões. Doravante, ela é concebida de uma nova forma e, geralmente, em termos de liberdade, conforme a abordagem adotada pelo Conselho de Estado no seu parecer de 27 de novembro de 1989. Ele mostrou que a noção de laicidade somente pode ser entendida usando outras noções fundamentais pertencentes ao patrimônio jurídico francês.

O “Caso do Véu” representa uma jurisprudência que apela para grandes princípios em conflito. A atitude do Conselho de Estado em relação a estes valores demonstra a manutenção de uma posição antiga: a conciliação. No entanto, é verdade que esta posição de conciliação é mais

¹² GUILLENCHMIDT, Michel. « Le port de signe religieux distinctif ». In : *Cahiers Sociaux du Bureau de Paris*. spécial juillet - août 2003, p. 45.

ou menos difícil de conservar e, no caso, esta abordagem é delicada. Entretanto, a atitude foi mantida buscando-se não questionar a laicidade em si, e sim redefini-la de modo a torna-la mais ampla e flexível. Isso explica os transtornos ocorridos na Educação nacional quanto à viabilidade de sua doutrina laica, na medida em que ela tinha que conciliar todos estes princípios que, inclusive, são proclamados e garantidos pelos textos mais solenes, tanto no direito interno quanto no direito internacional.¹³

No caso específico do porte do véu pelas jovens na escola, a conciliação deve ser realizada entre a liberdade religiosa, no sentido de liberdade de opinião, e seu corolário representado pelo direito de manifestar suas opiniões religiosas, de um lado, e o princípio da laicidade, de outro lado, sob as duas formas que ele adota, uma quando aplicado aos agentes do serviço e outro quando for aplicado aos seus usuários.

Neste sentido, a laicidade francesa deu lugar a um processo legislativo e constitucional marcado por numerosas imprecisões. Estas, fortalecidas pela grande força ideológica ligada a este conceito, explicam que, ainda hoje, a análise interpretativa clássica da laicidade seja dividida.

Sendo assim, no “Caso do Véu”, as opiniões antagônicas se legitimam em nome da laicidade, tendo em vista a perda da noção orientadora do que seria exatamente o significado de laicidade. Assim, parece que a exigência de uma redefinição corresponde, de fato, a uma necessidade de justificação. Onde o debate nacional que se programa, então, para dar de novo à laicidade um conteúdo em adequação com as mutações sociais. Evidentemente, a sociedade mudou e o fato religioso também. É também o que observa M. BARBIER no seu “esboço de uma teoria da laicidade”:

Ela (a laicidade) não se limita mais à separação da Igreja e do Estado, nem à neutralidade do Estado junto às religiões. Doravante, ela é concebida de uma forma nova e geralmente em termos de liberdade. A laicidade tradicional aparece como sendo ultrapassada e inadaptada e ela é, às vezes, questionada.¹⁴

De fato, há uns vinte anos que assistimos a numerosos debates sobre novas concepções da laicidade, e isso se deve, sem dúvida, ao fato que o contexto foi propício a uma evolução das mentes sobre a questão. Com efeito, desde os famosos debates que agitaram o Parlamento no momento do voto da lei de 1905, a República nunca conheceu controversas tão

¹³ GUILLENCHMIDT, Michel. « Le port de signe religieux distinctif ». In : *Cahiers Sociaux du Bureau de Paris*. spécial juillet - août 2003, p. 46.

¹⁴ BARBIER, Maurice. « Esquisse d'une théorie de la laïcité ». In : *Le débat*. novembre - décembre 1993, p. 81.

violentas, intervenções tão veementes a respeito de um conceito que parecia, até o fim dos anos 1980, ser objeto de um consenso quase geral.

Assim, o caso dos véus islâmicos constitui, indubitavelmente, o símbolo desta evolução geral que tende à expansão do fenômeno religioso no que ele tem de mais provocador para os valores republicanos.

Através do caso do véu, a pergunta é a seguinte: o equilíbrio entre os princípios constitucionais assim constituídos pode sobreviver a um ataque que conteste os fundamentos da laicidade? A emergência de novas práticas religiosas necessita uma aplicação do princípio de laicidade renovada.

4 A Dificuldade do pluralismo religioso

Notamos certo “retorno do religioso” nas comunidades minoritárias, na França e em outros lugares. O Estado não pode mais se comportar, perante estas comunidades, como ele pôde se comportar perante a Igreja católica no início do século XX. É importante notar que o debate atual sobre a laicidade não se coloca mais nos mesmos termos que na origem, pois a problemática mudou bastante: a questão não é mais saber qual é o equilíbrio entre o Estado e a Igreja, mas sim qual é a pertinência da manutenção de uma regra comum na presença de fortes comunidades religiosas.

O contexto atual, que é marcado pelo triunfo da globalização econômica, gerou uma aceleração dos fenômenos transnacionais e provocou uma mudança das sociedades, assim como das relações internacionais de forma mais geral. Nós não podemos ocultar que esta transformação aconteceu também em nível cultural, criando, em escala internacional, o terreno propício à diversificação cultural e, evidentemente, religiosa.

Há aproximadamente trinta anos, a França se tornou um país com uma expressiva imigração e sua composição humana se modificou fortemente. A presença, no solo francês, de mais de quatro milhões de estrangeiros¹⁵, com culturas e religiões diferentes daquelas da maioria dos franceses, criou problemas de vizinhança, de assimilação e, mais ainda, de integração, difíceis de resolver.

A título de exemplo, temos o antissemitismo na França com uma história tão antiga quanto à da Europa inteira. O velho antissemitismo de origem cristã e de extrema direita não desapareceu e continua tendo sua clientela. Num prazo de dois anos os atos de racismo quadruplicaram e,

¹⁵ Segundo dados: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/> Acesso em 03 março de 2017.

entre eles, os de antissemitismo foram multiplicados por seis. A equação, conseqüentemente, é muito mais complexa e deve ser tratada em sintonia com os valores republicanos franceses de democracia, unidade, liberdade, igualdade e laicidade.¹⁶

A luz destes princípios é interessante analisar a comunidade muçulmana do ponto de vista de sua importância e de seu caráter político-religioso. Com efeito, o fluxo de imigrantes magrebinos e africanos provocou o fortalecimento da religião muçulmana na França. Isto coloca novos problemas tais como os lugares de culto, as escolas privadas, os espaços públicos entre outros.

A este respeito, a república laica não pode impor a realidade local exigindo que “renunciem a sua cultura para se submeter à outra cultura”, mas deve enunciar: “sejam bem-vindos num país em que a laicidade se esforça para afastar qualquer ideologia particular, religiosa ou ateu que gostaria de se impor a vocês”. Mas, para melhor facilitar o processo de integração é preciso apagar a herança histórica marcada pela inscrição do cristianismo na cultura e nos marcos cotidianos? Será que respeitar uma cultura significa respeitar tudo numa cultura?

Estas questões tomam uma dimensão bem particular se considerar o caso do véu islâmico, que suscitou a questão de ostentar um sinal de pertencimento a uma religião por parte de um grupo de alunas. No seio de uma sociedade cuja tradição é majoritariamente cristã, as cruzes ou medalhas usadas em volta do pescoço dos alunos aparecem, com efeito, como sinais ao mesmo tempo fortes e discretos, frequentemente não suscetíveis de revelar um pertencimento a uma religião religioso na medida em que nenhuma regra de vestimenta se impõe aos cristãos, como também porque esta prática emana de alunos cuja religião é dominante. Assim, a questão jurídica maior do uso de um sinal religioso por um aluno somente foi colocada quando alunos de uma religião minoritária, no caso alunas muçulmanas, começaram igualmente a usar um sinal de pertencimento religioso. Antes, a ordem pública nunca tinha se sentido ameaçada por tal prática.

Da mesma forma, notar-se-á que a administração escolar nunca tinha tido, até ai, a necessidade de lidar com a questão das autorizações de ausência solicitadas para ir a eventos religiosos ou para respeitar um dia de repouso semanal, quando a agenda escolar é calcada sobre o calendário cristão. Esta nova questão, despertada pelo caso do véu obriga o Estado a dar um novo sentido à laicidade, que, inicialmente, foi concebida a

¹⁶ LIGUE DES DROITS DE L'HOMME. *L'état des droits de l'homme en France*. Paris : Editions La Découverte, 2004, p. 15.

fim de resolver as dificuldades que tinha vivenciado com o catolicismo, separando a Igreja do Estado, mas que, agora, em razão da diversidade religiosa, deve ter uma conotação mais tolerante e integradora.

5 A necessidade de uma intervenção legislativa

Esta situação de instabilidade jurídica, favorável à continuação e à multiplicação dos conflitos de base nos estabelecimentos é ainda recorrente nos primeiros anos do século XXI. As normas do “bloco de constitucionalidade”, os acordos internacionais, as leis, as circulares ministeriais, assim como as decisões do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional se pronunciam direta ou indiretamente, sobre os princípios constitucionais que dizem respeito à laicidade. Podemos acrescentar também, há alguns anos, uma dimensão europeia, expressa pela Corte europeia dos direitos do homem, muito exigente em matéria de respeito das liberdades públicas. Com efeito, este conjunto jurídico tem consequências sobre o “Caso do véu”.

O problema exposto é que não existia, no direito positivo, nenhuma regra jurídica enquadrando o porte, pelos alunos, de sinais religiosos nas escolas, pois para duas circulares do Ministério da educação, que foram adotadas sobre este assunto, o Conselho de Estado julgou que eram desprovidas de valor normativo. (CE 10 de julho de 1995, Associação « Un Sysiphe », Rec, p. 292)

Diante destas divergências entre as autoridades públicas, o Estado não pode totalmente ignorar o fato religioso com o qual ele frequentemente é levado a entrar em acordo, em consequência desta renovação do sentimento religioso. Ele é conduzido, portanto, a elaborar respostas novas que marcam as evoluções do princípio de laicidade. Consequentemente, ele deve encontrar uma resposta clara que pode garantir uma solução mais concreta ao problema do uso do véu. É por isso que foi colocada a necessidade de uma intervenção legislativa para clarificar o quadro jurídico ambíguo que não permitia mais enfrentar os conflitos das “normas”.

Em virtude do artigo 34 da Constituição, o legislador é o único competente para determinar o regime das liberdades públicas e para conciliar seu exercício com outros princípios constitucionais. Neste sentido, de acordo com este artigo da Constituição francesa, cabe à lei fixar as regras que dizem respeito “às garantias fundamentais acordadas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”. Além da determinação de uma competência para o legislador, esta fórmula é um reconhecimento constitucional das liberdades públicas. Referência amplamente empregada

pelo Conselho Constitucional, e para a lei, ela será uma fonte tanto para uma área de grande aplicação quanto para uma exigência estrita: a área das garantias fundamentais é vasta e o legislador tem a obrigação de determinar as regras que garantem a proteção dos direitos fundamentais (decisões do Conselho Constitucional de 13 de dezembro 1985 e de 18 de setembro de 1986). Nesta perspectiva, a intervenção do legislador aparece plenamente justificada para definir um quadro jurídico preciso e podendo ser aplicado em todos os estabelecimentos escolares. Enfim, precisava de uma intervenção do legislador para atender a exigência jurídica de um fundamento legal à restrição de uma liberdade fundamental, tal como resulta da Convenção europeia dos direitos do homem e da salvaguarda das liberdades fundamentais. Neste sentido declarou o constitucionalista L. FAVOREU declarou em seu artigo publicado no dia 05 de dezembro de 2003 no jornal *Le Monde*:

Somente uma lei pode operar uma conciliação entre dois princípios constitucionais cujas exigências são contraditórias: o princípio de laicidade, de um lado, confirmado no artigo primeiro da Constituição e no Preâmbulo da Constituição de 1946, e a liberdade de religião, por outro lado, consagrada pelos textos constitucionais de 1789, 1946 e 1958.” (...) “esta lei não existe, pois nem a lei de 1905 sobre a separação das Igrejas e do Estado, nem o código da educação contém disposições relativas ao porte de sinais religiosos ou políticos nos estabelecimentos de educação”.

A lei sobre o porte dos sinais religiosos, tão esperada, tão discutida, tão questionada, foi adotada pelo Parlamento no dia 15 de março de 2004. Seus três artigos são acompanhados por uma exposição das razões que lembra os princípios da laicidade escolar e seus objetivos.

Neste sentido, a lei proíbe nas escolas públicas “os sinais religiosos ostensíveis, quer dizer, os sinais e trajes cujo porte leva a ser imediatamente reconhecido pelo sua religião”. Os sinais que serão visados são o véu islâmico, qualquer que seja o nome que lhe é dado, a *kippa* ou uma cruz de um tamanho manifestamente excessivo. Ao contrário, sinais discretos (cruzes, estrela de Davi ou mão de Fátima) serão possíveis. Além disso, esta lei, que proíbe o porte de sinais que manifestam ostensivelmente a religião no seio dos estabelecimentos de ensino público, tem uma área de aplicação limitada, pois ela não se aplica às universidades públicas, nem aos estabelecimentos particulares de ensino. No entanto, ela se apli-

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ca na Alsácia e na Lorena¹⁷ apesar do estatuto particular desta religião. A lei não se aplica na Polinésia¹⁸.

Esta intervenção legislativa sobre o porte dos sinais religiosos foi objeto tanto das fortes divergências entre os representantes políticos quanto da opinião pública, gerando um debate sem precedentes. Novos problemas surgem com a volta às aulas e a aplicação da lei proibindo o porte de sinais religiosos, visto que apesar da aparente simplicidade do dispositivo, parece que a implantação desta lei e seus efeitos ainda são desconhecidos. Assim, esta lei coloca igualmente novas interrogações sobre sua aplicação e o debate permanece aberto a cada volta às aulas escolares desde 1989, apesar da adoção desta lei. Como podemos aprender a partir da declaração do Primeiro Ministro J.-P. RAFFARIN, no momento de sua intervenção no final da discussão geral na Assembleia Nacional: “Nós não temos nem o sentimento, nem a pretensão de crer que tudo está resolvido com este texto”, ele acrescentou, visando os partidários de um grande texto sobre a laicidade: “O trabalho vai continuar”.

Conclusão

Diante da ausência de uma oportuna resposta clara e precisa, governos sucessivos se confrontaram com o “caso do véu islâmico”. É por isso que este assunto incomoda as mais altas autoridades do Estado, o Conselho de Estado, o Ministro do Interior, o Ministro da Educação, os responsáveis dos cultos entre outros.¹⁹

Esta problemática assume uma importância particular se considerar que esta França do século XXI é um país democrático e o berço dos direitos do homem. Sendo, portanto, perigoso acusa-la de discriminação de uma comunidade minoritária. A democracia implica, por essência, no reconhecimento da diversidade. Em geral, enquanto esta diversidade se inscreve num mesmo quadro, as dificuldades de coabitação são menores e podem ser mais facilmente resolvidas. Os verdadeiros desafios à democracia estão ligados a conflitos de valores, de leis e de nomes, em particular quando algumas expressões culturais ou religiosas se apresentam como a

¹⁷ Na realidade, a lei não questiona as especificidades dos departamentos de *Alsace - Moselle*, já que nenhuma regra de direito local diz respeito ao porte de sinais religiosos na escola. Consequentemente, o artigo L 481-1 do código da educação nacional, segundo o qual: “As disposições particulares regendo o ensino aplicáveis nos departamentos do *Bas-Rhin*, do *Haut-Rhin* e da *Moselle* continuam em vigor”.

¹⁸ Com efeito, em virtude do estatuto de autonomia desta coletividade, os estabelecimentos escolares dependem da competência das autoridades territoriais.

¹⁹ DE BEZE, M.-O. « Pour une loi sur le « voile » ». In: *Revue Administrative*. n° 337, 2003, p. 37.

imagem de um passado que se procura combater ou pela recusa a diversidade. Mas, verifica-se, hoje, o crescimento de correntes fundamentalistas religiosas de todo o tipo frente às quais os democratas devem reafirmar claramente certo número de princípios.

No entanto, as reações a respeito da intervenção legislativa sobre o porte de sinais religiosos não são, evidentemente, harmônicas, pois o assunto não foi completamente resolvido. A atual importância do debate sobre a laicidade ultrapassa as fronteiras da França. Apesar de uma tendência de reorganização do cenário internacional em blocos regionais, a grande maioria dos Estados da União Europeia não proíbe que as jovens utilizem o véu nas escolas. Por outro lado, o cenário moderno é caracterizado pela troca intensiva entre os diferentes países, de tal forma que nenhum fenômeno pode ser considerado como sendo um epifenômeno e, portanto, sem nenhuma repercussão.

Além disso, os últimos anos foram marcados pela expansão mundial do Islã e, é claro, do processo de integração que o acompanha. O fanatismo religioso pode fabricar atos inadmissíveis contra o Estado Republicano, como o assassinato e o sequestro de reféns inocentes, como vimos no dia 11 de setembro de 2001, o sequestro dos repórteres franceses por islamitas fanáticos, ou os assassinatos do embaixador dos Estados Unidos na Líbia, J. Christopher Stevens, e de três funcionários americanos em nome do Islã. Consequentemente, o Estado Republicano tem o dever de reagir frente a esta intrusão do religioso justificando-se através de um perigoso silogismo, o integrismo islâmico à comunidade muçulmana, fortalecendo a diabolização do islã.

De modo a enriquecer o debate pode-se apresentar o exemplo do Brasil que apesar de não encontrar problemas relacionados ao uso do véu nas escolas, deve lidar com a intolerância social principalmente em relação às religiões afro-brasileiras que tem sido as principais vítimas. O Brasil possui um Programa Nacional dos Direitos Humanos, que em sua proposta 113 enuncia a previsão de “Incentivar o diálogo entre movimentos religiosos sob o prisma da construção de uma sociedade pluralista com base no reconhecimento e no respeito às diferenças de crença e culto.”

Atualmente, no Brasil, a intolerância religiosa não produz guerras, nem matanças, mas isso não quer dizer que atos discriminatórios e preconceituosos não permeiam nossa sociedade. Em relação às escolas, o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prevista no texto da Constituição de 1988, determina que a educação religiosa nas escolas públicas assegure “o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo”. Ou seja: a liberdade religiosa dos alunos deve ser respeitada, sendo proibido tentar convertê-lo

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

para esta ou aquela religião. Além disso, o Código Penal Brasileiro considera crime (punível com multa e até detenção) zombar publicamente de alguém por motivo de crença religiosa, impedir ou perturbar cerimônia ou culto, e ofender publicamente imagens e outros objetos de culto religioso.

Situações análogas à proibição do véu nas escolas foram vivenciadas pelos franceses como a interdição do uso da burca nos espaços públicos e a do “burkini” nas praias e balneários franceses. Em relação a proibição do uso da burca e do véu integral em espaços públicos, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu pela validade da lei francesa estabelecida em 2010. O governo francês argumentou que a lei não visaria especificamente a população muçulmana, tendo sido criada por questões de segurança e valendo inclusive para o uso de capacete. A Corte considerou que a lei promove a harmonia entre uma população diversificada e não é contrária a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Já no recente caso da proibição do “burkini”, diversos prefeitos franceses tomaram a decisão de proibir o traje de banho muçulmano, recebendo inclusive o apoio do primeiro-ministro Manuel Valls, mas não é um tema unânime na França. Para os defensores da proibição, o uso do “burkini” não estaria de acordo com os valores defendidos pela França. Esta ainda é uma temática que deve ser acompanhada, sendo que países vizinhos, como a Itália já se manifestaram contra tal proibição considerando-a inclusive perigosa pelo fato de poder ser compreendida como uma provocação capaz de suscitar ataques.

Enfim, o objetivo dos Estados deve ser o de aplicar em suas realidades locais os direitos defendidos pela Organização das Nações Unidas que, preocupada com os constantes conflitos religiosos no mundo, proclamou, em 1981, a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas em religião ou crença. Logo em seu primeiro artigo a declaração enuncia que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer crença de sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto em público quanto em particular”.

Neste sentido e pela análise apresentada depreende-se que o caso do porte do véu é um sinal de uma evolução do fenômeno religioso na sociedade e na República francesa, mas também de uma mudança nos relacionamentos no cenário internacional, demonstrando o quanto é árdua a tarefa de integrar pessoas, culturas e religiões em um Estado democrático de direito que está inserido em um mundo cada vez mais globalizado.

Referências

BARBIER, Maurice. Esquisse d'une théorie de la laïcité. *Le débat*, novembre – décembre, 1993.

CALENDRE, Olivier. *République et laïcité*. Mémoire de DEA Droit public fondamental soutenu à la faculté de droit de Grenoble, 1995.

DE BEZE, M.-O. Pour une loi sur le « voile ». *Revue Administrative*, n. 337, p. 37, 2003.

GUILLENCHMIDT, Michel. Le port de signe religieux distinctif. *Cahiers Sociaux du Bureau de Paris*, spécial juillet - août 2003.

LIGUE DES DROITS DE L'HOMME. *L'état des droits de l'homme en France*. Paris: Editions La Découverte, 2004.

RIVERO, Jean. La notion juridique de laïcité. *Dalloz*, Chronique n. 33, 1949.

STASI, Bernard (presidida por). *Laïcité et République*. Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. Paris: La Documentation française, 2003.

INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: liberdades em risco e laicidade em crise?

Celso Gabatz*

Sumário: Introdução. 1 A contribuição da religião para o debate público na atualidade. 2 A laicização do Estado brasileiro e a pluralidade religiosa. 3 Intolerância: continuidades, descontinuidades e rupturas. Conclusão. Referências.

Introdução

A sociedade contemporânea vem se caracterizando pela coexistência de diversos estilos de vida, visões de mundo, crenças e valores que cada indivíduo pode compartilhar, sem estar, contudo, condicionada pelos seus parâmetros. É possível identificar uma religiosidade alicerçada pelos múltiplos parâmetros da secularização nas diferentes esferas sociais. Com o acentuado processo de racionalização e secularização ocorreu uma quebra do monopólio institucional da religião. Esta, como outras esferas sociais acaba sendo forçada a demonstrar sua legitimidade em relação aos outros sistemas constituídos.

O caráter laico do Estado, que lhe permite separar-se e distinguir-se das religiões, oferece à esfera pública e à ordem social a possibilidade de convivência da diversidade e da pluralidade humana. Permite, também, a cada um dos seus, individualmente, a perspectiva da escolha de ser ou não crente, de associar-se ou não a uma ou outra instituição religiosa. E, decidindo por crer, ou tendo o apelo para tal, é a laicidade do Estado que garante, a cada um, a própria possibilidade da liberdade de escolher em que e como crer, ou simplesmente não crer, enquanto é plenamente cidadão, em busca e no esforço de construção da igualdade.

Tão básico é o direito à liberdade de crença presente no foro íntimo de cada um, que qualquer ameaça, incluindo a que se volta para a própria possibilidade de sua existência, torna-se ameaça à integridade da

* Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo-RS. Mestre em História Regional pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-Graduado em Ciência da Religião (FETREMIS). Graduado em Sociologia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Graduado em Teologia pelas Faculdades EST, São Leopoldo-RS. Graduado em Filosofia pelo Centro Universitário Claretiano (CEUCLAR), Batatais-SP. Bolsista vinculado a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. E-mail: gabatz@uol.com.br

identidade de cada um, de grupos e da própria sociedade. A realidade representada por uma multiplicidade de significados acabará suscitando novas possibilidades de organização das relações sociais, multiplicando e diferenciando novos campos de dominação simbólica e explicitando caminhos nos quais os sujeitos irão consolidar sua(s) identidade(s).

1 A contribuição da religião para o debate público na atualidade

A propalada neutralidade do Estado, enquanto empenho em reduzir a influência social das religiões ou desconhecimento dos valores, inclusive religiosos, presentes no seio da sociedade não passa, na verdade, de um sofisma. Ao excluir estes elementos constitutivos do tecido social, o Estado assume uma posição ideológica, nada neutra, de alcance metafísico, a abolição da perspectiva da transcendência e de absolutização da razão científica.

A exclusão da contribuição do universo religioso no debate público, longe de favorecer soluções objetivas, solidárias ou intrínsecas à dimensão humanizadora, representa, na verdade, uma perda do elemento simbólico, próprio da religião e fundamental para a compreensão integral da realidade humana.

Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural.¹

Não existe razão pura, pairando sobre os condicionamentos históricos. Por sua própria natureza, ela se enraíza no solo moral e religioso das diversas tradições culturais. No afã de suprimi-las ou ignorá-las, ela cai no vazio. A própria afirmação do relativismo moral equivale a uma tomada de posição, que se contrapõe, como a verdade, à valorização da razão e de seus ditames. Esta perda de parâmetros éticos, que ameaça a integridade da pessoa humana e abala os fundamentos da vida social, tem preocupado também nos últimos tempos alguns dos maiores representantes da filosofia política contemporânea como John Rawls² e Jürgen Habermas. Este último resume sua posição da seguinte maneira:

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

² RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000; *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Cidadãos secularizados, na medida em que atuam no seu papel específico de cidadãos do Estado, não deveriam desqualificar por princípio o potencial de verdade das imagens religiosas do mundo, nem contestar o direito dos concidadãos crentes de prestar contribuições em linguagem religiosa às discussões públicas.³

No contexto da sociedade moderna secularizada, a antiga oposição entre poderes temporais e espirituais tornou-se obsoleta. A querela a respeito do conceito de secularização, nos últimos anos, revelou, ao mesmo tempo, sua ambiguidade e seu caráter irrecusável. Não é possível eliminar a dimensão religiosa não só da vida privada, mas também do âmbito público.

As crenças propriamente religiosas são sempre comuns a uma coletividade determinada, que declara aderir a elas e praticar os ritos que lhe são solidários. Tais crenças não são apenas admitidas, a título individual, por todos os membros dessa coletividade, mas são próprias do grupo e fazem a sua unidade. Os indivíduos que compõem essa coletividade sentem-se comum. Uma sociedade cujos membros estão unidos por se representarem da mesma maneira o mundo sagrado e por traduzirem essa representação comum em práticas idênticas, é a isso que chamamos uma igreja.⁴

Com o enfraquecimento no Ocidente das instituições religiosas até então majoritárias, pensou-se que as sociedades poderiam subsistir sem qualquer referência ao transcendente. Ora, a experiência das últimas décadas comprovou que, não só os regimes totalitários se reclamam de um absoluto, mas também as democracias de cunho liberal ou social não dispensam a abertura a algo superior ao próprio jogo político e à constituição do estado de direito.

É certamente possível e existem de fato sociedades democráticas sem referência explícita a Deus. Mas elas não podem manter-se vivas sem um princípio dinâmico de superação, de negatividade ante qualquer realização social que se pretenda definitiva. Trata-se de um ponto de referência de certo modo absoluto, que impede a sociedade de fechar-se sobre si mesma.

De acordo com Niklas Luhmann, o homem social é religioso na sua essência, não podendo nenhuma ordem constitucional, política ou ideológica, ser capaz de retirar a religiosidade da sociedade. Religião e sociedade não se permitiriam distinguir ou separar.

A religião se encontra hoje em uma sociedade cujas estruturas foram substituídas pela diferenciação funcional. Daí não decorre problema algum no

³ HABERMAS, Jürgen. *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates. Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a. Main, 2005, p. 118. [Tradução do autor do texto].

⁴ DURKHEIM, Émile. *As Formas Elementares da Vida Religiosa*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 28.

fato de que também a religião encontra o seu lugar como um sistema funcional entre outros. (...) Isto nos obriga a reconhecer que há, na moderna sociedade mundial, um sistema funcional para a religião que opera em bases mundiais e que se determina como religião, diferenciando-se dos demais sistemas funcionais.⁵

O papel da Religião não consiste apenas em dar estabilidade e coerência ao sistema social, como acontecia nas sociedades tradicionais. Ao remeter ao transcendente, ela introduz um elemento de inquietude e de atenção à alteridade, que se exprime na preocupação pela justiça e solidariedade. Nestas circunstâncias, a separação absoluta entre o religioso e o político mostra-se também ilusória. Os limites de suas competências podem ser estabelecidos com certa precisão em relação aos aspectos estritamente religiosos.⁶

O princípio da liberdade de culto, tendo como contrapartida a exclusão de favores e privilégios concedidos pelo Estado a determinadas confissões religiosas em detrimento de outras não impede, porém, que se entabulem relações de colaboração entre o Estado e as Igrejas em função do bem comum e do reconhecimento dos legítimos interesses dos cidadãos pertencentes aos diversos grupos religiosos. No entanto, a colaboração entre o Estado e as religiões nas condições do mundo atual torna-se importante e também mais delicada e complexa, no terreno ético.⁷

É importante destacar que a contribuição da Religião para o debate público na contemporaneidade necessita reconhecer e abarcar a perspectiva de renovação da própria religiosidade a partir de um conjunto de condições que incluem, de acordo com a prerrogativa elencada por Emerson Giumbelli “a não restrição dos grupos confessionais ao espaço privado, igualdade das associações religiosas perante a lei, garantia de pluralismo confessional e de escolha individual”.⁸

Na abordagem das questões morais não se trata de delimitar a competência do temporal e do espiritual, mas de encará-las como questões de interesse comum a todos, tendo como mediadora do diálogo a razão pública. Cada caso deve ser submetido à discussão nesta perspectiva do bem comum. Ao participar deste debate, a Religião não se apresenta com um poder concor-

⁵ LUHMANN, Niklas. *La Religión de la Sociedad*. Madrid: Trotta, 2007, p. 235-236. [Tradução do autor do texto].

⁶ MARTEL, Leticia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v.9, n.86, ago./set. 2007, p. 11-57.

⁷ OLIVEIRA, Nythamar de. Habemus Habermas: o universalismo ético entre o Naturalismo e a Religião. *Veritas*, Porto Alegre, n. 1, vol. 54, 2009, p. 217-237.

⁸ COSTA, Maria Emília da. Apontamentos sobre a Liberdade Religiosa e a Formação do Estado Laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 114.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

rente ou superior ao temporal. Sua função é constituir uma fonte de inspiração que estimule a abertura do sistema social à transcendência, que, como se viu, é essencial ao próprio bem-estar do regime democrático.⁹

É verdade que a transcendência cristã não se restringe a aspectos formais e a conteúdos vagos, antes abriga as intuições morais mais profundas, que a reflexão filosófica moderna relegou à esfera privada.¹⁰ Não se trata, porém, de fincar pé em afirmações dogmáticas, mas em remeter a razão a um horizonte superior, no qual se perfila o verdadeiro sentido da existência humana e das atitudes e comportamentos que dele decorrem.

2 A laicização do Estado brasileiro e a pluralidade religiosa

A laicidade diz respeito a uma separação entre religião e Estado. O Estado se apresenta como neutro em termos confessionais. As instituições do Estado também são autônomas em relação à religião. Elas não estão submetidas nem submissas aos valores, desejos e interesses religiosos. O Estado deve garantir o mesmo tratamento a todas as confissões religiosas e garantir a liberdade de expressão também aos que não creem. “O Estado é (...) neutro em relação aos grupos, tolerando a todos, e autônomo em seus objetivos”.¹¹

A consagração da liberdade religiosa como um direito civil básico relacionada à liberdade de expressão, no mundo ocidental, é associada à obra de John Locke, para quem o “problema da intolerância” resultava da confusão entre os domínios civil e religioso. Em seu livro *Carta a respeito da tolerância*, de 1689, Locke estabeleceu as bases para o princípio da laicidade do Estado ao indagar “até onde se estende o dever de tolerância, e o que se exige de cada um por este dever”¹², e que “pessoa alguma tem o direito de prejudicar de qualquer maneira a outrem nos seus direitos civis por ser de outra igreja ou religião”.¹³ Deste modo, propôs que a força política do Estado somente deveria intervir no funcionamento ou regulamentar os cultos quando estes se revelassem atentatórios ao direito das pessoas ou ao funcionamento da sociedade.

A constituição de 1988, na esteira das demais constituições republicanas, assegura, em seu artigo 19, I, o princípio da laicidade, ao vedar de forma expressa à União, aos Estados e aos Municípios:

⁹ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

¹⁰ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e Modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996.

¹¹ BERGER, 2004, p. 119.

¹² LOCKE, John. *Carta a Respeito da Tolerância*. São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 17.

¹³ LOCKE, 1964, p. 18.

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.¹⁴

A dificuldade de interpretação neste dispositivo refere-se ao fato de que a clareza para determinar o que ele proíbe praticamente inexistente. Esta questão é agravada pela indevida associação entre a laicidade estatal e a menção a “Deus” no preâmbulo constitucional.

É importante salientar que a doutrina constitucionalista brasileira não oferece uma orientação segura a respeito da liberdade religiosa. Em geral, a análise reveste-se de um caráter formalista, limitado pela apresentação genérica de uma ideia sem ressaltar a importância do direito em destaque.¹⁵

De acordo com Jónatas Machado¹⁶ a liberdade religiosa situa-se no discurso jurídico-constitucional tendo como premissa e valor de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos, procurando apresentar um conceito de religião e de liberdade religiosa dotado de um grau de inclusão compatível com aquele valor que afaste dos domínios das opções de fé e da vivência religiosa qualquer forma de coerção e discriminação jurídica ou social.

O exercício da liberdade religiosa individual e coletiva supõe a proteção do exercício da liberdade de associação religiosa em sentido amplo, incluindo a constituição de pessoas coletivas de natureza e finalidade religiosa dotadas dos necessários direitos de auto definição doutrinal e autodeterminação moral e autogoverno institucional [...]. O Estado tem que ser garantidor de igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos e grupos de cidadãos, religiosos ou não.¹⁷

Discutir a laicidade do Estado no Brasil passa por alguns assuntos como a questão da presença dos símbolos religiosos nos espaços públicos, a presença do ensino religioso nas escolas públicas e a influência política de alguns grupos religiosos nas instâncias deliberativas de poder.

A participação de religiosos na política, com destaque para os evangélicos pentecostais e neopentecostais, mudou e aumentou muito nos últimos

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de Julho 2015.

¹⁵ LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e Religião*. A liberdade Religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 299-301.

¹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁷ MACHADO, 2013, p. 146.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

anos. A chamada Frente Parlamentar Evangélica (FPE) vem se notabilizando pela forte tomada de posição em relação a temas relevantes na agenda pública nacional. Talvez não seja possível falar na formação de um projeto político comum mantido por seus integrantes, mas é inegável a sua organização e ingerência política, entre outras questões:

1. Pela capacidade que os atores políticos a ela vinculados têm de recolocar/reorientar temas que estão em curso no Congresso Nacional;
2. Pela capacidade de amplificarem seus argumentos e os difundirem no meio religioso e para fora dele obtendo, em ambos, muitas adesões;
3. Pela capacidade de pautarem a agenda pública através da mídia e da articulação com ministérios e secretarias de governo;
4. Pela capacidade de articulação das lideranças que compõem a FPE – o que não significa [...] adesão de todos os integrantes da Frente, mas sim que essas são reconhecidas como tal para dentro e para fora da FPE, impulsionando a tomada de posição de diferentes atores.¹⁸

Elsa Galdino¹⁹ afirma que o Brasil estabeleceu uma concepção hierárquica e desigual a respeito da construção de um espaço público laico que permitiu a constituição de uma arena pública, na qual as regras de acesso aos bens disponibilizados pelo Estado não são gerenciadas de forma universalista e igualitária para todos os credos. Tal situação gerou uma espécie de dissonância entre as regras impessoais e universais impostas pela esfera pública e os princípios hierárquicos, desiguais e personalistas presentes na esfera e no espaço público brasileiro.

A inexistência de um princípio universalista e de tratamento igual e uniforme que abrangesse todos os sistemas religiosos inviabilizou o pleno reconhecimento dos direitos de certas matrizes religiosas, promovendo o acesso particularizado e desigual de determinadas religiões ao espaço público brasileiro, como se um sistema religioso fosse mais legítimo que o outro.²⁰

¹⁸ CUNHA, Christina Vital da; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013, p. 178.

¹⁹ GALDINO, Elza. *Estado sem Deus. A Obrigação da Laicidade na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²⁰ LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Diversos estudos como, por exemplo, Montero e Almeida;²¹ Steil;²² Matos;²³ descortinam situações de intolerância em que as religiões, sobretudo aquelas ligadas ao contexto afro descendente, foram perseguidas de forma mais incisiva. Terreiros de candomblé, umbanda, macumba, rodas de tambores, benzeduras e curandeirismo eram atacados inclusive sob a acusação de charlatanismo, taxados como um problema de saúde pública e, por conseguinte, criminalizadas.

De acordo com Ronaldo de Almeida e Paula Montero:

A relação do Estado com as outras religiões pautou-se, portanto, por um padrão legal que respondia às relações históricas entre a Igreja Católica e o Estado. Estabeleceu-se um modelo legítimo de reconhecimento da religião pautado no cristianismo que foi incapaz de reconhecer nestas formas religiosas confissões a serem respeitadas.²⁴

Ao longo da história do Brasil, a organização de uma religiosidade concebida com base em comunidades populares e leigas não esteve coadunada com a visão preponderante de uma Igreja como grande instituição, modelo que historicamente dera à Igreja Católica um papel importante no processo de conquista e colonização da América.

Para avaliar as transformações ocorridas recentemente no campo religioso, Carlos Steil considera que a reconfiguração do fenômeno religioso na contemporaneidade, deve-se em grande medida como parte de um movimento histórico da Igreja e da comunidade em direção à *mística*. A mística apontaria para formações extremamente variáveis, rápidas, congregando muitos, mas de forma instável, caracterizando-se por seus aspectos entusiastas e vibrantes em torno de uma figura carismática ou de um santo.²⁵

A tensão entre a modernidade e religiosidade imprimiu a marca da individualidade do fenômeno religioso e, sem dúvida, da lógica do mercado. Mapeando as diversas coletividades que entabulam as novas formas de vivência do sagrado, a espiritualidade passa a ser compreendida no nível pessoal

²¹ MONTERO, P. & ALMEIDA, R. "O campo religioso brasileiro no limiar do século: problemas e perspectivas" In: RATTNER, H. (org.). *Brasil no limiar do século XXI*. São Paulo, Edusp, 2000.

²² STEIL, Carlos Alberto. Pluralismo, Modernidade e Tradição: Transformações no Campo Religioso. *Ciencias Sociales Y Religión*, Porto Alegre, año 3, n. 3, out. 2001, p. 115-129.

²³ MATOS, Henrique Cristiano José. *Introdução à história da igreja*. Belo Horizonte: O Lutador, 1997.

²⁴ MONTERO, P. & ALMEIDA, R, 2000, p. 328.

²⁵ STEIL, Carlos Alberto. "Da comunidade à mística". In: PEREZ, Léa Freitas; QUEIROZ, Rubem Caixeta de & VARGAS, Eduardo Viana (Orgs.). *Teoria e Sociedade* (Revista dos Departamentos de Ciência Política e de Sociologia e Antropologia – UFMG), Belo Horizonte, número especial: Passagem de milênio e pluralismo religioso na sociedade brasileira. 2003, p. 148.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

através da ênfase na busca do conhecimento, aperfeiçoamento e realização. Portanto, o indivíduo insere-se num processo de *bricolagens*.²⁶

Ainda que com a proclamação da República tenha sido proposta uma agenda que propunha a distinção entre as esferas civis e religiosas, numa separação entre Estado e Igreja, a liberdade e a tolerância religiosa como valores fundadores, a mesma não deixou de estar impregnada das discussões religiosas, preocupando-se durante muito tempo em regular os direitos e os espaços das religiões. Apesar do movimento de laicização do Estado brasileiro, “em nenhum momento ou lugar, as religiões deixaram de ser uma ‘questão de Estado’”.²⁷

É relevante destacar que a contemporaneidade tem sido marcada pela perda de credibilidade dos grandes sistemas religiosos, permitindo a fragmentação e a quebra de sua homogeneidade. Múltiplas são as possibilidades de expressão sem seguir os contornos demarcados pela instituição. Forja-se um horizonte de vastas possibilidades onde, de acordo com Paulo Barreira Rivera:

Nas sociedades contemporâneas não há mais campo religioso estável, e os compromissos de longa duração deixaram de ser norma. Diversos tipos de opções religiosas e múltiplos produtos religiosos são oferecidos dia a dia nos templos e nos meios de comunicação. Religião exclusiva é coisa do passado. O sagrado apresenta-se multiforme, pouco hegemônico e, sobretudo, em constante movimento.²⁸

Uma das questões pertinentes na discussão em pauta é a partir de quais referências poderia ser possível compreender com maior clareza as profundas mudanças ocorridas no campo religioso brasileiro? De igual forma, qual o sentido das repercussões nos usos e as apropriações do espaço público por uma religiosidade historicamente consolidada? Qual o papel ocupado pela religião em meio às transformações da sociedade moderna?

3 Intolerância: continuidades, descontinuidades e rupturas

Gilberto Freyre teria sido o criador do conceito de 'democracia racial' que, entretanto, explicaria o principal impedimento da construção de uma consciência racial por parte dos negros em território brasileiro.²⁹ Darcy Ribeiro

²⁶ HERVIEU-LÉGER, 2008, p. 37-81.

²⁷ MONTERO, P. & ALMEIDA, R, 2000, p. 326.

²⁸ RIVERA, Dario Paulo Barrera. Fragmentação do sagrado e crise das tradições na pós-modernidade. In: TRASFERETTI, José (Org.). *Teologia na Pós-modernidade*. São Paulo: Paulinas, 2003, p. 438.

²⁹ FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

debruçou-se sobre a formação do povo brasileiro. Sustentou que a definição para esta questão não era a demarcação territorial, mas um conjunto de características fundamentadas na miscigenação enquanto fruto de um processo violento que gerava uma necessidade de afirmação da identidade de forma contínua.³⁰ Florestan Fernandes, por sua vez, reiterou que “o brasileiro teria preconceito de ter preconceitos”.³¹

A chamada “democracia racial” brasileira há muito foi desconstruída, ao menos no plano teórico, não obstante ainda permanecer no imaginário a ideia de que o Brasil não é um país racista, a despeito de inúmeros estudos como, por exemplo, de Octávio Ianni;³² Ronaldo Vainfas;³³ Roberto DaMatta,³⁴ dizerem o contrário. A ideia de uma “democracia de tolerância religiosa” é também uma quimera largamente difundida no pensamento comum, como se o fato de não ter havido conflitos bélicos com pretensões religiosas recentes, significasse, por si só, um ambiente de entendimento, cordialidade e tolerância.

O objetivo da tolerância é a coexistência pacífica entre diferentes formas de manifestação e expressão religiosa. A partilha harmoniosa entre tradições sem qualquer tipo de interferência, restrição, desrespeito ou violência. Tolerância é o exercício da plena liberdade sem agressões, imposições ou preconceitos. Para Humberto Giannini:

Só pode ser tolerante, no sentido estrito, aquele que se comporta enquanto organismo e sistema. Se estiver disposto interiormente a acolher o estranho, o novo que o solicita, sem perder a essência de sua unidade e de sua identidade, ele será efetivamente tolerante.³⁵

A tolerância é o alicerce dos direitos humanos, do pluralismo, da democracia e do Estado de Direito. Implica em toda e qualquer rejeição de princípios que estejam alinhados com o dogmatismo e o absolutismo. É com base na tolerância que é possível fortalecer as normas enunciadas nos instrumentos relativos aos direitos humanos.³⁶

O plano nacional de direitos humanos estabelece em suas diretrizes algumas prerrogativas para assegurar a garantia da igualdade na diversidade.

³⁰ RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. A Formação e o Sentido do Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

³¹ FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*: ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Globo, 2006.

³² IANNI, Octávio. *Escravidão e Racismo*. São Paulo: HUCITEC, 1978.

³³ VAINFAS, Ronaldo. *Ideologia e Escravidão*: os letrados e a sociedade escravista no Brasil colonial. Petrópolis: Vozes, 1986.

³⁴ DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

³⁵ GIANNINI, Humberto. *A Tolerância por um Humanismo Herético*. Porto Alegre: L&PM, 1993, p. 17-18.

³⁶ Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - Brasília: SEDH/PR, 2010.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Sublinha o respeito às crenças e a liberdade de culto, bem como a garantia jurídica para assegurar uma laicidade por parte do Estado através de algumas ações programáticas:

- a) Instituir mecanismos que assegurem o livre exercício das diversas práticas religiosas, assegurando a proteção do seu espaço físico e coibindo manifestações de intolerância religiosa.
- b) Promover campanhas de divulgação sobre a diversidade religiosa para disseminar cultura da paz e de respeito às diferentes crenças.
- c) Estabelecer o ensino da diversidade e história das religiões, inclusive as derivadas de matriz africana, na rede pública de ensino, com ênfase no reconhecimento das diferenças culturais, promoção da tolerância e na afirmação da laicidade do Estado.
- d) Realizar relatório sobre pesquisas populacionais relativas a práticas religiosas, que contenha, entre outras, informações sobre número de religiões praticadas, proporção de pessoas distribuídas entre as religiões, proporção de pessoas que já trocaram de religião, número de pessoas religiosas não praticantes e número de pessoas sem religião.³⁷

É importante destacar que a tolerância necessita ser fomentada pelo conhecimento, pela abertura dialogal, pela liberdade de pensamento, de consciência e de crença. Representa a harmonia nas diferenças. Não se consolida apenas enquanto um dever suscitado pelas premissas éticas, mas representa uma necessidade política e jurídica.³⁸

A possibilidade da convivência entre as diferentes religiões através do respeito mútuo em meio às diferenças, incluindo os cidadãos que não professam qualquer confissão religiosa, faz-se através de caminhos que permitam indicar meios para respaldar a paz e a democracia a partir de uma cultura dos direitos humanos. Ainda que seja necessário ampliar esta perspectiva no Brasil, este aspecto parece ser possível tão somente pelo diálogo e pelo estabelecimento de ações conjuntas que proporcionam a garantia de liberdade e o respeito pela diversidade religiosa.³⁹

Em recente entrevista no programa televisivo espaço público o conhecido teólogo, conferencista e escritor Leonardo Boff afirmou:

³⁷ PNDH-3, 2010, p. 122-123.

³⁸ FISCHMANN, Roseli. *Estado Laico*. São Paulo: Memorial da América Latina, 2008.

³⁹ ORTIZ, Renato. Anotações sobre religião e globalização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, p. 59-74, out. 2001.

Hoje quase todas as religiões estão doentes, doentes de fundamentalismo e aí, o atraso. Porque as pessoas ficam rígidas, não dialogam, excluem. A função principal da religião é dar aquela aura que o ser humano precisa para dar um sentido mais profundo à vida.⁴⁰

Segundo levantamento do Disque 100, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, as denúncias de intolerância religiosa cresceram mais de 600% de 2011 a 2012.⁴¹ A ONG Safernet Brasil recebeu de 2006 a 2012, quase 300.000 denúncias anônimas de páginas e perfis em redes sociais com teor de intolerância religiosa, direcionadas, principalmente contra as religiões de matriz africana.⁴²

Os desafios, demandas e possibilidades entabuladas no âmbito do pluralismo religioso na realidade brasileira contemporânea, reforçam a articulação de grupos “tradicionalistas” que embasam as suas ações sublinhadas pelo entendimento de que a modernidade fez emergir a decadência moral, social, cultural e política. Esta decadência estaria diretamente ligada a um “liberalismo teológico” dos movimentos de esquerda, a suposta subversão promovida pelo feminismo, o crescimento da “libertinagem sexual”, a ameaça das fações políticas de esquerda, o afrouxamento do papel das autoridades, das leis, punição aos infratores e o aumento da criminalidade.

À intolerância religiosa soma-se a intolerância política, cultural, étnica e sexual. A inquisição está presente no cotidiano dos indivíduos: no âmbito do espaço doméstico, nos locais do trabalho, nos espaços públicos e privados. Ela assume formas sutis de violência simbólica e manifestações extremadas de ódio, envolvendo todas as esferas das relações humanas. A intolerância é, portanto, uma das formas de opressão de indivíduos em geral fragilizados por sua condição econômica, cultural, étnica, sexual e até mesmo por fatores etários. Muitas vezes nos surpreendemos ao descobrir a nossa própria intolerância. A construção de uma sociedade fundada em valores que fortaleçam a tolerância mútua exige o estudo das formas de intolerância e das suas manifestações concretas, aliado à denúncia e combate a todos os tipos de intolerância. Por outro lado, a tolerância pressupõe a intransigência diante das formas de intolerância e fundamenta-se numa concepção que não restringe o

⁴⁰ BOFF, Leonardo. <http://jornalobservatorio.com.br/2015/04/28/leonardo-boff-participa-do-programa-espaco-publico>. Acesso em 30 de Julho 2015.

⁴¹ Intolerância Religiosa. <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/04/16/intolerancia-religiosa-e-crime-de-odio-e-fere-a-dignidade>. Acesso em 02 de Agosto 2015.

⁴² Intolerância Religiosa. <http://www.safernet.org.br/site/noticias/intoler%C3%A2ncia-religiosa-%C3%A9-crime-%C3%B3dio-fere-dignidade>. Acesso em 29 de Julho 2015.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

problema da tolerância e intolerância ao âmbito do indivíduo; esta é também uma questão social, econômica, política e de classe.⁴³

As identidades conservadoras articulam-se no lastro de algumas premissas de restauração de um movimento mítico original, quer seja, a “cristandade”, a “sociedade”, as “comunidades autênticas” ou a “igreja fiel ou heroica”.⁴⁴ Também faz alusão à emergência de ditaduras totalitárias que levariam à perseguição e martírio dos cristãos, dos “homens e mulheres de bem”. Daqueles e daquelas que “sentem-se chamados” a defender a “verdadeira família”.⁴⁵ Uma defesa intransigente com rescaldos de belicosidade.

Conclusão

A reflexão acerca do direito à liberdade religiosa e, por consequência, o respeito à pluralidade religiosa que essa liberdade enseja comprova que, apesar do reconhecimento da liberdade religiosa como um direito humano e constitucional, sua concretização continua sendo um desafio que merece a atenção do Estado, das Igrejas, Lideranças, Instituições e de todas as pessoas que pretendem a garantia efetiva de uma convivência pacífica, harmoniosa e alicerçada nos princípios elementares dos direitos humanos.

Os usos e abusos praticados sugerem que o Estado necessita preservar e reforçar o seu papel arbitral através do cuidado e da garantia da liberdade religiosa. Ao Estado laico não cabe discriminar por motivos religiosos, tampouco negar a existência de Deus ou relegar essa questão à liberdade de consciência de cada cidadão. Numa democracia compete ao Estado assegurar que cada cidadão possa viver segundo a sua crença, sem ameaças, perseguições, represálias ou negligências em virtude do seu pertencimento religioso. A laicidade supõe que a convivência é legitimada pela soberania popular e democrática e não mais tutelada por determinadas instituições religiosas.

O Estado laico deve garantir o estabelecimento de regras de convivência, sempre assegurando o respeito à diversidade religiosa. A liberdade de escolha, adesão ou pertencimento coloca-se como garantia fundamental dos indivíduos na sociedade brasileira contemporânea. Não existe base administrativa, legislativa e jurídica para que o Estado almeje a tutela de convicções religiosas individuais e que não contradizem os princípios elementares da paz, do respeito e da fraternidade.

⁴³ SILVA, Antônio Ozai da. da. Reflexões sobre a intolerância. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/>. Acesso em 10 de Julho de 2015.

⁴⁴ BEATY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2014.

⁴⁵ MALAFAIA, Silas. *Minhas Experiências de Vida*. Rio de Janeiro: Editora Central Gospel, 2012.

Referências

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. *Religião e Modernidade em Habermas*. São Paulo: Loyola, 1996.

BEATY, David M. *A Essência do Estado de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BERGER, Peter. *O dossel sagrado*. Elementos para uma teoria sociológica da religião. São Paulo: Paulus, 2004.

BOFF, Leonardo. *Leonardo Boff Participa do Programa Espaço Público*. Disponível em: <<http://jornalobservatorio.com.br/2015/04/28/leonardo-boff-participa-do-programa-espaco-publico/>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2015.

COSTA, Maria Emília da. Apontamentos sobre a Liberdade Religiosa e a Formação do Estado Laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CUNHA, Christina Vital da; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. São Paulo: Paulinas, 1996.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. São Paulo: Globo, 2006.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

FISCHMANN, Roseli. *Estado Laico*. São Paulo: Memorial da América Latina, 2008.

FERRETTI, Sergio F. *Repensando o Sincretismo*. São Paulo: EDUSP, 1996.

GALDINO, Elza. *Estado sem Deus*. A Obrigação da Laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIANNINI, Humberto. *A Tolerância por um Humanismo Herético*. Porto Alegre: L&PM, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates. Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*. Frankfurt a. Main: [s.e], 2005.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

HERVIEU-LÉGER, Daniele. *O peregrino e o convertido* – a religião em movimento. Petrópolis: Vozes, 2008.

IANNI, Octávio. *Escravidão e Racismo*. São Paulo: HUCITEC, 1978.

INTOLERÂNCIA Religiosa. Disponível em:
<<http://www.safernet.org.br/site/noticias/intoler%C3%A2ncia-religiosa-%C3%A9-crime-%C3%B3dio-fere-dignidade>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

INTOLERÂNCIA Religiosa. Disponível em:
<<http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2013/04/16/intolerancia-religiosa-e-crime-de-odio-e-fere-a-dignidade>>. Acesso em 29 de julho 2015.

LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e Religião*. A Liberdade Religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.

LOCKE, John. *Carta a Respeito da Tolerância*. São Paulo: Ibrasa, 1964.

LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La Religión de la Sociedad*. Madrid: Trotta, 2007.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

MALAFIA, Silas. *Minhas Experiências de Vida*. Rio de Janeiro: Editora Central Gospel, 2012.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. “Laico, mas nem tanto”: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 86, p. 11-57, ago./set. 2007.

MATOS, Henrique Cristiano José. *Introdução à história da igreja*. Belo Horizonte: O Lutador, 1997.

MONTERO, P. & ALMEIDA, R. O campo religioso brasileiro no limiar do século: problemas e perspectivas. In: RATTNER, H. (org.). *Brasil no limiar do século XXI*. São Paulo: Edusp, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Nythamar de. Habemus Habermas: o universalismo ético entre o Naturalismo e a Religião. *Veritas*, Porto Alegre, n. 1, vol. 54, p. 217-237, 2009.

ORTIZ, Renato. Anotações sobre religião e globalização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, n. 47, p. 59-74, out. 2001.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

PROGRAMA Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República - Brasília: SEDH/PR, 2010.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. A Formação e o Sentido do Brasil. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

RIVERA, Dario Paulo Barrera. *Fragmentação do sagrado e crise das tradições na pós-modernidade*. In: TRASFERETTI, José (Org.). *Teologia na Pós-modernidade*. São Paulo, Paulinas, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, Antônio Ozaí da. Reflexões sobre a intolerância. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

STEIL, Carlos Alberto. “Da comunidade à mística”. In: PEREZ, Léa Freitas; QUEIROZ, Rubem Caixeta de & VARGAS, Eduardo Viana (Orgs.). *Teoria e Sociedade* (Revista dos Departamentos de Ciência Política e de Sociologia e Antropologia – UFMG), Belo Horizonte, número especial: Passagem de milênio e pluralismo religioso na sociedade brasileira, 2003.

STEIL, Carlos Alberto. Pluralismo, Modernidade e Tradição: Transformações no Campo Religioso. *Ciencias Sociales Y Religión*, Porto Alegre, año 3, n. 3, p. 115-129, out. 2001.

VAINFAS, Ronaldo. *Ideologia e Escravidão: os letrados e a sociedade escravista no Brasil colonial*. Petrópolis: Vozes, 1986.

COMBATE AO RACISMO A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL

Aline Andrighetto*

*“Não há no mundo um pobre coitado
linchado, um pobre homem torturado, em
quem eu não seja assassinado e humilhado”.*
(Aimé Césaire, *Et les chiens se taisaient*)

Sumário: Introdução. 1 Colonialismo e suas ideologias. 2 Racismo e violência. 3 A busca por Interculturalidade. Conclusão. Referências.

Introdução

A influência da matriz histórica e cultural que a população africana e os seus descendentes possuem sobre a formação e desenvolvimento da sociedade brasileira é inquestionável, pois marca de forma indelével a identidade do país, e ainda pontua a importância do continente africano na história cultural mundial, sob o contexto de protagonizar colonização e opressão da Europa sobre povos Africanos e latino-americanos.

Com o início das navegações a África foi apenas um ponto de apoio, de passagem, pois o grande intuito foi o comércio direto de especiarias com a Ásia. O projeto de escravos marchando do interior de Angola para o litoral conduzindo para um porto da África Oriental foi fundamental na segunda metade do século XIX, quando o tráfico já era proibido no Atlântico. O intuito era a exploração das Américas que levou à montagem da grande empresa tráfico de escravos com a África o que se prolongou por três séculos numa troca de pessoas como mercadorias (CONCEIÇÃO, 2006).

Concepções filosóficas e antropológicas salientam a ideia de ser humano próprio da ideia Ocidental e com isso cabe mencionar que a construção do sujeito racional permitiu a exploração de seres humanos a partir de contextos históricos e que na atualidade representam grupos vulnerabilizados no contexto de sociedades culturalmente plurais (BRAGATO).

O objeto de estudo deste artigo é destacar de que maneira o colonialismo e suas práticas motivaram a ocupação da África e o tráfico de pessoas para a América com o intuito de opressão e escravidão contribu-

* Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos.

indo para situações de violência nas sociedades latino-americanas, especialmente a brasileira. Ainda, verificar de que modo os estudos descoloniais podem auxiliar na compreensão de ideais de igualdade e liberdade frente a práticas discriminatórias no sentido de pensar uma sociedade culturalmente harmônica.

O método de pesquisa empregado é o bibliográfico fundamentado em referências específicas sobre o tema.

1 Colonialismo e suas ideologias

Torna-se imperioso pensar a proteção cultural local, nas suas mais variadas formas, bem como é importante trazer à tona ao debate ações que possibilitem à produção e distribuição de conteúdos capazes de reduzir as contradições referentes às identidades culturais de cada país. Compreende-se por identidade cultural a soma de significados responsáveis por estruturar a vida de um indivíduo ou de um povo, fazendo necessário o entendimento de que a identidade cultural não é apenas mais uma, mas sim é plural e advém de valores e características históricas que fazem parte dos mais variados grupos sociais.

O projeto Modernidade/Colonialidade, como movimento epistemológico objetiva repensar e ressignificar o conhecimento latino-americano na América Latina, a partir da discussão de uma geopolítica do ser, do saber e do poder. O pensamento descolonial, utilizado inicialmente por Walter Dignolo, contribui para questionar a validade de um único conhecimento e aponta novos rumos acerca da discussão de identidades plurais. As discussões sobre a globalização, no cenário mundial e na América Latina, e suas novas identidades culturais são alvo de debates e estudos coloniais, contribuindo para se repensar tal identidade de maneira a propiciar que as sociedades sejam reconhecidas como plurais e democráticas, onde prevaleça o respeito por todo e qualquer grupo social.

A colonização da América inaugurou um novo espaço-tempo que possibilitou, pela primeira vez na história, a articulação de um padrão de poder de amplitude global. Wallerstein menciona que a chegada à América ocasionou milhares de mortes em nome de uma missão civilizadora no mundo global. O universalismo europeu promovido por líderes e intelectuais pan-europeus na tentativa de defender os interesses do estrato dominante do sistema-mundo moderno tornou-se luta entre o universalismo europeu e o universalismo universal, definindo-se como uma luta ideológica central no mundo contemporâneo (2007).

A história deste sistema-mundo moderno envolveu igualmente um constante debate intelectual sobre a moralidade do sistema, de modo

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

que um dos primeiros e mais interessantes debates ocorreu muito cedo, no século XVI, dentro do contexto da dominação espanhola sobre as Américas, este debate ocorreu entre Bartolomé de Las Casas e Sepúlveda. “Las Casas acreditava que a guerra não era um meio de preparar as almas para suprimir a idolatria” (2007, p. 40). Não haveria motivo para a opressão e dominação dos povos nativos da América, além dos critérios do universalismo europeu os quais derivam do contexto europeu da ambição a valores universais globais. “Isso justifica, ao mesmo tempo, a defesa dos direitos humanos dos chamados inocentes e a exploração material a que os fortes se consagram” (2007, p. 60).

Para Gilroy:

É necessário construir uma explicação sobre o que essas iniciativas inglesas tomaram de empréstimo de tradições europeias mais amplas e modernas de pensar a cultura, e a cada etapa examinar o lugar que essas perspectivas culturais destinam para as imagens de seus outros racializados como objetos de conhecimento, poder e crítica cultural. (2012, p. 40)

Noções reducionistas de cultura que formam a substância da política racial estão associadas a um discurso antigo de diferença racial e étnica, que em toda parte está inclusa na história de ideia de cultura no Ocidente moderno. A história passou a ser contestada mediante os debates sobre multiculturalismo, pluralismo cultural, e suas respostas passam a investigar os particularismos europeus ainda estão sendo tratados em padrões absolutos para a realização, normas e aspirações humanas.

Importante compreender que restrições não puderam ser aplicadas aos poderosos da época e desde então, a busca por uma correção moral para as heranças deixadas tem sido assídua. Verificar as origens dos sinais raciais a partir dos quais se construiu o discurso do valor cultural e suas condições de existência em relação à estética e a filosofia europeias, bem como à ciência europeia, pode contribuir muito para uma leitura etno-histórica das aspirações da modernidade ocidental para a crítica do Iluminismo, que é o caso das ideias sobre raça, etnia e nacionalidade.

O conceito colonialidade¹ é utilizado por Anibal Quijano a partir das reflexões da teoria da dependência que lhe permitiram observar que

¹ Para Ramón Grosfoguel dizer colonialidade não é o mesmo que dizer colonialismo. Não se trata de uma forma decorrente nem antecedente da modernidade. Colonialidade e modernidade constituem duas faces de uma mesma moeda. Da mesma maneira que a revolução industrial europeia foi possível graças às formas coercitivas de trabalho na periferia, as novas identidades, direitos, leis e instituições da modernidade, de que são exemplo os Estados-

as relações de dependência entre centro e periferia não se limitavam apenas ao âmbito econômico e político, mas se reproduziam também na construção do conhecimento.

Desde o período dos descobrimentos havia a inferiorização através de critérios de raça, pois houve uma estruturação em uma matriz de controle do trabalho arquitetada em torno do capital e da relação do capital com o mercado mundial (QUIJANO, 2005). Nessa concepção, a criação da ideia de raça foi um dos instrumentos utilizados para expressar as diferenças entre colonizador e colonizado, de um modo a naturalizar a imagem de superioridade do europeu sobre os demais povos do globo, o que resultou na posição privilegiada da Europa durante o advento e desenvolvimento do projeto moderno/capitalista (QUIJANO, 2005).

O colonialismo, além de subjugação política e econômica, exerce igualmente uma dominação cultural eurocêntrica. Ele pressupõe a crença numa só cultura, cuja validade e ápice encontram-se na civilização europeia ocidental. A expansão da Europa, com a ocupação da África e América, isso, fez-se acompanhar de uma re-elaboração teórica das ciências.

A percepção sobre as identidades humanas desencadeada pelo contato entre o ego moderno (colonizador) e o não ego (colonizado) foi associada às posições sociais estabelecidas no período colonial, em uma forma de naturalizar as relações de superioridade e inferioridade e constituir o padrão de poder da colonialidade, conforme coloca Dussel. Para o autor, ao analisar o contato entre o colonizador e o colonizado, o outro é tratado como objeto passível de ser “conquistados, colonizados, modernizados e civilizados” (1993). Desse relacionamento de dominação, a cor da pele emergiu como o principal aspecto utilizado para diferenciar seres humanos, neste sentido, raça e racismo são o instrumento central para a materialização do colonialismo e de sua lógica específica, a colonialidade.

O conceito de colonialidade refere-se a um padrão de poder que surgiu como o resultado do colonialismo e que possibilitou a construção da modernidade, pontuando a continuidade histórica entre as relações coloniais de poder (BRAGATO, 2014), que se desvelam em três categorias principais²: a colonialidade do poder, que se refere ao padrão de domina-

ção, a cidadania e a democracia, formaram-se durante um processo de interação colonial, e também de dominação/exploração, com povos não-ocidentais (2010, p. 415).

² O conceito de colonialidade do ser surgiu no decurso de conversas tidas por um grupo de acadêmicos da América Latina e dos Estados Unidos, acerca da relação entre a modernidade e a experiência colonial. Ao inventar este termo, seguiram as passadas de estudiosos como Enrique Dussel e o sociólogo Peruano Anibal Quijano, que propuseram uma explicação da modernidade e uma concepção de poder intrinsecamente ligadas à experiência colonial. Ainda, segundo Mignolo a colonialidade do poder abre uma porta analítica e crítica que revela o lado mais obscuro da modernidade e o fato de nunca ter existido, nem poder vir a existir,

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ção de seres humanos através da sua posição na escala global de divisão de trabalho; a colonidade do saber, que atua em um plano epistemológico, como uma espécie de “colonização do conhecimento”; e a colonialidade do ser, que expressa o lado prático da colonialidade e a sua atuação sobre os sujeitos afetados pela lógica colonial.

Essa lógica estabelecida pelo colonizador europeu foi essencial para que a Europa atingisse posição central na nova organização do mundo que surgira na modernidade. Através da colonialidade, a centralidade do domínio europeu extrapolou a esfera econômica, pois, com o processo de colonização, ocorreu uma “re-identificação” histórica no sentido de atribuir novas identidades a todos os povos do globo, incorporado-os ao sistema-mundo moderno (QUIJANO, 2005). O domínio europeu, dessa forma, atua especificamente sobre a subjetividade dos sujeitos. Conforme o autor:

En efecto, todas las experiencias, historias, recursos y productos culturales, terminaron también articulados em un solo orden cultural global en torno de la hegemonia europea u occidental. Em otros términos, como parte del nuevo patrón de poder mundial, Europa también concentró bajo su hegemonia el control de todas las formas de control de la subjetividad, de la cultura, y en especial del conocimiento, de la producción del conocimiento³.

As categorias da colonialidade, que atuam sobre a subjetividade dos seres humanos envolvidos nessa relação de poder, tornam-se visíveis através do conceito de “colonialidade do ser”, que se conecta diretamente com as práticas racistas contemporâneas tendo em vista seus os efeitos com a experiência prática e os reflexos na sociedade tanto para os sujeitos inferiorizados quanto para os sujeitos privilegiados pela lógica colonial, segundo Maldonado-Torres.

A colonialidade denota um modo de vida que incorpora a naturalização de um estado de guerra, onde exploração e o abuso tornam-se práticas incorporadas nas vivências dos sujeitos⁴. Nesse sentido, identifica-

modernidade sem colonialidade. Assim, com base nessas reflexões surgiu o conceito de colonialidade do ser, advinda da relação entre poder e conhecimento.

³ Na verdade, todas as experiências, histórias, recursos e produtos culturais, também terminaram articuladas em uma única ordem cultural global em torno de hegemonia europeia ou ocidental. Em outras palavras, como parte do novo padrão de poder mundial, a Europa também concentrou sua hegemonia sob o controle de todas as formas de controle da subjetividade, a cultura e, especialmente, do conhecimento, produção de conhecimento. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. 2005.

⁴ Maldonado Torres refere que a colonialidade faz com que o negro esteja constantemente sob um olhar de observação de uma sociedade prestes a cometer atitudes de violação. Na

se o caráter paradoxal da modernidade, ao perceber que, apesar do ímpeto humanista moderno, a naturalização do estado de guerra encontra-se no cerne das sociedades contemporâneas. Com isso, a ideia de raça legítima a “não ética” do conquistador durante a guerra e, como constituinte da lógica moderna, atua de forma perpétua nas sociedades.

Aimé Cesaire em sua obra coloca que há no humanismo formal a renúncia filosófica para dar espaço a dominação:

Nós aspiramos não à igualdade, mas sim à dominação. O país de raça estrangeira deverá voltar a ser um país de servos, de jornaleiros agrícolas ou de trabalhadores industriais. Não se trata de suprimir as desigualdades entre os homens, mas de ampliar e as converter em lei (2006, p.19).

Esta é a prova que houve uma negação de “raças inferiores” em detrimento a “raças superiores” e que havia nesta uma ordem providencial de humanidade. Onde o homem do povo era renegado pela sociedade em função de sua cor, classe, falta de propriedade e não se adequar a padrões considerados essenciais.

Na obra de Frantz Fanon (2008), a caracterização de raça atua como fator pontual no sentido de legitimar a dominação e opressão através do preconceito, neste sentido se apropria das palavras de Sir Alan Burns, ao mencionar que o preconceito pode classificar e inferiorizar outros seres humanos, no intuito de adquirir posições privilegiadas, deixando claro que o racismo pode atuar como potencial para dominação e, deixa evidente a lógica colonial de inferiorização a que se pretende evidenciar neste trabalho.

Menciona Burns:

O preconceito de cor nada mais é do que a raiva irracional de uma raça por outra, o desprezo dos povos fortes e ricos por aqueles que eles consideram inferiores, e depois o amargo ressentimento daqueles que foram oprimidos e freqüentemente injuriados. Como a cor é o sinal exterior mais visível da raça, ela tornou-se o critério através do qual os homens são julgados, sem se levar em conta as suas aquisições educativas e sociais. As raças de pele clara terminaram desprezando as raças de pele escura e estas se recusam a continuar aceitando a condição modesta que lhes pretendem impor. (BURNS apud FANON, 2008, p. 110)

concepção do autor, o objeto principal de violação, nas sociedades contemporâneas, é a mulher; muito embora o homem negro também esteja sujeito a esta constante possibilidade de agressão.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A compreensão de como a linguagem racista é utilizada pelas sociedades contemporâneas para inferiorizar determinados sujeitos pela sua cor da pele, faz-se primordial para que haja um entendimento de como a matriz colonial de poder atua sobre estes sujeitos através da colonialidade do ser e do poder. A importância e o significado da produção desta categoria de poder capitalista eurocêntrico e colonial dificilmente poderiam ser exageradas, pois a atribuição das novas identidades sociais resultantes e sua distribuição pelas relações do poder mundial capitalista estabeleceu-se e reproduziu-se como uma forma básica de classificação social, bem como fundamento das novas identidades geoculturais e das relações de poder no mundo. (QUIJANO, 2010, p. 106)

Com isso, é possível construir um discurso⁵ de modo que possa romper práticas de inferiorização, as quais tornaram-se condições de possibilidade para o advento da modernidade e estão na base da organização social desde a colonização do continente americano. Essa é a parte essencial da construção da economia-mundo capitalista. Na maioria das regiões do mundo, essa expansão envolveu conquista militar, exploração econômica e injustiças em massa. (WALLERSTEIN, 2007, p. 29).

A história da raça humana é cruel, inclui luta por sobrevivência e ainda eliminação de culturas. O colonialismo foi o executante desse histórico desumano, principalmente mediante o genocídio praticado em grandes contingentes populacionais da África e América, sobre tudo na fase de ocupação desses continentes.

2 Racismo e violência

Falar de racismo é resgatar o passado, é saber que práticas cruéis de violência fizeram parte da história e que estas práticas ainda estão presentes nas sociedades, pois não deixaram apenas vítimas entre os povos antigos, elas se fazem presentes, mesmo que de forma mascarada, e submetem seres humanos as mais diversas formas de dominação através de critérios raciais. Para Wierkova, racismo se caracteriza como representação do outro, o qual valoriza o grupo que enuncia a representação em prejuízo do grupo classificado, que amplia as diferenças entre os seres humanos e podem “justificar ou alimentar atitudes discriminatórias”. Conforme o autor, o racismo não se manifesta necessariamente em atos, podendo se expressar em uma experiência concreta ou através do conhecimento (2009).

⁵ Para Fanon “falar uma língua é assumir um mundo, uma cultura”. O conceito a que se refere o texto sobre discurso é o uso da linguagem como instrumento cultural. É preciso compreender que o negro quer falar porque assim é susceptível abrir portas as quais sempre lhe foram interdadas.

No entanto, Quijano coloca que “cor” é uma invenção eurocêntrica enquanto referência natural ou biológica de “raça”, já que nada tem a ver com a biologia. Segundo o autor:

A cor na sociedade colonial/moderna nem sempre foi o mais importante dos elementos de racialização efetiva e dos projetos de racialização, como no caso dos ‘arianos’ em relação aos outros ‘brancos’, incluindo os ‘brancos judeus’ e, mais recentemente, nos processos de ‘racialização’ das relações israelo-árabes. Estas são, se mais fosse necessário, eficientes demonstrações históricas do caráter estritamente mítico- social da relação entre ‘cor’ e ‘raça’. (QUIJANO, 2010, p. 112)

A dominação nasce da expansão europeia, onde o tráfico escravo torna-se intenso. A noção de raça dita como critério de categorização do ser humano é, portanto, uma noção moderna. Pode-se dizer que antes do século XVI, as ideologias de dominação não tomavam como justificativa de critérios raciais, mas diferenças culturais ligadas a critérios religiosos como, por exemplo: cristãos contra muçulmanos, ou judeus.

A história coloca que durante as descobertas não haveria critérios de preconceito, e que o racismo, como ideologia seria fruto europeu a serviço da dominação sobre a América, África e Ásia. Segundo Fanon, “na América, os pretos são mantidos à parte. Na América do Sul, chicoteiam nas ruas e metralham os grevistas pretos. Na África Ocidental, o preto é um animal” (2008, p. 106). Por estes motivos o preconceito de cor ficou evidente, há quem diga que não há preconceito de cor, havia dúvida quanto a racionalidade e civilidade do ser humano.

O racismo inicia suas manifestações a partir do tráfico escravo, mas adquire o *status* de teoria após a revolução industrial europeia. Fanon menciona que “para assimilar a cultura do opressor e aventurar-se nela, o colonizado teve de fornecer garantias. Entre outras coisas, teve de fazer suas as formas de pensamento da burguesia colonial” (1968, p. 37).

Pensar na eliminação do racismo não pode ser uma imputação somente da ciência contemporânea, mas também uma tarefa política, pois para as vítimas do racismo, minorias oprimidas em qualquer parte do mundo, o combate dá-se através da luta social e, ideologicamente, através de um processo de descolonização cultural.

Para Grosfoguel:

Racismo cultural é articulado em relação à pobreza, as oportunidades do mercado de trabalho, e / ou marginalização. O problema com a pobreza ou o desemprego das minorias é construído como um problema de hábitos ou crenças, ou seja, um problema cultural, o que implica inferioridade cultural e naturalização/fixação / essencializando cultura (1999).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A estratégia do racismo, ao estabelecer diferenças entre colonizador e colonizado e valorizar essas diferenças em constante detrimento deste, é pretender excluí-lo do convívio social e colocá-lo em situação inferior, pois o colonizado não seria portador de características essenciais da pessoa humana, só encontrados na sua plenitude no europeu. A continuidade dessa estratégia está em pretender transformar diferenças culturais em diferenças imutáveis, ou seja, a diferença cultural separada da história torna-se metafísica e se transforma, uma atitude diferenciada, em uma deficiência essencial do colonizado, fazendo com que as diferenças culturais, consideradas como deficiências intrínsecas ao colonizado sejam generalizadas e coletivizadas. Para Fanon “A necessidade da transformação existe em estado bruto, impetuoso e coativo, na consciência e na vida dos homens e mulheres colonizados” (1968, p. 26).

Não há intuito em negar as diferenças, mas assumi-las, assim como as diferenças culturais, as quais se caracterizam como efeitos históricos reais. Como resultado de uma luta política, torna-se imprescindível a implementação de medidas concretas que impeça a prática intolerante de racismo as quais fazem prevalecer, na prática social, os seus preconceitos.

Para Cesaire:

[...] a renegação das raças inferiores ou abastardadas pelas raças superiores está dentro da ordem providencial da humanidade. O homem do povo é quase sempre, entre nós, um nobre renegado a sua mão pesada é mais estreita ao manejo da espada do que do utensílio servil (2006, p. 21).

Fica claro que a colonização desumanizou o homem mais civilizado, e que a sua ação fundada no desprezo pelo índio e pelo negro tornou-se ato de vaidade. A modernidade não teria entrado em crise no final da história. A modernidade estaria em crise desde o momento de seu nascimento. Isso ocorre porque a capacidade emancipatória da modernidade expressa no Renascimento europeu é contemporânea com a exibição de sua força destrutiva no genocídio colonial das Américas. Esta contradição entre a emancipação e violência continuou ao lado a história do colonialismo e ainda vivemos em seu meio⁶. Isso ocasionou a construção de soci-

⁶“Modernity would not have entered into crisis at the end of its history. Modernity would have been in crisis from the very moment of its birth. This is because the emancipatory capacity of modernity expressed in the European Renaissance is contemporary with the display of its destructive force in the colonial genocide of the Americas. This contradiction between emancipation and violence continued alongside the history of colonialism and we still live in the middle of it”. BARRETO, José Manuel. Four paths for decolonising human rights. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Pós- colonialismo,

idades individualistas, violentas de preceitos preconceituosos os quais se tornaram “regras” para a vida em sentido e valor. Essa construção violenta da sociedade cultural moderna ocasionou um desequilíbrio de difícil reparação e dá continuidade a ações excludentes dia após dia.

O que se busca é uma horizontalidade, para que não haja situação de superioridade em sociedades culturais e que possa se pensar em alteridade, onde o outro se torne parte do viver/conviver em harmonia. É preciso superar os resquícios deixados pela colonização.

3 A busca por Interculturalidade

A tradição⁷ da crítica cultural apresenta forte ensejo no discurso sobre o negro. Segundo Gilroy, ela opera como meio de asseverar o parentesco estreito das formas e práticas culturais geradas a partir da diversidade da experiência negra (2012). Os apelos referentes à noção de pureza como base da solidariedade racial são encontrados em ideias de tradição, fornecidos como certeza positivista e uma noção de política. Neste sentido, é importante compreender a posição dos negros no mundo para que a porta para a tradição permaneça aberta não pela memória da escravidão racial moderna, mas a despeito dela. “A escravidão é a sede da vitimação negra e, portanto, do pretendido apagamento da tradição”. (GILROY, 2012, p. 354).

É importante mencionar que há correspondências que podem ser identificadas entre as histórias dos negros e dos judeus perante o terror etnocida ocorrido na história. Não há possibilidade de se pensar a história do racismo nas Américas sem considerar a ciência racial alemã como racismo científico e da eugenia. Este fato é evidenciado devido as situações de violência sofridas pelos negros com a escravidão as quais perpassam até a atualidade. Há um diálogo complexo de sofrimento na história cultural negra, a qual recebe a integridade e ocasiona situações de subordinação, o que dá continuidade a construção de padrões sociais discriminatórios.

A história dos negros tem afirmado que é necessário reescrever uma nova lição, uma história de identidades raciais a qual propicie a manutenção de culturas, sobretudo a negra, afim de revelar um valor essencial à formação das sociedades.

Neste contexto pode-se dizer que os estudos descoloniais, têm dado visibilidade à dimensão colonial da modernidade bem como visibili-

pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina. 2ªed. Santo Ângelo: FuRI, 2015.

⁷O termo tradição pode ser utilizado para identificar um passado ou uma cultura de compensação a restabelecer um acesso a ele.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

dade ao caráter eurocêntrico das formas de conhecimento dominante. A descolonização, segundo Fanon, é um processo histórico, isto é, não pode ser compreendida, não encontra a sua inteligibilidade, não se torna transparente para si mesma senão na exata medida em que se faz discernível com o movimento histórico que lhe dá forma e conteúdo. A descolonização diz-se que é o encontro de duas forças congenitamente antagônicas as quais extraem sua originalidade precisamente dessa espécie de substantificação que segrega e alimenta a situação colonial. Sua primeira confrontação se desenrolou sob o signo da violência, e sua coabitação – ou melhor, a exploração do colonizado pelo colono. (1968, p. 26)

Segundo as teorias sobre o pensamento descolonial, este leva ao reconhecimento de dois fenômenos: a dominação do “outro” não europeu como uma dimensão necessária da modernidade e a existência de uma representação hegemônica e de um modo de saber que afirma a universalidade para a experiência europeia, o que pode ser chamado de eurocentrismo (BRAGATO, 2014).

Sobre o pensamento descolonial, pode-se dizer que este propõe uma forma de conceber ou desprender, abrir a possibilidades encobertas e desprestigiadas pela racionalidade como sendo tradicionais, bárbaras, primitivas, místicas, etc. (MIGNOLO, 2008)

Para Fanon:

A descolonização jamais passa despercebida porque atinge o ser, modifica fundamentalmente o ser, transforma espectadores sobrecarregados de inessencialidade em atores privilegiados, colhidos de modo quase grandioso pela roda-viva da história. Introduz no ser um ritmo próprio, transmitido por homens novos, uma nova linguagem, uma nova humanidade. A descolonização é, em verdade, criação de homens novos. (1968, p. 26)

O pensamento descolonial insere-se na trilha das formas de pensamento contra-hegemônicas da modernidade e inspira-se nos movimentos sociais de resistência gerados no contexto colonial (BRAGATO, 2014, p. 210).

Dar atenção a interculturalidade de maneira que novas constituições ressaltam lógicas racionais e modos socioculturais de viver historicamente negadas e subordinadas, pois a racionalidade e os modos de viver contribuem de forma primordial e substancial para uma construção e articulação de uma transformação social e estatal com/de orientação descolonial.

Para Walsh, a interculturalidade ainda é algo que não existe, mas algo que se pode construir e que vai muito além de respeito, tolerância, e reconhecimento da diversidade, é um processo e projeto social político

dirigido a construção de sociedades, relações e condições de vida. Não se refere a condições econômicas e sim como elas tem a ver com a vida em geral, incluindo conhecimentos e saberes, a memória e a relação com a mãe natureza e a espiritualidade. Com isso, o problema parte as relações históricas e também atuais de dominação, exclusão e desigualdade (2008, p. 140).

A diversidade cultural está posta como fonte de troca, inovação e criatividade da espécie humana. A diversidade cultural foi uma das bandeiras internacionais que o Brasil defendeu em reuniões de organismos multilaterais, propondo garantias às culturas existentes. Tal ação gerou uma presença importante na redação final, aprovação do texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, e reafirmação da diversidade como direito dos povos e diálogo entre identidades culturais.

A sociedade atual coloca desafios à democracia, a exemplo da capacidade de confirmar a consolidação da dignidade a todos os indivíduos e grupos sociais, na busca de satisfazer as necessidades universais.

O cenário social brasileiro construído por estudiosos supõe que exista em meio à democracia política um fator de caráter miscigenador, um povo misturado, mestiço, pluriétnico. Com a teoria descoloniais pode-se afirmar que a linguagem possui importante papel no quesito do reconhecimento, pois oferece aos negros, índios e mestiços do Brasil estrutura para que compreendam sua experiência através dos tempos no que diz respeito à inclusão e à legitimação da sua realidade cultural.

Trocas de experiências culturais ocorreram com o tráfico de escravos para o Brasil, onde o negro não conseguiu exercer um impacto sobre o mundo social, pois voltou-se para dentro de si mesmo. O principal problema nesta atitude está na contradição em buscar a liberdade escondendo-se dela. A liberdade, para Gordon, “requer visibilidade, mas, para que isso aconteça, faz-se necessário um mundo de outros” para o autor, esquivar-se do mundo é uma ladeira escorregadia que, no final das contas, leva a perda de si. Até mesmo o auto-reconhecimento requer uma colocação sob o ponto de vista do outro, no sentido de libertar-se de suas próprias barreiras e encoraja-se para a realidade. (2008, p. 16).

Lewis Gordon menciona:

Fanon, entretanto, argumenta que o racismo força um grupo de pessoas a sair da relação dialética entre o Eu e o Outro, uma relação que é a base da vida ética. A consequência é que quase tudo é permitido contra tais pessoas, e, como a violenta história do racismo e da escravidão revela, tal licença é frequentemente aceita com um zelo sádico. A luta contra o racismo anti-negro não é, portanto, contra ser o Outro. É uma luta para *entrar* na dialética do Eu e do Outro. (2008, p. 16)

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

O desafio é ser mais razoável do que se espera dos outros, pois situa o negro com sua perda antes mesmo que ele comece a lutar por sua existência. Favorecer a inclusão e a participação de todos também promovem a coesão social, a melhoria da sociedade civil em termos humanitários. O pluralismo cultural, bem como a interculturalidade em uma perspectiva horizontalizada, onde não haja hierarquia de poder, pode representar uma resposta política e social à diversidade cultural, favorecendo a interação entre culturas e o desenvolvimento de capacidades que estimulam as sociedades.

Um dos obstáculos percebidos na busca pela convivência pacífica e tolerante entre os grupos sociais relaciona-se à visão de que, não raro, a diferença é associada à inferioridade e desigualdade, momento em que o inferior passa a representar uma ameaça aos padrões de determinados grupos. Está comprovado que os padrões fixados nas culturas ocidentais brancas, letradas, masculinas, heterossexuais e cristãs estão arraigados no imaginário social e naturalizados cotidianamente nos diversos espaços de convivência humana, afetando tanto os grupos vulneráveis como os pertencentes aos demais grupos. Trata-se de padrões culturais definidos que se dizem mais capazes e melhores que os demais, tornando os diferentes grupos em alvos de exclusão, discriminação e preconceito.

Canclini expressa que as teorias do étnico e do nacional são, em geral, teorias das diferenças. Por outro lado, o marxismo e outras correntes macrosociológicas (tais como as que se ocupam do imperialismo e da dependência) dedicam-se à desigualdade. Em alguns autores encontram-se combinações de ambos os enfoques, como certos enfoques do nacional em estudos sobre o imperialismo ou contribuições à compreensão do capitalismo em especialistas da questão indígena. Quanto aos estudos sobre conectividade e desconexão, concentram-se nos campos comunicacional e informático, com escasso impacto nas teorias socioculturais (2009, p. 55).

Valorizar a existência de culturas implica repensar formas de reconhecer e incorporar as identidades plurais em políticas e práticas curriculares. Em outras palavras, é estimular na educação práticas sobre respeito e igualdade que levem à civilidade. Ademais, é refletir sobre mecanismos discriminatórios que tanto negam voz a diferentes identidades culturais, silenciando manifestações e conflitos culturais, bem como buscando homogeneizar tais identidades.

Conclusão

As mudanças geopolíticas que se desenham no campo da ciência social mundial, introduziram a análise de sistemas-mundo apresentando uma nova perspectiva acerca de um instrumento crítico capaz de compre-

ender realidades advindas com a modernidade e toda a estrutura construída no século XIX.

Tais transformações multiplicam diferentes aspectos culturais e identitários, quais sejam: inspiração religiosa, étnica, comportamental, fomentados a resistir à introdução de modos diferenciados de identidades culturais. Neste contexto, surgem os questionamentos acerca da diversidade de identidades, de suas definições, relações e difusões, mostrando-se relevante a difusão cultural em virtude da necessidade de proteção aos grupos vulneráveis existentes nas diferentes sociedades globais. As preocupações relacionadas às identidades culturais se manifestam em meio ao debate Modernidade/Colonialidade e criaram um imaginário sobre o mundo social do subalterno: o oriental, o negro, o índio, o campesino, porém não serviu apenas para legitimar o poder imperial em um nível econômico e político, mas também contribuiu para criar os paradigmas epistemológicos dessas ciências e gerar as identidades (pessoais e coletiva) de colonizadores e colonizados.

Tornou-se fundamental destacar o colonialismo e suas práticas de dominação e opressão na construção de sociedades modernas, e como as consequências da ocupação da África e o tráfico de pessoas influenciou para a continuidade de ações violentas na América. Importante ainda demonstrar como estas práticas estão presentes na atualidade em atitudes discriminatórias, racistas e de violência.

Há uma grande necessidade de compreender que estudos pós-coloniais ou descoloniais podem auxiliar na compreensão de ideais de igualdade e liberdade frente a práticas discriminatórias no sentido de (re) pensar uma sociedade intercultural.

O que se busca é uma horizontalidade, onde não se encontre superioridade em sociedades culturais de modo que atitudes de alteridade e igualdade, tornem-se práticas cotidianas para o viver/conviver em harmonia.

Estabelecer diferenças culturais entre povos não deve ser atitude racista, com o emprego de violência, é necessário que haja o respeito às diferenças com o intuito de reconhecer a diversidade e cultivar processos históricos.

Dentre todas as lutas dos movimentos sociopolíticos da América nos últimos anos talvez a luta negra antirracista seja a mais transcendental e a que aponta para uma urgente e necessária (re) significação do papel do Estado frente a estas realidades.

Referências

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan-abr. 2014.

BARRETO, José Manuel. *Four paths for decolonising human rights*. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar; BRAGATO, Fernanda Frizzo. Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina. 2ª ed. Santo Ângelo: FuRI, 2015.

CANCLINI, Nestor Garcia. *Diferentes, desiguais e desconectados: mapas da interculturalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

CESAIRE, Aimé. *Discurso sobre el colonialismo*. Madrid: Akal 2006.

CONCEIÇÃO, José Maria Nunes Pereira. *África um novo olhar*. 1. ed. Rio de Janeiro: CEAP, 2006.

DUSSEL, Enrique. *1492: O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Rio de Janeiro, 1993.

FANON, Frantz. *Os condenados da Terra*. Rio de Janeiro: Editora Civilização brasileira, 1968.

_____. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.

GILROY, Paul. *O Atlântico Negro: modernidade e dupla consciência*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2012.

GORDON, Lewis. *Prefácio*. In: FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.

GROSGOUEL, Ramón. "Cultural Racism" and Colonial Caribbean Migrants in Core Zones of the Capitalist World Economy. Disponível em: http://www.africamigration.com/archive_02/r_grosfoguel.htm. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. *Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs). *Epistemologias do Sul*. 2ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2010

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

_____. *Colonialidade do poder e classificação social*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs). *Epistemologias do Sul*. 2ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

MALDONADO- TORRES, Nelson. La descolonización y el giro des-colonial. *Tabula Rasa*, Colombia, n. 9, p. 61-72, jul.-dic., 2008.

MIGNOLO, Walter. *The idea of Latin America*. Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*. Colombia, n. 9, p. 131-152, jul.-dic., 2008.

WIEVIORKA, Michel. *El racismo: una introducción*. Barcelona: Gedisa, 2009.

O DIREITO À LEITURA E À INFORMAÇÃO: uma trajetória à construção cultural*

Thaís Janaina Wenczenovicz**
Lurdes Denise Crispim Moreira***

Sumário: Introdução. 1 A importância da leitura. 2 O direito constitucional de ler e ao acesso à informação. 3 A leitura e os leitores na formação cultural da pessoa humana. 4 Políticas públicas de leitura. 5 Sobre fontes e procedimentos metodológicos: leitura e informação. Considerações Finais. Referências.

Introdução

A leitura inicialmente era restrita a uma pequena parcela da população. Até o século XVIII, a leitura era uma prática da aristocracia, na medida em que os livros eram restritos e alcançavam somente uma pequena parcela da população que era alfabetizada. Com a industrialização e a produção dos bens em massa, os livros e os jornais começaram a ser produzidos em grande escala e isso promoveu a sua popularização.

O surgimento do romance moderno, possível com a ascensão da burguesia, também favoreceu o aumento do número de leitores. Durante este movimento, o Romantismo¹, ocorreu a necessidade de uma literatura que retratasse o sentimentalismo e a individualidade dessa classe, pois as

* Esse trabalho insere-se junto a Linha de Pesquisa Linguagens e Culturas Educacionais do Curso de Pós-Graduação em Formação do Leitor na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul.

** Pós-Doutora em História pela UFRGS/*Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoameryka Uniwersytetu Warszawskiego*-Polônia. Doutora em História: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/Brasil. Docente Adjunta Universidade Estadual do Rio Grande do Sul. CAPES/PNDN. Professora Colabora do Programa de Pós-Graduação em Direito – UNO-ESC/Campus de Chapecó(SC) E-mail: t.wencze@terra.com.br

*** Graduada em Letras pela Faculdade Porto-Alegrense - FAPA. Especialista em Teoria e Prática da Formação do Leitor.

¹ Segundo D'Onofrio, enquanto *movimento histórico*, o Romantismo despontou na Alemanha e na Inglaterra, entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, em anteparo à liberdade de sentir, de viver e de expressar. Um movimento ideal às aspirações da nascente classe burguesa e a favor da liberdade de expressão artística. O fenômeno artístico-literário do Romantismo está diretamente relacionado ao crescimento sociocultural pelo qual passou a Europa durante a segunda metade do século XVIII. O comércio, que se tornou mais intenso a partir da Renascença com as Grandes Navegações, acabou culminando em uma grande atividade industrial que, devido ao contínuo progresso científico e tecnológico, resultou em uma verdadeira revolução. No Brasil, o romance despontou com autores como Joaquim Manuel de Macedo, Machado de Assis (em sua primeira fase) e, seu maior expoente, José de Alencar.

formas literárias precursoras retratavam a cultura de uma forma geral (WATT, 2010, p. 9). “O personagem romântico não pertence mais à mimese superior, mas ao mundo dos mortais comuns”. São jovens pertencentes à classe média ou popular que amam, odeiam, cometem traições, batalham para subir na vida (D’ONÓFRIO, 2007, p. 332).

É inegável a importância da leitura, pois, por exemplo, por meio dos livros encontramos soluções para muitos conflitos que nos cercam. A leitura está presente em momentos de adversidades retratados em muitas obras. As produções literárias, de todos os tipos e todos os níveis satisfazem nossas carências básicas e enriquecem a nossa percepção e visão do mundo e ampliam a cultura geral dos homens. Também torna possível que nos tornemos mais indulgentes e abertos para a natureza, para a sociedade e para o semelhante (CÂNDIDO, 2011, p. 182). Neste sentido, a escola tem papel fundamental, pois é por meio dela que muitas vezes ocorre o contato com a leitura e com os livros, mas, por conseguinte, cabe ao Estado assegurar esse direito aos cidadãos ao desenvolver a cultura e permitir o acesso à informação.

O tema deste trabalho é o direito à leitura e à informação para a possível efetivação do direito à cultura.² Deste modo, o nosso objetivo é mostrar o papel do Estado na formação do leitor e seu dever em colocar em prática políticas públicas direcionadas à leitura, diretrizes estas que estão presentes no PNLL.

A escolha do tema se deve ao fato do ato da leitura ser primordial para a aquisição e aprimoramento do conhecimento e inserir o homem culturalmente. A leitura propicia que o nosso vocabulário seja aprimorado e que a capacidade criativa seja despertada. Todavia, a escola brasileira não tem obtido sucesso integral na tarefa de formar leitores, pois o ato da leitura muitas vezes não é continuado após a saída do âmbito escolar. É

² O conceito de cultura que adotamos neste artigo é o mesmo que consta no “Dicionário Filosófico Abreviado, de M. Rosental e P. Ludin, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1950, que diz o seguinte: “Cultura - Conjunto dos valores materiais e espirituais criados pela humanidade, no curso de sua história. A cultura é um fenômeno social que representa o nível alcançado pela sociedade em determinada etapa histórica: progresso, técnica, experiências de produção e de trabalho, instrução, educação, ciência, literatura e arte, e instituições que lhes correspondem. Em um sentido restrito, compreende-se sob o termo cultura, o conjunto de formas da vida espiritual da sociedade que nascem e se desenvolvem à base do modo de produção dos bens materiais historicamente determinado. Assim, entende-se por cultura, o nível de desenvolvimento alcançado pela sociedade na instrução, na ciência, na literatura, na arte, na filosofia, na moral, etc., e as instituições correspondentes. Entre os índices mais importantes do nível cultural, e em determinada etapa histórica, é preciso notar o grau de utilização dos aperfeiçoamentos técnicos e dos desenvolvimentos científicos na produção social, o nível cultural e técnico dos produtores dos bens materiais, assim como o grau de difusão da instrução formal.

preciso atentar para as políticas de fomento à leitura e assegurar que elas sejam colocadas em prática de forma eficiente. Ao docente, aos bibliotecários, cabe o papel de mediadores de leitura, função esta que deve ser realizada sem que o aluno associe o contato com as obras a uma obrigação e perceba que a leitura nos proporciona autoconhecimento, um despertar para o novo, um caminho para uma sociedade mais justa e democrática, sentimentos estes que podem fazer com que esse quadro atual seja modificado.

O artigo divide-se em cinco partes. Na primeira, nomeada *A importância da leitura*, buscaremos algumas reflexões a respeito do ato de ler. Na segunda, intitulada *O direito constitucional de ler e ao acesso à informação*, apontaremos que fomentar a leitura é um direito que o estado deve assegurar aos cidadãos e que todos devemos ter acesso à cultura e à informação. Na terceira parte, *A leitura e os leitores*, versaremos sobre o cenário da leitura em nosso país: como esse ato ocorre e se ocorre, e como é o comportamento dos leitores perante os livros. Na quarta parte, *Políticas públicas de leitura*, destacaremos quais são e se o Estado assegura a sua aplicação. Na última parte destacamos alguns passos metodológicos para a construção desse estudo e o entrelaçamento de fontes bibliográficas e estatísticas. O procedimento metodológico desse estudo foi a leitura de obras acerca do direito à leitura e à informação, da importância da leitura, sobre o cenário da leitura e os leitores no Brasil e a respeito das políticas públicas de leitura. Dados bibliográficos que permitiram analisar o direito à leitura e à informação e sobre o quadro da leitura em nosso país, acrescido de dados quantitativos dos organismos nacionais e internacionais que possuem como escopo central a tríade: cultura, leitura e informação. A pesquisa realizada neste projeto é o do tipo analítico-interpretativo de investigação bibliográfica.

1 A importância da leitura

Em uma visão polissêmica, leitura pode ser percebida como “atribuição de sentidos”. Daí advém a possibilidade de ser aplicada tanto para a escrita quanto para a oralidade. Sob outro ponto de vista, pode exprimir “concepção” e retoma esse pensamento quando se aborda o termo “leitura do mundo”. Este modo de fazer uso da expressão leitura revela a analogia com a noção de ideologia, de maneira mais ou menos geral e indiscriminada. Entretanto, em uma perspectiva mais restrita, pode denotar a criação de um aparato teórico e metodológico de aproximação de um texto, ou seja, podem ocorrer diferenciadas leituras de um único texto. E, ainda, em um propósito ainda mais limitado, em se tratando de escolaridade, leitura ligada à alfabetização – aprender a ler e a escrever – e condicionada estritamente à aprendizagem formal (ORLANDI, 2012, p. 7-8).

Em nossa sociedade os conteúdos informacionais circulam quase exclusivamente via meios escritos, através da Internet, da televisão, dos outdoors com informes publicitários, dos jornais, das revistas, dos panfletos, dos catálogos e muitos outros veículos de comunicação. Sendo assim, o processo de apropriação da informação e da construção de novos conhecimentos se configura como um processo ativo que está intimamente ligado à leitura. Por isso, o uso sociocultural da leitura é algo contextualizado que acontece em diferentes espaços e não obedece a nenhuma regra específica e nem a um padrão sociolinguístico pré-definido.

Leitura, livros e leitores suscitaram pesquisas dos pontos de vista histórico, metodológico e teórico, relacionada a um processo mental, ação individual e voluntária ou coletiva. Ao mesmo tempo em que ocorreu essa ampliação do panorama no qual se assenta as questões de leitura, a expressão “informação” também se alastrou a limites variados. Nas últimas décadas do século XX, surge o termo era da Informação, sociedade da Informação.

Para Pezzella e Bublitz, a Sociedade da Informação pode ser definida como:

[...] um termo – também chamado de Sociedade do Conhecimento ou Nova Economia – que surgiu no fim do século XX, com origem no termo Globalização. Esse tipo de sociedade encontra-se em processo de formação e expansão e esse novo modelo de organização das sociedades assenta num modo de desenvolvimento social e econômico cuja informação, como meio de criação de conhecimento, desempenha um papel fundamental na produção de riqueza e na contribuição para o bem-estar e qualidade de vida dos cidadãos. A condição para que a Sociedade da Informação avance é a possibilidade de todos poderem aceder às Tecnologias de Informação e Comunicação, presentes no nosso cotidiano, que constituem instrumentos indispensáveis às comunicações pessoais, de trabalho e de lazer. (PEZZELLA; BUBLITZ, 2014, p. 255-256)

Neste sentido, leitura e informação estão interligadas, pois envolvem a ideia de linguagem, que é o meio mais universal de transmissão de que se tem notícia: todos os outros sistemas de informação foram originados dela ou a ela se voltaram para se tornarem compreensíveis. Seu caráter informacional propicia que seja um ponto de aproximação com numerosos aspectos da vida humana: organização política, crenças, cerimônias religiosas, expressões e sentimentos, autoconhecimento, entre outros (LAJOLO E ZILBERMAN, 2009, p. 17-18). Todavia, o contato com a leitura e o acesso à informação envolvem algumas considerações a respeito das condições sociais em nosso país e no mundo.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Ao confrontar nosso tempo com eras anteriores, alcançamos uma intensa racionalidade técnica e de poder sobre a natureza. Isso torna possível imaginar a solução para numerosas dificuldades materiais do homem, quem sabe até a da alimentação. Todavia, a irracionalidade do comportamento também é extrema, provida regularmente pelos mesmos meios que deveriam colocar em prática os desígnios racionais. Dessa forma, com o uso da energia atômica podemos concomitantemente criar força criadora e aniquilar a vida por meio da guerra; com o progresso industrial passamos a ter mais conforto até atingir níveis nunca dantes imaginados, mas excetuamos dele as grandes massas que condenamos a uma subsistência miserável. Em determinados países, como o Brasil, quanto mais cresce a abundância de bens, mais aumenta a sua péssima distribuição. Assim, é possível afirmar que os mesmos meios que autorizam o progresso podem ocasionar a degradação da maioria (CÂNDIDO, 2011, p. 171).

Vivenciamos um tempo de barbárie, conquanto uma barbárie relacionada ao cúmulo de civilização e, ao pensar em direitos humanos, a mudança se entronca aí. Somos a primeira era da história em que, em teoria, é exequível ver indistintamente uma solução para as numerosas disparidades que dão origem a injustiça contra a qual combatem os homens de boa vontade para alcançar um mundo de igualdade e justiça. Todavia, há perspectivas animadoras como não haver mais elogios à barbárie e uma mudança dos discursos políticos e empresários quando se referem à sua posição ideológica ou aos problemas sociais. E, ao pensar em direitos humanos, devemos atentar para um pressuposto: admitir que o que consideramos essencial para nós é também indispensável para o outro. O empenho para incluir o próximo em igual súpula de bens que reivindicamos está na base da reflexão sobre os direitos humanos. A este respeito é absolutamente necessário refletir sobre a diferenciação entre “bens compressíveis” e “bens incompressíveis”, enfoque do padre dominicano Louis-Joseph Lebret³ que está relacionado à discussão dos direitos humanos, pois o modo de perceber a esses provém daquilo que qualificamos como bens incompressíveis, ou seja, que não podem ser refutados a ninguém (CÂNDIDO, 2011, p. 172-175).

É necessário ter critérios indubitáveis para abordar a questão dos bens incompressíveis, em se tratando do ponto de vista individual ou do social. Do ponto de vista individual, é fundamental ter o sentimento de que os pobres e os miseráveis possuem os mesmos direitos que as pessoas das classes mais favorecidas, os mesmos deveres, privilégios e oportunidades (CÂNDIDO, 2011, p. 175).

³ Louis-Joseph Lebret é fundador do movimento Economia e Humanismo e atuou muito no Brasil entre os anos 1940-1960.

São bens incompressíveis os que garantem a sobrevivência física em níveis decentes, mas, conjuntamente, os que asseguram a integridade espiritual. Bens como a alimentação, a moradia, o vestuário, a instrução, a saúde, a liberdade individual, a resistência à opressão, entre outros; e, da mesma forma, o direito à crença, à opinião, ao lazer, à arte e à literatura⁴. Não há indivíduo que possa viver sem esta última, ou seja, sem ter proximidade com algum tipo de fabulação. Assim como o sonho que nos acompanha todas as noites, ninguém é capaz de passar um dia sem alguns instantes de entrega ao mundo mágico da imaginação. Durante o período em que estamos dormindo, o sonho garante a presença fundamental deste universo fantástico. Nestes instantes de vigília, a criação ficcional, em todas as suas formas e modalidades, está presente em cada um de nós, analfabeto ou erudito, como os causos, as histórias em quadrinhos, a canção popular, a moda de viola, o samba carnavalesco. Ela se exprime desde o devaneio amoroso ou econômico do ônibus até a visão fixada na novela de televisão ou na leitura de um romance. Dessa forma, a literatura corresponde a uma necessidade universal, que necessita ser realizada e cuja satisfação consiste em um direito (CÂNDIDO, 2011, p. 176-177).

O domínio da leitura e da escrita é a base da escolarização e suas deficiências são perceptíveis há um longo tempo. Dessa forma, numerosas campanhas foram criadas para a circulação dos livros – didáticos, infantis, manuais técnicos, ficção e poesia – e com o objetivo de complementar a formação dos educandos. Entre essas campanhas: *Ciranda de Livros e Salas de Leitura* (1980), *Biblioteca em minha Casa* (no início do século XXI) – com foco na população de baixa renda –, *Programa Nacional de Incentivo à Leitura*⁵ (Proler) e o *Programa Nacional Biblioteca da Escola*⁶ (PNBE). (LAJOLO E ZILBERMAN, 2009, p. 125).

⁴ De acordo com Cândido, Literatura, vista da maneira mais ampla possível, compreende: todas as criações de toque poético, ficcional ou dramático em todas as camadas da sociedade, em todos os tipos de cultura, desde o que nomeamos folclore, chiste, lenda, até as mais complexas e difíceis formas de produção escrita das grandes civilizações. Literatura como manifestação universal de todos os homens em todas as épocas.

⁵ Projeto que tem por objetivo valorizar socialmente a leitura e a escrita e que possui vínculo com a Fundação Biblioteca Nacional e ao MINC – Ministério da Cultura. Instituído em 13 de maio de 1992, o trabalho aplicado vem se firmando, por meio dos seus comitês, como presença política ativa, implicado em uma democratização do acesso à leitura. Disponível em <http://proler.bn.br/>.

⁶ Programa do Ministério da Educação que tem como objeto munir as escolas de ensino público das redes federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, no âmbito da educação infantil (creches e pré-escolas), do ensino fundamental, do ensino médio e educação de jovens e adultos (EJA), com disponibilização de acervo de obras e demais materiais de apoio à prática da educação básica. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/programas/biblioteca-da-escola/biblioteca-da-escola-apresentacao>

2 O direito constitucional de ler e ao acesso à informação

Atualmente o Brasil, apesar de figurar entre os países de IDH em crescimento, apresenta índices educacionais muito abaixo da média. Estudos recentes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que é responsável pela aplicação do PISA (Programa Internacional de Avaliação de Estudantes) apontam que o país está em penúltimo lugar em uma lista de 40 países, ficando na frente somente do México.

Os índices diminuídos, atrelada às más condições estruturais da escola brasileira enfatiza a posição de país subdesenvolvido que assombra a nossa realidade e está diretamente ligada ao fato de que somos um país de poucos leitores. Lemos pouco e pouco facilitamos o acesso de diversas classes sociais ao texto literário.

Estudos recentes do Instituto Pró-Livro (2012, p. 70) apontam que entre os anos de 2007 e 2011 houve um decréscimo no número de livros lidos por habitante no Brasil. Essa relação numérica é ainda mais baixa em famílias que possuem rendas inferiores a 2 salários mínimos. Os índices entre os não estudantes também são desfavoráveis. A mesma pesquisa aponta que a classe D e E, são as que menos compram, ganham ou fazem empréstimo de livros em bibliotecas. Em compensação, são as que mais recebem os livros distribuídos pelo governo nas escolas (2012, p. 87); no entanto, é sabido que só receber livros do governo não garante que os mesmos sejam lidos e ampliem o acesso à cultura e ao saber.

A título de exemplo, podemos citar o caso da Argentina como um exemplo de sobrelevação no quesito de leitura. Desde o ano de 2007, há na Argentina a *Lei Nacional de Educação* (Número 26.206), que incluiu a leitura – que na época da ditadura (1976-1983) e do governo Carlos Menem (1989-1999) tinha sido praticamente eliminada – como integrante do corpus legislativo com a inclinação de melhorar a educação (GIARDINELLI, 2010, p. 9).

O informe mais atual do *Program for International Student Assessment*⁷ (PISA⁸), aponta que em 2009 a Argentina ampliou 24 pontos em compreensão leitora, em relação ao ano de 2006. Ao lado da Colômbia, foram os dois países que mais prosperaram nessa competência, o que autoriza a situá-los entre os primeiros da América Latina. Mas algo semelhante está ocorrendo em diversos países, como México, Venezuela, Chile e Brasil, pois, ainda que seja uma revolução silenciosa, os avanços tecnológicos, essencialmente a Internet, podem vir a propiciar que um número maior de pessoas alcance a alfabetização e que isso ocorra com maior

⁷ Programa Internacional de Avaliação de Alunos.

⁸ É uma ferramenta importante de medição educativa.

qualidade, aumentando a competência leitora e tornando propício caminhos mais eficientes de acesso ao conhecimento (GIARDINELLI, 2010, p. 9-10):

[...] não é possível nem sequer imaginar um futuro para o mundo sem a leitura. Isto é: sem povos leitores que forjem nos livros seu critério e aprimorem sua democracia. E digo mais: não existe desenvolvimento sustentável educacional, social nem político se não está apoiado, também, em uma sólida política de Estado de leitura que estabeleça e garanta o direito da população a ler, que disponha os meios para que isso seja sustentável e que transforme a educação e também todos os outros campos das obrigações republicanas (GIARDINELLI, 2010, p. 22).

A leitura não é boa nem ruim em si mesma, trata-se de um direito histórico e cultural e, por essa razão, político, que deve ser estabelecido na situação em que sucede. Do ponto de vista histórico, a leitura tem sido um meio de alcançar o poder e de excluir socialmente uma parcela da população, pois, primeiramente, esteve nas mãos da igreja por meio da retenção dos textos sagrados e da palavra divina; no decorrer, pelos governos pertencentes à aristocracia e, hodiernamente, por vantagens econômicas que dela tentaram tirar proveito. Neste sentido, fica claro que no entorno da leitura circundam diferenciadas intenções, que a carência de que ela alcance a todos obedece a variadas finalidades e que a isso se deve, em grande parte, o fato de os setores excluídos – não somente o da leitura como o de outras manifestações culturais e econômicas – não se apropriarem deste ato. O quadro atual da leitura só será modificado quando ela vier a ser percebida como uma necessidade pela população, como um instrumento para seu benefício e também é preciso que seja despertado o interesse pelo ato de apropriar-se da leitura. Todavia, isso só pode ser realmente efetivado se os níveis de desenvolvimento vierem a melhorar e estiverem associados a uma ferrenha luta contra a desigualdade, pois somente desse modo é que poderemos conceber uma democratização da cultura letrada e não somente aumentar os índices de leitura *per capita*, ou seja, apenas acrescentar números aos livros adquiridos (CASTRILLÓN, 2011, p. 16-17).

Mudar hábitos de consumo é uma consequência de estímulos para motivar a abertura para novos interesses. Esta é uma luta para o meio publicitário e marketing, utilizando a mídia como recurso primordial. Entretanto, o estímulo ao consumo de bens culturais está ligado a um processo educativo mais complexo e que envolve a formação cultural dos futuros leitores ou daqueles que possuem interesse pelo ato da leitura, das artes plásticas, entre outras produções artísticas (FAILLA, 2012, p. 36).

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A motivação para a leitura pode ocorrer facilmente entre aqueles que possuem acesso aos livros, mas para muitas pessoas isso está muito distante e diversos fatores contribuem para este afastamento. Uma escolarização precária pode ser uma das razões para que esse mundo dos livros torne-se facilmente inalcançável. Todavia não podemos ter o pensamento de que pessoas escolarizadas podem realizar uma leitura espontânea, pois a ausência física das obras torna-se um obstáculo (PETIT, 2013, p. 32).

Para tornar possível que todos tenham acesso à cultura letrada é preciso que ocorram mudanças de ordem econômica, política e social que assegurem maior igualdade na distribuição igualitária das riquezas e dos avanços do desenvolvimento. Alterações que abarquem e que estejam vinculadas à transformação e melhoria do espaço escolar, ao mesmo tempo em que autorizem o acesso aos bens que são produtos da escrita à população. Modificações que certifiquem um conteúdo real na batalha contra a desigualdade que tanto é apontada como prioridade do Estado. E, para efetivar esse processo, para que não se converta apenas em planos e programas que não irrompam o papel do governo, é fundamental que estejam incluídos em uma política pública elaborada com a participação da sociedade civil (CASTRILLÓN, 2011, p. 27):

Uma política pública de leitura e escrita é o produto de uma inter-relação dinâmica entre a sociedade que inquiri, compromete-se e propõe, e o Estado que trabalha na busca do pleno reconhecimento e na promoção da leitura e da escrita como direitos essenciais das pessoas no mundo contemporâneo. Desse ponto de vista, o Estado ajuda a modelar, conduzir e projetar a sociedade, cumprindo com o fim último para o qual existe: promover o bem comum e o pleno desenvolvimento de todos. E a sociedade atua com instância básica que imprime ao Estado seu dinamismo, mas também a legitimidade e a pertinência necessárias para a ação pública. Por isso, ela permite tanto orientar as tarefas estatais como fortalecer a participação social, gerando uma cultura que aproxime o cidadão do exercício político e torne a política sensível às necessidades sociais. [...] Uma política pública é construída por todos aqueles que, com sua atuação, com seus saberes e decisões, podem analisar, propor e modificar os modos de pensar, sentir e agir de uma comunidade (município, estado ou nação) em relação à leitura e à escrita. Para poder atuar como construtores de política, é preciso informar-se, formar-se, mobilizar-se, fazer acompanhamento, avaliar e corrigir a marcha de uma política (ÁLVAREZ 2002, apud CASTRILLÓN, 2011, p. 28-29).

Conforme Giardinelli (2010, p. 45-46), “trabalhar pelo fomento do livro e da literatura é trabalhar pela educação como razão de Estado”. Não é aceitável que um povo tenha acesso à educação sem a existência de um Estado que se responsabilize por sua organização e direção conforme os interesses nacionais. A educação e a leitura são direitos que o Estado deve assegurar a todos os indivíduos. Habitualmente há um assentimento a respeito do primeiro; mas não há consciência quanto ao direito à leitura.

Cada um de nós possui direitos culturais como o direito ao saber, ao contato com o imaginário, o de possuir bens materiais que contribuem para a construção ou para a autodescoberta, para a proximidade com o outro, para o contato com o mundo da fantasia, sem a qual não há pensamento e nem a capacidade criativa. Cada ser humano tem o direito de ser integrado à sociedade, ao mundo, por meio de textos, imagens, em que escritores e artistas transpõem o mais profundo da experiência humana.

Quase duas décadas após a criação da *Declaração universal dos direitos da criança* – 1959 – foi elaborado pelo *Cerlalc* (Centro Regional para o Fomento do Livro na América Latina e no Caribe) *Os direitos universais das crianças a escutar contos*. (GIARDINELLI, 2010, p. 153). No texto, que foi adaptado e publicado por diversas instituições, consta⁹: que todas as crianças, sem diferenciação de raça, idioma ou religião, têm direito a escutar os mais deleitosos contos da tradição oral de todos os povos; toda criança tem pleno direito a cobrar que seus pais lhes contem contos a qualquer momento do dia e aqueles pais que forem surpreendidos negando-se a contar um conto a seus filhos, cometem grave delito de omissão cultural e se autocondenam a que seus filhos jamais voltem a pedir outro conto; que todas as crianças possuem o direito de conhecer as fábulas, os mitos e as lendas da tradição oral de seu país e que naqueles casos em que a criança está muito ligada à televisão, seus pais estão obrigados a remover essa influência e conduzi-los pelos caminhos da imaginação por meio de um bom livro de contos infantis¹⁰.

A leitura inserida no processo educativo abre mão do caráter neutro que tinha antes da universalização de sua aplicação na sociedade. Engloba em si uma orientação democrática, que se estende ou contrai de acordo com a intenção dos grupos que a incorporam nos seus projetos de ação. Torna perceptível o conflito entre a imposição de uma ideologia específica, relevante para o bom funcionamento do mecanismo social e sua vocação democrática. Por conseguinte, essas predisposições não se desenrolam em igual proporção, pois o fator repressivo enraizado pela

⁹ Versão compilada e adaptada por *Red Internacional de Cuentacuentos*. Disponível em <http://www.cuentacuentos.eu/teorica/articulos/Derechosdelosninosaescuchar cuentos.htm>.

¹⁰ Tradução e a adaptação nossa.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

leitura está ligado à sua repetição mecanizada, seguindo um procedimento automático e impessoal, de acordo com o que impõe o meio industrial (ZILBERMAN, 2012, p. 64).

O direito de ler deveria ser percebido como um direito constitucional, que está amparado no fato de que a leitura é condição fundamental para que o ser humano se eduque e possa dar sequência, se essa for a sua vontade, ao seu próprio processo de aprendizagem. Também se baseia no fato de que é por meio da leitura que a circulação do conhecimento está assegurada, que ela é essencial para que possamos construir uma cidadania responsável, participando ativamente da sociedade, com capacidade reflexiva e pensamento autônomo. O ato da leitura garante tudo o que robustece a nossa identidade. Todos os direitos constitucionais possuem relação estreita com a leitura: o direito ao trabalho, à saúde e à previdência social; os direitos das crianças e dos idosos; todas as profissões, todas as possibilidades de crescimento econômico, social e cultural da população. Tudo está instituído à leitura de forma essencial, basal e definitiva. Desse modo, a leitura torna-se um direito político fundamental (GIARDINELLI, 2010, p. 154).

3 A leitura e os leitores na formação cultural da pessoa humana

De 1984 para 2006, muitos programas de fomento à leitura foram criados na América Latina, como já citado o caso da Argentina: o *Plano Nacional de Leitura* (PNL), e à *Campanha Nacional de Leitura* (CNL), do Ministério da Educação, adicionaram-se os da *Comissão Nacional de Bibliotecas Populares* (Conabip), da Secretaria de Cultura da Nação (SCN) e os de algumas províncias como Buenos Aires ou Córdoba (desde 1993). Todos estes programas já possuem percurso traçado, publicações e resultados positivos. Entretanto, o analfabetismo, as condições de saúde, de moradia e trabalho, o desprestígio à escola pública, entre outros fatores, dificulta que políticas de fomento à leitura sejam colocadas em prática, mas, ainda que não seja suficiente, o trabalho está sendo feito (GIARDINELLI, 2010, p. 27-32).

É evidente que nas últimas décadas ocorreram esforços consideráveis para melhorar a formação de leitores e estender o acesso à cultura letrada em boa parte dos países da América Latina. Esforços que vieram dos setores público e privado. Mas, ao mesmo tempo, é possível afirmar que tanto nos meios acadêmicos quanto nos setores responsáveis pela produção e circulação do livro, há a percepção de que os avanços aconteceram em pequena quantidade e de que não estão de acordo com os esforços investidos (CASTRILLÓN, 2011, p. 54).

Uma pesquisa feita em março de 2006 pelo *Centro de Estudos da Opinião Pública* (Ceop) aponta que: 80% dos entrevistados declararam que “gostariam de ler mais”; 85,7% tinham a noção de que o hábito da leitura é muito baixo; 75% não colocaram os pés em uma biblioteca durante esse ano; 42,7% afirmaram durante a Feira do Livro de Buenos Aires não ter comprado nenhuma obra durante os últimos seis meses e 54,1% confessaram ler menos do que há dez anos (GIADINELLI, 2010, p. 35).

Um dos problemas principais está no fato de que a leitura tem sido divulgada como algo que podemos facilmente abrir mão, como uma magnificência da elite que se almeja estender, como uma atividade apenas recreativa. Neste sentido, as campanhas de promoção da leitura fundamentadas no lúdico, no deleito, no lazer, carregam a ideia de que ler é fácil, bonito e ao mesmo tempo reforçam a mensagem de que ler não é um dever, um esforço, associado ao âmbito escolar. Essas iniciativas têm intentos positivos, mas são carregadas de ingenuidade, pois criam falsas expectativas e relacionam a leitura a uma ação inútil e descartável. Seu cunho assistencialista reitera esse sentimento, na medida em que sugere disfarçar algo de suspeito por trás de um bem que é oferecido de forma tão gratuita, essencialmente quando há intenção por parte daqueles que nunca revelaram apreensão com o bem-estar dos mais desvalidos (CASTRILLÓN, 2011, p. 55).

Um segundo problema apontado pela autora é o descaso com as escolas e com a educação. Especialistas técnicos, políticos e, em geral, a população, preferem que é preciso melhorar a qualidade da educação, desgastada pelos projetos de expansão e de universalização – que na prática não foram seguidos – como único meio para conquistar a modernização. Entretanto, a resposta à carência de prosperar na educação tem intento de ser realizada por meio da tecnologia, sobressaindo-se da importância da leitura e da escrita que, conforme a crença de alguns, serão decerto ultrapassadas pelos avanços tecnológicos (CASTRILLÓN, 2011, p. 58-59).

4 Políticas públicas de leitura

Uma campanha realizada em meados de 2009 pelo *Plano Nacional do Livro e Leitura* aponta que é possível que a escola não seja o único meio para o sucesso do trabalho com a leitura. O PNLL é um projeto dos ministérios da Educação e da Cultura. Lançado em 2006, integrou ações prévias, como o *Programa Fome Livro* (2004) e o *Vivaleitura*. No ano de 2006, o PNLL adotou esta expressão como seu nome fantasia, conservando as ideias do ano anterior. O programa tem como objetivos propagar a

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

relevância do ato social da leitura para obtenção de formação pessoal e profissional, para a cultura e o crescimento do país, para despertar o imaginário coletivo dos brasileiros, voltando-se para o âmbito escolar, para as instituições públicas e privadas, entre os docentes e mediadores da leitura em geral. O PNLL também destaca que: a leitura a escrita são instrumentos essenciais na contemporaneidade para que os sujeitos possam aprimorar por completo as suas capacidades; que na sociedade da informação e do conhecimento, o ser humano pode exercitar seus direitos, participar ativamente da sociedade por meio da leitura, robustecer os valores democráticos, desenvolver a criatividade, ter conhecimento dos valores e formas de pensamento de outras pessoas e culturas (LAJOLO E ZILBERMAN, 2009, p. 126-127).

Em uma investigação posta em prática em 2011, a pesquisa *Retratos de Leitura no Brasil*, destaca que leem mais os indivíduos que fazem parte das classes sociais mais elevadas. Contudo, quando ocorrem políticas públicas, como a distribuição de obras sem custos para as escolas e bibliotecas, o resultado indica que essas iniciativas são incapazes de modificar os baixos números dessas estatísticas.

É consensual que a escola é o centro de formação de leitores, com o auxílio do professor, a partir de sua atuação e estratégias de estímulo. A pesquisa *Retratos de Leitura no Brasil*¹¹ reitera que os pais que contam histórias para seus filhos possuem papel essencial na sua formação como leitores. Na medida em que os educandos deixam o espaço escolar, o índice de leitura despenca de forma considerável.

Um dado importante levantado na pesquisa *Retratos da Leitura*, aponta que, entre os anos 2000 e 2006, o Brasil passou a ter mais de 5 milhões de pessoas com nível superior, aumentando esse número para 15 milhões de habitantes com esse nível de instrução. Neste mesmo período, 12 milhões de jovens tiveram o Ensino Médio concluído. Em 2006, o número de brasileiros matriculados na escola, da Educação Infantil até a formação universitária, era de 61 milhões. É preciso salientar que neste mesmo período programas de distribuição de livros foram criados e as obras gratuitas entregues alcançaram alunos do Ensino Médio, no qual 9 milhões de alunos estavam matriculados. Esses números podem facilitar o entendimento sobre as alterações no comportamento leitor dos brasileiros (AMORIM, 2008, p. 27).

Conforme os dados obtidos por meio da *Retratos de Leitura no Brasil 3*, nosso país possui 88,2 milhões de leitores (50% da população).

¹¹ De acordo com Failla (2012), *Retratos da Leitura* passou a ser referência quando se trata de comportamento do leitor em nosso país desde que foi lançada a primeira edição em 2001. É a única pesquisa realizada em âmbito nacional a respeito do comportamento leitor. Após o surgimento do Instituto Pró-Livro (IPL) em 2006, a pesquisa passou a ser divulgada pelo IPL (Failla, 2012, p. 23-24).

São 7,4 milhões a menos do que no ano de 2007, quando 55% dos brasileiros declaravam ser leitores. Ao buscar a causa desse resultado baixo, o preço apareceu em 13º lugar como motivo para a queda do número de leitores, com 2% dos entrevistados. A primeira razão para a queda aponta a falta de interesse, com 78%, e a falta de tempo ficou em segundo, com 50%. Todavia, houve um número maior de fidelização aos livros pelos leitores: 49% leem mais, contrapostos aos 40% de 2007. O índice de leitura por prazer também cresceu em 2011, alcançando 75%, contra os 70% apontados em 2007. A média de livros lidos no ambiente familiar cresceu: de 25 (2007) para 34 (2001), em um aumento de 36% (PANSÁ, 2012, p. 7).

Os índices de leitura apontam que, no ano de 2008, a média de livros lidos era de 4,7 ao ano. No ano de 2012 este número caiu para 4, somados à leitura dos livros didáticos. Em uma comparação com outros países ibero-americanos – que realizam uma pesquisa seguindo a mesma direção indicada pelo Cerlalc – vemos que o Brasil está acima do México (2,9) e a Colômbia (2,2), mas fica abaixo da Argentina (4,6), do Chile (5,4) e muito abaixo de Portugal e da Espanha, com 8,5 e 10,3, respectivamente (FAILLA, 2012, p. 30).

Em se tratando do número de leitores que estudam, as duas últimas edições indicam que o número de leitores ficou próximo de dobrar. Desta informação subentende-se que o fornecimento de livros didáticos para estudantes do ensino básico corroborou para que se leia mais durante o período escolar e assinala a importância da criação de ações permanentes para conquistar esses leitores, que realizam a leitura das obras por obrigação enquanto estão na escola. Estamos diante de um possível caminho para transformarmos essa experiência em algo prazeroso e não passível de imposição (FAILLA, 2012, p. 31).

A pesquisa também revelou o perfil dos leitores: dentre os 88,2 milhões de leitores – 50% da população – 57% são do sexo feminino; 4,3% moram na região Sudeste e a maior parte deles mora nas capitais e municípios que possuem mais de 100 mil habitantes. Destacados por categorias: 56,6 milhões estão em idade escolar (74%); 76% terminaram um curso superior; 79% fazem parte da classe A, 84% são crianças e 71% são jovens entre 14 e 17 anos.

5 Sobre fontes e procedimentos metodológicos: leitura e informação

O instrumento de pesquisa foi a leitura de obras acerca do direito à leitura e à informação, da importância da leitura, sobre o cenário da leitura e os leitores no Brasil e a respeito das políticas públicas de leitura. Dados bibliográficos que permitiram analisar o direito à leitura e à informação e sobre o quadro da leitura em nosso país. A pesquisa realizada

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

neste projeto é o do tipo analítico-interpretativo de investigação bibliográfica.

Nas obras bibliográficas selecionadas para este trabalho, buscamos destacar que a leitura e a informação consistem em um direito a ser assegurado pelo Estado e que deve ser estendido a todos os indivíduos, independente da classe social a que pertencem. A importância da leitura é consensual, mas os livros e a leitura ainda não fazem parte do cotidiano de muitos brasileiros. Dessa forma, é fundamental reiterar essas questões para que a sociedade passe a perceber os benefícios que a leitura pode nos proporcionar e, acima de tudo, o quanto ela é indispensável para a conquista e o aprimoramento do nosso conhecimento. O quadro da leitura e dos leitores apresentado é extremamente relevante para destacar que caminhos devem ser tomados para fomentar o ato da leitura e modificar o quadro atual que ainda não pode ser considerado ideal. No que tange às políticas de leitura, há um número considerável de campanhas e projetos em prol deste ato. Todavia, na prática, seus efeitos ainda não atingem a totalidade da população. É preciso que ocorra uma união entre o governo, docentes, bibliotecários e a sociedade em geral para que o ato da leitura possa ser efetivado por toda a sociedade brasileira.

A análise e interpretação de dados foram realizadas a partir do referencial teórico coletado, com obras selecionadas que dizem respeito ao objeto de pesquisa, bem como o cruzamento desses dados para a realização do trabalho. Por meio deste, pudemos ter a percepção de como está o panorama da leitura no Brasil e em outros países como a Argentina. O caminho em busca de uma nação leitora é árduo, mas as políticas públicas de leitura possuem as diretrizes necessárias para fomentar a leitura e aumentar o número de leitores e de acesso às obras. Todavia, essas políticas devem ser revistas constantemente para acompanhar as possíveis modificações que venham a ocorrer na sociedade como o aumento ou diminuição do poder aquisitivo e a forma como a leitura é percebida por todos os cidadãos.

Considerações finais

A Constituição de 1988 elegeu fundamentos que devem ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade, dentre eles a dignidade da pessoa humana valor-base de todos os direitos fundamentais. Portanto, cultura sob o aspecto constitucional não pode ser tudo e segundo a visão de Humberto Cunha (2004, p.49), há de ser a produção humana ligada a um ideal de aprimoramento. Registramos ainda que os direitos culturais são os relacionados à tríade artes-memória coletiva-fluxo de sabe-

res/fazer/viveres/leitura, sendo possível identifica-los conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que se adéquam a uma dessas três categorias. Humberto Cunha (2000) defende ainda que é possível encontrar direitos culturais em todas as dimensões de direitos fundamentais (direitos de liberdade, igualdade e fraternidade ou solidariedade).

Historicamente, apesar de ser um direito fundamental legítimo tal qual a educação e, de estar previsto em vários documentos legais citados, a cultura não tem recebido atenção por parte dos administradores públicos. Isso é facilmente verificável se analisarmos as estatísticas da Síntese de Informações e Indicadores Culturais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Verifica-se que no ano de 2003, o poder público, nas três esferas investiu R\$ 2,4 bilhões, valor que aumentou no ano de 2005, para R\$ 3,1 bilhões. Aparentemente, parece contraditória a afirmação, no entanto, se compararmos no mesmo período o investimento em outros direitos como a saúde ou educação, esses valores vão para mais de R\$ 100 bilhões, o que ratifica o investimento incipiente.

Com a realização deste trabalho, percebemos também que a leitura ainda não está presente na preocupação dos gestores públicos como de outros países como a Argentina e Uruguai. Em muitos casos, os livros não são percebidos como um bem cultural fundamental e as condições sociais não favorecem sua aquisição. Neste sentido, é necessário que ocorra uma maior distribuição gratuita das obras nas escolas e bibliotecas e que haja o incentivo para que os alunos frequentem assiduamente as bibliotecas escolares. Conjuntamente, é preciso que a população em geral tenha maior acesso às bibliotecas públicas. Aos poucos, com a participação efetiva do Estado, o panorama da leitura pode ser alterado e as obras possam estar presentes nos âmbitos escolar e familiar.

Nas obras analisadas, destaca-se o direito à leitura à informação, um direito constitucional e cultural. A educação é assegurada pelo Estado, mas para conquistar o direito à leitura, que também deve ser garantido pelo Estado, é imprescindível que uma consciência da sua importância venha a ser despertada. Somente quando todos tiverem essa percepção é que os resultados positivos em relação ao número de leitores serão efetivamente alterados gradativamente.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Referências

- AMORIM, Galeano. *Retratos da Leitura no Brasil*. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2008.
- CANDIDO, Antonio. *O direito à literatura: vários escritos*. São Paulo; Rio de Janeiro: Duas Cidades; Ouro sobre Azul, 2011.
- CASTRILLÓN, Silvia. *O direito de ler e escrever*. Tradução: Marcos Bagno; São Paulo: Pulo do Gato, 2011.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. *Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: A Representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- FAILLA, Zoaira. *Retratos da leitura no Brasil 3*. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2012.
- GIARDINELLI, Mempo. *Voltar a ler: propostas para ser uma nação de leitores*. São Paulo: Ed. Nacional, 2010.
- INSTITUTO PRÓ-LIVRO. *Retratos da Leitura no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2011.
- LAJOLO, Marisa; ZILBERMAN, Regina. *Das tábuas da lei à tela do computador: a leitura em seus discursos*. São Paulo: Ática, 2009.
- ORLANDI, Eni Pulcinelli. *Discurso e Leitura*. São Paulo: Cortez, 2012.
- PANSA, Karine. Fazer do Brasil um país de leitores é o nosso desafio. In: FAILLA, Zoaira. *Retratos da leitura no Brasil 3*. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2012. p. 7.
- PETIT, Michèle. *Leituras: do espaço íntimo ao espaço público*. São Paulo: Editora 34, 2013.
- PEZZELLA, M. C. C. & BUBLITZ, M. D. Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo. *Seqüência*, Florianópolis, n. 68, p. 239-260, jun. 2014.
- RED INTERNATIONAL DE CUENTACUENTOS. *Declaración universal de los Derechos de los niños a escuchar cuentos*. Disponível em: <<http://www.cuentacuentos.eu/teorica/articulos/Derechosdelosninosaesuchar cuentos.htm>>. Acesso em: 02 de novembro de 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. IN: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ZILBERMAN, Regina. *A leitura e o ensino da literatura*. Curitiba: InterSaberes, 2012.

CULTURA ESCOLAR, IDENTIDADE E TECNOLOGIAS DIGITAIS*

Thaís Janaina Wenczenovicz**
Rodrigo Espíúca dos Anjos Siqueira***

*O mais triste sobre o ciberespaço
é que há cada vez menos chance para a surpresa.
Quando você caminha na rua,
coisas que não espera podem acontecer.
Quando está no Facebook,
isso é feito tão sob medida
que fica difícil a ideia de aprender alguma coisa que não soubesse,
afinal, tudo é customizado, feito para seu perfil.
Isso é um tipo de redução de quão inteligente
o público à minha volta pode ser.
SENNET, Richard¹*

Sumário: Introdução. 1 Educação, Tecnologias Digitais e Sociedade da Informação. 2 Sociedade da Informação no contexto educativo. 3 Sociedade da informação e o sujeito de direitos. Conclusão. Sumário.

Introdução

O mundo atual depende cada vez mais dos veículos midiáticos e a escola, como parte da sociedade, não deve deixar de incorporar as inovações tecnológicas deste início de século. Uma das caracterís-

* O devido estudo integra a linha de pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos a qual promove o aprofundamento investigativo e formativo das conexões entre direitos cíveis, direitos humanos e Constituição, com ênfase na eficácia horizontal dos direitos fundamentais e na proteção de duas modalidades específicas de direitos subjetivos: os direitos de personalidade e os direitos de propriedade no contexto da sociedade da informação e da inovação tecnológica junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus de Chapecó.

** Docente Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS). Professora Colaboradora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC/ Brasil.

*** Advogado, Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Brasília, professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação das Faculdades Anglicanas de Erechim e de Tapejara/Brasil.

¹ Sociólogo americano, Sennett publicou em 1977 o clássico *O declínio do homem público*, em que aborda, entre outras coisas, as mudanças de comportamento do homem desde o século 18, sobretudo em relação a intimidade, individualismo e exposição. É autor de diversas obras e dentre as recentes publicações está *O Declínio do Homem Público: as tiranias da intimidade*. São Paulo; Companhia das Letras, 1988. Tradução: Lygia Araújo Watanabe.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ticas mais marcantes da atualidade é a influência dos meios de comunicação de massa (mídia) na vida cotidiana. Por isso, estamos, frequentemente, presenciando debates polêmicos sobre os benefícios e os malefícios do poder da mídia e a interação da escola com as tecnologias.

O advento das tecnologias de informação e comunicação (TIC) na escola evidencia desafios e problemas relacionados aos espaços e aos tempos que o uso das tecnologias novas e convencionais provoca nas práticas que ocorrem no cotidiano da escola. Para entendê-los e superá-los é fundamental reconhecer as potencialidades das tecnologias disponíveis e a realidade em que a escola se encontra inserida, identificando as características do trabalho pedagógico que nela se realizam, de seu corpo docente e discente, de sua comunidade interna e externa, bem como de sua presença e acessibilidade.

Há um discurso generalizante afirmando o uso excessivo das tecnologias interativas por grande parte da sociedade brasileira. Entretanto, quando colocamos no escopo da análise os espaços escolares nos deparamos com índices e realidades diferentes. Na última década diversos programas de Secretarias Estaduais e Municipais da Educação e do Ministério da Educação (MEC), estão levando computadores e internet para as escolas públicas brasileiras, entretanto, a simples introdução destas tecnologias não é suficiente para a melhoria da qualidade da educação. Na maioria dos casos, os computadores chegaram às escolas sem o respaldo de uma proposta pedagógica (Gimenez, 2001 p. 19-32.).

Há, ainda, aqueles que são radicalmente contrários à utilização de computadores pelas crianças nas escolas. Setzer argumenta que eles deveriam ser usados apenas no ensino médio, quando o jovem já tem certo grau de maturidade intelectual. Ele fundamenta seu discurso nos conceitos de desenvolvimento de crianças e adolescentes introduzidos por Rudolf Steiner, que difundiu a pedagogia Waldorf. (Setzer, s. d.). Entretanto, esse pensamento por ser afastado quando se trata de crianças que tem contato com celulares conectados a Internet.

Sabemos que no processo de incorporação das tecnologias na escola, pretende-se dentre tantos objetivos ampliar a diversidade dos recursos pedagógicos, possibilitar a abrangência e a rapidez de acesso às informações, bem como reconhecer as novas possibilidades de comunicação e interação, o que propicia novas formas de aprender, ensinar e produzir conhecimento, que se sabe incompleto, provisório e complexo. Entretanto, para que esse cenário seja concreto e tal, é necessário a devida estruturalização desses novos espaços e contextos no ambiente escolar.

Nessa assertiva faz-se necessário indicar que metade das escolas públicas do Brasil (2014) não tem computador para os alunos nem acesso

à internet. No país, embora tenha diminuído em um terço o número de estudantes por equipamento - de 96, em 2008, para 34 em 2013 -, as escolas ainda enfrentam problemas de infraestrutura básica: falta banda larga, laboratório de informática e até energia elétrica. (ONG Todos pela Educação, 2014)

Segundo dados obtidos pelo do Censo Escolar 2013, os números confirmam e mostram que, atualmente, 48,1% das escolas públicas de ensino básico não têm computador para uso individual dos alunos. Como apontado, a situação, contudo, melhorou nos últimos anos. De 2008 a 2013, o total de unidades sem acesso à internet caiu de 72,5% para 49,7% e o de escolas sem banda larga, de 82,3% para 59,3%. (INEP/Censo Escolar: 2013)

Apesar das melhorias, o país ainda está distante das metas de universalizar o acesso à banda larga e de triplicar a oferta de computadores por aluno na rede pública, previstas no Plano Nacional de Educação, recentemente aprovado no Congresso. Nesse prisma, se analisarmos a realidade por regiões a situação se agrava. Esses patamares ainda estão longe de serem atingidos, principalmente no Norte e Nordeste, que apresentam profundas desigualdades em relação às demais regiões. Apesar de terem investido na compra de equipamentos e apresentarem a redução mais significativa no número de alunos por computador de 2008 a 2013 - saíram de 163 e 162 alunos por máquina para 48 e 42, respectivamente -, essas regiões ainda têm as piores taxas de alunos por equipamento. A região Sul, com 21 estudantes por computador, é a melhor. Em seguida estão o Centro-Oeste (30 por 1) e o Sudeste (35 por 1). (INEP/Censo Escolar: 2013)

Constatado esse paradoxo, alude-se que o devido estudo traçará elementos que apontam a evolução do ingresso e consolidação das tecnologias digitais na Escola Básica brasileira, trazendo como metodologia o procedimento analítico investigativo, tendo por base documental dados estatísticos fornecidos por órgãos nacionalmente reconhecidos pelo princípio da pesquisa-ação.

O artigo divide-se em três partes. A primeira parte intitula-se 'Educação, Tecnologias Digitais e Sociedade da Informação' e apresenta elementos de entrelaçamento entre a prática educativa e suas relações com a Sociedade da informação. A segunda denominada 'Sociedade da Informação no contexto educativo' traça a breve trajetória da oferta em investimentos em tecnologia no espaço escolar nacional. A terceira e última parte, intitulada de 'Sociedade da informação e o sujeito de direitos' aborda elementos referentes às influências nos aspectos da cultura escolar e das relações intersubjetivas desta nova conformação tecnológica e do acesso às novas tecnologias da informação e comunicação em sala de aula. Aborda ainda, o papel do direito neste contexto social escolar.

1 Educação, Tecnologias Digitais e Sociedade da Informação

É consenso entre educadores e pesquisadores que a infraestrutura disponível nas escolas tem importância fundamental no processo de aprendizagem. Nesse aspecto é ponto de convergência entre os pesquisadores da área que a escola mantenha padrões de infraestrutura adequados para oferecer ao aluno instrumentos que facilitem seu aprendizado, melhorem seu rendimento e tornem o ambiente escolar um local agradável, sendo, dessa forma, mais um estímulo para sua permanência na escola.

Neste aspecto buscou-se verificar o entrelaçamento de dados do Censo Escolar (2013) a prevalência de alguns recursos físicos/pedagógicos dos alunos do ensino fundamental da rede pública, a qual nos apontam que 75,7% dos matriculados estão em escolas que possuem biblioteca ou sala de leitura; 80,6% em escolas equipadas com laboratório de informática; 82,3% em escolas que oferecem acesso à internet; 61,4% em escolas que possuem quadra de esporte; e 36,8% em escolas que tem dependências e vias adequadas a alunos portadores de necessidades especiais ou mobilidade reduzida.

Já para a rede privada de ensino, esses percentuais são de 90,7% (biblioteca ou sala de leitura), 75,6% (laboratório de informática), 96,8% (acesso à internet), 77,7% (quadra de esporte) e 44,3% (vias adequadas a alunos com deficiência ou mobilidade reduzida). As escolas de ensino médio possuem melhor infraestrutura que as de ensino fundamental. (MEC/Inep/Deed, 2014)

Segundo Silva (2014, 63), o uso da Internet na escola é exigência da cibercultura, isto é, do novo ambiente comunicacional-cultural que surge com a interconexão mundial de computadores em forte expansão no início do século XXI. Novo espaço de sociabilidade, de organização, de informação, de conhecimento e de educação. Cada vez se produz mais informação on-line socialmente partilhada. É cada vez maior o número de pessoas cujo trabalho é informar on-line, cada vez mais pessoas dependem da informação on-line para trabalhar e viver. A economia assenta-se na informação on-line. As entidades financeiras, as bolsas, as empresas nacionais e multinacionais dependem dos novos sistemas de informação on-line e progridem, ou não, à medida que os vão absorvendo e desenvolvendo. A informação on-line penetra a sociedade como uma rede capilar e ao mesmo tempo como infraestrutura básica. A educação on-line ganha adesão nesse contexto e tem aí a perspectiva da flexibilidade e da interatividade próprias da Internet.

Essas e tantas outras afirmações são utilizadas para justificar a aquisição e o uso das tecnologias digitais no processo de ensino-

aprendizagem. Quando o professor convida o aprendiz a um site, ele não apenas lança mão da nova mídia para potencializar a aprendizagem de um conteúdo curricular, mas contribui pedagogicamente para a inclusão desse aprendiz na cibercultura. Entretanto, devemos considerar que o processo educativo se efetiva quando há concretude na troca de saberes entre educador e educando.

Nessa tônica, temos que destacar que grande parte dos professores dos países emergentes e subdesenvolvidos não dispõe das habilidades técnicas e da formação pedagógica, bem como enfrentam a barreira linguística – já que a língua inglesa é majoritária na Internet – e esses não a dominam. Windschitl e Sahl (2002, p. 165), porém, afirmam que a integração das novas tecnologias ao processo didático-pedagógico é muito mais complexa que o modelo incremental de acumulação de experiências ou de estratégias oferecidas por treinamentos externos ou em serviço.

Entre os desafios enfrentados pelos educadores, destacam-se a demanda por mais capacitação, em especial direcionada para a integração dos recursos tecnológicos à sua área e disciplina específica, e as dificuldades enfrentadas pelos professores em interagir com alunos com e sem laptops numa mesma sala de aula. Segundo Silvernail & Lane (2004), o treinamento de alunos-monitores ajudaria a minimizar problemas técnicos mais simples, reduzindo frustrações de professores e alunos e permitindo a continuidade das atividades com o mínimo de interrupção. Entretanto, faz-se necessário registrar que nessa nova relação ter-se-ia que quebrar um antigo tabu na condição de professor – sua ‘autoridade’, pois esse vem dotado de uma forte carga de formação pedagógica a qual confronta com essa realidade, pois seus saberes que não devem ser questionados e/ou partilhados de forma simplória com os alunos.

No quesito problemas estruturais é importante ressaltar que a performance dos equipamentos: em maior ou menor grau, tem sido uma dificuldade experimentada por alunos e professores. O problema se agrava, principalmente àqueles alunos que já tinham contato com a informática e se deparam com equipamentos obsoletos ou programas mais lentos do que o convencional que demoram a abrir os programas e travam constantemente quando utilizados em multitarefas.

A conexão com a Internet também figura dentre os problemas candentes no contexto escolar da escola Básica. As conexões são, em alguns casos, lentas e de pouca confiabilidade. O problema da lentidão é mais intenso nas escolas que contam com banda mais estreita, principalmente nos momentos de pico de utilização. Não raro, há momentos em que até cem máquinas estão conectadas ao mesmo tempo. Acresce-se a essa dificuldade também a falta de confiabilidade na rede, já que a oferta de Internet é interrompida com certa frequência.

É comum também na maioria das escolas, a estrutura de suporte técnico apresentar problemas com rede, servidor, quebra de equipamentos e carregadores, instalação/reinstalação de aplicativos, manutenção dos laboratórios de informática, entre outros como corriqueiros. Sabemos que a existência e a tempestividade do suporte técnico são relevantes para garantir o desenvolvimento das atividades programadas pelos professores, além de decisivos para assegurar a motivação de todos no processo de ensino-aprendizagem.

Nessa seara, é válido reafirmar que a relação à capacitação continuada, o diálogo e a colaboração com os profissionais docentes no planejamento pedagógico são capazes de apontar, de forma bastante precisa, as necessidades de melhorias estruturais e didático-pedagógico. Programas de capacitação continuada também devem levar em conta a dinâmica do mundo tecnológico e sua velocidade. Novas tecnologias, softwares e funcionalidades são regularmente oferecidas a um mercado ávido por inovações e avanços, criando novos níveis de desenvolvimento de fluência digital e requerendo novas habilidades e competências por parte dos profissionais da educação.

Os custos iniciais e os problemas subsequentes de implantação não impediram a disseminação das tecnologias digitais no ambiente escolar brasileiro – embora tenham determinado a velocidade de sua democratização as classes menos favorecidas. As expectativas sobre seus efeitos – renovadas com a popularização da rede mundial de computadores –, aliadas ao status de “símbolo de modernidade” que elas trazem consigo, fizeram com que projetos de informatização das escolas ganhassem suporte via políticas públicas em todos os Estados da nação brasileira.²

2 Sociedade da Informação no contexto educativo

Desde o final da década de 1990, a Sociedade da Informação em consonância a introdução das tecnologias de informação, comunicações e a cibercultura foram inseridas no contexto educativo. Essa é aceita pela maioria dos sistemas de ensino e, atuam como um epítome do desenvolvimento educacional na história da humanidade. Nesse sentido, os governos nacionais têm investido massivamente na compra de equipamentos,

² Após a superação e quebra de paradigma da inclusão das tecnologias na escola e suplantada a ideia de que a finalidade do computador na escola era o domínio da informática como um fim em si mesmo, para entendê-lo como uma ferramenta importante no processo de mudança de paradigma na educação. Reconhecia-se seu potencial pedagógico, mas também que sua introdução, em vários projetos, tinha encontrado altos e baixos, em virtude de barreiras sociológicas e institucionais não previstas inicialmente.

softwares e formação docente continuada, à medida que surgem recursos tecnológicos inovadores.

A partir do fim da década de 1980, diversas ações municipais e estaduais em todo o país se somaram às iniciativas federais quanto aos investimentos em informática educativa. Na esfera nacional, data de 1989, o primeiro programa gerido por uma política pública para inserir as tecnologias e recursos tecnológicos ao contexto educativo/escolar. Por meio do Ministério da Educação foi instituído o Programa Nacional de Informática na Educação (Proninfe) com o objetivo de promover o desenvolvimento da informática educativa e seu uso nos sistemas públicos de ensino (1º, 2º, 3º graus e Educação Especial).

Em 1997, o MEC criou o Programa Nacional de Tecnologia Educacional (ProInfo) para promover o uso pedagógico de Tecnologias de Informação e Comunicações (TICs) na rede pública de ensino Fundamental e Médio. Nos últimos anos, o ProInfo deu ênfase à implementação de laboratórios de informática nas escolas de Ensino Médio e, atualmente, concentra seus esforços para implementação de laboratórios de informática em escolas de Ensino Fundamental de áreas rurais e urbanas que ainda não dispõem deste tipo de infraestrutura. O programa também atua fomentando ações de apoio à formação a distância de professores por meio do e-ProInfo.

Segundo pesquisa coordenada pela UNESCO, intitulada Pesquisa TIC Educação 2012 - Pesquisa sobre o uso das TIC nas escolas brasileiras, publicada em 2013, a proporção de escolas com acesso à internet sem fio nas escolas públicas brasileiras circula em torno de 57% e as escolas privadas contemplam 73%. A mesma pesquisa aponta que para 78% dos diretores, 73% dos professores e 71% dos coordenadores das escolas públicas, a baixa velocidade de conexão dificulta o uso das TIC nas atividades de direção e supervisão escolar, bem como inibe em muitos momentos o uso pedagógico da tecnologia no cotidiano escolar.

No quesito relação docente e uso de tecnologias no contexto escolar é importante salientar que a proporção de professores com computador portátil aumentou 10 pontos percentuais de 2011 para 2012. Em 2013 indicava-se que 8% dos docentes de escolas públicas possuíam tablet e, desses a metade dos professores que possuem computador portátil ou tablet, levavam o equipamento à escola. Apesar da proporção estável, o valor absoluto dos professores que levam seu computador portátil e tablet é maior, pois aumentou a posse entre os professores. (UNESCO, 2013, p.15)

Outro elemento importante diz respeito a proporção de professores que acessam a Internet por meio do telefone celular. Houve um

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

crescimento de 9 pontos percentuais de professores que acessaram a internet por meio do telefone celular em relação ao ano de 2012/2013. Entretanto, de acordo com o Censo Escolar 2013, menos da metade dos professores de escolas públicas cursaram alguma disciplina voltada especificamente ao uso do computador e Internet em sua formação inicial – Graduação. Existe um hiato na formação de educadores quanto a Inclusão Digital e Educação Digital. Poucos ao adentrarem na escola possuem conhecimentos de nível médio a fim de construir conhecimento.

A massificação do consumo e o barateamento de tecnologias móveis impulsionam o surgimento no mercado de novas plataformas móveis de baixo custo tais como o XO da One Laptop per Child (OLPC), o Classmate da Intel e o Móbilis da Encore. Essas plataformas introduzem o conceito de aprendizagem móvel. As tecnologias móveis de baixo custo quebraram paradigmas ao buscar caminhos para a fabricação de computadores portáteis a um preço acessível, de tal forma que fosse possível fornecer um computador por aluno.

Em 2007, o governo brasileiro também criou um projeto denominado Um Computador por Aluno (UCA), cujo objetivo era distribuir um computador móvel para cada estudante matriculado nas escolas públicas. Na primeira fase do projeto foram conduzidos cinco experimentos com os diferentes modelos de laptops.³(MEC, 2014)

No projeto UCA foi adotada também a política de software livre. Essa atitude foi primordial no que diz respeito a um dos principais objetivos do programa que é fazer um computador com o menor custo possível, isso fez com que o XO fosse conhecido como Laptop de U\$100,00. O fato de o projeto estar utilizando o software livre trouxe como benefício não apenas a otimização de custo, mas por também habituar as crianças com a sua utilização, pois uma das maiores dificuldades de implementação do Software Livre como o Linux é a resistência dos usuários com a interface que difere um pouco da interface do Windows que já é utilizado pela grande maioria.

Além dos Programas propostos pelo governo federal existem também editais e linhas de cooperação – entre os poderes estaduais e municipais – que auxiliam na organização do espaço escolar digital e tecnologizado. Dentre eles pode-se citar:

³ Durante o Fórum de Davos, em 2005, o pesquisador americano Nicholas Negroponte lançou o desafio aos diversos países do mundo a se engajarem num esforço global de universalização do acesso às tecnologias da informação e comunicação (TICs), a partir da meta de garantir a todas as crianças o direito ao seu próprio computador, tomando como lema a idéia de um laptop para cada criança (One Laptop per Child – OLPC).

a) Computador Interativo e Lousa Digital: O dispositivo permite apresentar conteúdos digitais armazenados no servidor da escola (aonde chega a banda larga e estão disponíveis conteúdos) captados pelo dispositivo via rede wireless. Permite também apresentar conteúdos armazenados pelos professores em pen-drive e conteúdos disponíveis em DVD, além de incorporar funcionalidade que permite ao computador interativo transformar a superfície de projeção em um quadro interativo (Lousa Digital);

b) Instrumentos Musicais e eletrônicos: atrelado ao Programa Mais Educação (2007) propõe estimular a educação integral a partir da ampliação da jornada escolar, da oferta de equipamentos públicos e da articulação com atores sociais que contribuam para a diversidade e riqueza de vivências por meio do desenvolvimento da arte e da musicalidade. O projeto prevê a aquisição de instrumentos musicais e eletrônicos de áudio e vídeo destinados às atividades de banda, rádio escolar, hip hop, cineclube e vídeo nas escolas públicas;

c) Laboratório móvel profissionalizante – e-Tec Brasil: O laboratório é constituído de um caminhão, um baú carga geral e um contentor com avanço lateral mobiliado e equipado para ofertar cursos técnicos de nível médio (educação profissional), permitindo a capacitação continuada a alunos matriculados na educação de jovens e adultos ou egressos do ensino médio;

d) Prouca: é um programa pelo qual estados, municípios e o Distrito Federal podem adquirir computadores portáteis novos para uso das suas redes públicas de educação básica. A empresa habilitada para esta venda foi selecionada por meio de pregão eletrônico para registro de preços realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O laptop possui configuração exclusiva e requisitos funcionais únicos, tela de cristal líquido de sete polegadas, bateria com autonomia mínima de três horas e peso de até 1,5 kg. É equipado para rede sem fio e conexão de Internet;

e) Serviço de Tecnologia 3D: O Programa Banda Larga nas Escolas - PBLE, busca conectar as escolas públicas urbanas à Internet, a rede mundial de computadores, por meio de uma tecnologia que propicie qualidade, velocidade e serviços para incrementar a e-

ducação. Com o acesso à internet por meio da tecnologia 3G, o professor poderá ficar conectado em qualquer ambiente da escola, assim como em locais fora do espaço escolar como, por exemplo, a sua residência. A conexão permite que a tecnologia seja utilizada para assuntos pertinentes ao que está sendo estudado em sala de aula, bem como acesso às redes sociais educacionais que, por sua vez, estão apresentando informações mais satisfatórias e fartas, onde se pode encontrar informações detalhadas sobre assuntos específicos;

f) Tablet Educacional: objetiva garantir as condições de acesso às novas tecnologias de informação e comunicação nos contextos social, acadêmico e escolar aos professores e estudantes das escolas públicas do país. Foi desenvolvido com tela colorida e com tecnologia LCD ou OLED e se encontra disponível em 2 tamanhos: Tipo 1 - com tamanho mínimo de 7 (sete) e máximo de 8,9 (oito vírgula nove) polegadas) e, Tipo 2 - com tamanho mínimo de 9 (nove) e máximo de 10.1 (dez vírgula uma) polegadas.

Nessa assertiva, as ações implementadas nos diversos níveis educacionais no Brasil por meio de políticas públicas pontuais tiveram por objetivo central retirar do país o rótulo de ser uma nação pobre e infoexcluída. De acordo com o *International Bureau of Education*, órgão da Organização das Nações Unidas para a Educação e a Ciência (Unesco) especializado em educação com o objetivo de facilitar a oferta de educação de qualidade em todo o mundo, criou-se um estigma globalizado que correlaciona o aparato tecnológico da escola, da universidade ou do centro de ensino à qualidade da educação, tornando-o sinônimo de mão-de-obra qualificada. (AVIRAM, 2000, p. 331)

Aviram (2000, p.335) propõe que o desenvolvimento mais significativo que acompanha a revolução das TICs na educação ocorre num movimento interrelacional nos ambientes externos e internos da escola. Sabe-se que o ciberespaço possibilita o auto-aprendizado, facilita a interatividade e estimula a troca de informações e saberes, mas não garante o sucesso do aprendizado, comumente desmotivado pela falta de estímulo. Disso decorre a importância da escola e do professor como mediadores do conhecimento a ser construído, aliados às estratégias pedagógicas, materiais didáticos e metodologias de ensino. Ainda assim, particularidades por vezes desconhecidas, outrora ignoradas, fazem a diferença quando “linhamos” educação a cibercultura.

Para a educação, urge que se implementem mudanças no ensino tradicional, secularmente institucionalizado, reconfigurando práticas comunicativas de acordo com o novo cenário sociotécnico atual, frente à emergência de novas formas de comunicação interativa (muitos para muitos) e da miríade de conteúdos informativos na rede. Doravante, acompanhar a evolução midiática e fazer uso tanto dos antigos quanto dos novos recursos comunicativos é um imenso desafio, congêneres às peculiaridades de cada contexto educativo (situações ambientais e transformações da consciência coletiva em rede), obviamente, em sentido figurado, tendo em vista que a alfabetização midiática não está disponível a grande parte da população mundial.

Outro elemento singular a ser dito no quesito inclusão digital e consumo de tecnologias em nível de Brasil está relacionado a forma como as mesmas adentraram no país. Em primeira instância as tecnologias chegaram envoltas no advento do entretenimento, para posterior somarem-se ao contexto escolar. Isso significa que tecnologia e cibercultura anterior a qualquer conceito de funcionalidade e uso educativo relaciona-se com diversão, consumo e ostentação.

Nessa assertiva, Bauman (2008) afirma que o consumismo consiste em arranjo social reciclador de vontades, desejos e anseios humanos, constantes e frequentes, sendo o consumismo a força propulsora e operativa da sociedade. Acrescenta o autor que a capacidade do indivíduo em querer ou desejar se destaca do próprio indivíduo como se fosse uma força externa, colocando os consumidores em constante movimento, ao mesmo tempo em que são estabelecidas estratégias e manipulação de escolhas individuais.

Bauman (2010) sugere que se vive uma cultura agorista, ou seja, o consumo é imediato. Inclusive pode-se considerar as tecnologias e virtualidades uma mercadoria muito desejada a ser consumida. Propõe também o consumo inserido na 'modernidade líquida' coloca a identidade em um processo de transformação que provoca fenômenos como a crise do multiculturalismo, o fundamentalismo islâmico ou as comunidades virtuais da internet (2005)

Já aos educadores e pensadores da temática, as tecnologias e ciberespaço equivalem a um universo virtual que suporta o processo de criação, produção e distribuição de produtos, informações e serviços; a inteligência coletiva, o hipertexto e a inteligência artificial; as interfaces síncronas e assíncronas de comunicação; as comunidades virtuais, a colaboração em massa e a interatividade em tempo real, onde as pessoas estão conectadas e o conhecimento é compartilhado (através de imagens, vídeos, textos, áudios) em escala global (TEIXEIRA, 2012b).

Nessa dinâmica, a cibercultura totaliza esse contexto como símbolo de um período da história da humanidade marcado pela comunicação eletrônica e pelas mídias digitais, influenciando, direta ou indiretamente, a educação e os modos de ensinar e aprender. Também é possível elencar que a cibercultura se faz presente na educação por meio de múltiplas linguagens, múltiplos canais de comunicação e em temporalidades distintas. As interfaces da Web 2.0, por exemplo, permitem um contato permanente entre escola, professores, alunos e seus pares no ambiente virtual de ensino. Sem fronteiras para o conhecimento, os conteúdos educativos são trabalhados interativamente na comunidade estudantil, de forma síncrona e assíncrona, com a possibilidade de produzir e compartilhar conhecimentos colaborativamente com qualquer outro estudante em qualquer parte do mundo.

Entretanto, apesar dos significativos benefícios para o processo de ensino-aprendizagem, devemos repensar a influência da internet e das novas tecnologias em nossa cultura, conscientes de seus pontos fortes e limitações, como a falta ou a precariedade de acesso à rede. Além disso, é fundamental avaliar a capacidade do estudante para utilizar as tecnologias propostas como instrumento de produção de conhecimentos transdisciplinares, e não apenas de informação, redefinindo a racionalidade comunicativa em estratégias educacionais no ambiente virtual ou exclusivamente como entretenimento.

Outro desafio será o de assegurar equidade de acesso às novas tecnologias a estudantes oriundos de contextos socioeconômicos desfavorecidos, de modo que a diferença entre a qualidade do ensino ofertado entre as diversas classes sociais do Brasil não se amplie.

Assim, o acesso às novas tecnologias e a sua utilização maciça nos ambientes escolares e pelos alunos, ainda que fora da sala de aula, provoca uma série de transformações nas formas de relacionamento entre as pessoas, ocasionando conflitos que podem transpor as fronteiras da escola e permear a vida privada dos envolvidos.

Nesse contexto, passa-se a analisar as influências desta nova conformação tecnológica nas relações intersubjetivas no contexto escolar e qual o papel do direito na regulação das relações sociais transformadas pelas tecnologias da informação e comunicação.

3 Sociedade da informação e o sujeito de direitos

É só nos últimos anos, que o conceito “Sociedade da Informação” adquiriu relevância mundial. Essa característica evidencia-se em decorrência da significativa interação e integração internacional em todas as áreas de desenvolvimento da vida humana. Segundo Ascensão, a área de maior destaque se evidencia em âmbito econômico, associada ao trânsito veloz das informações, interferindo dire-

tamente na cultura, no comportamento humano e nos vetores axiológicos. (ASCENSÃO, 2002)

Na verdade, para o autor, este conceito:

[...] não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor sealaria até em *sociedade da comunicação*, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação” (ASCENSÃO, 2002, p. 71) (grifo do autor)

Nas palavras de Bonilha (2003), o termo “Sociedade da Informação” só vai se consolidar em 1980, mais especificamente junto a Conferência Internacional da Comunidade Econômica Europeia. Essa intencionava analisar o desenvolvimento da nova sociedade, momento a qual se cunhou o termo e convencionou-se assim denominar esta nova sociedade, marcada pela intensa circulação de serviços e de medidas, bem como com a intenção de regular este trânsito e de adequar as normas e regras de acesso e a utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação.

Assim, a Sociedade da Informação foi definida pelo intenso trânsito das informações, da interação e integração das pessoas em um mundo globalizado onde as dinâmicas sociais mudam e transformam-se a todo o instante, fazendo-se necessária uma regulação deste trânsito para garantir a todos o usufruto dos meios de informação e comunicação.

Para Pezzella e Bublitz assim pode ser definida a sociedade da informação:

Sociedade da Informação é um termo – também chamado de Sociedade do Conhecimento ou Nova Economia – que surgiu no fim do século XX, com origem no termo Globalização. Esse tipo de sociedade encontra-se em processo de formação e expansão e esse novo modelo de organização das sociedades assenta num modo de desenvolvimento social e econômico cuja informação, como meio de criação de conhecimento, desempenha um papel fundamental na produção de riqueza e na contribuição para o bem-estar e qualidade de vida dos cidadãos. A condição para que a Sociedade da Informação avance é a possibilidade de todos poderem aceder às Tecnologias de Informação e Comunicação, presentes no nosso cotidiano, que constituem instrumentos indispensáveis às comunicações pessoais, de trabalho e de lazer. (PEZZELLA; BUBLITZ, 2014, p. 255-256)

Assim, nesse contexto dinâmico surgem conflitos entre os agentes privados e públicos, estendidos também às relações entre

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

particulares. Estes conflitos podem gerar ingerências no campo dos direitos dos cidadãos, em especial nos Direitos Humanos e Fundamentais.

Nesse contexto, o que ocorre é uma alteração na dinâmica das relações, entretanto, há uma continuidade nos interesses jurídicos tradicionais, quais sejam, a proteção dos direitos individuais e coletivos, de forma a proporcionar uma convivência pacífica e com segurança jurídica, em nome da democracia e do desenvolvimento. Este direito ao desenvolvimento diz respeito à possibilidade de o indivíduo desenvolver-se livremente e através do uso seguro e legítimo dos meios de interação e comunicação modernos, em especial a internet, que proporciona uma interação imediata, instantânea e ilimitada, com amplitude mundial e de assimilação simultânea.

No ambiente escolar, especialmente, essa interação pode causar graves violações aos direitos humanos e fundamentais. Cite-se como causas: a imaturidade emocional dos envolvidos nas relações entre colegas de classe, no ensino fundamental e médio; a repercussão na vida privada das pessoas de situações conflituosas que antes do advento das inovações tecnológicas não ultrapassava os muros da escola; as possibilidades de utilização de novos meios de ofensa, tais como a adulteração de arquivos digitais contendo a imagem e/ou a voz dos ofendidos.

Assim, é nessa rede de interação ampliada pelas tecnologias da informação e da comunicação, que múltiplas podem ser as violações dos direitos do indivíduo, especialmente no tocante à sua privacidade. Em um mundo onde a exposição contínua e o compartilhamento de informações pessoais e coletivas são a ordem do dia, o indivíduo resta exposto ao uso indevido e inescrupuloso de sua imagem. Gravíssimas podem ser as violações da privacidade e da intimidade, a exemplo da divulgação não autorizada de imagens e vídeos de conotação íntima, expondo as vítimas de tais atos à vexação pública em níveis impossíveis de medir, uma vez que o alcance das tecnologias da informação e da comunicação é de caráter mundial.

Crianças e adolescentes não possuem a maturidade adequada para entender os riscos a que se expõem quando permitem que se fotografe ou grave vídeos, que, potencialmente, podem ser utilizados para a humilhação pública.

E é nessa nova dinâmica de interação que o direito deve inserir-se, regulando o seu uso, e permitindo aos cidadãos a garantia de seus direitos ao ‘navegarem’ neste oceano de informações. Leonard assim expressa sua compreensão da importância e relevo que a rede mundial tomou nas relações sociais:

E, de fato, a utilização e a dependência dos diversos serviços e facilidades oferecidos pela Internet modificaram radicalmente o comportamento humano. A visão original do principal criador da *World Wide Web* era a de um espelho que refletisse as relações sociais. Nem mesmo ele imaginou que boa parte da interação humana passaria a ocorrer por meio da Internet. Seria ingênuo acreditar que essa transformação da realidade não teria consequências para o direito. (LEONARDI, 2012, p. 28-29)

De fato, ingênuo seria admitir que o direito não deve ocupar-se em regular as relações ocorridas por intermédio dos meios de comunicação digitais, uma vez que, embora não fisicamente presentes, ambos os interlocutores nas redes e mídias sociais, permanecem cidadãos e detentores de todos os direitos inerentes à sua condição de sujeito de direitos.

Para Pezzella e Bublitz, o direito deve adequar-se continuamente e produzir formas de regulação destas novas relações sociais:

[...] observa-se que o trabalho modificou-se ao longo do tempo, na medida em que as tecnologias de informação e de comunicação, formadoras da Sociedade da Informação, tornaram-se um elemento indissociável do desenvolvimento da atividade econômica, constituindo-se, igualmente, num fator cada vez mais importante na organização e estruturação das sociedades modernas. A realidade da vida cotidiana não pede autorização para romper padrões e alterar substancialmente a forma de criar riquezas. Essas novas formas de relações interpessoais reclamam do Direito a mudanças e à criação de novos instrumentos para tutelar e proteger as relações jurídicas. Logo, os padrões jurídicos ancorados na igualdade e na dignidade da pessoa humana também necessitam ser alterados para conferir efetividade aos direitos em constante ampliação. (PEZZELA; BUBLITZ, 2014, pp. 255-256)

Evidente que há necessidade de regular juridicamente as novas formas de relações sociais. Contudo, a insistência na aplicação dos modelos de análise jurídica tradicionais pode acarretar decisões que não sejam ideais para solucionar os conflitos e reparar as violações uma vez que há, de fato, alteração na matéria fática das relações sociais. Uma simples transposição das técnicas jurídicas tradicionais, sem a devida adequação ao novo contexto, pode ocasionar decisões deficientes e incapazes de refletir a realidade concreta do caso em estudo.

Leonardi (2012, p. 39) também expressa esta preocupação ao afirmar que “a principal dificuldade, portanto, é oferecer propostas de

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

soluções eficientes para os problemas práticos que se apresentam, reconhecendo as limitações do sistema jurídico.”

Lemos, por sua vez, entende que:

[...] não cabe insistir no modelo de análise jurídica tradicional, de procurar no ordenamento jurídico posto as normas jurídicas aplicáveis a essa situação, sem qualquer precedente histórico. O que interessa é apreender todos os ângulos da questão no sentido de que, ainda que as normas jurídicas aplicáveis sejam identificadas, sua eficácia resta gravemente comprometida por uma impossibilidade institucional do aparato adjudicante conseguir fazer valer a aplicação de tais normas.” (LEMOS, 2005, p. 13)

É com objetivo de promover o bom uso das tecnologias de informação e comunicação que a Organização das Nações Unidas criou a Agência Internacional das Telecomunicações (UIT), que não objetiva o controle do uso, mas sim, o estabelecimento de um acordo internacional que garanta o uso pacífico da rede mundial, com segurança para todos os usuários.

No tocante à proteção e à segurança do usuário da rede mundial, tem-se que alguns princípios constitucionais, ainda que não especificamente concebidos para tal fim, podem servir de fundamento tanto para a elaboração de legislação infraconstitucional específica, quanto para a solução de conflitos para os quais ainda não existe norma jurídica direcionada e adequada.

No âmbito constitucional, tome-se por exemplo de garantias: a proteção à dignidade humana, o direito à intimidade da vida privada, o direito à inviolabilidade de correspondência, o direito à imagem, o direito à honra e o direito de proteção à propriedade intelectual, à imagem e à voz humana.

Dentre os princípios constitucionais acima merece aquele que estabelece a dignidade humana como sustentáculo da democracia brasileira e do Estado Democrático de Direito na república. E isso é igualmente verdade no tocante às relações entre os alunos em sala de aula e fora dela.

É o reconhecimento jurídico, social e político do cidadão como sujeito de direitos que embasa o entendimento do ser humano como sujeito de direitos que deve ter garantidas suas liberdades perante o Estado e outros indivíduos ou grupos de pessoas. E a dignidade da pessoa humana é o corolário deste reconhecimento do *status* do sujeito de direitos, do cidadão.

Mesmo nas novas relações resultantes da interação e da integração das pessoas na nova ordem econômica mundial, reflexo das mudanças ocorridas nos meios de relacionamento humanos este princípio deve embasar as garantias ao cidadão, preservando seu *status* de sujeito de direitos, e orientando a criação de normas que irão regulamentar o uso das novas tecnologias e os reflexos que estas terão nas relações escolares, sociais, trabalhistas e econômicas.

Um último exemplo da importância da regulação jurídica das relações regidas pela sociedade da informação e suas mídias e redes sociais é a edição da Lei 13.815 de 06 de novembro de 2015, publicada no Diário Oficial da República em 09 de novembro de 2015, cuja entrada em vigor se dará noventa dias após a sua publicação na imprensa oficial.

A referida lei, em seu artigo 1º, institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) em âmbito nacional, e no artigo 2º especifica o que deve ser considerado *Bullying*, conforme se verifica abaixo:

Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (*bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda:

I - ataques físicos;

II - insultos pessoais;

III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;

IV - ameaças por quaisquer meios;

V - grafites depreciativos;

VI - expressões preconceituosas;

VII - isolamento social consciente e premeditado;

VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial. (BRASIL, 2015) (grifo nosso)

Verifique-se que há previsão, no parágrafo único do artigo 2º, para a proteção contra o que se convencionou chamar de *cyberbullying*, que ocorre quando na prática da intimidação ou humilhação, utiliza-se dos meios da rede mundial de computadores e de instrumentos que lhe são próprios.

Evidente a preocupação do Estado em garantir a segurança dos alunos e de quaisquer pessoas na utilização da *internet* e em proteger seus cidadãos das ameaças que de seu mau uso podem surgir.

Assim, as tecnologias da informação e da comunicação são meios presentes em nosso cotidiano, especialmente no tocante às relações de aprendizagem e na interação entre nossos jovens e adolescentes na escola. Não podem tais tecnologias servirem para a humilhação e a ofensa aos

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

direitos fundamentais e humanos das pessoas. O direito deve regular tais relações e coibir o seu mau uso, cominando responsabilidade a quem abusar de seus direitos e, assim, violar os direitos do outro. Em especial no ambiente escolar, onde os interlocutores não possuem maturidade adequada e não conseguem vislumbrar com clareza quais danos causarão ao compartilhar “brincadeiras” ou “gozações” através das redes e mídias sociais.

Conclusão

Estudos e pesquisas nacionais e internacionais indicam que a simples existência de computadores nas escolas não se traduz em melhoria de desempenho escolar, embora o acesso a computadores e à internet seja muito valorizado pela sociedade e tenha alto impacto político (Unesco, 2008b; Unesco, 2008c).

Obviamente, dotar as escolas de computadores, melhorar o acesso à internet e capacitar professores e alunos para o uso da informática são ações importantes para promover a inclusão digital e democratizar o acesso a informações indispensáveis para entender o mundo que nos cerca. Resta saber como o uso dos computadores poderá de fato fazer diferença na aprendizagem (Castro, 2010)

A utilização das tecnologias digitais aplicada à educação requer a adoção de uma série de medidas adjacentes para evitar desvios de finalidade. A orientação pedagógica das atividades dos alunos é uma das formas de assegurar o bom uso da tecnologia. A capacitação do professor para o manuseio das novas mídias é condição primeira para a modernização dos processos de ensino. A melhoria da infra-estrutura e o aumento da conectividade nas escolas é uma pavimentação básica para o acesso às redes. Em suma, promover o computador na escola será o primeiro passo para se atingir uma educação de excelência, desde que se invista também no professor e na estrutura da escola.

Entretanto, à guisa de conclusão, pode-se dizer que as mudanças mais significativas, em direção à promoção da autonomia e do protagonismo do aluno no processo de aprender, dar-se-iam à medida que o professor ganha fluência digital, sentindo-se mais seguro para multiplicar as oportunidades de utilização pedagógica do laptop; os alunos demandam o uso dos computadores e a Internet, mostrando interesse nas atividades; a escola apoia e incentiva a experimentação de novas práticas; e o professor se sente motivado a promovê-las ao perceber que os estudantes podem aprender mais e melhor.

No tocante às garantias e direitos humanos do cidadão no enfrentamento dos conflitos oriundos do uso e aplicação das novas tecnologias da informação e da comunicação, cujo reflexo nas relações humanas pode produzir violações de direitos, faz-se necessário que se dê primazia aos princípios constitucionais, verdadeiros direitos humanos fundamentais, na orientação das normas e regulamentos a ser criados neste novo contexto global.

É nesse contexto de “sociedade da informação” que pode ser entendido como um aspecto do desenvolvimento da civilização contemporânea, marcado pelo relevante papel da informação e dos meios de transmissão desta, que se verifica a necessidade de estabelecer limites que proporcionem a segurança do cidadão e permitam seu pleno desenvolvimento no seio de uma sociedade com o livre trânsito de informações e de novas formas de consolidar o conhecimento sem que ocorram violações da dignidade da pessoa humana.

Nas salas de aula e pátios das escolas, se multiplicam as violações aos direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes, por outras crianças e adolescentes que, sem ter a clareza da gravidade de suas atitudes, compartilham conteúdo humilhante e perverso, numa reprodução das práticas de conferir apelidos pejorativos, discriminar em função de atributos físicos ou de personalidade, e mesmo em função de orientação sexual, religiosa ou origem étnica. O direito não deve furtar-se a regular estas novas relações oriundas da utilização dos meios de comunicação da sociedade da informação, cumprindo seu papel de garantir a proteção à dignidade humana de todas as pessoas, seja em sala de aula, ou fora dela.

A dignidade da pessoa humana deve servir como parâmetro para medir as violações e orientar a produção jurídica de decisões judiciais ou a edição de leis que visem garantir a segurança dos cidadãos nesta nova era relacional e cibernética. A Lei 13.815/2015 é exemplo dessa atividade jurídica de proteção dos cidadãos na sociedade da informação, quando determina o que deve ser entendido por *cyberbullying* e estabelece um programa nacional contra esta prática tão nociva quanto corriqueira nos corredores e salas escolares.

Referências

ANDRADE, P. F. & LIMA, M. C. M. *Programa Nacional de Informática Educativa. A utilização da informática na escola pública brasileira (1970-2004)*. Brasília: MEC - Secretaria de Educação a Distância, 1996.

ASCENSÃO, J. O. *Direito da internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AVIRAM, A. (2000). "Computers in the classroom" to mindful radical adaptation by education systems to the emerging cyber culture. *Journal of Educational Change*, v. 1, n. 4, p. 331-352, dez. 2000.

BARTHES, R. *Crítica e verdade*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Censo Escolar da Educação Básica 2013: resumo*. Brasília: O Instituto, 2014.

BRASIL. *Lei 13.815, de 06 de novembro de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13185.htm#art8 Acesso em: 23 nov 2015.

BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1975.

BAUMAN, Z. *A Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BONILHA, M. A. C. La Sociedad de la información. *Revista de Ciências Jurídicas*, Universidad de Costa Rica: Facultad de Derecho, fev.-abr. 2003.

CASTRO, M. H. G. A consolidação da política de avaliação da educação básica no Brasil. *Revista Meta Avaliação*, Rio de Janeiro, v. 1, no 3, págs. 271-296, set.-dez. 2010.

GIMENEZ, M. C. A utilização do computador na educação. *Revista da Educação*, vol. 1, n. 2, jul.-dez. 2001.

LEMOS, A. *Cibercultura: alguns pontos para compreender a nossa época*. In: LEMOS, A.;

CUNHA, P. Olhares sobre a cibercultura. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 11-23.

LEMOS, R. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

LEONARDI, M. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVY, P. *La machine univers: création, cognition et culture informatique*. Paris: La Découverte, 1987.

_____. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2009.

_____. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 2010.

MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977, vol. II.

PEZZELLA, M. C. C. & BUBLITZ, M. D. Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: um olhar sob a perspectiva do trabalho e do empreendedorismo. *Seqüência*, Florianópolis, n. 68, p. 239-260, jun. 2014.

SENNETT, R. *O Declínio do Homem Público: as tiranias da intimidade*. Tradução: Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SETZER, Sonia. *Parsifal: um precursor do ser humano moderno*. São Paulo: Editora Antroposófica, 2008.

SILVERNAIL, D. & LANE, D. (2004). *The Impact of Maine's One-to-One Laptop Program on Middle School Teachers and Students – Phase One Summary Evidence*. Maine Education Policy Research Institute (Mepr): University of Southern Maine, 2004.

TEIXEIRA, M. *Cyberculture: from Plato to the virtual universe*. The architecture of collective intelligence. Munique: Grin Verlag, 2012a.

_____. *As faces da comunicação*. Munique: Grin Verlag, 2012b.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Site Todos pela Educação*. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/aceso>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

UNESCO (2004). *O perfil dos professores brasileiros: o que fazem, o que pensam, o que almejam....* Ed. Moderna. São Paulo, 2004.

UNESCO. *Site Unesco*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/aceso>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

VALENTE, J. A. . Diferentes usos do computador na Educação. In: VALENTE JA. (Org.). *Computadores e conhecimento: repensando a educação*. 2ª ed. Campinas: Gráfica Central UNICAMP, 1998, p. 1-27.

WINDSCHITL, M.; SAHL, K. *Tracing Teachers' Use of Technology in a Laptop Computer School: The Interplay of Teacher Beliefs, Social Dynamics and Institutional Culture*. *American Educational Research Journal*: 39, 1, 2000.

EU QUERO É BOTAR... MEU BLOCO NA RUA!

Direito à cidade e cultura em carnavais de luta

Anna Cecília Faro Bonan^{*}
Bianca Rodrigues Toledo^{**}
Enzo Bello^{***}

Sumário: Introdução. 1 Carnaval: da festa do povo ao banquete do capital. 2 “Carnavalizando”: do banquete do capital à festa do povo. Considerações finais. Referências.

*Eu, por mim, queria isso e aquilo
Um quilo mais daquilo, um grilo menos disso
É disso que eu preciso ou não é nada disso
Eu quero é todo mundo nesse carnaval.*
Sérgio Sampaio

Introdução

Não carece de dúvidas que a realização de um artigo científico requer uma dedicada investigação, segundo critérios metodológicos bem definidos, acerca de seu objeto. A despeito de que hoje as pressões “academicistas”, produtivistas como as de qualquer outro nicho de mercado, impõem um exagerado nível de produção científica, induzindo a elaboração de trabalhos científicos descolados de

^{*} Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), Integrante do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos (NEPHU/UFF). Parecerista da Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense.

^{**} Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), Integrante do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos (NEPHU/UFF).

^{***} Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto III da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenador do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos (NEPHU-UFF). Editor-chefe da Revista Culturas Jurídicas (www.culturasjuridicas.uff.br). Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior (CAPES).

linhas de pesquisas consolidadas, “não pesquisas”¹ e “micro-pesquisas” a fim de criar uma contabilidade favorável de publicações².

Este artigo foi elaborado a seis mãos e é fruto de uma linha de pesquisa desenvolvida no grupo de pesquisa de Cidadania e Direitos no Espaço Urbano, realizadas dentro do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos, vinculado à Universidade Federal Fluminense (NEPHU-UFF).

A proposta deste texto é observar a partir das práticas populares do carnaval de rua carioca como a arte – e a cultura de modo amplo – se relacionam com a cidadania e a luta por direitos à e na cidade do Rio de Janeiro. É do nosso interesse compreender se e como o carnaval vem sendo “reapropriado” pelos cidadãos cariocas, isto é, de baixo para cima, para fins do exercício de uma cidadania ativa que se mobiliza para disputar e ocupar o espaço urbano.

Essa abordagem decide olhar para um carnaval de perfil mercantil, denominado pelo Poder Público municipal de "Carnaval Oficial", a partir do ponto de vista daqueles foliões que desafiam a ordem hegemônica, inaugurando um carnaval autêntico, espontâneo e popular, que invade e ocupa as ruas da cidade carioca e que não termina em si mesmo. Também difunde práticas e ações múltiplas que não só instrumentalizam a cultura, mas se formam parte de uma cultura política na cidade.

A nós, pesquisadores do universo jurídico, cabe buscar entendimento sobre como o carnaval se insere nas lutas sociais e nos processos de configuração e aplicação do Direito, e vice versa. Assim, adotamos como diretriz o seguinte problema de pesquisa: O que o carnaval vem produzindo sobre o Direito e o que o Direito produz sobre o carnaval?

A pesquisa de base aqui apresentada tem orientação epistemológica no materialismo histórico e dialético, com foco na Teoria Crítica do Direito, articulando a empiria da realidade social com a teoria e a produção com o intercâmbio de seus produtos. Para realizar essa pesquisa de caráter qualitativo, nossas fontes de pesquisas primárias são os documentos e relatórios de observação e entrevistas colhidos em campo, e as fontes secundárias os apoios bibliográficos.

¹ VERONESE, Alexandre; FRAGALE FILHO, Roberto. Pesquisa em direito: as duas vertentes vs. a não pesquisa. In: SILVA, Larissa Tenfen; XIMENES, Julia Maurmann. (Org.). Ensinar direito o direito. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 299-336.

² Sobre o tema, veja-se: CASTIEL, Luis David; SANZ-VALERO, Javier; RED Mel-CYTED. Entre fetichismo e sobrevivência: o artigo científico é uma mercadoria acadêmica? Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 23(12):3041-3050, dez, 2007. Disponível em <http://www.anpepp.org.br/old/dir-2010/Noticias/castiel%20-%20fetichismo%20e%20sobrev-publicacionismo.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2017.

1 Carnaval: da festa do povo ao banquete do capital

*Vai passar
Nessa avenida um samba popular
Cada paralelepípedo
Da velha cidade
Essa noite vai
Se arrepiar
Ao lembrar
Que aqui passaram sambas imortais
Que aqui sangraram pelos nossos pés
Que aqui sambaram nossos ancestrais
Chico Buarque*

É um antigo clichê a afirmação de que "o carnaval é uma festa do povo", porém, apesar de serem conhecidos por uma suposta obviedade calcada no senso comum, clichês não traduzem necessariamente verdades incontestáveis, mas um acúmulo de narrativas sobrepostas que se consolidam ao longo do tempo. O carnaval é reconhecido como um marco da cultura popular brasileira, parte do que contemporaneamente vem sendo chamado de "brasilidade", e não apenas uma repetição de tradições eurocêntricas, mas uma reinvenção autêntica que reúne as mais diversas heranças culturais e históricas que se difundiram pelo país. Não à toa, Oswald de Andrade fez questão de ressaltar a festa tanto em seu Manifesto Pau-Brasil como em seu Manifesto Antropofágico. No Rio de Janeiro, berço do samba, cidade repleta de musicalidades e gingado do sangue negro que ela mesma não cansa de derramar, o carnaval ganha uma proporção colossal... "explode coração"! Mas será que o carnaval foi e ainda é uma festa do povo? Parece-nos que, antes de digerir esse símbolo quase mitológico do carnaval como uma essência brasileira, devemos pensar no mesmo a partir de sua perspectiva material e histórica, na qual a cultura é socialmente constituída a partir dos movimentos e resultados dos diálogos e conflitos entre os sujeitos em seu próprio tempo.

É um tanto quanto difícil rastrear as reais origens do carnaval, embora, ao que indicam autores como Mikhail Bakhtin³ e Jacques Heers⁴, a festa como conhecemos derivou da mescla de diversas festas da Antiguidade, entre elas as Saturnais e as Matronálias. Tais festas

³ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. A cultura popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais. HUCITEC; Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1993.

⁴ HEERS, Jacques. Festas de loucos e carnavais. Lisboa: Publ. D. Quixote, 1987.

abordavam rituais nos quais o mote principal era a subversão dos papéis sociais ou ao menos a suspensão desses papéis, de modo que todos os sujeitos eram participantes das celebrações que exaltavam aquilo que há de mais comum em todos os indivíduos, as paixões e os desejos da carne. As festas carnavalescas, com o seu humor irreverente e tosco, beirando a grosseria, desafiavam a moral e os costumes das aristocracias.

Ao longo da história, com o advento e a consolidação da hegemonia política e social da Igreja Católica no Ocidente, essas festas foram inicialmente perseguidas, mas com o passar do tempo foram absorvidas pelas religiões cristãs e consagradas pelos seus calendários, transformadas em período de despedida dos pecados da carne, que antecede a redenção da quaresma. Thiago Kobi, um dos músicos entrevistados durante a pesquisa, integrante de um coletivo e bloco de carnaval chamado BlocAto e participante do Ocupa Carnaval, relatou que o carnaval sobreviveu à Baixa Idade Média, período dos Estados Absolutistas europeus, a partir do seu tom satírico perante os reis, mantendo em si uma forte crítica do povo à autoridade do governo. Vejamos a – antiga, porém mantida e extremamente saudada – figura jocosa do Rei Momo, entregue à vaidade, à luxúria e à gula, e que passa a ser a autoridade máxima e o guardião da cidade no carnaval, onde tudo está moralmente permitido. É simbólico que, no período contemporâneo, seja feita uma temporária passagem de bastão dos prefeitos municipais, governantes supostamente laicos, para a "realeza" carnavalesca⁵.

Porém, se o carnaval era uma festa na qual não havia espectadores e todos se constituíam como atores, em – frisamos – aparente ausência de hierarquia e censuras morais, aqueles que mantinham posições privilegiadas nas relações de poder das épocas que se sucederam trataram de limitar espaços próprios para seus grupos de atores, a fim de conter as consequências da subversão daqueles que compunham as camadas inferiores da sociedade.

⁵ Vale ressaltar que o prefeito Marcelo Crivella, bispo evangélico, se recusou a participar dos eventos de abertura oficial do carnaval de 2017, alegou "profunda gripe" da sua esposa, porém e no mesmo dia participou de evento esportivo de tênis na zona sul da cidade. Cf. EBC. Abertura do carnaval do Rio ocorre com atraso e sem Crivella. 24/02/2017. Disponível na internet em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2017-02/abertura-do-carnaval-do-rio-ocorre-com-atraso-e-sem-crivella>. Acesso em 10 mar. 2017. UOL. Crivella quebra tradição e não abre carnaval do Rio. 25/02/2017. Disponível na internet em: <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/efe/2017/02/25/crivella-quebra-tradicao-e-nao-abre-carnaval-do-rio.htm>. Acesso em 10 mar. 2017. UAI. Crivella acompanha final do Rio Open e não vai à Sapucaí no 1º dia de desfiles. 27/02/2017. Disponível na internet em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/02/27/interna_politica,850507/crivella-acompanha-final-do-rio-open-e-nao-vai-a-sapucaí-no-1-dia-de-shtml. Acesso em 10 mar. 2017.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

No Brasil, essa passagem de uma festa totalmente pública para uma festa mais restrita a ambientes delimitados fica bem clara quando pensamos na perseguição do “entrudo”, brincadeiras populares (inclusive com a participação dos escravos) em que os participantes se melavam com líquidos e farelos variados, e na introdução dos bailes de máscara burgueses, conhecido também como carnaval veneziano⁶. A participação das classes subalternas em êxtase com a folia assustava a burguesia, que temia que os ânimos da festa pudessem se converter em alguma rebelião ou levante; logo, as classes dominantes passaram a, por um lado, criar espaços fechados para suas festas e, por outro, usar das forças de repressão contra tudo que considerassem excesso e abuso nas folias⁷.

No início do século XX, o carnaval da burguesia carioca começou a retornar às ruas, isso porque neste mesmo período se iniciou a primeira grande reforma urbana da cidade, tocada por Pereira Passos, no que se ficou conhecido como o “Bota-Abaixo”. O projeto de Pereira Passos tinha como referência a reforma urbana francesa de Haussmann, um ambicioso projeto de cidade higienizada, na qual embelezamento e saneamento eram prioridades para se trazer a *belle époque* ao Rio de Janeiro, em especial ao centro da cidade. Com a remoção de cortiços, a retirada de moradores de ruas e todos aqueles sujeitos considerados “indesejáveis”, a repressão aos vendedores ambulantes, o novo paisagismo, uma outra espécie de controle, que não uma proibição escancarada, as classes populares são afastadas das ruas e/ou mantidas sob uma forma de comportamento adequado. Com a reordenação do espaço e a apropriação da cidade, a burguesia passou a se apropriar novamente do carnaval de rua.

As grandes sociedades carnavalescas, associações e clubes da elite carioca, passavam a disputar as ruas com os cordões carnavalescos e com os ranchos, manifestações tradicionais das camadas populares. Com o tempo, os grupos de samba que antes haviam sido discriminados por sua matriz afrodescendente passaram a ganhar maior destaque, e aos poucos foram assumindo as características de Escolas de Samba.

Em 1932 ocorreu o primeiro desfile de Escolas de Samba na Praça Onze, centro do Rio de Janeiro, com o patrocínio do jornal “Mundo Esportivo”⁸. Apesar do samba e das Escolas de Samba terem sido

⁶ QUEIRÓZ, Maria Isaura Pereira de. *Carnaval Brasileiro – o vivido e o mito*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.

⁷ REIS, João José. *Tambores e Temores: A festa negra na Bahia na primeira metade do século XIX*. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). *Carnavais e Outras Festas – ensaios de história social da cultura*. Campinas: Editora da Unicamp, Cecult, 2002.

⁸ Cf. O GLOBO. *Abram alas que as escolas de samba vão passar no carnaval carioca*. Acervo O Globo. Rio de Janeiro, 28/06/2013. Disponível na internet em:

germinados pelas camadas populares, é de se notar que há um processo de (re)apropriação cultural do sistema do capital e que aos poucos vai descaracterizando, em partes, as relações tradicionais que se desenhavam nas agremiações carnavalescas. Ao longo dos anos, passou a se formar uma nova cadeia de relações de poder na estrutura do carnaval carioca, e o evento festivo passa a ser encarado como uma grande oportunidade de circulação, expansão e acumulação de capital. Os desfiles das Escolas de Samba passaram a movimentar quantias de dinheiro cada vez mais pujantes e em 1984 o Sambódromo, de acesso pago, foi criado para em pouco tempo ser consagrado como palco global de uma das maiores festividades do mundo.

Com grandes articulações de patrocínios ou parcerias público-privadas, as empresas passaram a disputar seu quinhão no Sambódromo, os integrantes da Liga Independente das Escolas de Samba (Liesa) ganharam grande influência política e os políticos passaram a selar acordos dentro dos camarotes da Marquês de Sapucaí⁹. Mas de duas décadas para cá, um novo fenômeno abriu os olhos do capital, sempre voraz. O carnaval de rua voltou a ser reinventado, a atrair a maioria absoluta dos foliões e passou a estar na mira dos que buscam incessantemente o lucro.

Em 2009, Eduardo Paes, um político caricato como o “Zé Carioca” foi eleito Prefeito do Rio de Janeiro e aprofundou e deu continuidade ao processo da terceira grande reforma urbana na capital carioca desencadeado pelos mandatos do ex-governador Sérgio Cabral (a primeira já referida de Pereira Passos e a segunda tocada com Carlos Lacerda em 1960-65). Tal processo teve como objetivo fundamental a hiperglobalização da cidade do Rio de Janeiro para a atração de investimentos de capital nacional e estrangeiro, isto é, colocar a “Cidade Maravilhosa” no *ranking* das maiores cidades globais, mobilizando o espaço urbano a partir de um planejamento estratégico e um *city marketing*¹⁰ importado das grandes capitais do mundo. Como metáfora

<http://acervo.oglobo.globo.com/rio-de-historias/abram-alias-que-as-escolas-de-samba-vaopassar-no-carnaval-carioca-8849441>. Acesso em 07 mar. 2017.

⁹ Atualmente os políticos estão um tanto afastados desses camarotes em razão dos sucessivos escândalos de corrupção investigados e escancarados nas mídias e os camarotes da AMBEV se retiraram da Sapucaí neste ano de 2017. Cf. O GLOBO. Antes obrigatória, Sapucaí deixa de ser destino de políticos no carnaval. 25/02/2017. Disponível na internet em: <http://oglobo.globo.com/brasil/antes-obrigatoria-sapucaí-deixa-de-ser-destino-de-politicos-no-carnaval-1-20981621>. Acesso em: 07 mar. 2017.

¹⁰ SANCHEZ, Fernanda. A Reinvenção das cidades na virada de Século: Agentes, estratégias e escalas de ação política. Revista Sociologia Política, Curitiba, 16, p. 31-49, jun. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n16/a03n16.pdf>. Acesso em 07 mar. 2017.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

poderíamos dizer que o Cristo Redentor estava de braços abertos ao capital. Abraçado em um pacote de megaeventos sucessivos (Rio +20, Jogos Mundiais Militares, Copa das Confederações, Copa do Mundo, Jornada Mundial da Juventude, Olimpíadas e Paraolimpíadas) que auxiliavam na aceleração e intensificação do projeto, Eduardo Paes não perdeu de vista o megaevento anual do Rio de Janeiro: o Carnaval.

Paes costurou acordos não só com a Liesa, mas também com as Ligas de Blocos de Ruas Oficiais, a exemplo da Sebastiana e dos Amigos de Zé Pereira, a fim de capitalizar o evento ao máximo possível. Seguindo o modelo da cidade de Salvador, o então prefeito buscou as grandes cervejarias e a AMBEV passou a ser a grande patrocinadora oficial do carnaval de rua carioca, além de empresas como a Caixa Econômica Federal (CEF) e a Olla. O Carnaval, que já não estava a cargo da Secretaria Municipal de Cultura, mas da empresa pública RioTur - Empresa de Turismo do Município do Rio de Janeiro, foi entregue aos cuidados da empresa privada Dream Factory.

Nesse cenário, sob o discurso de promover o carnaval e aumentar o turismo na cidade – dados oficiais falam que só no período de carnaval de 2017 o Rio de Janeiro deve ter recebido em média 1,1 milhões de turistas, o que poderia representar uma injeção de R\$ 2,4 bilhões na economia local¹¹ –, a Prefeitura adotou uma postura de privatização do espaço público, utilizando a cidade ora como empresa, ora como mercadoria própria, como bem elucida Carlos Vainer¹², e de violações a direitos humanos. Elucidemos aqui dois exemplos:

(i) exigência de deferimento de autorização pelo poder público municipal para o desfile de blocos de carnaval em vias públicas, com locais e horários predeterminados. Camuflada sob um discurso de necessidade de cadastro para fins de “organização, limpeza etc.”, essa medida significa um controle arbitrário sobre valores constitucionais, tais como as formas de manifestações das culturas populares (art. 215, CF), a liberdade de expressão artística (art. 5, IX, CF) e a liberdade de reunião (art. 5, XVI, CF)¹³.

¹¹ BRASIL. Turismo deve movimentar R\$ 5,8 milhões durante Carnaval. Portal Brasil. Disponível na internet em: <http://www.brasil.gov.br/turismo/2017/02/turismo-deve-movimentar-r-5-8-bilhoes-durante-carnaval>. Acesso em: 07 mar. 2017.

¹² VAINER, Carlos. Pátria, empresa e mercadoria - Notas sobre a estratégia discursiva do Planejamento Estratégico Urbano. Anais: Encontros Nacionais da ANPUR, n. 8, 2013a. Disponível na internet em <http://unuhoopedagogia.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/viewFile/1866/1833>. Acesso em 03 mar. 2016.

¹³ BELLO, Enzo. "Se a cidade fosse nossa": a luta por direitos humanos no Rio de Janeiro. Empório Descolonial. Disponível na internet em: <http://emporioidireito.com.br/se-a-cidade->

(ii) comercialização pela Prefeitura para a AMBEV de um suposto “direito” de exclusividade de propaganda e venda de bebidas nas vias públicas. Elaborada pela sua Secretaria de Ordem Pública, a política do “choque de ordem” promove uma repressão ostensiva ao comércio popular, com atuação incisiva da Guarda Municipal na apreensão, especialmente durante o carnaval, de qualquer mercadoria vendida nas ruas que seja fabricada por outras empresas. Com isso, tem-se um monopólio que restringe o direito ao trabalho dos comerciantes ambulantes (art. 6, CF) e o direito de escolha dos cidadãos-foliões-consumidores (art. 170, IV, CF)¹⁴.

2 “Carnavalizando”: do banquete do capital à festa do povo

*E quem me ofende, humilhando, pisando,
Pensando que eu vou aturar...
Tô me guardando pra quando o carnaval chegar
E quem me vê apanhando da vida,
Duvida que eu vá revidar...
Tô me guardando pra quando o carnaval chegar*
Chico Buarque

*E toda cidade que andava quieta
Naquela madrugada acordou mais cedo
Arriscando um verso, gritou o poeta
Respondeu o povo num samba sem medo*
Moraes Moreira

Em uma tarde de domingo de carnaval, foliões chegavam ao centro da cidade do Rio de Janeiro para o tradicional bloco Cordão do Boitatá, mas, para surpresa de todos, o bloco não aconteceu. Foi desse encontro que surgiu, então, o Cordão do Boi Tolo, que nesse ano completou seu décimo carnaval. Diversos são os blocos de carnaval de rua com histórias parecidas, marcados pela espontaneidade e criatividade de seus atores. Contudo, as exigências impostas pelo governo carioca ao carnaval de rua, além de violarem diversos direitos humanos, acabam por ferir as principais características do carnaval, de improviso, da resistência às normas, de ser um contraponto à realidade cotidiana, passando a privilegiar apenas a lógica de mercado e seus interesses.

fosse-nossa-a-luta-por-direitos-humanos-no-rio-de-janeiro-por-enzo-bello/. Acesso em 07 mar. 2017.

¹⁴ Idem, ibidem.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

A realidade demonstra que a política urbana muitas vezes lida com as questões próprias da cidade de forma impositiva, atendendo exclusivamente aos interesses privados, afastando a participação popular no processo, indo contra a ideia de cidade enquanto lugar onde pessoas de todos os tipos e classes encontram-se, misturam-se, articulam-se e, assim, produzem uma vida e cultura comum. Conforme observa David Harvey¹⁵, ao responder exclusivamente aos interesses de mercado, a política urbana acaba aumentando desigualdades na distribuição de riquezas, formando cidades divididas e interferindo diretamente nas potencialidades de se criar formas mais horizontais de relações sociais.

É justamente da intensificação desse processo desigual de urbanização que surge o debate pelo direito à cidade. Segundo Lefebvre¹⁶, a cidade tem sua composição e seu funcionamento intimamente ligados à sociedade, sofrendo alterações na medida em que a sociedade muda enquanto conjunto.

A partir dessa negligência de direitos, que movimentos de resistência e de reivindicações de direito surgem. Em entrevista¹⁷ realizada com professor David Harvey, no curso “Cidades Rebeldes”, realizado pelo movimento Se A Cidade Fosse Nossa, ao ser questionado sobre o estudo do direito à cidade, o autor esclareceu que o problema deveria ser analisado de forma dialética: se por um lado a repressão e o controle são obstáculos para a efetivação plena do direito à cidade, por outro é o que promove a tensão e desgaste de relações sociais na cidade que pode resultar em novas formas de resistência mobilizadas no espaço.

Nesse cenário, diversos artistas têm organizado blocos de carnaval “piratas”, que se recusam a pedir a autorização exigida pela prefeitura e desfilam nas vias públicas, inclusive em locais e horários conhecidos do grande público. Além do tradicional Cordão do Boi Tolo, que atualmente cria estratégias inovadoras de manter uma organização espontânea de ocupação do espaço, temos exemplos mais recentes como o “Desce, mas Não Sobe”, “Vamo ET”, “Tecnobloco”, “Nada Deve Parecer Impossível de Mudar”, entre outros.

Justamente por entender que o carnaval carioca é impulsionado pela iniciativa espontânea desses atores sociais, diversos blocos formaram o movimento Desliga dos Blocos que reafirma em seu manifesto o carnaval enquanto festa do povo, a manifestação de espontaneidade,

¹⁵ HARVEY, David. *Cidades Rebeldes*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012.

¹⁶ LEFEBVRE, Henri. *O Direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991.

¹⁷ HARVEY, David. *Direito à cidade em um contexto de capitalismo global: entrevista com David Harvey*. *Revista Culturas Jurídicas*. Niterói, v. 2, n. 4, 2015, p. 188-199. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/159>. Acesso em 08 mar. 2017.

criatividade genuína e espírito livre, e seu direito à livre expressão artística, independente de censura ou licença e de reunião pacífica em locais abertos, em claro repúdio às exigências de autorização imposta pela prefeitura carioca.¹⁸ Apesar da forte repressão da guarda municipal, incluindo agressões físicas aos músicos e foliões, o Desliga dos Blocos realiza todo ano a já tradicional abertura não-oficial do Carnaval, reunindo diversos blocos não oficiais no centro da cidade.

O número dos chamados “blocos secretos” cresce a cada ano, para evitar superlotação ou por serem fruto da espontaneidade dos músicos que fundam novos blocos de um dia para o outro. Seguindo a mesma ideia de manutenção das características do carnaval de rua e apropriação do espaço público pelos foliões, esses blocos se valem da divulgação boca a boca, como é o caso do clássico “bloco secreto” que altera o seu nome todo ano – já foi “Exalta Rei”, “Boa Noite, Cinderela”, “OH Menage” e “Sincreto” – e de outros menores como o “Moita” e “Nova Cartela”.

Na pesquisa realizada junto aos organizadores e músicos dos referidos blocos notamos um sentimento comum: a vontade de retomar as ruas, de resistir à mercantilização do carnaval em curso e reafirmar a espontaneidade do carnaval de rua que permite a criação de verdadeiros territórios criativos, dinamizando o espaço público. Segundo o músico Luiz Fonseca Fernandes, integrante de diversos blocos não oficiais, o bloco “pirata” seria “a essência do carnaval” ao ser movido pela vontade de se divertir ocupando a cidade e vivendo o carnaval de rua sem moldes, podendo ter diversas bandeiras, “mas sempre passam pela ocupação dos espaços públicos, das praças e dos direitos à cidade. O objetivo, em geral, não é mais do que levar arte às ruas!”.

A instrumentalização da arte e os elementos do carnaval para lutas sociais foi o que motivou a criação do movimento Ocupa Carnaval. Nascido na esteira das manifestações das Jornadas de 2013, com o objetivo de fortalecer as pautas de movimentos que lutam pelo direito à cidade, o Ocupa Carnaval utiliza do momento de descontração no qual as ruas da cidade estão tomadas de foliões e espontaneidade para, através de paródias de marchinhas, trazer conteúdo de lutas políticas. Em seu primeiro ano, o cortejo foi denominado “CABRALHADA”, no qual os índios expulsavam Cabral, em referência ao então governador. Nos anos seguintes, os temas foram variados: Paespalhada (em referência ao então prefeito da cidade do Rio de Janeiro), CamelATO (debatendo a repressão aos trabalhadores ambulantes informais) e Olim-Piadas (em contestação

¹⁸ O manifesto do Desliga dos Blocos pode ser encontrado em <http://desligadosblocos.blogspot.com.br/>

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

as políticas geradas em torno do megaevento esportivo). Em 2017, em alusão ao atual governador Pezão, o cortejo foi realizado com a temática “Caçadores de Pé Grande”. Há vídeos acessíveis pelo YouTube com apresentações musicais dessas marchinhas. Segundo o músico entrevistado Chico Oliveira, as pautas são trazidas pelos movimentos sociais, sendo o Ocupa Carnaval um espaço para a pluralidade de pautas que se constituam de baixo para cima, como por exemplo o caso de Mariana, a repressão policial nas favelas, o machismo, a repressão aos camelôs, os gastos com megaeventos, corrupção, etc.

Seja dando voz a pautas de movimentos sociais, surgindo de demandas de movimentos de “minorias” – como é o caso de blocos feministas como o Maria Vem com as Outras ou Baque Mulher – ou apenas um bloco que fez a opção política de não se oficializar, os blocos estudados no presente artigo representam verdadeira ferramenta de resistência à mercantilização do carnaval de rua, mantendo suas características de espontaneidade e criatividade que possibilitam a ocupação e ressignificação da cidade durante o carnaval.

Nessa disputa pela cidade, esse espaço urbano entendido como conceito e fenômeno, que se desenvolve pelo carnaval de rua, os camelôs se constituem como atores imprescindíveis. São eles quem vão fornecer as condições de comércio favoráveis para a reunião das pessoas, ofertando alimentos, bebidas e utensílios próprios para a festa carnavalesca, seja nos blocos oficiais ou naqueles não oficiais. É o trabalho do ambulante de rua, que carrega o “pesado”¹⁹, que dá suporte ao evento.

No entanto, aos trabalhadores ambulantes é negado o reconhecimento do seu labor. Aqueles que são formalizados sofrem com as condições precárias das políticas públicas (falta de informações, ausência de regulamentação de depósitos, mau tratamento pelos fiscais etc.), o excesso de exigências e restrições (que por vezes acarretam multas abusivas aos trabalhadores), enquanto os informais são marginalizados e perseguidos pelo Poder Público, vítimas de arbitrariedade e violência por parte dos agentes da Guarda Municipal e dos fiscais da SEOP, como por exemplo nos conflitos urbanos conhecidos como “rapas”²⁰. Dentro do contexto do farsante modelo “cidade global”²¹, os trabalhadores ambulantes são “varridos” das ruas, em especial das áreas com maior

¹⁹ Gíria para os isopores, carrinhos, bolsas e outros materiais pesados que os ambulantes carregam no meio das multidões.

²⁰ Gíria para as ações de apreensão de mercadoria executadas pelos agentes do poder público e que muitas vezes desencadeiam enfrentamento físico entre esses e os trabalhadores ambulantes.

²¹ SASSEN, Saskia. *As Cidades na Economia Mundial*. São Paulo: Studio Nobel, 1998.

especulação imobiliária, para privilegiar “food-trucks” e representantes de vendas ambulantes de grandes empresas. A apropriação do capital de certas zonas da cidade, em uma ação não só permitida como orquestrada e estimulada pelo Poder Público, restringe o acesso dos trabalhadores informais aos seus locais de trabalho e impede a sua atividade profissional, a exemplo de todos os camelôs formais e informais retirados da zona portuária às vésperas das Olimpíada Rio 2016.

Diante desse cenário, os trabalhadores ambulantes e camelôs atuam tanto individualmente, como coletivamente, a exemplo do Movimento Unido dos Camelôs (MUCA), a fim de conquistarem a efetivação de seus direitos, em especial ao trabalho e à cidade, e frear ações de truculência dos agentes públicos. Individualmente, esses sujeitos criam no próprio trabalho informal uma resistência, desafiando as imposições do Poder Público, criando estratégias criativas, à exemplo do “para-quedas”, próprio dos ambulantes do “pulo”²². Coletivamente, buscam assessorias jurídicas populares, como a Mariana Criola, e representações políticas na legislatura, como o vereador Reimont (PT-RJ), principal mobilizador do PL 779/2010, que busca disciplinar a matéria, além de abrirem diálogo para negociar diretamente com governo. Os camelôs e ambulantes não só promovem atos políticos de protestos, mas também é comum que estejam presentes, inclusive vendendo seus produtos, em passeatas, ocupas e outros eventos políticos que pleiteiam o reconhecimento e a efetivação de direitos humanos, caracterizando-se e mobilizando-se como cidadãos ativos.

No carnaval, o contexto conflituoso em que trabalham os camelôs e ambulantes ganha contornos ainda mais intensos. Como citamos anteriormente, a AMBEV, em um acordo com a Prefeitura, se transformou em uma espécie de promotora principal do carnaval de rua, tendo, inclusive, nesse Carnaval 2017 abandonado seu camarote no Sambódromo para concentrar suas ações nas vias públicas. Em contrapartida às injeções de capital que a empresa realiza, a AMBEV exige um monopólio da venda de bebidas no evento. A Prefeitura, por sua vez, opera toda a estrutura para a execução do acordo e o controle da venda de mercadorias, fortalecendo a fiscalização que impede os trabalhadores informais de laborar. É realizado um cadastramento amplo para todos aqueles que desejam trabalhar na venda de bebidas no evento, e após executado um sorteio de acordo com um número limitado de vagas. Ocorre que nesse sorteio muitos trabalhadores ambulantes, que exercem com habitualidade

²² Gíria para os ambulantes informais (aqueles que não têm ponto fixo) que carregam estruturas fáceis de desarmar.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

a atividade profissional, são deixados de fora e impedidos de trabalhar no evento de maior rentabilidade no ano para eles. Ademais, as condições de trabalho impostas são prejudiciais aos ambulantes, como, por exemplo, a impossibilidade de vender produtos de outras marcas não pertencentes à AMBEV ou a limitação do volume do isopor em 32 litros, o que não permite, em termos de operação e logística, o aproveitamento do trabalho pelos vendedores.

No dia 3 de janeiro de 2016, na “Abertura Não Oficial do Carnaval Carioca”, os vendedores ambulantes foram alvo de uma violenta represália por parte da Guarda Municipal, que acabou por atingir os foliões que se colocaram em defesa dos trabalhadores. Em razão do episódio, o Ocupa Carnaval se aproximou dos camelôs e organizou o CamelAto, protesto carnavalesco que se utilizou do tom satírico das paródias das marchinhas de Carnaval para denunciar a violência que sofrem os camelôs. Foliões e camelôs caminharam pelas ruas cantando pelos seus direitos, em um dos refrões se dizia “Se você for sentinela, o camelô se esfolia, guarda marrom e amarela, o camelô se esfolia”.

Nesse sentido, ainda que direitos como a liberdade de expressão artística e de reunião pacífica em lugares públicos, de manifestação de culturas populares, do trabalho de comerciantes ambulantes e de escolha dos cidadãos-foliões-consumidores, estejam previstos no texto normativo constitucional, sua efetivação é drasticamente comprometida pela lógica neoliberal que vem sendo privilegiada pelas políticas públicas adotadas no que tange ao carnaval de rua.

A implementação do modelo político-econômico do neoliberalismo²³ se demonstra nociva às conquistas democráticas no que se refere à cidadania. Como não se conseguiu eliminar a previsão constitucional dos direitos acima mencionados, a tática implementada para asseverar a ideologia neoliberal - que permeia o processo de mercantilização do carnaval - foi a de ignorar tais previsões normativas e fazê-las “letra morta”²⁴.

Dessa forma, não sendo os direitos auto-realizáveis e restando evidente que a mera previsão de normas constitucionais que consagram direitos não garantem por si só a sua implementação, a questão deve ser sobre as condições políticas e sociais que se deve criar para efetivação desses direitos. Devemos, assim, superar a noção meramente passiva do

²³ HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford University Press, 2005.

²⁴ BELLO, Enzo. *Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social*. Espaço Jurídico. Disponível na internet em: editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1897/965. Acesso em 07 mar. 2017.

conceito de cidadania, ultrapassando os limites do mero enunciado de direitos e revigorando sua vertente ativa, com ênfase na participação política.²⁵

A atuação dos camelôs e blocos não-oficiais, no cenário atual do carnaval de rua do Rio de Janeiro, consiste em verdadeira mobilização política e social que busca, através da cidadania ativa, reivindicar a efetivação de seus direitos, sendo uma ferramenta de resistência criativa à lógica dos interesses privados que permeiam a política pública ora adotadas. Somente através da efetivação desses direitos, poderemos manter a essência do carnaval de rua que promove maiores relações sociais, o pertencimento e identificação com os espaços públicos, e o resgate da cidade enquanto lugar onde pessoas de todos os setores da sociedade convivem e produzem uma vida comum.

4 Considerações finais

*Era uma canção, um só cordão
E uma vontade
De tomar a mão
De cada irmão pela cidade.
Chico Buarque*

A retomada do carnaval de rua e o aumento expressivo de números de blocos instigou o capital, que tem alimentado e intensificado seu anseio por lucro nesse movimento cultural. Com o pretexto de organizar o carnaval e aumentar o turismo da cidade, a Prefeitura do Rio de Janeiro adotou medidas que configuram autêntica privatização do espaço público, exigindo que os blocos se submetam ao crivo do poder público municipal, além de comercializar um suposto “direito” de exclusividade de propaganda e venda nas vias públicas para a empresa multinacional AMBEV.

Tais políticas adotadas têm legitimado forte repressão da Guarda Municipal aos músicos, camelôs e foliões que não se coadunam com a lógica de mercado à qual o carnaval foi submetido, violando diversos direitos previstos em nossa Constituição. Além disso, tais políticas públicas, ao privilegiarem os interesses privados, ferem a essência do carnaval de rua, acabando com sua espontaneidade, criatividade e irreverência. Dessa forma, fica claro que a mera previsão constitucional não é suficiente para

²⁵ BELLO, Enzo. Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional. CONPEDI. Disponível na internet em: www.ufjf.br/siddharta_legale/.../cidadania-alienacao-e-fetichismo-constitucional.pdf. Acesso em 07 mar. 2017.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

a efetivação desses direitos, atualmente negligenciados pela lógica neoliberal.

Nesse cenário, a atuação dos camelôs e blocos não-oficiais manifesta-se como ferramenta de resistência à essa lógica, criando um espaço de mobilização política e social capaz de efetivar os direitos normatizados e ser autêntico instrumento de cidadania ativa.

Com efeito, a cidade e o processo urbano são palco de importantes lutas políticas e sociais, produzindo constantemente alternativas à lógica de mercado que permeia o planejamento das cidades. O carnaval de rua não-oficial apresenta-se, assim, como um símbolo da vivência plena do direito à cidade onde, através dos encontros e relações sociais, cria-se verdadeira identidade com o espaço de exercício da cidadania ativa como instrumento de efetivação de direitos.

Referências

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. *A cultura popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais*. HUCITEC. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1993.

BELLO, Enzo. "Se a cidade fosse nossa": a luta por direitos humanos no Rio de Janeiro. *Empório Descolonial*. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/se-a-cidade-fosse-nossa-a-luta-por-direitos-humanos-no-rio-de-janeiro-por-enzo-bello/>. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. _____. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. *Espaço Jurídico*. Disponível em: editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1897/965. Acesso em: 07 mar. 2017.

_____. *Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional*. CONPEDI. Disponível em: www.ufjf.br/siddharta_legale/.../cidadania-alienacao-e-fetichismo-constitucional.pdf. Acesso em: 07 mar. 2017.

BRASIL. Turismo deve movimentar R\$ 5,8 milhões durante Carnaval. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/turismo/2017/02/turismo-deve-movimentar-r-5-8-bilhoes-durante-carnaval>. Acesso em: 07 mar. 2017.

EBC. *Abertura do carnaval do Rio ocorre com atraso e sem Crivella*. 24/02/2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2017-02/abertura-do-carnaval-do-rio-ocorre-com-atraso-e-sem-crivella>. Acesso em: 10 mar. 2017.

HEERS, Jacques. *Festas de loucos e carnavais*. Lisboa: Publ. D. Quixote, 1987.

HARVEY, David. Direito à cidade em um contexto de capitalismo global: entrevista com David Harvey. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 2, n. 4, 2015, p. 188-199. Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/159>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Cidades Rebeldes*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012.

_____. *A brief history of neoliberalism*. New York: Oxford University Press, 2005.

LEFEBVRE, Henri. *O Direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991.

O GLOBO. Abram alas que as escolas de samba vão passar no carnaval carioca. *Acervo O Globo*. Rio de Janeiro, 28/06/2013. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/rio-de-historias/abram-alas-que-as-escolas-de-samba-vaopassar-no-carnaval-carioca-8849441>. Acesso em: 07 mar. 2017.

O GLOBO. *Antes obrigatória, Sapucaí deixa de ser destino de políticos no carnaval*. 25/02/2017. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/antes-obrigatoria-sapucaideixa-de-ser-destino-de-politicos-no-carnaval-1-20981621>. Acesso em: 07 mar. 2017.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

QUEIRÓZ, Maria Isaura Pereira de. *Carnaval Brasileiro – o vivido e o mito*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.

REIS, João José. Tambores e Temores: A festa negra na Bahia na primeira metade do século

XIX. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). *Carnavais e Outras Festas – ensaios de história social da cultura*. Campinas: Editora da Unicamp, Cecult, 2002.

SANCHEZ, Fernanda. A Reinvenção das cidades na virada de Século: Agentes, estratégias e escalas de ação política. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, 16, p. 31-49, jun. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n16/a03n16.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2017.

SASSEN, Saskia. *As Cidades na Economia Mundial*. São Paulo: Studio Nobel, 1998.

UAI. *Crivella acompanha final do Rio Open e não vai à Sapucaí no 1º dia de desfiles*. 27/02/2017. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/02/27/interna_politica,850507/crivella-acompanha-final-do-rio-open-e-nao-vai-a-sapucaí-no-1-dia-de-shtml. Acesso em: 10 mar. 2017.

UOL. *Crivella quebra tradição e não abre carnaval do Rio*. 25/02/2017. Disponível em: <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/efe/2017/02/25/crivella-quebra-tradicao-e-nao-abre-carnaval-do-rio.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

VAINER, Carlos. Pátria, empresa e mercadoria - Notas sobre a estratégia discursiva do Planejamento Estratégico Urbano. *Anais: Encontros Nacionais da ANPUR*, n. 8, 2013a. Disponível em: <http://unuospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/viewFile/1866/1833>. Acesso em: 03 mar. 2016.

VERONESE, Alexandre; FRAGALE FILHO, Roberto. Pesquisa em direito: as duas vertentes vs. a não pesquisa. In: SILVA, Larissa Tenfen; XIMENES, Julia Maurmann. (Org.). *Ensinar direito o direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

O DIREITO DAS FAMÍLIAS NA CONTEMPORANEIDADE E A INFLUÊNCIA DA CULTURA NA PRODUÇÃO DO DIREITO

Bárbara Josana Costa*

Carolina Schröder Alexandrino**

Sumário: Introdução. 1 A (in)definição de cultura. 1.1 A influência da cultura nas ciências jurídicas. 2 Uma nova perspectiva de pensar o direito de família através de um viés cultural. 2.1 Evoluções e omissões jurídicas quanto à família brasileira na contemporaneidade. Conclusão. Sumário.

Introdução

A mutabilidade das tendências que norteiam a sociedade faz com que as normas que determinam o comportamento humano não sejam estanques, ou seja, se amoldem conforme o contexto social que se encontra. Desta forma, leis antigas e codificações ultrapassadas acabam não alcançando seu objetivo, deixando de tutelar as relações humanas de modo a perder a afetividade e se tornando tão somente um pedaço de papel.¹

Nessa ótica, percebe-se que as mudanças legislativas, bem como as mudanças jurisprudenciais, haja vista estas se desvelarem como norteador do comportamento humano no âmbito processual; estão carregadas de carga cultural para que se consiga refletir a força normativa que desejam. Por tal motivo, necessária a análise da (in)definição de cultura, bem como sua influência na produção do direito e, principalmente, em um dos ramos da ciência jurídica que, ousa-se dizer, mais reflete a realidade humana, qual seja, o Direito das Famílias.

* Bacharel laureada em Direito - Ciências Jurídicas e Sociais - pela UNISINOS e atualmente mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Advogada, com atuação principalmente nas áreas de concentração em Direito Tributário e Previdenciário.

** Bacharel laureada em Direito - Ciências Jurídicas e Sociais - pela UNISINOS, premiada pelo primeiro lugar no Curso de Direito da referida universidade. Pós Graduada em Direito Cível e Processo Civil pela Faculdade IDC. Advogada e Sócia/Consultora jurídico do escritório Tatim & Alexandrino Advogados Associados, com atuação principalmente nas áreas de Direito Civil e Processo Civil.

¹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991. P. 24-25

1 A (in)definição de cultura

A busca por conceitos, ainda mais no âmbito das ciências jurídicas, se faz de suma importância para que se conheça da técnica e aplicabilidade do termo que se pretende utilizar. Partindo da ideia de que conceitos são necessários para produção e aplicação da ciência jurídica, questiona-se se a cultura (leia-se aqui situação cultural que serve como base para criação de normas) é devidamente conceituada, haja vista inúmeras divergências doutrinárias quanto ao seu real significado. Esta indefinição e complexidade quando de seu debate, “[...] já encheram rios de tinta na literatura acadêmica, não unicamente no terreno da antropologia, mas também, em outras disciplinas, como a ciência política ou a psicologia social.”²

No entanto, ainda que haja tal indefinição, o que está bem definido é a ideia de que a cultura se dá por meio da realidade social, demonstrando sua importância quando fator norteador da construção jurídica, conforme já defendido por Carnelutti, que atestou:

O que ousarei chamar a corporeidade ou, também, a corpulência de uma lei ou de um contrato, quando não se tem à mão mais que o documento, é totalmente reduzido ao mínimo para dar a sensação do conceito desnudo, que impede associar, como é necessário, a imagem ao fenômeno a que o conceito se refere. Aqui está, repito, o perigo. A ciência do Direito, nascida e crescida na biblioteca, está condenada à anemia, para não dizer à tuberculose. O remédio não é outro que a reencarnação dos conceitos com as imagens obtidas da observação da realidade.³

Desta forma, verifica-se que a cultura de determinado meio social tem condições de transformar o direito vigente em direito vivo, se este for baseado naquela. Porém, ainda que a cultura seja um meio adequado de expressar a realidade, salvando o nascimento e criação do direito, como apontou Carnelutti, a problemática ainda está permeada em sua indefinição conceitual, principalmente por estar vinculada a um povo e não a um lugar, de modo que resume práticas de determinado grupo e impossibilita uma noção global e *transfronteiriça*.

² PANAREDA, Jordi Agustí. Embaralhando cultura, identidade e conflito mediadores interculturais na gestão da imigração. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

³ CARNELUTTI, Francesco. Metodologia do direito. 3. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2005, p. 63.

Sobre a dificuldade, e até ambiguidade conceitual vale destacar a doutrina de Bauman, que analisa a cultura como conceito partindo de um estudo sociológico, senão vejamos:

É conhecida a inexorável ambiguidade do conceito de cultura. Bem menos notória é a ideia de que essa ambiguidade provém nem tanto da maneira com que as pessoas definem a cultura quanto da incompatibilidade das numerosas linhas de pensamento que se reuniram historicamente sob o mesmo termo. De modo geral, os intelectuais são sofisticados o suficiente para perceber que a similaridade de termos é um guia frágil quando se trata de estabelecer a identidade ou diversidade de conceitos. Ainda assim, a autoconsciência metodológica é uma coisa, a magia das palavras, outra.⁴

Mesmo cientes da problemática apresentada no tocante a definição do termo, salientam-se algumas tentativas de conceituação que merecem destaque. Dentre elas, está o emprego do termo cultura na doutrina de Piqueras, que o utilizou por muito tempo como recurso heurístico, ou seja, como busca de uma solução para determinada problemática; pouco operativo e cunhado pela modernidade para expressar diversos processos físicos, como: sociais e ideológicos. No entanto, o Autor se desapegou de tal conceito, haja vista perceber que o termo cultura passou a ser empregado de forma curinga, para explicar determinadas ações humanas, criticando tal utilização, vez que semanticamente o termo cultura não é auto-explicativo e não pode ser utilizado de forma universal.

Frente a tal crítica e após uma mudança de perspectiva, Piqueras aduz que a cultura se comporta como um sistema vivo, gerado por agentes coletivos, seja uma tribo ou uma sociedade civilizadamente estruturada e estatizada, todos possuem capacidades diferentes para caracterizar a cultura. São os fatos culturais que permitem aos agentes se sentirem “originários e reprodutores de si próprios, herdeiros, transmissores e atores de uma determinada maneira de identificar o mundo e modifica-lo”.⁵

Nesta linha de pensamento, o Doutrinador ressalta a importância de diversidade cultural e sua miscigenação/interação, de modo que não se pode definir o termo de forma absoluta, delimitada e tampouco atribuir uma identidade para cultura, haja vista a criação de uma identidade e

⁴ BAUMAN, Zygmunt. Ensaios sobre o conceito de cultura. Zahar: Rio de Janeiro, 2012, p. 83.

⁵ PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

delimitação absoluta do termo (dinâmica identitária) gerar certa individualização de determinados grupos e, por conseguinte, sua diferenciação uns frente aos outros. Sobre tal dinâmica, leciona Piqueras:

Essa dinâmica identitária desencadeia também um mecanismo de “retroversão” histórica ou de reapropriação da história, com fins identificativos atuais. Neste processo, os “fatos de cultura”, forjados por gerações precedentes, são suscetíveis de atuar como *fatos de identidade* se, nos processos de interação grupal do presente, podem manter uma vigência funcional diferenciadora (em relação aos outros) e, por tanto, identificadora (respeito a si próprios e do universo ideacional criado). Alguns desses “fatos culturais” anteriores podem ser, então, funcionalizados em cada presente enquanto outros ficam no acervo da memória histórica (que é sempre política), para serem potencialmente empregados em outro momento histórico. Os fatos identidade constituem, assim, uma parte da cultura de cada grupo, aquela que é mais conscientemente destinada a remarcar o nós frente a outros sujeitos de identidade significativos para o endogrupo.⁶

Todavia, mesmo tecendo críticas, o referido Autor afirma que, de outro lado, a identidade não é de todo ruim, vez que ao se identificar o grupo é possível que seja expressa a ideologia e a existência social deste, bem como a percepção que cada ser humano tem de si mesmo e de sua relação um com o outro.

Outra definição, ou sua tentativa, conceitual é a defendida por *Birket-Smith*, vez que arraigada em uma concepção social e humanística, que atribui cultura a tudo e, por vezes, acaba não atribuindo a nada, mantendo dúvida e incerto seu real conceito, conforme segue:

A cultura é uma “soma” de forças espirituais, de saber e de poder humanos, de atividades mentais, que se superpõem (e por vezes se opõem) ao jogo cego dos institutos e das forças. A cultura é criada e mantida pelo indivíduo e, simultaneamente, pela sociedade; são duas condições necessárias. A cultura ultrapassa a natureza, mas está profundamente enraizada nela; representa sua flor mais perfeita.⁷

Seja tudo ou seja nada, predomina-se a ideia de que cultura advém do ser humano, ou seja, é produção humana. Neste sentido, cumpre des-

⁶ PIQUERAS, Andrés. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17-18.

⁷ BIRKET- SMITH, Kaj. História da cultura: origem e evolução. 3. ed. Traduzido por Oscar Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 1965, p. 37.

tacar os ensinamentos de Miguel Reale, pois ao compreender que o sentido da vida é a realização das finalidades almejadas, concluiu que é para isto que existe a cultura, para que na busca por tais finalidades o homem altere o estado natural das coisas e, conseqüentemente altere a si próprio. Disserta Reale:

Pois bem, “cultura” é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.⁸

Para doutrinadores modernos e que estudam a influência da cultura nas ciências jurídicas, tal termo é tão indefinido como as palavras “justiça”, “direito”, “tempo”, “lei” e “virtude”, pois mesmo que tais termos sejam primários e, via de regra de fácil conceituação, quando questionados de seu significado é que ocorre a dúvida e dificuldade, de modo que cada pessoa os conceitua de uma forma diversa umas das outras sem que exista juízo de valor de quem está certo e de quem está errado.⁹

1.1 A influência da cultura nas ciências jurídicas

Tendo em vista ser a cultura fenômeno humano é inevitável sua influência nas ciências jurídicas, mais precisamente quando da criação de normas. O direito é expresso pela norma e, ainda que esta seja produzida com base na abstração e generalidade, inevitavelmente ela se desvincula de fatores sociais valorados, de modo que “[...] não existe Direito fora do mundo da cultura, que se insere em um contexto histórico, sempre na sociedade.”¹⁰

A partir de tal premissa, é possível vislumbrar a existência de um movimento cultural jurídico, de modo que não apenas normas, mas questões principiológicas e o modo de decidir dos tribunais estão se moldando conforme as tendências e nuances da sociedade. Com o advento da Constituição de 1988 (CF/88) diversos paradigmas foram rompidos, vez que o constituinte se preocupou com vértices sociais nunca antes tutelados. Nota-se que a CF/88 tratou de positivar resguardo aos direitos que ultra-

⁸ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 26.

⁹ JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014, p. 23.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

passam as individualidades, que são heterogêneas e, portanto, possuem natureza de direito difuso, de terceira geração/dimensão.¹¹ Neste sentido, advoga Moraes:

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.¹²

A formação de uma Constituição Brasileira eivada de princípios que garantem e protegem a efetivação dos direitos fundamentais desvela o real significado do Estado Democrático de Direito, pois busca a satisfação de valores individuais e sociais, de modo a expressar o momento cultural jurídico da época. Com o fim do regime ditatorial e com a implementação da democracia, a sociedade ansiava e já se envergava por um Estado Democrático de Direito e,¹³ a partir de tal necessidade, unida com produto humano que a demonstrava (leia-se cultura), nasce a Constituição de 1988 que Afonso da Silva considera “[...] um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.”¹⁴

Um ótimo exemplo de influência cultural quando da criação de mecanismos constitucionais para proteção de direitos de terceira dimensão, é no tocante a proteção ao meio ambiente e sua tutela Constitucional. O direito ambiental tem como principal característica ser presente e futuro,¹⁵ ou seja, passa uma mensagem de antecipação, que surge com maior clareza quando tratado dos princípios gerais da matéria jurídico ambiental, principalmente no tocante ao princípio da precaução e seu viés

¹¹ Vale considerar que não se pretende adentrar na discussão terminológica entre “dimensão” e “geração” dos direitos fundamentais, pois, adota-se a ideia de Buffon quanto tal classificação servir mais como um instrumento didático e pedagógico voltado para melhor compreensão do processo histórico e da complexidade dos direitos fundamentais. Assevera Buffon: “Há de se concordar, porém, que essa classificação serve mais como instrumento pedagógico do que como elemento apto a fazer uma distinção estanque das ditas dimensões ou gerações de direitos fundamentais, assim denominadas para que seja possível compreender o processo histórico e como os direitos fundamentais adquiriram o grau de sofisticação que ora se contesta.” BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 135.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

¹⁵ CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 44.

solidário, quando da preservação ambiental para futuras gerações.¹⁶ Por tais características, criou-se uma cultura que se preocupa com questões ambientais, buscando a efetivação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para suprir tal desejo social, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a se preocupar com a proteção ambiental de forma pontual e geral,¹⁷ de modo a criar valores éticos e mecanismos normativos que possam disciplinar as atitudes do Ser Humano perante o meio ambiente.

Deste simples exemplo, pode-se perceber que a norma que visa regulamentar está lastreada por concepções éticas, econômicas políticas, ideológicas e jurídicas de determinada sociedade, ou seja, exprimindo a cultura desta. Todavia, como se demonstrou com o exemplo do direito ambiental, que teve sua proteção efetivamente positivada tão somente com a Constituição Federal de 88, nem sempre a produção legislativa consegue atender a situação cultural, haja vista esbarrar com o hiato (e complexidade) da pós-modernidade. Sobre tal tema leciona Jaqueline Mielke:

O grande problema jurídico na atualidade é como pensar o Direito, como operar com o Direito neste período de grandes transformações pela qual se passa, nesta forma de sociedade de que muitos chamam, por uma questão de comodidade, de globalização. Examinar o Direito dentro da globalização implica relacioná-lo com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulamentação social que estão surgindo.¹⁸

Devido às características apresentadas pela pós-modernidade e globalização, pensar e produzir o direito de acordo com o viés cultural da sociedade que a norma vai proteger passa a ser tarefa difícil, pois as matérias que necessitam de amparo legal na contemporaneidade são complexas. É sabido que o direito, seja ele material ou processual, está intimamente ligado com a cultura, no entanto [...] também é verdade que a cultura que se vem desenvolvendo está anos luz do que se pensa atualmente em termos de direito [...]”¹⁹ e, para que seja possível a ruptura deste distanciamento, os juristas precisam dar maior atenção nos marcos modificadores das relações sociais, econômicas, políticas, filosóficas e

¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

¹⁷ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 152.

¹⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrumento da realização de direitos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 38.

¹⁹ JOBIM, Marco Félix. Cultura, escolas e fases metodológicas do processo. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014, p. 77.

outras, para fins de que direito e cultura esteja correlacionados, de modo que um, ainda que indefinido, possa vir a contribuir com o outro.²⁰

2 Uma nova perspectiva de pensar o direito de família através de um viés cultural

Conforme já mencionado, com o advento da Constituição Brasileira de 1988 ocorreram importantes mudanças no aspecto jurídico cultural, vez que os direitos de terceira dimensão, como a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, passaram a ser não apenas terem disposições legais no texto constitucional, mais também o cuidado necessário quando do seu manuseio no cotidiano. Destarte, haja vista o aspecto cultural influenciar diretamente na produção do Direito, mesmo que o termo não seja eivado de conceito específico e pacífico pela doutrina, é possível afirmar que um dos ramos jurídicos que mais sofreu influência cultural é o direito de família, direito este que, ousa-se dizer, é o que melhor expressa as relações humanas.

Com o surgimento do Estado Social, a família, seu conceito e seus costumes, sofreram insígnias mudanças, de modo que o arcaico modelo de família patriarcal deixou de existir e o Estado, antes ausente, passou a estar mais presente, mostrando-se interessado nas relações familiares.²¹ A CF/88 trouxe, em seu artigo 226 e seguintes, um conceito familiar dispare daquele que a legislação civilista (Código Civil de 1916) versava, de modo que os princípios constitucionais basilares se sobrepusessem a uma norma com pouca efetividade. Sobre a família constitucionalizada, disserta Lôbo:

O modelo igualitário da família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988. As constituições modernas, quando trataram da família, partiram sempre do modelo preferencial da entidade matrimonializada. Não é comum a tutela explícita das demais entidades familiares. Sem embargo, a legislação infraconstitucional de vários países ocidental tem avançado, desde as duas últimas décadas do século XX, no sentido atribuir efeitos jurídicos próprios de direito de família às demais entidades familiares. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade ma-

²⁰ JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014, p. 77.

²¹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

trimonializada, mas outras duas explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas.²²

É inegável que a ideia puramente patriarcal e individualista do Código Civil de 1916 estava culturalmente enfraquecida, de modo que a metamorfose social clamou pela constitucionalização do direito familiar e por um código civil despreendido dos velhos conceitos atrelados à família. Desta forma, importantes mudanças passaram a ocorrer no direito de família, mudanças estas que ainda estão ocorrendo e que exprimem, ainda que timidamente, a realidade da família contemporânea.

2.1 Evoluções e omissões jurídicas quanto à família brasileira na contemporaneidade

Para melhor demonstrar a evolução legislativa atrelada à realidade cultural, mesmo antes da Constitucionalização da família brasileira, importante destacar a Lei 4.121/1962 que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada e, mesmo com um texto repleto de relvas e que deixa claro ser o marido o chefe da sociedade conjugal, é possível que a mulher seja vista como ser dotado de plena capacidade e proprietária dos bens adquiridos com seu trabalho.

Outra legislação de suma importância para o direito de família, tanto no âmbito material como processual, diz respeito à Lei 515/177, também conhecida como Lei do Divórcio e que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos; vez que pôs fim a ideia de impossibilidade de dissolução do casamento e regulamentou a separação judicial. Todavia, em decorrência dos nuanças sociais e rapidez das relações interpessoais, a Lei 515/77, que muito repercutiu, passou a ficar obsoleta e, com a vigência da CF/88 e, principalmente com a emenda Constitucional nº 66, que alterou o art. 226, § 6º da CF/88, o divórcio passou a se adequar com a realidade atual das relações familiares, de modo que é possível a conversão do casamento em divórcio sem a necessidade de aguardar os prazos de separação previstos na legislação *supramencionada*.

Ainda no tocante as mudanças constitucionais e legislativas que vieram ao encontro dos anseios sociais, importante destacar o reconhecimento da união estável. Antes da união estável estar constitucionalmente expressa, o casamento era a única forma de reconhecimento da sociedade

²² LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 3. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

conjugal. Devido à inclinação social para com a formação de instituições familiares extramatrimoniais a CF/88, em seu art.226 §3º, passou a tutelar tais famílias. Todavia, a previsão constitucional trouxe em seu texto legal tão somente a positividade da união estável, compreendida esta no sentido literal, como a união entre o homem e a mulher como entidade familiar, causando inúmeras dúvidas aos juristas no tocante ao reconhecimento e seus efeitos. Sobre a distinção dos efeitos jurídicos da união estável e do casamento, ensina Bueno de Godoy:

Como também, de outra parte, disciplinar a união estável, do ponto de vista de seus efeitos, não implica, necessariamente, igualá-la ao casamento, o que em momento algum foi pretensão da Constituição Federal, afinal que as tratou de modo distinto – e não se trata de modo diferente o que é igual, seja permitida a tautologia. Nessa senda é que se coloca a questão sobre a exata diferenciação do instituto, mas para se apurar em que medida se justifica a distinção dos efeitos que o ordenamento lhes confira. Explica-se, destrate, que de modo parcelar, eis que cuidando de efeitos específicos da união estável, ora atinentes aos alimentos e direito sucessório, ora a pretexto de regulamentação o §3º do art. 226 da Constituição, tenham vindo a lume as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, disciplinando a união estável, para alguns até além do comando constitucional atinente, apenas, a uma legislação que favorecesse a conversão em casamento, mas decerto que, antes de tudo, favorecendo a família. Como se explica que, depois, a matéria tenha sido levada a um título próprio, o terceiro, do livro do direito de família do novo Código Civil.²³

Por tal motivo muito se discute quanto à união estável, não apenas no tocante ao seu reconhecimento quando não há termo de registrado em cartório, haja vista não existir previsão legal para tanto. Mas também, há grande polêmica quanto a “limitação” prevista na Carta Magna relativa as questões de gênero, de modo que para grande maioria da sociedade e para o judiciário, compreende-se que a configuração da união estável não se dá somente na união entre homem e mulher, mas também nas relações homossexuais.

Outro grande avanço, de cunho legislativo e pragmático, é no tocante a ideia de isonomia em sentido amplo estampada na Constituição Brasileira. Tal isonomia, entenda-se aqui como igualdade, está prevista no

²³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Efeitos pessoais da união estável. In: AZEVEDO, José Fernando Simão; FUGITA, José Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 329.

art. 5º, *caput* do texto constitucional e, no âmbito do direito de família pode ser vista no tocante aos filhos, haja vista o art. 227, §6º dispor que os filhos havidos ou não da relação do casamento ou os adotados serão iguais perante as normas que dizem respeito a filiação. E, além do reconhecimento de igualdade entre filhos, nossa Carta Magna também passou a reconhecer a igualdade entre homens e mulheres no âmbito da sociedade conjugal, seja no casamento ou na união estável. Sobre os efeitos desta igualdade, importante salientar as palavras de Tartuço, senão vejamos:

Diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira e vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, §1º do CC). Anota-se que a última norma também se aplica à união estável, pela patente inconstitucionalidade do art. 57, §2º a 4º, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), incidente no passado às hipóteses de convivência. Os dispositivos são inconstitucionais porque somente se referem à mulher e não ao homem, violando a isonomia. Ademais, é desatualizada por exigir um prazo para a configuração da união estável ou prole comum.

Este conceito de igualdade é baseado na dignidade da pessoa humana, sendo esta fundamentada na concepção de que cada indivíduo é ser único e insubstituível, pois não possui outro igual ou equivalente, fator este que lhe atribui dignidade.²⁴ Assim, tendo em vista a unicidade do ser e considerando suas peculiaridades, tal conceito, bem como os reflexos jurídicos criados a partir dele devem ser aplicados aos novos modelos de família, principalmente aquelas famílias consideradas homoparentais.

A autoestima e concepção de dignidade relacionadas com a identidade sexual não é temática nova no âmbito jurídico, no entanto, há consideráveis avanços em sua compreensão. A ideia de identidade sexual por muito tempo esteve vinculada à finalidade puramente reprodutiva, de modo que o ideal de família era aquele composto por homem e mulher a teor do entendimento moral religioso que por muito tempo (ou até hoje) norteia nosso Estado “laico”.

Todavia, com os avanços conceituais, a miscigenação cultural e o desapego de retrógradas ditames religiosos fizeram com que o preconceito em torno da homossexualidade fosse minorado, de modo que hoje tanto a normatização (aqui não apenas leis, mas principalmente norma de cunho administrativo) como a jurisprudência passaram a aceitar e efetivar os

²⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Traduzido por Paulo Quintella. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 77.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

direitos das famílias compostas por homossexuais. Ainda sobre o tema, vale destacar os importantes apontamentos de Bunchaft, conforme segue:

Nesse aspecto, as religiões ocidentais delinearão compreensões morais que concebiam o sexo em uma dimensão reprodutora, voltada para a preservação da família e da espécie humana. Nesse quadro teórico, a identidade sexual vem sendo compreendida de forma mais ampla que o simples sexo morfológico. O sexo deixa de ser considerado como um elemento fisiológico, endócrino, morfológico, civil e psíquico.²⁵

A referida quebra de paradigma se desvela mais como criação da jurisprudência e da doutrina do que pela tutela constitucional e legal, vez que mesmo eivada de modernos princípios e de um texto que muito expressa os clamores sociais, a Constituição Federal de 1988 segregou como entidade familiar aquela composta por homem e mulher, o que causou grande alvoroço no mundo jurídico quando do alargamento de tal conceito.

Tendo em vista a ciência jurídica ser mutável e sofrer influências culturais do ambiente em que se aplica, “[...] alguns tribunais têm partido de uma leitura moral do ordenamento jurídico e de uma perspectiva reconstrutiva, superando autocompreensões assimétricas de mundo.”²⁶ Desta forma, é crescente julgamentos e movimentos que buscam o reconhecimento legal das relações homossexuais que, no mundo dos fatos, de caracterizam como legítimas uniões estáveis.

Em maio de 2013, com base na decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo nº 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária fora aprovada a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. A partir de sua entrada em vigor, as autoridades competentes ficaram proibidas de recusar a habilitação ou celebração do casamento civil ou, até mesmo, de converter a união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. A referida resolução apenas confirmou o posicionamento da doutrina especializada no tema, nesse sentido se destaca:

²⁵ BUNCHAFT, Maria Eugênia. A efetivação dos direitos de transexuais na jurisprudência do STJ: uma reflexão sobre os desafios da despatologização à luz do diálogo Honnet-Fraser. In: STRECK, Lenio Luiz ; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014, p. 225.

²⁶ BUNCHAFT, Maria Eugênia. A efetivação dos direitos de transexuais na jurisprudência do STJ: uma reflexão sobre os desafios da despatologização à luz do diálogo Honnet-Fraser. In: STRECK, Lenio Luiz ; ROCHA, Leonel Severo ; ENGELMANN, Wilson (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014, p. 226.

Simplemente encobrir a realidade não era solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedades de fato, constituem sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encerrar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente.²⁷

Corroborando com as mudanças sociais e culturais que trouxeram à tona os novos conceitos e formações familiares, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) já reconhece o companheiro homoafetivo como dependente do segurado. Até mesmo a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, ainda que tenha como principal objetivo proteger a mulher, também tutela as relações homoafetivas, pois se estende a qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual.²⁸

A adoção por casais homossexuais também é tema recente e polemico a luz do direito. Por não existir uma lei específica que a preveja, tais situações acabam sendo levadas para análise do poder judiciários que, assim como ocorre na adoção por casais heterossexuais, utiliza dos critérios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como da psicologia jurídica para analisar a viabilidade da adoção. A temática gera certo desconforto para conservadores e retrógrados que não se adequaram aos contornos culturais que a sociedade vem tomando, no entanto, tem sido motivo de estudo e maior compreensão do judiciário que, juntamente com a psicologia, avalia o preconceito e discriminação social sofridos pelo adotante e pelo adotado, de modo a concluir que “[...] a forma como a criança irá enfrentar o preconceito dependerá do modo como os adultos que a cercam o farão.”²⁹

A partir deste breve compilado de significativas mudanças que ocorreram no direito de família, é possível perceber como tal disciplina evoluiu e como necessita evoluir, vez que existem sintomáticas mudanças sociais e culturais que clamam por tutela, que necessitam de um direito vivo e não apenas de um direito em vigor.

Conclusão

A criação de normas, regras e princípios que norteiam o comportamento humano necessitam coerência com o contexto em que serão aplicadas, caso contrário, ainda que exista coercitividade não haverá efici-

²⁷ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000, p. 87.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Homoafetividade e o direito. In: AZEVEDO, José Fernando Simão; FUGITA, José Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

²⁹ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, p. 160.

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

ência, tampouco efetividade. Para isto, alguns critérios necessitam ser levados em consideração, um deles é o aspecto cultural pelo qual a sociedade está inserida.

A cultura se mostra como importante elemento para criação e mutação do direito. No entanto, mesmo ciente de tal importância, esbarra-se no dilema de conceitua-la. É ampla a divergência doutrinária sobre a conceituação de tal fenômeno, todavia há um consenso quanto ao fato de que a cultura está umbilicalmente atrelada aos fenômenos sociais e, por tal motivo, importante seu estudo para as ciências jurídicas.

Mesmo não existindo um conceito bem estabelecido e até mesmo acirrada discussão sobre o que vem a ser cultura, inegável seu reflexo na criação jurídica de nosso país. Tal afirmação fica melhor explicitada quando da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 que tutelou extensa gama de direitos ignorados pelas constituições anteriores. A proteção constitucional dos direitos de terceira dimensão dão conta das necessidades sociais para realização de um Estado Democrático de Direito.

É partindo da premissa de que os anseios de uma sociedade multicultural estão inseridos na Constituição de 1988, é que se demonstra a evolução, e, em alguns aspectos estagnação, do Direito de Família. A evolução legislativa no tocante ao direito de família foi ao encontro do movimento social, pois se desapegou da ideia puramente patrimonial e patriarcal, baseando-se no afeto para construção de dispositivos que versam sobre a família.

Outra evolução no direito familiar que caminhou de mãos dadas com a evolução cultural da sociedade diz respeito à igualdade entre homens e mulheres, bem como a liberdade destas em relação aqueles. A CF/88 e o Código Civil de 2002 foram marcos na evolução do direito de família, mas não foram os únicos, haja vista existirem diversas legislações que também desvelaram tal progresso.

Outrossim, ainda que seja nítida a melhora do sistema jurídico brasileiro no âmbito do direito de família, tanto material como processual, não se pode olvidar de algumas omissões legislativas que, por vezes, caminham em descompasso com o cenário cultural social. É o caso das famílias homoparentais que, em sua grande maioria, precisam se socorrer do judiciário para efetividade de seus direitos. Desta forma, entre mais acesos do que erros, é inegável que a (multi)cultura da sociedade brasileira tem provocado legisladores e juristas ao criar e pensar o direito de família e, é com tal provocação que as (multi)famílias alcançam a tutela que necessitam.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Zahar: Rio de Janeiro, 2012.

BIRKET- SMITH, Kaj. *História da cultura: origem e evolução*. 3. ed. Traduzido por Oscar Mendes. São Paulo: Melhoramentos, 1965.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BUNCHRAFT, Maria Eugênia. *A efetivação dos direitos de transexuais na jurisprudência do STJ: uma reflexão sobre os desafios da despatologização à luz do diálogo Honnet-Fraser*. In : STRECK, Lenio Luiz ; ROCHA, Leonel Severo ; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Efeitos pessoais da união estável*. In: AZEVEDO, José Fernando Simão; FUGITA, José Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 (Divórcio). São Paulo: Saraiva, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

PANAREDA, Jordi Agustí. *Embaralhando cultura, identidade e conflito mediadores interculturais na gestão da imigração*. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ,

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

Germano (Org.). *Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia*. Curitiba: Juruá, 2011.p.61-105.

PIQUERAS, Andrés. *Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista*. Um novo olhar sobre os conceitos de cultura e a identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.) *Cultura e identidade em tempo de transformações: reflexões a partir da teoria do direito e da sociologia*. Curitiba: Juruá, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento da realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Homoafetividade e o direito*. In: AZEVEDO, José Fernando Simão; FUGITA, José Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.) *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

PARTE II

Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Parte I – Direitos Humanos e Multiculturalismo

PARADOXOS MODERNOS DO CONCEITO JURÍDICO DE “PESSOA”

Alfredo de J. Flores*

Sumário: Introdução. 1 As raízes filosóficas do dedutivismo iluminista. 2 O dedutivismo bioético atual. 3 O pragmatismo no debate jurídico anglo-americano. Referências.

Introdução

O termo “pessoa”, como o utilizamos em nossa época contemporânea, em que a experiência jurídica se centra no monopólio estatal de construção legislativa e também de aplicação da lei nos casos controversos apresentados aos juízes, seguramente é reflexo dessa experiência. Na verdade, o conceito jurídico de “pessoa” tem uma função distinta nessa época das codificações, quando comparamos com os períodos anteriores, ao menos o direito comum (“*ius commune*”) medieval que teve aplicação durante o Antigo Regime. O processo histórico de leitura da prática jurídica dirigida pela técnica jurídica típica da codificação e pela influência das doutrinas modernas explica a razão de que o conceito de “pessoa” não pudesse mais ser apresentado para a Modernidade como algo de origem jusnaturalista (com sua legitimação numa ordem externa à sociedade). Assim, a “pessoa”, sendo pensada dentro dos limites do discurso liberal que se consolida em finais do séc. XVIII, é reinterpretada a partir de uma “tradição romanística” que buscou nas raízes romanas do termo o substrato para os usos deste conceito jurídico nos debates dos últimos tempos.

Assim, aqui se apresenta a senda a partir da qual se desenvolve essa investigação: de que modo o conceito jurídico de “pessoa”, consolidado então num sistema, qual seja o do direito codificado, superando assim os usos praxista e de direito comum que existiam anteriormente desse termo, na verdade se torna um conceito restrito, de onde se chega à atual não-reconhecimento a determinados seres humanos desta condição de “pessoa”. E com isso se apresenta um paradoxo – enquanto se entenda como um “conceito”, há uma “personalidade” que é compreendida como

* Doutor em Direito e Filosofia (*Universitat de València*, Espanha). Professor Associado de Metodologia Jurídica (*Universidade Federal do Rio Grande do Sul* – UFRGS). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (UFRGS). Sócio aderente da “Asociación Argentina de Filosofía del Derecho” (AAFD). Membro Correspondente do “Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho” (IIHD, Argentina). Membro do “Instituto Brasileiro de História do Direito” (IBHD). Membro Efetivo do “Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul” (IHGRGS).

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

característica somente de algumas “pessoas” em sentido jurídico; como resultado, tal adjetivação a determinados entes, não abarcando a totalidade de seres humanos, define o significado de “sujeito de direitos” nas categorias teórico-jurídicas desde a codificação moderna.

O conceito de “pessoa” se vincula a um “sistema” jurídico, tão típico dos anseios teoréticos desde a Escola de Direito natural racional. E aí se encontra o principal sinal de singularidade que existe no conceito jurídico de “pessoa” desse período contemporâneo: a “pessoa” e “seus direitos” são categorias que somente podem ser compreendidas desde o discurso liberal que é triunfante depois da Revolução francesa. A bem da verdade, a forma de fazer referência à “pessoa” dentro dos discursos anteriores à Revolução nunca foi unívoca, uma vez que se manifestava no particular, ou seja, segundo os estatutos e as condições dos estatutos pessoais de então.

Com isso, esta análise aponta a que o paradigma do pensamento contemporâneo sobre esse tema – o qual ainda tem força hoje em dia na área de bioética – é a opinião de que importa defender limites ao reconhecimento da personalidade a todo e qualquer ser humano, o que configura o que o professor Jesús Ballesteros chama de “personismo” e que acolhemos como categoria. Assim, o “personismo” representa uma visão reducionista da “pessoa”, em que alguns seres humanos não seriam considerados como “pessoas”, mas somente como “coisas”. Tal reducionismo não se configura de uma única maneira; assim, poderemos observar na sequência como o dedutivismo de raiz iluminista e o pragmatismo representaram nos dois últimos séculos um ambiente de construção desta dissociação que chamamos “personista” entre o “ser humano” e a “pessoa” e que entendemos ser muito problemática por afirmar categoricamente que nem todo ser humano pode ser “pessoa”¹, isto é, que nem todo ser humano tem status jurídico de “personalidade”.

1 As raízes filosóficas do dedutivismo iluminista

Em primeiro lugar, é importante recordar que as posturas “personistas” que se inseriram no contexto contemporâneo de debates sobre a temática bioética resultariam em posições ambivalentes com referência ao ser humano, porque são uma construção teórica dos tempos da bio-

¹ Com isso, o prof. Jesús Ballesteros recorda: “A não-identificação entre ser humano e pessoa na hora do reconhecimento dos direitos procede, portanto, da noção estoíca e liberal de ‘autarkeia’” (BALLESTEROS, Jesús. A constituição da imagem atual do homem. Tradução de Albenir I. Querubini Gonçalves. Revisão da tradução de Alfredo de J. Flores. *Revista Direito & Justiça*, PUC-RS, v. 38, n. 01, 2012, p. 23); assim, a condição “autárquica” do ser humano é que explicaria a “personalidade” – por isso, nesse imaginário liberal, não há possibilidade de que todo ser humano seja “pessoa”.

tecnologia. Neste sentido, o citado discurso seria impensável em outras épocas², mas não se deve esquecer que seu fundamento seria o ideário da Modernidade, sobretudo a partir da postura de René Descartes³ ao distinguir no homem a “res cogitans” – a mente consciente, e a “res extensa” – o corpo. Disso se deduz que o sujeito desencarnado, enquanto “res cogitans”, seria o titular de direitos; enquanto que o ser simplesmente biológico, a “res extensa”, careceria de direitos.

Na verdade, esta visão foi aprofundada a partir da diferenciação que se estabeleceu no pensamento do filósofo inglês John Locke entre “ser humano” e “pessoa”⁴, em que se fala que o “ser humano” seria o membro da espécie humana, enquanto que a “pessoa” seria o ser humano consciente e livre, capaz de dispor e, por isso, de ser proprietário. Pode-se afirmar que a citada separação se deu no contexto de construção da concepção liberal-moderna de homem, em que não se vislumbram de forma clara as repercussões no plano político-jurídico. Com efeito, isso somente se notaria no final do séc. XVIII, quando se consolidam as posições ligadas ao pensamento jusnaturalista de matiz racionalista.

Por outro lado, é necessário mencionar ainda a visão do filósofo escocês David Hume, que justamente defendia em suas obras uma visão reducionista da “pessoa”⁵ ao estabelecer a unidade de consciência como

² Com referência a tal situação, vale recordar o que havia apontado F. D’AGOSTINO: “perché si è rivelato un fallimento il tentativo di costruire la bioetica all’interno delle categorie della modernità ? Perché la pretesa del fondamento incontrovertibile si è rivelata illusoria” (D’AGOSTINO, Francesco. *Bioetica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996. p. 6).

³ Assim, afirma R. DESCARTES nas “Rationes Dei existentiam & animæ a corpore distinctionem probantes more geometrico dispositæ”, que faz referência às *Meditationes de prima Philosophia in quibus Dei existentia, et animæ à corpore distinctio, demonstrantur*, que “jam verò substantiæ, quæ esse possunt una absque aliâ, realiter distinguuntur (...). Atqui mens & corpus sunt substantiæ (...), quæ una absque aliâ esse possunt (ut mox probantum est). Ergo mens & corpus realiter distinguuntur” (DESCARTES, René. *Œuvres de Descartes*. tome VII. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1973. p. 170). Do mesmo modo, logo no texto de tais *Meditationes*, na *Meditatio Secunda* chamada “De natura mentis humanæ : quòd ipsa sit notior quàm corpus”, o mesmo filósofo francês havia argumentado : “sed quid igitur sum ? Res cogitans. Quid est hoc ? Nempe dubitans, intelligens, affirmans, negans, volens, nolens, imaginans quoque, & sentiens” (*ibidem*. p. 28).

⁴ Nesse sentido, já havia anotado J. LOCKE: “it is not therefore unity of substance that comprehends all sorts of identity, or will determine it in every case; but to conceive and judge of it aright, we must consider what idea the word it is applied to stands for : it being one thing to be the same *substance*, another the same *man*, and a third the same *person*, if *person*, *man*, and *substance*, are three names standing for three different ideas” (LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. vol. I. New York: Dover Publications, 1959. p. 445).

⁵ Assim, explicita D. HUME sobre a identidade pessoal: “unluckily all these positive assertions are contrary to that very experience, which is pleaded for them, nor have we any idea of *self*, after the manner it is here explain’d. For from what impression cou’d this idea be deriv’d ? This question ’tis impossible to answer without a manifest contradiction and absurdity; and

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

característica necessária para poder reconhecer a identidade pessoal. Sendo assim, o autor defende a visão de que a pessoa se manifesta em seu caráter anímico a partir do conjunto de várias impressões e ideias, de onde se deve perceber a manifestação da “personalidade” a partir da imaginação, a responsável por ordenar as citadas impressões e ideias ⁶. Dessa forma, a perspectiva de tal filósofo se converteu em mais uma voz em defesa desse reducionismo, sendo claramente uma explicação enquadrada no estilo dedutivista ilustrado, que serviria de embasamento posterior às posturas “personistas” contemporâneas.

Agora, o ponto crucial de consolidação da visão da Modernidade foi a disposição estabelecida pelo principal filósofo alemão, Immanuel Kant⁷, que distingue três maneiras de disposição da espécie humana, quais sejam – a “animalidade”, a “humanidade” e a “personalidade”, em que predominam respectivamente o caráter de vivente, racional e responsável no ser humano. Como consequência, o filósofo alemão estabeleceu que a “pessoa” seria “o que tem consciência da identidade numérica de si próprio em tempos diferentes”, ressaltando dessa maneira a possibilidade de ser um ente racional que também seria responsável. Isso justificaria sua autonomia pela capacidade de estipular suas próprias leis, mas também sintetizaria um fundamento teórico para o se converterá depois nessa tendência “personista” do final do séc. XX, principalmente em suas linhas bioéticas. Por outro lado, é uma obviedade que o filósofo alemão não

yet 'tis a question, which must necessarily be answer'd, if we wou'd have the idea of self pass for clear and intelligible. It must be some one impression, that gives rise to every real idea. But self or person is not any one impression, but that to which our several impressions and ideas are suppos'd to have a reference” (HUME, David. *A treatise of human nature*. Baltimore: Penguin Books, 1969. p. 299).

⁶ Ademais, acrescenta HUME: “we must distinguish betwixt personal identity, as it regards our thought or imagination, and as it regards our passions or the concern we take in ourselves. The first is our present subject; and to explain it perfectly we must take the matter pretty deep, and account for that identity, which we attribute to plants and animals; there being a great analogy betwixt it, and the identity of a self or person” (*ibidem*. p. 301).

⁷ Deste modo, deve-se lembrar que I. KANT propôs três disposições na espécie humana, a “animalidade”, a “humanidade” e a “personalidade”, segundo se nota em seu texto *A religião nos limites da simples razão*: “wir können sie in Beziehung auf ihren Zweck füglich auf drei Klassen, als Elemente der Bestimmung des Menschen, bringen : 1. Die Anlage für die Thierheit des Menschen, als eines lebenden; 2. Für die Menschheit desselben, als eines lebenden und zugleich vernünftigen; 3. Für seine Persönlichkeit, als eines vernünftigen und zugleich der Zurechnung fähigen Wesens” – KANT, Immanuel. *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (2. Aufl. 1794). In: *Kant's gesammelte Schriften*. Band VI. Berlin: Georg Reimer, 1914. p. 26. Por outro lado, vale recordar ainda o que havia declarado o autor com relação à “pessoa” em sua *Crítica da razão pura*, onde definiria que “was sich der numerischen Identität seiner selbst in verschiedenen Zeiten bewußt ist, ist so fern eine Person” – KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft* (1. Aufl. 1781). In: *Kant's gesammelte Schriften*. Band IV. Berlin: Georg Reimer, 1911. p. 227.

poderia ser responsabilizado por propagar ideias de tal natureza em seu contexto⁸; entretanto, as linhas bioéticas mais atuais utilizam o pensamento de Kant como fundamento de suas posições reducionistas.

2 O dedutivismo bioético atual

Com isso, nota-se que o “personismo” enfatiza o poder de ser autoconsciente e de escolher, como sublinhou em seu momento o então propagador oficial dessa posição, H. T. Engelhardt, no âmbito bioético, de onde se pode deduzir que alguns seres humanos não viriam a cumprir o requisito enunciado para a “personalidade” – não restando a eles outra consideração que a de “não-pessoas”. Logo, o autor, embora tivesse mudado de opinião posteriormente, naquele momento não enquadraria como “pessoas” os fetos, os embriões, os que apresentassem retardo mental profundo e os indivíduos em coma, pois, segundo o citado autor, estes não poderiam refletir e, em consequência, não poderiam participar da “comunidade moral secular”, a instância de debate das questões vitais da humanidade, em que somente “pessoas” tomam parte⁹. Nesse caso, tal postura extremada denota certa arbitrariedade, diríamos no limite da irrazoabilidade, pois defenderia uma incapacidade do homem de perceber a realidade em vista de que se submeteria a um padrão reducionista de administração de interesses da vida humana numa sociedade liberal que se consolida política e economicamente.

A julgar por tais considerações, é possível constatar que os partidários desse tipo de “personismo”, na verdade, valem-se de um dedutivismo,

⁸ Bem recorda Laura PALAZZANI a contribuição do ideário kantiano sobre a “pessoa”: “aunque negando la fundamentación ontológica al concepto (con la nota crítica a la metafísica y a la sustancialidad del alma y del sujeto, reduciendo a este último sólo a pensamiento), recupera y valora el significado ético y jurídico (la persona es fin, no medio, tiene « dignidad » y no tiene « precio »)” – (PALAZZANI, Laura. Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano. In: AAVV. *Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: Eiuinsa, 2000. p. 59-78, esp. p. 64-65).

⁹ Afirmava H. ENGELHARDT, “what distinguishes persons is their capacity to be self-conscious, rational, and concerned with worthiness of blame and praise. The possibility of such entities grounds the possibility of the moral community. It offers us a way of reflecting on the rightness and wrongness of actions and the worthiness or unworthiness of actors. On the other hand, not all humans are persons. Not all humans are self-conscious, rational, and able to conceive of the possibility of blaming and praising. Fetuses, infants, the profoundly mentally retarded, and the hopelessly comatose provide examples of human nonpersons. Such entities are members of the human species. They do not in and of themselves have standing in the moral community. They cannot blame or praise or be worthy of blame or praise. They are not prime participants in the moral endeavor. Only persons have that status” (ENGELHARDT, Hugo Tristram. *The foundations of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 107).

especialmente quando se trata do caso do citado autor, que se vincula diretamente à concepção kantiana de “pessoa”. E, assim, pode-se afirmar que isso configura a consolidação da visão de mundo liberal sobre o homem¹⁰, estando imbuída de um forte caráter teorético. Por isso, quando esses autores “personistas” apresentam esse argumento como indiscutível para a avaliação do problema da condição jurídica do nascituro, ou então de algum dos outros seres humanos que estão em situação de vulnerabilidade, estão empregando uma perspectiva tipicamente moderna que parte de uma configuração teórica com pretensão de converter-se na única leitura que seria legítima da realidade – de onde se pode notar que se nega totalmente a compreensão da ordem natural das coisas que advinha da tradição do pensamento ocidental.

Porém, temos ainda que outros autores também “personistas” utilizam argumentos ainda mais extremados, como P. Singer; este autor defende que a condição moral do feto deveria ser comparada à condição de determinados animais, de maneira especial, os mais desenvolvidos, pois, desse modo, pode-se chegar à conclusão de que o feto não seria uma “pessoa”. Falando mais especificamente, tal autor em bioética argumenta que a existência do feto não teria valor intrínseco, quando se compara a outros animais, e, em vista disso, o critério moral de apreciação da morte do feto por meio de um aborto provocado¹¹ não poderia ser igual ao que se utilizaria para uma “pessoa” que fosse morta por homicídio¹². Não

¹⁰ A visão dedutivista que apresentava ENGELHARDT pode ser observada quando este declara que “for Kant, persons are put in the peculiar predicament of having to conceive of themselves as determined, caused to do the things they do, while on the other hand conceiving of themselves and other persons as moral entities, worthy of blame and praise and therefore free. It is important to realize that Kant is not advancing a metaphysical proposition. He is rather indicating two major and inescapable domains of human reasoning and experience. Our very notion of ourselves as self-conscious, rational entities requires us to treat ourselves as moral agents, as persons, and as knowers. As a consequence, persons stand out as possessing a special importance for moral discussions, for it is such entities who have rights to forbearance and who may not be used without their permission. This moral concern, it must be stressed, focuses *not on humans but on persons*” (*op. cit.* p. 106).

¹¹ Nesse sentido, declara P. SINGER: “my suggestion, then, is that we accord the life of a fetus no greater value than the life of a nonhuman animal at a similar level of rationality, self-consciousness, awareness, capacity to feel, etc. Since no fetus is a person, no fetus has the same claim to life as a person. We have yet to considerer at what point the fetus is likely to become capable of feeling pain. For now it will be enough to say that until that capacity exists, an abortion terminates an existence that is of no “intrinsic” value at all” – SINGER, Peter. *Practical Ethics*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 151.

¹² Segundo BALLESTEROS, há resquícios do dualismo cartesiano no pensamento bioético contemporâneo, o qual estaria imbuído deste discurso “personista”: “el sujeto desencarnado en cuanto ‘res cogitans’ sería el titular de derechos, mientras que el ser simplemente biológico, la ‘res extensa’, carecería de derechos” (BALLESTEROS, Jesús. Exigencias de la

muito longe de tal visão, seria possível perceber nos autores que defenderiam tais ideias que se chegaria à situação de apregoar-se a possibilidade de matar o “ser humano” que não fosse “pessoa”¹³, e isso estaria justificado pela maior repercussão de matar a uma “pessoa”, porque, segundo falam os epígonos desse ideário, isso seria ilícito em virtude da capacidade e consciência da “pessoa”.

Partindo da simples observação dessas ideias, constata-se que se enquadram no contexto filosófico anglo-saxônico que é fundado no utilitarismo, a base de regulação das relações desse âmbito. Destarte, o fundador de tal ideário, o filósofo inglês J. Bentham, representaria o fundamento último dessa posição no contexto anglo-saxônico, pois, além de absorver os postulados do pensamento iluminista, conseguiu configurar a “pessoa” na perspectiva do princípio utilitarista, em que a respectiva “personalidade” se vincularia às faculdades ativas da mente¹⁴. Nesse caso, resulta claro que, desde a visão pragmática do utilitarismo, a “pessoa” seria o ente racional; mas o filósofo, por outro lado, havia definido essa “pessoa” a partir do fato de que apresenta a possibilidade de sofrer¹⁵, bem ao estilo

dignidad humana en biojurídica. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie V, anno LXXIX, n. 2, apr-giu 2002, p. 177-208, esp. p. 178).

¹³ Assim, explica SINGER: “it is of course true that the potential rationality, selfconsciousness and so on of a fetal *Homo sapiens* surpasses that of a cow or pig; but it does not follow that the fetus has a stronger claim to life. There is no rule that says that a potential X has the same value as an X, or has all the rights of a X. (...) In the absence of any general inference from ‘A is a potential X’ to ‘A has the rights of an X’, we should not accept that a potential person should have the rights of a person, unless we can be given some specific reason why this should hold in this particular case” (SINGER. *op. cit.* p. 153).

¹⁴ Explica J. BENTHAM em sua *Das leis em geral* ('appendix B'): “next with regard to the subservient power over such persons as may chance to be circumstanced in a manner to impede the exercise of the principal one. This application of power over persons must be explained in its turn as well as any other: but as this is but one among a great variety of applications and modifications of which that branch of power is susceptible, it will first be proper to give a general explanation of the whole together. To understand the nature and possible modifications of that sort of fictitious entity which is called a power over persons it will be necessary to make a distinction between the corporeal or purely passive faculties of man and his mental or active faculties. By the first I mean those which are common to man’s body with the rest of matter: by the second I mean those which are common to him with other sentient beings only, and which either belong to or constitute the mind. By the first he is assimilated to the legal class of *things* : it is by the second only that he stands distinguished from *trata class*” (BENTHAM, Jeremy. *Of laws in general*. London: University of London – The Athlone Press, 1970. p. 258).

¹⁵ Nesse caso, importa recordar o que haveria de argumentar BENTHAM: “but a full-grown horse, or dog, is beyond comparison a more rational, as well as a more conversible animal than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail ? The question is not, Can they *reason* ? nor Can they *talk* ? but, Can they *suffer* ?” (BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Mews Gatf, MDCCCLXXIX. p. cccix).

utilitarista do contexto; desde essa percepção, fica facilmente tranquilo para deduzir boa parte das atuais visões reducionistas que compreendem o ser humano como imagem dos animais, aqui no sentido de que os instintos são a base para a atuação racional.

3 O pragmatismo no debate jurídico anglo-americano

De fato, desde o já comentado contexto do dedutivismo bioético anglo-saxônico, talvez não se possa aplicar um critério de razoabilidade que servisse para definir a noção de “pessoa” que fosse aplicável a tal âmbito, pois as limitações teóricas são contrárias às antigas perspectivas aristotélicas da prudência, do governo racional dos sentidos. Agora, essa situação não se restringe à filosofia, nem mesmo dentro do ambiente anglo-saxão; na verdade, influi igualmente no critério legislativo do sistema – deste modo, observando a obra de W. Blackstone, um dos mais reconhecidos constitucionalistas ingleses, vê-se que se demonstrou partidário dessa visão que dominava tal contexto, pois reconhecia os direitos da “pessoa” somente a partir do nascimento, o que indiscutivelmente haveria de influir na legislação inglesa da época, como também repercutiria nos Estados Unidos em razão de sua autoridade doutrinária. Em tal senda, o constitucionalista defendeu que os direitos absolutos do homem deveriam ter uma referência à capacidade de saber o que seria o bem e o mal¹⁶ para si mesmo, em que o poder de escolher tal medida se manifesta no mais desejável, segundo a liberdade natural.

Dessa forma, na doutrina jurídica anglo-saxônica, que hoje em dia cada vez mais define o discurso “personista” oficial no tema de discussão do status do nascituro e de outros seres em vulnerabilidade, há ainda a visão tradicional do “Common Law” como confirmação da noção moderna. Tal tradição consuetudinária de construção narrativa dos significados para a comunidade jurídica anglo-saxônica estipulou também uma noção de “personalidade” que se inseriria nessa sociedade, em cujo caso o autor mais representativo seria R. Dworkin. Não por acaso, o citado filósofo sustenta que o feto humano não teria “personalidade constitucional” nos

¹⁶ Por isso, anota W. BLACKSTONE: “the absolute rights of man, considered as a free agent, endowed with discernment to know good from evil, and with power of choosing those measures which appear to him to be most desirable, are usually summed up in one general appellation, and denominated the natural liberty of mankind. This natural liberty consists properly in a power of acting as one thinks fit, without any restraint or control, unless by the law of nature : being a right inherent in us by birth, and one of the gifts of God to man at his creation, when he endued him with the faculty of freewill” – BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 1st Book. Oxford: Clarendon Press, MDCCXLV. p. 121 (ed. fac-simile. vol. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1979).

Estados Unidos¹⁷; e, por essa razão, não seria possível garantir peremptoriamente ditos direitos fundamentais ao nascituro (e, diríamos, também não aos demais vulneráveis, por extensão), ainda que fosse possível uma consideração por parte dos Estados federados americanos de que o citado ente tivesse alguns privilégios no âmbito jurídico.

Ainda que se cogite de tal consideração, entendia o autor que isso não passava de uma declaração limitada que não poderia ter repercussão na federação, sendo também uma ficção¹⁸ que se atribua personalidade como sucede a uma corporação. De qualquer maneira, essa consideração do nascituro como uma “pessoa” representaria um acréscimo no número de pessoas, e disso resultaria o possível conflito de direitos com os demais cidadãos. Nesse caso, fala o autor norte-americano que há um dilema somente resolvido pela Constituição do país, na qual, em sua opinião, seria impossível aos Estados federados definir novas pessoas na população constitucional, porque isso gera conflito no conjunto de direitos dos cidadãos, ademais de desobedecer ao ditame da Constituição nacional.

Na verdade, Dworkin sabia que a determinação de um status jurídico para o feto na Constituição americana haveria de repercutir na legislação restante do país, porém a julgar pela jurisprudência constitucional estabelecida pela Suprema Corte, isso não era mais possível, pois com o famoso caso *Roe v. Wade* de 1973 ficou estabelecida a via para poder fazer legalmente o aborto no país. Ou seja, antes da “viabilidade” do feto, a qual se estabeleceria a partir de determinados critérios considerados como “científicos”, pode-se dizer que seria possível fazer um aborto, exterminando esse feto, sem nenhum obstáculo, pois bastaria para tanto o

¹⁷ Em razão disso, argumenta R. DWORKIN: “the United States Constitution therefore does not declare a fetus to be a constitutional person. Now we must ask whether the Constitution leaves each state free to decide, if it wishes, that a fetus has the legal status of a person within its borders. Once again, we must take care not to become confused by the ambiguities in the word ‘person’” (DWORKIN, Ronald. *Life’s dominion*. New York: Vintage Books, 1994. p. 113).

¹⁸ Afirma DWORKIN: “with that qualification, declaring a fetus a person raises no more constitutional difficulties than declaring, as every state has, that corporations are legal persons that enjoy many of the rights real people do, including the right to own property and to sue. Declaring corporations persons is a kind of shorthand for describing a complex network of rights and duties, and so long as states do not use the shorthand to curtail or diminish constitutional rights, there can be no constitutional objection. But the suggestion that the Constitution allows states to bestow personhood on fetuses assumes more than this benign use of the language of personhood. It assumes that a state *can* curtail constitutional rights by adding new persons to the constitutional population, to the list of those whose constitutional rights are competitive with one another. The constitutional rights any citizen has are of course very much affected by who or what else is also deemed to have constitutional rights, because their rights compete or conflict with his” (*ibidem*. p. 113).

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

enquadramento jurídico que existiria no ordenamento estado-unidense¹⁹, segundo o qual a Suprema Corte americana havia solenemente declarado em tal caso.

Ademais, tal situação definida pela Suprema Corte teria legitimidade, isso em sua opinião, porque não existiria o poder constitucional²⁰ por parte dos Estados federados, no sentido de poder definir que o feto poderia ser considerado “pessoa”. A consequência disso seria derivar para a impossibilidade de garantir os direitos desse nascituro ante os demais concidadãos norte-americanos, em razão da lacuna que se apresentaria no texto constitucional. Em outros termos, tal visão de Dworkin pode soar como muito extremada, enquanto nega a “personalidade” ao feto criando a necessidade de obediência ao pacto social, a um reconhecimento consensual na lei constitucional do país; com isso, nega tanto a simples observação da realidade concreta da relevância social do nascituro como nega em nome de um postulado filosófico-político as atuais pesquisas científicas que mostram a complexidade da vida humana já desde o ventre materno.

Conclusão

A breve alusão a autores e passagens que ilustram o processo histórico em que se afirmam os reducionismos do dedutivismo e do pragmatismo dentro do direito ocidental poderia não dar conta, como de fato não dá, de todo o debate a respeito do reconhecimento de um status jurídico aos vulneráveis, como o nascituro. Entretanto, serve a reconstituição dos passos e autores para identificar as fórmulas que são adotadas nos debates, de modo especial, os debates acadêmicos. Nesse caso, a vitória da

¹⁹ Assevera DWORKIN: “once we understand that the suggestion we are considering has these implications, we must reject it. States have no power to overrule the *national* constitutional arrangement, and if a fetus is not part of the constitutional population under that arrangement, states cannot make it one. The supremacy clause of the Constitution declares that the Constitution is the highest law of the land. If that means anything, it means that the rights the national Constitution guarantees individual American citizens cannot be repealed by the legislatures of the several states, either directly, by flat repealing legislation, or indirectly, by packing the constitutional population” (*ibidem*. p. 114).

²⁰ Nesse sentido, declara DWORKIN: “if a state could declare a fetus a person with a competitive right to life, then of course it could constitutionally prohibit abortion even in that case, just as it normally forbids killing one innocent person to save the life of another” e, em seguida, conclui categoricamente: “fetuses have no interests before approximately the point in pregnancy after which they are viable, and *Roe v. Wade* permits states to forbid abortion after that point, anyway. An American state, then, has no constitutional power to declare a fetus a person or to protect fetal interests at the expense of its citizens’ constitutional rights” (*ibidem*. p. 114-115).

matriz liberal no Ocidente serve para chancelar uma nova configuração de ideias em que, no momento de sistematizar os conceitos que serão utilizados na codificação e na teoria do Direito, alguns reducionismos tenham penetração nos imaginários a ponto de restringir o uso do conceito de “pessoa” a seres humanos em estado de vulnerabilidade.

Assim sendo, a lógica do otimismo doutrinário liberal busca apre- goar determinada postura em relação ao reconhecimento da “personalidade” aos vulneráveis que não atende às necessidades destes, mas, pelo contrário, coloca-os num limbo teórico que seguramente facilitará práticas sociais contrárias a estes. E esse é o fundamento da retórica do aborto e da eutanásia – uma visão reducionista que parte de algum postulado do Iluminismo para que se chegue à liberalização de tais práticas atentatórias à vida dos vulneráveis.

Referências

BALLESTEROS, Jesús. A constituição da imagem atual do homem. Tradução de Albenir I. Querubini Gonçalves. Revisão da tradução de Alfredo de J. Flores. *Revista Direito & Justiça*, PUC-RS, v. 38, n. 01, p. 22-29, 2012.

BALLESTEROS, Jesús. Exigencias de la dignidad humana en biojurídica. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie V, anno LXXIX, n. 2, p. 177–208, apr–giu 2002.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Mews Gatf, MDCCLXXXIX.

BENTHAM, Jeremy. *Of laws in general*. London: University of London – The Athlone Press, 1970.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. 1st Book. Oxford: Clarendon Press, MDCCCLXV (ed. fac-simile. vol. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1979).

D'AGOSTINO, Francesco. *Bioetica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

DESCARTES, René. *Œuvres de Descartes*. tome VII. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1973.

DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Vintage Books, 1994.

ENGELHARDT, Hugo Tristram. *The foundations of bioethics*. New York: Oxford University Press, 1986.

HUME, David. *A treatise of human nature*. Baltimore: Penguin Books, 1969.

KANT, Immanuel. *Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (2. Aufl. 1794). In: *Kant's gesammelte Schriften*. Band VI. Berlin: Georg Reimer, 1914.

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft* (1. Aufl. 1781). In: *Kant's gesammelte Schriften*. Band IV. Berlin: Georg Reimer, 1911.

LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. vol. I. New York: Dover Publications, 1959.

PALAZZANI, Laura. Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano. In: AAVV. *Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: Eiunsa, 2000. p. 59–78.

SINGER, Peter. *Practical Ethics*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

RULE OF LAW: a Justiça como Isonomia

Luis Fernando Barzotto*

“Segundo seu conteúdo, todo direito é um direito da desigualdade. Isso porque o direito, por sua própria natureza, só pode consistir na aplicação de um padrão igual de medida; mas os indivíduos são desiguais, e não seriam indivíduos diferentes se não fossem desiguais. Os indivíduos só podem ser medidos segundo um padrão igual de medida quando observados do mesmo ponto de vista, quando são considerados somente como trabalhadores, por exemplo. Mas um trabalhador é casado, ou outro não; um tem mais filhos do que o outro, etc. A fim de evitar todas essas distorções, o direito não deveria ser igual, mas desigual.”

Marx, Crítica do Programa de Gotha

Sumário: 1 *Law e rule of law*. 2 A isonomia: breve observação arqueológica. 3 A isonomia e os atores do empreendimento jurídico. 4 Isonomia e direitos. Conclusão: *rule of law/isonomia* x direitos humanos substantivos/*eunomia*. Referências.

1 *Law e rule of law*

Se definimos direito (*law*) como “o empreendimento de sujeitar a conduta humana ao governo de regras”¹, o *rule of law* nada mais é do que a radicalização do empreendimento jurídico: esta expressão traduz a exigência de que todos sejam regidos (*rule of law* – regência do direito) pelas mesmas regras. Esta é uma exigência de justiça, da justiça interna ao direito, a isonomia. Quando o direito (*law*) é fiel à justiça que lhe é inerente, fala-se em *rule of law*.

Aristóteles opunha a justiça ao governo dos homens (*rule of men*) e não ao governo das leis (*rule of law*). O governo das leis ou *rule of law* é por definição, justo. Como tal, ele não é um mero fato, mas possui um caráter imediatamente normativo, moral. Na linguagem ordinária não se diz: “O regime x é um verdadeiro Estado de Direito ou é um exemplo de *rule of law*, mas é um regime tirânico e injusto.” Esse tipo de proposição só se encontra em discursos teóricos – nos quais a linguagem entrou em férias como diz Wittgenstein. Isso porque a gramática da expressão *rule of law* pressupõe a justiça do empreendimento de sujeitar a conduta de todos às mesmas regras, ou seja, pressupõe a natureza moral da isonomia.

Como história da busca do *rule of law* e de seu princípio interno de justiça, a isonomia, a história do Ocidente aparece com uma coerência

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹ “*The enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*”. Lon Fuller, *Morality of law*, p. 122.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

impressionante. A primeira revolução popular de Atenas, em 621 a.C., que leva Drácon ao poder, tem por objetivo principal não o estabelecimento da supremacia do povo, a democracia, mas o estabelecimento da supremacia do direito, exigindo-se que as leis passem a ser escritas. A segunda revolta da plebe romana, em 451 a.C. culmina com a Lei das XII Tábuas. Como na Grécia, os plebeus pretendiam quebrar o monopólio do conhecimento e aplicação de um direito oral por parte da aristocracia. A *Magna Carta* de 1215 também não visava outra coisa senão estabelecer uma sujeição de todos e principalmente, do poder real, a regras publicadas e aceitas por todos. As revoluções liberais - inglesa, americana e francesa - foram todas conduzidas pela idéia da supremacia do direito. Também não se deve passar por alto a aspiração ao *rule of law* nas revoluções que derubaram o comunismo.

A bandeira dessas revoluções não era o governo do “direito justo”, mas simplesmente “leis escritas”, “Estado de direito”, *rule of law* ou “supremacia do direito”. Os revolucionários visavam instaurar uma forma de vida na qual todas as virtualidades do princípio de justiça interno ao empreendimento de “sujeitar a conduta humana ao governo das regras” - a isonomia – fossem efetivadas.

2 A isonomia: breve observação arqueológica

Isonomia é o termo que surge no contexto da luta política que agitou a Atenas do séc V a. C. Ele designa o ideal do movimento democrático, antagônico à *eunomia* aristocrática.

A *eunomia* ou a “boa ordem” designa um tipo de sociedade em que a harmonia social é obtida pela exata inserção de cada pessoa em uma estrutura hierárquica², em que os “melhores”, guardiões das tradições da comunidade, ocupam a posição de guias morais. Os valores tradicionais interpretados pela elite proporcionam critérios materiais de determinação do justo: a cada um segundo seu mérito, a cada um segundo sua virtude, etc.

A *isonomia* expressa um ideal de justiça que repousa não mais em qualidades materiais como a riqueza, nascimento ou mérito, mas está ligada diretamente à igualdade quantitativa entre os cidadãos: “cada um conta como um e ninguém como mais do que um”. Para os que sustentam o ideal de isonomia, “a única justa medida suscetível de harmonizar as relações entre os cidadãos é a igualdade (*isotes*) plena e total.”³ O modo

² Jean-Pierre Vernant, *As origens do pensamento grego*, pp. 67-68.

³ Vernant, *op. cit.*, p. 69.

de transcender as diferenças, obrigando as pessoas a reconhecerem-se mutuamente como iguais é forçando-as a se relacionarem por meio da lei (*nomos*), que abstrai todas as características concretas diferenciadoras, transformando a todos em sujeitos de direito. Entre os iguais, a supremacia pertence à lei – *nomos basileus*: a lei reina, rege, governa.

3 A *isonomia* e os atores do empreendimento jurídico

A *isonomia* é o princípio de justiça que preside a atividade dos atores do empreendimento jurídico. São três esses atores: aquele que cria as regras - o legislador; aquele que segue as regras – o sujeito de direito; aquele que aplica as regras - o juiz.

A tarefa do legislador é produzir direito na forma de regras gerais – as leis. As regras são padrões universais que se dirigem a classes de ações e indivíduos. Seus destinatários não são pessoas concretamente determinadas, mas tipos concebidos abstratamente. A generalidade da lei força a abstração das diferenças individuais, e portanto, a lei é intrinsecamente equalizadora.⁴ Essa igualdade produzida pela generalidade é assumida como um ideal de justiça – a *isonomia* - nos conhecidos enunciados: “Todos são iguais perante a lei” ou “A lei é igual para todos”. Orientado pela *isonomia*, cabe ao legislador ampliar cada vez mais a generalidade da lei na direção da universalização:

O legislador que empreende a formulação de regras para uma grande sociedade deve submeter à prova da universalização o que deseja aplicar a tal sociedade. A justiça entendida como o princípio de tratar a todos segundo as mesmas regras (...) tornou-se o guia na progressiva aproximação a uma sociedade aberta de indivíduos livres e iguais perante a lei.⁵

Por sua vez, os sujeitos de direito formam uma comunidade cuja compreensão da justiça vincula-se à igualdade - “há justiça para aqueles que são iguais entre si”⁶ e à legalidade - “há justiça para aqueles cujas relações estão reguladas pela lei.”⁷ A justiça consiste em atribuir a cada

⁴ Isso não significa que o direito não possa estabelecer regras especiais para alguns grupos de indivíduos. Mas isso só será legítimo se o tratamento especial for aceito tanto por aqueles que são abrangidos pela regra especial como por aqueles que estão fora do alcance desta. Se a regra especial for aceita somente pelos seus destinatários, tem-se a patologia do privilégio. Se ela só for aceita por aqueles que não são abrangidos por suas disposições, tem-se a patologia da discriminação. Cf. Friedrich von Hayek, *Fundamentos da liberdade*, p. 170

⁵ Friedrich von Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. II, p. 49.

⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco* V, 6, 1134a 28.

⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco* V, 6, 1134a 31.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

um o que lhe é devido segundo a lei ou, na formulação de Aristóteles: “A justiça é a virtude pela qual cada um possui o próprio (*to autón*) segundo a lei.”⁸ Para os sujeitos de direito, a justiça como isonomia se manifesta como igualdade sob a lei: todos são iguais porque todos estão subordinados à lei e somente à lei. Em uma formulação tradicional, a *isonomia* estabelece: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei.”

O terceiro ator do empreendimento jurídico é o juiz. Ao juiz cabe aplicar a regra expressa na lei: “O árbitro atende à equidade, mas o juiz atende à lei.”⁹ O juiz é o *mésos*, o justo meio, a mediação entre as partes: “Se busca ao juiz como justo meio (...). A justiça é um justo meio, bem como o juiz.”¹⁰ O juiz encarna o justo meio, a equidistância entre as partes, a imparcialidade. Ele é capaz de imparcialidade porque o justo meio que ele deve alcançar já está presente na lei: “Procurar a justiça é procurar o justo meio – e a lei é, sem dúvida, o justo meio.”¹¹ A lei é o justo meio entre os litigantes. A lei é que permite ao juiz a posição justa, a posição imparcial, pois na perspectiva da lei as partes são iguais.

Deste modo, a isonomia impõe ao legislador o compromisso com a generalidade. Ao sujeito de direito, a isonomia estabelece a subordinação à legalidade (submissão à lei e somente à lei) e ao juiz ela prescreve a imparcialidade. São três aspectos da isonomia que se interrelacionam: todos são iguais na lei (generalidade), todos são iguais sob a lei (legalidade) e todos são iguais face à lei (imparcialidade).

4 Isonomia e direitos

Se a isonomia é conceito de justiça interno ao *rule of law*, os únicos direitos são aqueles emanados de regras gerais promulgadas por um legislador reconhecido e declarados por um tribunal no interior de um processo. Para o *rule of law*, não há direitos substantivos que possam ser invocados contra a lei, porque isso acarretaria a substituição do governo das leis pelo governo daqueles que, invocando direitos, invalidam a lei e se colocam acima (desigualdade) de seus concidadãos.

Para o legislador, isso significa que é a generalidade exigida pela isonomia que deve orientar sua tarefa e não qualquer concepção de direitos. Segundo Hayek, a cláusula básica da “Constituição de um povo livre” teria como única tarefa estabelecer a exigência de isonomia:

⁸ Aristóteles, *Retórica* I, 9, 1366b 10-11.

⁹ Aristóteles, *Retórica*. I, 13, 1374b 21.

¹⁰ Aristóteles, *Ética a Nicômaco* V, 4, 1132a 26.

¹¹ Aristóteles, *Política* III, 16, 1287b 5.

As pessoas só podem ser proibidas de fazer o que desejam, ou obrigadas a fazer determinadas coisas, em conformidade com as regras reconhecidas de conduta justa destinadas a delimitar e proteger o domínio individual de cada um (...). O Legislativo (...) só pode fazer regras universais que serão aplicadas a um número desconhecido de circunstâncias futuras.¹²

Com a isonomia, seria supérflua toda proteção às pessoas baseada em uma declaração de direitos de nível constitucional:

Essa cláusula, por si só, cumpriria todas as finalidades da *Declaração de Direitos* tradicional, e mais ainda. Por conseguinte, tornaria dispensável qualquer relação à parte de uma série de direitos básicos especialmente protegidos. Isso se evidencia quando se lembra que nenhum dos direitos humanos tradicionais, como a liberdade de expressão, de imprensa, de religião, de reunião ou de associação, ou a inviolabilidade de domicílio ou correspondência, etc., pode ser ou jamais foi direito absoluto, não limitável por regras jurídicas gerais. A liberdade de expressão não significa, é claro, que sejamos livres para caluniar, difamar, mentir, incitar ao crime, gerar pânico por falso alarme, etc. Todos esses direitos são só tácita ou explicitamente protegidos contra restrições 'salvo em conformidade com as leis'.¹³

Para o sujeito de direito, a isonomia implica que a sua única pretensão na ação judicial perante um tribunal é ver a lei corretamente aplicada ao seu caso. Assim, o ponto de vista do sujeito de direito traz a seguinte vedação a um tribunal:

[O tribunal] não pode considerar um caso com base nos chamados 'direitos' substantivos, declarados como uma questão de *jus* [justo] em alguma opinião moral corrente: o direito de expressão, de ser informado, de desfrutar uma oportunidade igual ou uma prerrogativa para um hipossuficiente. O *rule of law* não sabe coisa alguma de 'direitos incondicionais'.¹⁴

Direitos incondicionais, como direitos humanos e direitos fundamentais, são direitos estranhos ao empreendimento jurídico, empreendimento este condicionado pela falibilidade e contingência da lei. Os direitos incondicionais tendem a destruir os únicos direitos que o *rule of law* conhece, aqueles derivados da lei.

¹² Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. III, p. 115.

¹³ Hayek, *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. III, p. 116.

¹⁴ Michael Oakeshott, "The rule of law", p. 159.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Por fim, direitos substantivos não estão relacionados ao papel do juiz, cujo compromisso com a justiça como isonomia impõe apenas a aplicação imparcial da lei:

Se os princípios da justiça são imediatamente os direitos humanos, porque sua efetivação seria reservada aos juizes? Os juizes até aqui administraram a justiça porque eles detinham a ciência do direito e das leis. Desde que a mediação do direito e das leis é substituída pelo apelo aos direitos humanos, a mediação do juiz perde a razão de ser. Cada ser humano é, em princípio, capaz de ter conhecimento dos direitos humanos e de aplicar este conhecimento aos casos que lhe interessam. Mas esta é exatamente a definição que os primeiros autores liberais, e em particular Locke, dão do estado de natureza! O poder dos juizes tem o risco de nos levar ao estado de natureza, que é o outro nome do estado de guerra.¹⁵

Conclusão: *rule of law/isonomia* x direitos humanos substantivos/*eunomia*

A tentativa de inserir direitos humanos substantivos no interior do *rule of law* é a reedição contemporânea do ideal aristocrático da *eunomia*. Os juristas, presentes nos tribunais constitucionais e tribunais internacionais, assumem o papel de aristocracia moral que exclui o governo das leis/ *rule of law* em favor de uma concepção material de justiça baseada nos direitos humanos. Como todo ideal aristocrático, este proclama a fundamental desigualdade entre os seres humanos. Na posição hierarquicamente superior, encontram-se os melhores (*aristoi*), aqueles que possuem as concepções materiais “corretas” de justiça e direitos humanos. Na posição subordinada encontra-se o povo (*demoi*), a grande multidão de súditos morais, que serão governados não pela justiça formal da isonomia, mas por uma elite moral portadora de uma concepção material de justiça. Atualmente, esta concepção está baseada nos direitos humanos.

Se o *rule of law* ainda possui algum sentido, ele está na justiça que lhe é interna, a *isonomia*, o ideal de pessoas iguais que querem viver sob um direito igual: “*Siempre se buscó un derecho igual para todos, porque, si no fuera así, no sería derecho.*”¹⁶

¹⁵ Pierre Manent, *Cours familier de philosophie politique*, p. 311.

¹⁶ Cicerón, *Sobre los deberes* II, 42, p. 104.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1999.
- _____. *Retórica*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1990.
- _____. *Política*. Lisboa: Vega, 1998.
- CICERÓN, Marco Tulio. *Sobre los deberes*. Madri: Tecnos, 1989.
- FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.
- HAYEK, Friedrich von. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo: Visão, 1985. Vols. II e III.
- _____. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: Editora da UnB, 1983.
- MANENT, Pierre. *Cours familier de philosophie politique*. Paris: Gallimard, 2007.
- OAKESHOTT, Michael. "The rule of law" in *On history and other essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.
- VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

AMIZADE E MERCADO: a relação mercantil como pressuposto ético-social dos direitos humanos

Luis Fernando Barzotto *

Sumário: 1 Preliminares: direitos humanos e mercado. 2 A amizade em Aristóteles. 3 O caráter natural da troca. 4 A amizade mercantil. 5 A amizade em Aristóteles e a troca mercantil em Adam Smith. Conclusão. Referências.

1 Preliminares: direitos humanos e mercado

A conexão empírica entre direitos humanos e mercado foi descrita por Marx nos seguintes termos:

A esfera da circulação ou do intercâmbio de mercadorias (...), é de fato um verdadeiro Éden dos direitos naturais do homem. O que aqui reina é unicamente Liberdade, Igualdade, Propriedade e Bentham. Liberdade! Pois comprador e vendedor de uma mercadoria (...) são determinados apenas por sua livre vontade. Contratam como pessoas livres, juridicamente iguais. O contrato é o resultado final, no qual suas vontades se dão uma expressão jurídica em comum. Igualdade! Pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade! Pois cada um dispõe apenas sobre o seu. Bentham! Pois cada um dos dois só cuida de si mesmo. O único poder que os une e os leva a um relacionamento é o proveito próprio, a vantagem particular, os seus interesses privados.¹

Na relação de troca no mercado os sujeitos reconhecem-se mutuamente como proprietários, livres e iguais. Proprietários, pois só podem trocar o que lhes pertence. Livres, porque a troca é voluntária. Iguais, porque ambos são proprietários e livres, e suas diferenças concretas são dissolvidas pela igualdade entre as coisas trocadas. Esse fenômeno levou Maurice Hauriou a afirmar: “o que cria o direito individual [subjeto] não é somente, segundo as opiniões dos filósofos, ‘a eminente dignidade da pessoa humana’. O direito não nasce senão da ação.”² E a ação social bilateral que reconhece os direitos ligados à pessoa é a troca: “A troca é o fundamento do direito subjetivo”.³

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹ Karl Marx, *Capital*, v. I, p. 145.

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, p. 198.

³ Maurice Hauriou, op. cit., p. 181.

O mercado é uma condição necessária, embora insuficiente, para a afirmação dos direitos humanos. Ele exige uma ordem jurídica “individualista”, isto é, que reconheça todo indivíduo como titular de direitos e obrigações. Deste modo, como adverte Habermas, toda discussão culturalista sobre a “cultura individualista” ocidental, que promove os direitos humanos e a cultura “comunitarista” não-ocidental, avessa aos direitos humanos, desloca a problemática do seu horizonte efetivo, a saber, a modernização capitalista e globalização econômica:

Direitos subjetivos são uma espécie de capa protetora para a condução da vida privada das pessoas individuais, mas em um duplo sentido: eles protegem não apenas a perseguição escrupulosa de um modelo de vida ético [autonomia], mas também uma orientação pelas preferências próprias de cada um, livre de considerações morais [arbitrio]. Essa forma do direito adapta-se às exigências funcionais das sociedades cuja economia depende das decisões descentralizadas de inúmeros atores independentes (...). Daí a alternativa decisiva não se colocar de modo algum no âmbito cultural, mas sim no socioeconômico. As sociedades asiáticas não podem se aventurar em uma modernização capitalista sem levar em conta a eficiência de uma ordem jurídica individualista. Não se pode querer uma coisa e não a outra.⁴

A tese a ser defendida é a de que tanto Marx como Habermas acertam em sustentar que o mercado é o pressuposto social dos direitos humanos. Isso se vê pela experiência do século XX, na qual sociedades complexas que aboliram o mercado aboliram conjuntamente os direitos humanos, como foi o caso do comunismo. Também os regimes populistas atuais, ao restringirem o mercado, restringem simultaneamente os direitos humanos, especialmente os direitos civis e políticos.

O que Marx e Habermas não viram é que o mercado também é um pressuposto moral dos direitos humanos. Isso porque nenhum direito pode ser reconhecido fora de uma relação social, e a relação social de mercado é intrinsecamente moral, podendo ser pensada a partir da categoria da “amizade” tal como proposta por Aristóteles. O próprio Theodor Adorno, após anos vivendo nos Estados Unidos, chegou à seguinte conclusão sobre a sociedade de mercado que lá encontrou: “A universalidade da atividade de troca leva a que nenhum indivíduo fique encerrado em si, limitado ou endurecido pelos próprios interesses, como se observa na nossa velha Europa.”⁵ O mercado abre para os outros, cria amizade entre as pessoas.

⁴ Jürgen Habermas, *A constelação pós-nacional*, pp. 156-157.

⁵ Theodor Adorno apud Claus Offe, *Três europeus nos Estados Unidos da América: Tocqueville, Weber e Adorno*, p. 98.

Para tematizarmos a moralidade das relações de mercado, vamos utilizar o conceito de amizade de Aristóteles, tentando demonstrar que as relações de mercado tal como descritas por Adam Smith devem ser pensadas como relações de amizade.

2 A amizade em Aristóteles

A ética jusnaturalista em geral, e a de Aristóteles em particular, vincula a natureza ao bem. Assim, o ente é bom se está em conformidade a sua natureza. No ser humano, a bondade e a excelência dependem da sua escolha, ou seja, o ser humano deve decidir realizar sua natureza. A natureza para os animais é meramente um dado, para o ser humano é também um projeto. Aqui adentramos no campo da ética: quais são as ações e os hábitos que permitem ao ser humano alcançar a plena atualização de sua natureza ou, em termos aristotélicos, alcançar a *eudaimonia* (felicidade)?

A moralidade do ser humano está em assumir voluntariamente a sua própria natureza, atualizando-a de modo consciente e deliberado por meio de suas ações. Ora, a amizade é necessária para atualizar a natureza do ser humano, ou de outro modo, integra sua felicidade:

“É absurdo considerar feliz o ser humano solitário, porque ninguém gostaria de possuir todas as coisas se estivesse que ficar só. O ser humano é, com efeito (...) naturalmente formado para a convivência (*synzen*).”⁶ Se a ação moral visa o bem, e “o amigo é o maior de todos os bens exteriores”⁷, a ação que visa criar e fomentar a amizade é uma ação moral. Aristóteles, de fato, utiliza a expressão *proiaresis*, escolha deliberada em matéria moral, para fundar a *praxis* da amizade: “A amizade é a escolha deliberada (*proiaresis*) da convivência (*synzen*).”⁸

Assim, Aristóteles dedica um tratamento extenso na *Ética a Nicômaco* à amizade – Livros VIII e IX – colocando-a no centro da sua reflexão moral. Na amizade, os seres humanos afirmam sua natureza social: “A amizade manifesta-se entre seres da mesma espécie, sobretudo entre os seres humanos. Daí louvarmos a amizade do ser humano pelo ser humano. Nas viagens, pode-se ver que o ser humano é familiar e amigo de todo ser humano.”⁹ A amizade, na medida em que é uma relação voluntária exigida pela natureza humana, é um fenômeno moral.

⁶ Aristóteles, *Ética a Nicômaco* (EN) IX, 9, 1169b 16-17.

⁷ EN IX, 9, 1169b 10.

⁸ Aristóteles, *Política* III, 5, 1280b 39.

⁹ EN VIII, 1, 1155a 17-19.

3 O caráter natural da troca

Para o jusnaturalismo clássico (Aristóteles) e moderno (Smith), a troca tem seu fundamento na natureza humana. Para a satisfação mútua de necessidades, os seres humanos devem entrar em relações colaborativas. Assim, afirma Aristóteles:

A troca tem sua origem no fato natural de os homens possuírem menos do que é suficiente (...). Os seres humanos vêm-se compelidos a fazerem trocas, na medida necessária à satisfação de suas carências.¹⁰

Se os seres humanos não precisassem uns dos outros, não trocariam ou o que é o mesmo, não estabeleceriam nenhuma relação entre si: “A troca é que mantém os seres humanos unidos.”¹¹

A troca parece ser o modo próprio dos seres humanos satisfazerem suas carências econômicas. Smith relaciona a troca mercantil com a faculdade da palavra. Como se sabe, a faculdade do *logos*, da palavra, é aquilo que torna o ser humano um animal naturalmente político, em Aristóteles.¹² Para Smith, a posse do *logos* (razão, palavra) faz do ser humano também um animal naturalmente mercantil:

Há [no ser humano] uma certa propensão para cambiar, permutar ou trocar uma coisa por outra. Se esta propensão é um daqueles princípios originais da natureza humana (...), ou se é, como parece mais provável, a consequência necessária das faculdades do raciocínio e da fala, não cabe no âmbito do presente tema investigar. É comum a todos os homens e não se encontra em quaisquer outros animais, que parecem desconhecer esta e todas as outras espécies de contratos (...). Ninguém jamais viu um cão fazer com outro uma troca leal e deliberada de um osso por outro.¹³

De fato, a troca no mercado deve ser considerada um processo de argumentação, no qual as mensagens são trocadas por meio do código fornecido pela moeda:

Se investigamos sobre o princípio da mente humana sobre o qual se baseia esta disposição para a troca, seria claramente a inclinação natural que cada um tem de persuadir. A oferta de um *shilling*, que para nós tem um significado tão claro e simples, é oferecer um argumento para persuadir alguém a fazer alguma coisa porque é do seu interesse.¹⁴

¹⁰ *Política I* 9, 1257 a 15-17.

¹¹ EN, V, 5, 1144a 4.

¹² Cf. Aristóteles, *Política I*, 1, 10-17.

¹³ Adam Smith, *Riqueza das Nações (RN) I*, p. 94.

¹⁴ Smith, *Lecciones sobre jurisprudencia*, p. 400.

4 A amizade mercantil

Sabemos que para Aristóteles, há três tipos de amizade: a amizade entre virtuosos, a amizade por razões hedonísticas e a amizade causada pela mútua utilidade. Esta última é a amizade que se dá no mercado: “A amizade própria dos comerciantes é a amizade por utilidade.”¹⁵

É importante notar que uma peculiaridade da amizade por utilidade é que ela permite uma relação social entre pessoas diferentes. A amizade entre virtuosos exige uma grande semelhança entre os amigos. Ao contrário, o mercado permite que pessoas de religiões, etnias, classes e de valores morais diferentes possam interagir:

Nas amizades entre os diferentes, é a proporcionalidade nas trocas que estabelece a igualdade e preserva a amizade. Assim, na amizade política, o sapateiro obtém a compensação devida pelos seus calçados, e do mesmo modo ao alfaiate e os outros artesãos. Aqui se estabeleceu como medida comum o dinheiro, ao qual tudo se refere e com o qual tudo se mede.¹⁶

A desvantagem da amizade mercantil está em ela não possuir a densidade moral da amizade entre virtuosos. Mas sua vantagem está no seu potencial de extensão: ela pode tornar amigas pessoas e povos diferentes e no limite, toda a humanidade, apenas pela mútua colaboração em torno da satisfação de necessidades. O fato de permitir que as pessoas se comuniquem pelo dinheiro, permite a abstração de todas as características concretas que estão para além das necessidades econômicas. Com isso, se permite um vínculo universal, uma “amizade global” entre todas as pessoas que integram um mercado cuja lógica interna é tornar-se mundial.

Como afirma Smith, o comércio constitui “tanto entre as nações como entre os indivíduos, um laço de união e de amizade.”¹⁷ A construção da “riqueza das nações” exige a inclusão de todas as povos e todas as pessoas em um processo universal de troca.

5 A amizade em Aristóteles e a troca mercantil em Adam Smith

Os elementos estruturais do conceito de amizade de Aristóteles encontram-se presentes na análise que Smith faz das trocas econômicas. Assim, pretende-se demonstrar, por uma comparação dos dois autores, o estatuto de relação de amizade da troca mercantil.

¹⁵ EN, VIII, 6, 1158a.

¹⁶ EN IX, 1, 1163b 25-27.

¹⁷ RN I, p. 816.

a) Empatia

Segundo Aristóteles, “o amigo é um outro eu.”¹⁸ A amizade exige a possibilidade de transcender a própria posição e perspectiva para adotar a posição e perspectiva do outro. É uma tentativa de identificar-se com o outro:

O amigo deseja compartilhar não só a dor com seu amigo, mas também a mesma dor se isto é possível, e se não é, experimentar a dor mais próxima. O mesmo argumento vale para a alegria: é uma característica da amizade alegrar-se somente pelo fato de que o outro se alegra.¹⁹

A seguir, será exposta uma das passagens mais célebres da *Riqueza das Nações* de Smith. Apesar dela parecer apontar para o auto-interesse como fator central da troca, na verdade Smith está aplicando o conceito de *sympathy* (empatia) da sua obra *Teoria dos sentimentos morais* às relações de mercado:

Não é da bondade do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, que podemos esperar nosso jantar, mas da consideração que eles têm do próprio interesse. Apelamos não para sua humanidade, mas para o seu amor próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, mas das vantagens deles.²⁰

Em uma relação de mercado, o agente econômico, para ser bem-sucedido, deve colocar-se no ponto de vista do outro. O comprador, no exemplo acima, não interage a partir da sua perspectiva, ou seja, das suas necessidades e interesses, mas orienta-se pelas necessidades e interesses do outro. Também o açougueiro, o cervejeiro e o padeiro não apresentam de suas necessidades ao comprador, mas mostram como seus produtos podem satisfazer a necessidade deste. Todos eles se engajam em um exercício de empatia. Aquele que ingressa em uma relação de mercado terá êxito na medida em que puder articular e responder a seguinte questão: “O que eu gostaria de comprar ou vender se estivesse na posição do outro?”

¹⁸ EN IX, 4, 1166a 31.

¹⁹ Aristóteles, *Ética Eudemia*, EE VII, 6, 1240a 39-40, 1240b 1.

²⁰ RN I, p. 94.

b) Imparcialidade

Aristóteles afirma que a atitude dos amigos no interior da relação de amizade é de imparcialidade, isto é, ninguém pode se preferir ao amigo, mas deve fazer a este o que gostaria que fosse feito a si mesmo. Se o amigo é um “outro eu”, eu devo ser um “outro” para mim mesmo, isto é, devo observar-me de um ponto de vista externo para saber se minha atitude com relação ao amigo é a mesma que tenho para comigo: “É a mesma disposição (*hexis*) que alguém tem para consigo e para com o amigo.”²¹

É conhecido o papel que o “espectador imparcial” possui na filosofia moral de Adam Smith. O espectador imparcial é a construção hipotética que nos coloca em uma posição de paridade em relação a todos os demais seres humanos. Observando-se de um ponto de vista externo, o agente se considera apenas como um “outro” no meio de outros iguais a ele. A recusa de intervenções governamentais no mercado deriva desta exigência moral de imparcialidade entre as pessoas. Do mesmo modo, todo agente econômico deve observar a imparcialidade (*fairness*) no seu comportamento econômico no mercado:

Quando alguém se vê sob a luz com que sabe que os outros o vêem, compreende que não é, para esses, mais do que um indivíduo na multidão, em nenhum aspecto melhor do que qualquer outro. Se agisse de modo que o espectador imparcial pudesse compartilhar os princípios da sua conduta, o que, é, entre todas as coisas, a que mais deseja ver realizada, deveria nessa e em todas as outras ocasiões, tornar humilde a arrogância de seu amor de si, reduzindo-o a algo que os outros possam aceitar (...). Na corrida pelas (...) riquezas, poderá correr o mais que puder, tensionando cada nervo e cada músculo, para superar todos os seus competidores. Mas se empurra ou derruba qualquer um destes, a tolerância dos espectadores termina imediatamente. É uma violação à imparcialidade (*fairness*) que não podem aceitar. Para eles, este homem é tão bom quanto o seu concorrente: não partilharão desse amor próprio, por meio do qual prefere tanto mais a si que ao outro e não podem aceder ao motivo pelo qual prejudicou a esse outro.²²

c) Igualdade

Segundo Aristóteles, a amizade exige a igualdade entre as pessoas: “a amizade é igualdade.”²³ A desigualdade inviabiliza a amizade. Se há uma

²¹ EN IX, 12, 1171b 35.

²² Adam Smith, *Teoria dos sentimentos morais*, pp. 103-104.

²³ EN VIII, 5, 1157b, 35.

grande diferença entre as pessoas “em virtude, vício, prosperidade ou qualquer outra coisa, deixam de ser amigos, e nem aspiram a sê-lo.”²⁴

Para Adam Smith, todos os seres humanos são iguais do ponto de vista do direito natural à liberdade:

O direito ao comércio livre, e o direito à liberdade no matrimônio, etc, constituem um direito que cada um tem ao uso livre de sua pessoa e, em uma palavra, a fazer o que pensa quando isto não se mostre prejudicial para qualquer outra pessoa.²⁵

Deve-se notar que para Smith, a violação à igualdade no direito natural à liberdade de comércio acarreta a diminuição da amizade mercantil na sociedade, uma vez que, se alguém é excluído do mercado, outros não podem se relacionar com ele:

Todo o patrimônio de um homem pobre consiste na sua força e habilidade das suas mãos; impedi-lo de aplicar essa força pela forma que melhor lhe parecer, desde que não cause prejuízo a seu próximo, constitui uma violação da mais sagrada das propriedades. É uma interferência manifesta na justa liberdade, tanto do operário, como daqueles que eventualmente estivessem dispostos a empregá-lo.²⁶

Somente os iguais na liberdade podem se relacionar no comércio. Isso implica uma verdade não menos relevante: a liberdade de cada um é condição da liberdade dos demais. A maximização da liberdade no mercado leva à maximização da amizade na sociedade, pois amplia as relações entre as pessoas.

d) Benevolência

A benevolência consiste em desejar o bem ao amigo. Ela não é ainda amizade, pois pode-se desejar o bem aos estranhos, mas já consiste em um “princípio da amizade.”²⁷ O importante é que o bem do amigo não seja referido a si mesmo: “deve desejar-se o bem do amigo por ele mesmo.”²⁸ É por isso que Aristóteles afirma que “não há benevolência na amizade por utilidade”²⁹, que como foi visto, é a amizade entre os participantes do mercado que interagem buscando bens e serviços úteis para si mesmos.

²⁴ EN VIII, 8, 1158b.

²⁵ Adam Smith, *Lecciones sobre jurisprudencia*, p. 41.

²⁶ RN I, p. 269.

²⁷ EN, IX, 5, 1167a 5.

²⁸ EN VIII, 2, 1155b 30.

²⁹ EN VII, 7, 1241a 5.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Mas isso não impede que se possa indicar uma certa benevolência em sentido lato para aqueles que interagem no mercado. Essa consistiria em querer o bem para o outro não pelo outro, mas por si mesmo. Isso ocorre quando se deseja que o outro seja o mais rico e próspero possível, para que ele possa compartilhar comigo a sua riqueza e prosperidade:

Numa situação de paz e comércio, a riqueza de nossos vizinhos lhes permitirá transacionar conosco um valor maior e proporcionar-lhes um melhor mercado quer para a produção imediata de nossa indústria, quer para tudo que se pode adquirir com essa produção. Tal como um homem rico será um melhor cliente dos artífices seus vizinhos que um homem pobre, o mesmo acontece com uma nação rica (...). Uma nação que enriqueça através do comércio externo, terá muito mais probabilidade de o conseguir se seus vizinhos forem todos nações ricas, industriosas e comerciais.³⁰

e) Beneficência

Não se constitui uma amizade apenas por querer o bem para o outro, mas por fazê-lo, realizá-lo, ou seja, pela prática da beneficência: “O homem bom faz muitas coisas por causa de seus amigos.”³¹

A beneficência forma o núcleo da relação mercantil. As pessoas interagem no mercado buscando beneficiar para serem beneficiados:

Quando duas pessoas comerciam entre si é indubitavelmente para benefício de ambas. Uma tem talvez mais mercadorias de um tipo do que necessita, e portanto, troca uma certa quantidade delas com outra por outra mercadoria que lhe será mais útil. A outra pessoa aceita a troca pelo mesmo motivo e desta forma o comércio mútuo é vantajoso para ambas.³²

f) Reciprocidade

É essencial para a amizade que a benevolência e a beneficência sejam recíprocas: “Os amigos obtêm o mesmo um do outro e querem o mesmo um para outro.”³³

No mercado, esta reciprocidade tem a expressão na troca voluntária. Esta se funda sobre o *do ut des*:

³⁰ RN I, pp. 817-818.

³¹ EN IX, 8, 1169a.

³² Adam Smith, *Lecciones de jurisprudencia*, pp. 163-164.

³³ EN IX, 6, 1158b.

Quem quer que propõe a outro um acordo de qualquer espécie, propõe-se a convencer o outro de que ele terá vantagem em fazer aquilo que dele se pretende. 'Dá-me isso, que eu quero, e terás isto, que tu queres', é o significado de todas as propostas deste gênero; e é por esta forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos favores e dos serviços que necessitamos.³⁴

g) Concórdia

A concórdia consiste no “acordo sobre os atos que dizem respeito à vida comum.”³⁵ A concórdia não exige uma completa adesão aos mesmos juízos e opiniões, mas somente aqueles que forem necessários para orientar as ações que sustentem o convívio.

O acordo necessário e suficiente para a interação no mercado se dá por meio dos preços livremente acordados pelos envolvidos:

É assim que o ser humano, que só pode subsistir em sociedade, foi adequado pela natureza à situação para a qual foi criado. Todos os membros da sociedade humana precisam de ajuda uns dos outros (...). E embora nenhum ser humano que vive em sociedade deva obediência ou esteja unido a outro por gratidão, ainda assim é possível mantê-la por uma troca mercenária de bons serviços, segundo uma valoração acordada entre eles.³⁶

h) Convívio

A convivência (*synzen*), o viver junto, é uma característica fundamental para a amizade: “nada há tão próprio aos amigos como o convívio.”³⁷

Ora, o mercado impõe o convívio na medida em que é somente por meio das relações com os demais que se alcançam os bens necessários à sobrevivência:

Numa sociedade civilizada o ser humano necessita constantemente da ajuda e da cooperação de uma imensidão de pessoas (...). Em quase todas as outras espécies animais, cada indivíduo, ao atingir a maturidade, é inteiramente independente e, no seu estado normal, não necessita da ajuda de qualquer outro ser vivente. Mas o ser humano necessita quase constantemente do auxílio dos seus congêneres.³⁸

³⁴ RN I, 95.

³⁵ EE VII, 7, 1241a.

³⁶ Adam Smith, *Teoria dos sentimentos morais*, p. 107.

³⁷ EN VIII, 5, 1157b 18.

³⁸ RN I, 94.

i) Comunicação

A comunicação aqui deve ser entendida no sentido forte de “pôr o próprio em comum”, o significado que os medievais davam ao termo *communicatio*. A comunicação é o ato de formar comunidade. A comunidade (*koinonia*) em Aristóteles, possui três elementos: uma associação de duas ou mais pessoas (1) para a realização de um bem comum (2) mediante uma ação comum (3).³⁹

Os amigos formam uma comunidade, pois “tem tudo em comum.”⁴⁰ Eles “comunicam”, põem em comum, suas ações, seus bens e seus fins.

O mercado permite que todos “coloquem em comum”, isto é, à disposição dos demais, seus talentos e habilidades. O que é produzido pela sociedade vai ao mercado, onde forma um “fundo comum”, uma “riqueza comum” da qual todos obtêm o que necessitam:

Cada animal vê-se obrigado a manter-se e defender-se a si mesmo, isolada e independentemente, e não tira qualquer vantagem da variedade de talentos com que a natureza dotou seus companheiros. Entre os homens, pelo contrário, as capacidades mais dessemelhantes são úteis umas às outras; os diferentes produtos dos seus respectivos talentos são, graças à predisposição geral para cambiar, permutar ou trocar, levadas, por assim dizer, a um fundo comum, onde cada homem pode adquirir aquelas parcelas da produção dos outros de que tiver necessidade.⁴¹

Conclusão

Norbert Elias propõe a categoria “unidade social de sobrevivência” para designar o tipo de associação que garante a vida física e a identidade coletiva da pessoa. A tendência histórica é a da ampliação da extensão das unidades sociais de sobrevivência. Parte-se do clã e da tribo para alcançar o Estado-Nação e as uniões pós-nacionais de Estados. Hoje, estamos diante do fato irrecusável de que “a humanidade inteira é que constitui a última unidade eficaz de sobrevivência.”⁴²

Estamos em um perigoso período de transição, afirma Elias. Afetivamente, nossa identidade está ligada ao Estado-Nação. Contudo, racionalmente ninguém pode negar que sua vida individual está diretamente ligada a todos os seres humanos do planeta, seja no que se refere à bios-

³⁹ Cf. Julio Bonet, nota 99 a *Ética Eudemia*. Madri: Gredos, 2008, p. 515.

⁴⁰ EN VIII, 9, 1159b.

⁴¹ RN I, 98.

⁴² Norbert Elias *A sociedade dos indivíduos*, p. 184.

fera terrestre, seja no que se refere à prosperidade econômica. Não há soluções locais para uma recessão global ou o aquecimento global. A pessoa que de um lado se autocompreende afetivamente como brasileira, argentina, chinês ou norte-americana, de outro está condicionada efetivamente por aquilo que acontece com a humanidade como um todo. Essa dissonância cognitiva alimenta o fenômeno irracional da desglobalização, em que se quer soluções nacionais para problemas humanos.

Nesta transição perigosa, Elias vê esperança na afirmação dos direitos humanos, especialmente “o direito do indivíduo buscar moradia ou trabalho onde desejar”.⁴³ Cada vez mais, o membro da humanidade passa a ocupar o lugar do cidadão do Estado-nação. Mas os direitos humanos precisam de um apoio fático, e este é a globalização do mercado, que para poder operar de um modo ótimo deve considerar todos os seres humanos como sujeitos de direito aptos à troca. Somente no interior de uma relação social caracterizada pela empatia, imparcialidade, benevolência, beneficência, reciprocidade, convívio e comunicação podem os direitos humanos se tornar efetivos.

Assim, a amizade mercantil, por conter todos estes elementos, é a relação social mais eficaz na situação atual para garantir direitos para toda a humanidade. Se a amizade entre os seres humanos se impõe como dever moral, por estar fundada em sua natureza social, é imoral toda decisão de não conviver com o outro, de estabelecer fronteiras intransponíveis no interior da humanidade. Como afirma Montesquieu, “a história do comércio é a da comunicação entre os povos”⁴⁴ e toda política que quer ser fiel a si mesma está obrigada moralmente à integração econômica mundial, pois “a tarefa da política consiste em promover a amizade.”⁴⁵

⁴³ Norbert Elias, op. cit, p. 189.

⁴⁴ Montesquieu, *Espírito das Leis*, XXI, 6.

⁴⁵ EE VII, 1, 1234b 24.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Referências

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea/Ética Eudemia*. Madri: Gredos, 2008.

_____. *Política*. México: Unam, 2000.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

HAURIUO, Maurice. *Principes de droit public*. Paris: Dalloz, 2010.

MARX, Karl. *Capital* (vol I). São Paulo: Abril Cultural, 1984.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Brasília: UnB, 1995.

OFFE, Claus. *Três europeus nos Estados Unidos da América: Tocqueville, Weber e Adorno*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

SMITH, Adam. *Lecciones sobre jurisprudencia (Curso 1762-1763)*. Comares: Granada, 1995.

_____. *Lecciones de jurisprudencia (Curso 1766)*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1996.

_____. *Riqueza das Nações* (2 vol). Lisboa: Gulbenkian, 1993.

COMO A DOUTRINA BRASILEIRA ENSINA HERMENÊUTICA JURÍDICA?

Lenio Luiz Streck*
Rafael Köche**

Sumário: 1 Um olhar hermenêutico do Direito. 1.1 Giro ontológico-linguístico. 1.2 Hermenêutica: Ciência da Interpretação? 1.3. Hermenêutica Filosófica. Conclusão: *rule of law*/isonomia x direitos humanos substantivos/*eunomia*. 2 Como a doutrina trata a Hermenêutica Jurídica? Considerações finais. Referências.

Claro que, quando de juristas se trata, o consenso pequeno-legalista, sobre o que é fazer ciência do Direito, complica-se bastante, ao misturar as efervescências difusas da intertextualidade, gerada pelo cotidiano, dos cientistas com as versões – emocionalmente carregadas – do funcionamento social e a natureza ontológica do Direito.

Luis Alberto Warat

1 Um olhar hermenêutico do Direito

Ao concentrar esforços na investigação de como a hermenêutica vem sendo ensinada no Direito, notamos o quanto ela está defasada. Não se sabe, ao certo, se isso se dá de forma premeditada, diante dos benefícios que as posturas tribunalícias e doutrinárias trazem a determinados setores da sociedade; ou se é simplesmente falta de uma revisão crítica das estruturas sedimentadas no imaginário social.

A discricionariedade e a arbitrariedade se tornam consequências inexoráveis diante da não superação da (vulgata da) metafísica moderna e do solipsismo, impregnadas no Direito. É possível se esconder atrás de um certo manto de legalidade para poder aplicar a legislação a seu modo – e

* Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (FDUL). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (RS) e Universidade Estácio de Sá – UNESA (RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, Coimbra e Lisboa (PT). Coordenador do DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Procurador de Justiça (RS) aposentado. Advogado. E-mail: lenio@unisinis.br.

** Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS com estágio de pesquisa na Sorbonne - Université Paris Descartes. Professor de Direito. Integrante do Projeto de Pesquisa: Direitos Humanos e Transnacionalização do Direito (PPGD/UNISINOS). Integrante do Projeto de Cooperação Internacional: Inclusão Social e Reconhecimento de Direitos dos Imigrantes (CAPES/FAPERGS) entre UNISINOS e Università degli Studi di Firenze, Itália. Membro dos Grupos de Pesquisa: Hermenêutica Jurídica (CNPq) e Tributação e Dignidade Humana (CNPq). Advogado. E-mail: rafael@rafaelkoche.com.br.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

tudo isso, repita-se, referendado por nossa doutrina, que não cumpre, nesses casos, seu papel fundamental de *censura significativa*, ou seu dever de exercer constrangimentos epistemológicos.

A *interpretação* e o problema da *verdade* são renegados a segundo plano na academia (especialmente na jurídica), que prefere exigir ou a reprodução literal dos termos da legislação vigente, súmulas e enunciados ou depender de juízos morais-subjetivistas. Isso tudo em de instigar o raciocínio crítico para a resolução de casos concretos. Em outras palavras, os estudantes dos cursos de Direito saem das instituições de ensino sem compreenderem como se dá a *atribuição de sentido*. E isso, à evidência, é um profundo problema de caráter filosófico.

O “jurista médio” não compreende a importância dos paradigmas filosóficos no Direito. Encontra-se na posição daquele que “não sabe que não sabe”. E, nesse contexto, deixa de estudar as bases teóricas e investigando o problema da validade da compreensão e do compreendido, estudando apenas técnicas de convencimento. Não é por outra razão que Ovídio Baptista fez a dura afirmação de que “não devemos alimentar esperança de conquistar algum progresso real na busca de um serviço judiciário eficiente e de boa qualidade, se não extirparmos o dogmatismo de nossa formação universitária”¹. O dogmatismo abandona a filosofia e o preço pago por esse abandono é especialmente caro.

A *Crítica Hermenêutica do Direito* vem denunciando isso de há muito. Essa é a razão pela qual na doutrina e na jurisprudência ainda domina a ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a *vontade da norma*, o *espírito do legislador*, a correta interpretação do texto, etc (que pode ser o simples produto do solipsismo do intérprete). Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo do conhecimento². Ou seja, o Direito continua refratário às mudanças paradigmáticas ocorridas na filosofia contemporânea: não conseguiu superar o arcaico esquema *sujeito-objeto*³; ignora as importantes contribuições do chamado *giro ontológico-linguístico*.

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 265.

² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 243 e seguintes.

³ “O que significa a superação da relação sujeito-objeto? Significa a superação do projeto que busca na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a idéia de juízo, a idéia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado. Heidegger introduziu, para isso, uma distinção entre o discurso explicitador, o discurso manifestativo, que denomina apofântico, e o discurso subterrâneo, que acontece simultaneamente com o

1.1 Giro ontológico-linguístico

Denominamos de giro ontológico-linguístico - no intuito de diferenciá-lo das pretensões analíticas - o longo e complexo movimento que floresce com maior ênfase na segunda metade do século XX⁴, sendo muito difícil apontar com precisão uma data ou um autor em específico como protagonista desta passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, valendo lembrar que – em que pese sejam os maiores expoentes – tal movimento se inicia antes mesmo de Heidegger e do Wittgenstein das IF.

O giro ontológico-linguístico estabelece as seguintes premissas sobre a linguagem: (i) o conhecimento ocorre na linguagem; (ii) na linguagem ocorrerá a surgimento do mundo; (iii) na linguagem que ocorre a ação e, por fim (iv) na linguagem que se dá o sentido. Ou seja, o mundo se instaura na (e pela) linguagem. Portanto, tal movimento centraliza-se na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é elemento necessário de todo e qualquer saber humano. Logo, a linguagem passa a ter papel central na filosofia.

Como bem salienta Charles Taylor: “Seres pré-linguísticos podem reagir às coisas que os cercam. Mas a linguagem nos capacita a apreender alguma coisa *como* aquela coisa *é*”. Em outras palavras, os animais podem aprender a dar determinadas respostas apropriadas a certos propósitos (não-linguísticos). Podem dar determinados gritos para indicar perigo, ou mesmo emitir sinais “certos” para pedir comida. Todavia, o uso da linguagem envolve outro tipo de *certeza*: envolve identificar um objeto como tendo as propriedades que justificam o uso dessa palavra. Trata-se de uma dimensão eminentemente *semântica*.⁵

Essa teoria da linguagem é chamada por Taylor de *expressivo-constitutiva*: *constitutiva* no sentido de que a linguagem está presente em

discurso apofântico e que o filósofo denomina de dimensão hermenêutica. Sem o elemento apofântico, não se daria, entretanto, o que podemos designar o discurso hermenêutico. Este representa a estrutura básica, que, desde sempre, sustenta qualquer tipo de enunciado que pode ser verdadeiro ou falso”. (STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica* – ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.47).

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁵ TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, p. 118. “Podemos dizer que seres propriamente lingüísticos estão funcionando na dimensão semântica. E isso pode ser a maneira de formular o que Herder diz sobre reflexão: ser reflexivo é operar nessa dimensão, o que significa agir a partir da sensibilidade a questões de justiça irredutível”. (Ib.)

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

toda a gama de sentimentos, atividades e relações crucialmente humanas, ou a torna possível; além disso, ela exhibe outro traço central, concede papel criativo à *expressão*. Falamos, então, do mundo dos nossos envolvimento, incluído todas as coisas que incorporam em seu significado para nós.

Isso foi muito bem assinalado por Heidegger. Ele ataca repetidamente as concepções de linguagem que a reduzem a mero instrumento de pensamento ou de comunicação: descrever a linguagem como a “morada do ser” é dar-lhe um estatuto que transcende o instrumental.⁶ Na medida em que supera a metafísica e as concepções objetivantes da linguagem⁷, Heidegger afirma que todo o pensar se movimenta em um espaço que é mediado pela linguagem⁸. Por isso que a linguagem – e consequentemente a sua compreensão – passa a ser condição de possibilidade para o modo-de-ser do *Dasein*⁹.

Dessa forma, *é na linguagem que há a surgência do mundo*. É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. Está-se, pois, longe das posições nominalistas, nas quais pensar em linguagem era só questão de palavras. Não é que o mundo esteja atrás na linguagem, mas, sim, que está *na linguagem*. Há um compromisso ontológico preso em toda a linguagem, pela semantização do mesmo. Este mundo que encontramos na linguagem nos afasta dos perigos de uma filosofia da consciência, impossível no interior de nossa “mundanização linguística”¹⁰.

Portanto, o pensamento desenvolvido no século XX a partir da *linguistic turn* mostrou que a constituição da razão humana é dialógica.¹¹ A identidade individual não se dá no *nada* ou a partir de si mesma, mas se forma a partir de uma compreensão existencial, histórica e que ocorre na e pela linguagem. Há, pois, um horizonte no qual as coisas fazem sentido e a partir do qual as escolhas são feitas¹². Volta-se, portanto, as atenções

⁶ TAYLOR, *Argumentos Filosóficos*, 2000, p. 121-6.

⁷ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 16.

⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 205-206.

⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 203.

¹⁰ BLANCO, Carlos Nieto. *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 277-278.

¹¹ Especialmente no campo jurídico o giro linguístico está explicitado – como com dição de possibilidade – na CHD – Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por um dos subscritores (Lenio Streck) e que pode ser encontrada em vários livros, como Verdade e Consenso, Hermenêutica Jurídica e(m) crise e Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.

¹² SILVA FILHO, José Carlos da. Multiculturalismo e novos movimentos sociais o privado preocupado com o público. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, Vol. 43, n. 45, 2005, p. 10.

àquele que interpreta: quais são suas condições de possibilidade para dizer que *algo é*? Como assegurar a validade da compreensão e como explicitar o compreendido?

1.2 Hermenêutica: Ciência da Interpretação?

Historicamente, no plano da Hermenêutica, esse “como” não é enfrentado, uma vez que ela sempre foi concebida como uma espécie de arcabouço de ferramentas, de métodos interpretativos e procedimentos exegéticos, com a suposta pretensão de *descobrir* um sentido preexistente nos textos.¹³

A hermenêutica como método, técnica, instrumento ou arte de interpretar é designada como *hermenêutica metodológica*. Ela conserva a cisão entre o sujeito cognoscente e objeto a ser conhecido. Na linha que refere Rohden: “Ao decompor as partes de um todo, a hermenêutica metodológica pretende *extrair o sentido* como se esse fosse seu objeto exclusivo”¹⁴.

O equívoco dessa postura parece ser o de conceber o *sentido* como algo que aguarda ser *des-coberto* ou *des-velado*: seja num sentido objetivo, em que o sentido pudesse estar contido no objeto investigado, ou num sentido subjetivo, em que o sentido pudesse estar contido na subjetividade do pensamento pensante.

Outro equívoco, intrinsecamente ligado ao primeiro, é conceber o *conhecer* como sendo uma atividade totalmente desvinculada da historicidade daquele que se propõe a conhecer. Quando pretende desvincular seu procedimento interpretativo do plano histórico, político, moral, a hermenêutica restringe-se, assim, a uma simples metodologia, como se sua validade e autenticidade fossem asseguradas pela pretensa neutralidade com relação ao que interpreta¹⁵.

Friedrich Schleiermacher foi, de certa forma, o responsável pela disseminação da concepção de hermenêutica como *ciência geral da interpretação*, elaborando as bases para a formulação de regras da *arte de interpretar*. Na realidade, naquele tempo, o mais adequado seria falar em *hermenêuticas*, no plural, pois cada disciplina possuía suas *regras* de interpretação dos textos (hermenêutica bíblica ou teológica, hermenêutica literária ou filológica e hermenêutica jurídica). Nesse sentido, uma das

¹³ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luiza Ribeiro da Silva. Lisboa: Edições 70, 1989, e GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

¹⁴ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 41.

¹⁵ ROHDEN, *Hermenêutica Filosófica*, 2002, p. 41.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

grandes contribuições do filósofo foi tentar elevar a interpretação ao patamar de ciência, ou uma teoria que desse conta das técnicas para a compreensão do texto – independente de qual tipo de texto estar-se-ia falando¹⁶.

Ele entendia que a interpretação pressuporia uma certa familiaridade com o texto a ser conhecido, um conhecimento prévio. Desse modo, o conhecer acabaria sendo sempre uma relação todo-parte/parte-todo. Para Schleiermacher, o sentido deveria ser compreendido a partir e enquanto um todo. Esse modo de compreender formará aquilo que conhecemos hoje como *círculo hermenêutico*. Somente entendemos e compreendemos porque já conhecemos, em parte, algo.

Importante salientar que o resultado disso foi a elevação da(s) “hermenêutica(s) como um agregado de regras próprias e independentes” para uma “arte do compreender as expressões linguísticas”. Além disso, o desenvolvimento dos “elementos psicologizantes” na teoria de Schleiermacher dá nova feição à hermenêutica, uma vez que o intérprete deveria buscar o contexto social-histórico do autor (elemento objetivo), assim como procurar as intenções e os processos mentais dele (elemento subjetivo) para realizar a tarefa interpretativa. Daí a conhecida frase atribuída ao filósofo alemão: “devemos conhecer o autor melhor que ele mesmo”.¹⁷

Todavia, mesmo com o desenvolvimento desses aspectos que continuam bastante atuais, Schleiermacher não conseguiu estruturar uma hermenêutica com caráter filosófico, porque, amarrado a um procedimento eminentemente metodológico, ele não *explicita a participação do sujeito cognoscente*.

No processo circular metodológico, não há uma fusão de horizontes, mas pretende-se obter uma objetividade produzida pela subjetividade, quando o eu tem a pretensão de compreender o outro melhor do que ele mesmo se compreendeu. Enquanto técnica, a hermenêutica pretende chegar ao sentido verdadeiro – em oposição ao falso resultante de um mal-entendido – do texto. Ela pressupõe e ratifica, no caso, um dualismo entre um conhecimento verdadeiro e outro falso. O problema é reduzir o conhecimento representacional à alternativa verdadeiro-falso. O saber precede e vai além da vã e pobre perspectiva da veracidade-falsidade.¹⁸

¹⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. Celso Reni Braida. Petrópolis, 1999; e GRONDIN, Jean. *Schleiermacher: a universalização do mal-entendido*. In: Introdução à hermenêutica filosófica. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, pp. 123-9.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p. 264.

¹⁸ ROHDEN, *Hermenêutica Filosófica*, 2002, p. 49.

Em síntese: *a hermenêutica metodológica parte do engodo de construir um método válido, seguro e aplicável universalmente para compreender*. Para Rohden, o equívoco foi ter partido de uma concepção cindida de realidade, em que o sujeito pretende extrair um sentido (ao modo da *ideia* platônica)¹⁹. No Direito, a “superação” se deu para outro sentido: se, antes, deveríamos buscar a *mens legis*, a vontade da lei (ou seu espírito), como se o próprio texto carregasse seu sentido; posteriormente, deveríamos nos concentrar na *mens legislatoris*, ou na vontade do legislador, como se fosse possível acessar os processos mentais do autor na época do fato.

1.3. *Hermenêutica Filosófica*

Diante disso, torna-se fundamental compreender que sempre por trás do ato cognitivo existe algo que o antecipa e lhe é condição de possibilidade. *Nunca se conseguirá dizer tudo quando se diz algo*. Ou, mantendo a distinção realizada no início, diríamos: “a hermenêutica filosófica não se limita ao entendimento instrumental do significado”. O esclarecimento dos significados converte-se em pressuposto básico da hermenêutica filosófica.

Assumindo o caráter da “finitude”, o *projeto hermenêutico* pretende superar o dualismo metafísico subjacente ao projeto epistemológico. Em Heidegger, “a hermenêutica não refere à ciência ou às regras de interpretação textual nem a uma metodologia para as *Geisteswissenschaften* [Ciências do Espírito], mas antes à explicação fenomenológica da própria existência humana”.²⁰ Ou seja, a hermenêutica passa a se questionar sobre o próprio sujeito (intérprete) e as condições desse conhecimento.

A hermenêutica filosófica traz uma importante contribuição originária à problemática da constituição do sentido, ao superar uma concepção unilateral da subjetividade, que constitui sentido, como ela se articulou na filosofia moderna. Gadamer nos mostra uma subjetividade que se constitui enquanto já sempre marcada por seu mundo que, por sua vez, é historicamente mediado e linguisticamente interpretado”.²¹

¹⁹ ROHDEN, *Hermenêutica Filosófica*, 2002, p. 49.

²⁰ PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luiza Ribeiro da Silva. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 51.

²¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Prefácio. In: ROHDEN, Luiz. *Interfaces da Hermenêutica*. Caxias do Sul, EDUCS, 2008, p. 16. “A hermenêutica, no século XX, certamente nasceu e é herdeira do confronto da ontologia fundamental de Heidegger com a metafísica clássica e com a filosofia transcendental da modernidade, sobretudo na forma em que esta se articulou no pensamento de Husserl, apesar do afastamento da hermenêutica gadameriana de Heidegger.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

O compreender eleva-se em nível filosófico, quando se confronta também com o “não-dito”, consolidando a célebre frase de Gadamer: “Isto é hermenêutica: o saber do quanto fica, sempre, de não-dito quando se diz algo”.²²

Assim, *conhecemos, mas sabemos também que o real é maior que o conhecido*. Nesse sentido, não se exclui o procedimento metodológico, devendo este ser considerado um meio para o filosofar. O problema é justamente *reduzir a filosofia ao método procedimental*.

Diferentemente da perspectiva técnica compreensiva, em que a circularidade entre a parte e o todo é observada e descrita, na filosófica o filósofo joga-se para dentro do círculo. (...) Além da fusão de horizontes, ampliamos nosso horizonte em círculos de sentido, sempre mais crescentes.²³

Ressaltando, mais uma vez, que estamos diante de uma nova concepção de sentido, que “não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si independentemente de um processo de comunicação”, devendo ser compreendido como “algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades linguísticas, sempre comunicamos reciprocamente”²⁴.

As palavras estão, pois, sempre inseridas numa situação global, que norma seu uso e é precisamente por esta razão que o problema semântico, o problema da significação das palavras, não se resolve sem a pragmática, ou seja, sem a consideração dos diversos contextos de uso. Poder falar significa ser capaz de inserir-se num

Um dos elementos fundamentais dessa herança, que reaparece em várias passagens na exposição do pensamento de Gadamer nesta obra, é o que se poderia chamar de “desconfiança frente à lógica” considerada muitas vezes como elemento estrutural na concepção instrumental da razão, identificada com cálculos matemáticos e, portanto, como algo vazio com que não se pode compreender o pensamento pleno e originário e nosso relacionamento com o mundo”. (p. 14)

²² GADAMER, Hans-Georg. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação. Entrevista de Jean Grondin com H.-G. Gadamer. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg (Org.). *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 211.

²³ ROHDEN, *Hermenêutica Filosófica*, 2002, p. 54. “A distância temporal pode, muitas vezes, resolver a verdadeira tarefa crítica da hermenêutica de distinguir entre os preconceitos verdadeiros e falsos. Por isso, a consciência formada hermeneuticamente incluirá uma consciência histórica. Ela terá que trazer à luz os preconceitos que orientam a compreensão, para que aflore e se imponha a tradição como outra maneira de pensar”. (p. 55).

²⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre fundamentação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993, pp. 53-54.

processo de interação social simbólica de acordo com os diferentes modos de realização.²⁵

Enfim, “o próprio fato de existir pode ser considerado como um processo constante de interpretação”²⁶. Desse modo, a hermenêutica deve ser entendida enquanto um modo de ser-no-mundo, ou seja, é uma característica inerente à própria temporalidade e historicidade do homem. O foco se afasta dos métodos, recaindo sobre as condições pelas quais opera o intérprete²⁷: “hermenêutica não será mais um método, mas, sim, filosofia”.²⁸

2 Como a doutrina trata a Hermenêutica Jurídica?

Mesmo assim, o Direito continua refratário a tais viradas paradigmáticas. Há no Direito brasileiro um pensamento coletivo massificado, um imaginário acrítico e técnico, que molda os discursos predominantes na cotidianidade. Trata-se de um modo de reproduzir o direito, principalmente na perspectiva epistemológica, que reduz o conhecimento a certas *verdades jurídicas consagradas*.

É nesse sentido que Luís Alberto Warat sempre deixou claro que uma proposta de pensamento crítico deveria se apresentar sempre como *uma tentativa epistemológica diferente*. Ou, nos termos do autor: “o saber crítico tenta estabelecer uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico institucionalmente sacralizado”²⁹, principalmente porque a dogmática atual³⁰ se tornou refém dessa *sacralização*, entendida a partir daquilo que Warat denominou de *senso comum teórico dos juristas*:

²⁵ OLIVEIRA, *Sobre fundamentação*, 1993.

²⁶ PALMER, *Hermenêutica*, 1989, p. 20.

²⁷ SILVA FILHO, José Carlos; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. Ensino do Direito e Hermenêutica Jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, UNISINOS, n. 101, v. 37, Set./Dez. 2004, p. 3.

²⁸ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2011, p. 275.

²⁹ WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Busca Legis*, n.º 5, Junho de 1982, p. 48-57.

³⁰ Destaca-se, todavia, as importantes palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “não há direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria ainda que elas escorreguem e de tanto em tanto mereçam – e tenham – uma alteração de curso. (...) Não basta, porém, uma dogmática qualquer, logo transformada ideologicamente a serviço do poder, pela banal razão de que se tende a tentar discursivamente descrever as regras jurídicas postas sem assunção de qualquer posição, de todo impossível. (...) A dogmática, então, precisa ser crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*), para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Hermenêutica e Paz Dogmática*. In: Empório do Direito, 30 abr. 2015. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/hermeneutica-e-paz-dogmatica-por-jacinto-nelson-de->

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Trata-se de um conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica. *Difusamente, é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do direito.* Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o direito.³¹

Mais: a significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os “valores”, sem, porém, explicá-los. Consequentemente, essa reprodução dos “valores” conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos (*operadores* porque os juristas acham que o direito é mera técnica, enfim, mera racionalidade instrumental).³²

Essa “crise de imaginário” pela qual passa a doutrina brasileira que deixou de exercer seu papel de “censura significativa” consolida aquilo que Streck denominou de “*habitus dogmaticus*”: uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos ancorados no sentido comum teórico dos juristas.³³

Nesse sentido, passamos a ilustrar o *modus interpretativo vigente e dominante* no cotidiano dos juristas, ou como a parcela dominante da doutrina brasileira explica a hermenêutica jurídica. Como veremos, certas posturas predominam no imaginário acadêmico. A principal delas é a

miranda-coutinho/. Acesso em: 02 mar. 2017). Ver também: STRECK, Lenio Luiz. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 37-8.

³¹ KÖCHE, Rafael; et. al. “Hermenêutica Constitucional” e Senso Comum Teórico dos Juristas: o exemplo privilegiado de uma aula na TV. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 19, p. 237-261, 2012 (grifos no original). Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 14-5; *Introdução geral ao Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 71; e *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 39.

³² KÖCHE; et. al. “Hermenêutica Constitucional” e Senso Comum Teórico dos Juristas, 2012.

³³ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2011, pp. 82-111.

redução da hermenêutica a um conjunto de técnicas interpretativas, a que se filiam: Sérgio Pinto Martins, Mauro Schiavi, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni³⁴. Basicamente, esse conjunto de técnicas ou *ferramental hermenêutico* servirá para encontrar/descobrir a *vontade do legislador*³⁵ ou (para alguns autores que acreditam estar “superando essa tese”) a *vontade da lei*.

Em um dos Manuais de Direito Penal mais lidos e citados pela jurisprudência, Guilherme de Souza Nucci ensina que: “a interpretação é um processo de *descoberta do conteúdo da lei* e não de criação de normas. Por isso, é admitida em direito penal qualquer forma”. Claro, para referido autor “não desperta polêmica a interpretação literal, nem a teleológica ou mesmo a sistemática”. O ponto problemático ficaria circunscrito às formas extensiva e analógica (*sic*).³⁶

Pedro Lenza é mais sincero em um dos manuais mais vendidos do Brasil. Indica ao leitor que pretende aprofundar o capítulo que trata sobre hermenêutica constitucional – uma vez que o tema vem ganhando cada vez mais relevo nos concursos públicos... Entretanto, tal “ideal” consumiria muito estudo e tempo, assim, remete o leitor para outras obras, mas apresenta aquilo que chama de “alguns aspectos básicos”. Afirma que a Constituição de um Estado deve ser interpretada, função esta atribuída ao exegeta, “que buscará o real significado dos termos constitucionais”. Dessa forma, *levando em consideração a história, as ideologias, as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado, o hermeneuta definirá o verdadeiro significado do texto constitucional*.³⁷

Todavia, ressalta Lenza, “como regra fundamental, lembramos que, onde não existir dúvida, não caberá ao exegeta interpretar”. Como exemplo, cita o artigo 18, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, que diz

³⁴ Nesse sentido, ver: Aplicação das Normas de Direito do Trabalho. In: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 48-59; SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 107-110; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁵ Como para Leandro Paulsen, para o qual: “Não há, pois, como se pretender atribuir à interpretação da legislação tributária um caráter restritivo nem extensivo, mas conforme a vontade do legislador e o que se possa extrair da lei. Interpreta-se a legislação tributária como se interpreta o ordenamento jurídico em geral”. (PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122).

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral e Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85. (grifamos)

³⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

que a capital federal é Brasília – “não cabendo qualquer trabalho hermenêutico”³⁸.

Na mesma linha, Aníbal Bruno diz que: “interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (*in claris non fit interpretatio*), a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, complementa o autor, apreende-se imediatamente o seu conteúdo”³⁹. Washington de Barros Monteiro entende que: “a lei quase sempre é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo (*lex clara non indiget interpretatione*)”⁴⁰. Sílvio Rodrigues acentua que: “a necessidade da interpretação é indiscutível, exceto naqueles casos em que o sentido da norma salta em sua absoluta evidência”⁴¹. E Paula Baptista assevera:

Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeito de sua redação, ou duvidosa com relação aos ocurrentes, ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.⁴²

A propagação da “existência de lacunas na lei” serviu para intensificar essas questões. Hugo de Brito Machado, por exemplo, acredita que *só há interpretação quando há disposição normativa expressa para determinado caso*. Nos casos de “lacunas”, o que o intérprete faz “não é interpretação”, mas “integração”. Ainda, para Machado a doutrina não é capaz de fornecer “uma interpretação correta para qualquer caso”, devendo, no máximo, “fornecer algumas interpretações razoáveis”, deixando, portanto, ao “aplicador da norma”, que escolha uma delas, já que se está tratando de um “ato político”.⁴³

Outros autores, como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, defendem que o juiz deve pautar-se por aquilo que parcela conside-

³⁸ Id., p. 68.

³⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 198, apud STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2011, p. 116.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 39.

⁴¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 26.

⁴² BAPTISTA, Paula. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil Comparado com o Comercial e de Hermenêutica Jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 211-2, apud STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 2011, p. 118.

⁴³ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 109-127. Segundo ele, “interpretação não se confunde com aplicação do Direito”, pois, “a rigor, a interpretação é apenas realizada pela Ciência Jurídica, é a interpretação doutrinária”. (p. 127).

rável da doutrina chama de “verdade real” ou “material”. Depois de discurrir algumas palavras sobre a tentativa de “reconstruir a realidade”, eles chegaram à seguinte conclusão:

Em outros termos, a questão da verdade (e, assim, da prova) deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. E, voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: *a noção da verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal* (enquanto absoluto). (...) Realmente, a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza da aquisição desta.⁴⁴

Entretanto, em outro trecho de sua obra, os autores referem:

A impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a *convicção* da verdade. *Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade*, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim”.

Afinal, a verdade existe ou não? Não é possível dizer que “algo é”? Mesmo para aqueles doutrinadores que não enfrentam a problemática apresentada nesse trabalho, preocupa o *caos hermenêutico* instaurado no cotidiano forense e referendado pela dogmática jurídica. Nesse sentido, vale referir as palavras de Arruda Alvim:

Pode-se dizer que a lei é vocacionada a ter um só entendimento, dentro de uma mesma situação histórica. A diversidade de entendimentos, na mesma conjuntura histórica, compromete o valor da certeza (do Direito). Aliás, tais técnicas correspondem ao mais coezinho princípio da filosofia, ou mesmo de bom senso: uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob as mesmas condições.⁴⁵

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 256. (grifei)

⁴⁵ ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33, apud WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 261. Na área trabalhista, em que a jurisprudência possui papel de destaque (sendo, inclusive, entendidas como fonte de Direito do Trabalho para alguns autores), a questão também está presente. Apesar do título de seu capítulo quinto de seu livro, Francisco Meton Marques de Lima não esclarece como se desenvolve a hermenêutica trabalhista. Afirma apenas que ela deve ser orientada pelo método teleológico, segundo os artigos 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, com a finalidade de “favorecer o assalariado”. (Cf. *Hermenêutica Traba-*

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Um dos pioneiros na crítica ao decisionismo judicial no Brasil, José Joaquim Calmon de Passos já anunciava:

E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno: Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?⁴⁶

Os livros de Direito disponíveis não enfrentam o modo como a compreensão da realidade se dá. E como podemos afirmar a validade dessa compreensão? Como se viu, a fundamentação jurídica majoritária não enfrenta o problema da *verdade*. Trata-se de um “fundamento” de autoridade. E isso se torna cada vez mais crítico num cenário de discricionariedades e arbitrariedades. Basta ver, por fim, como a obrigatoriedade da fundamentação das decisões é ensinada.

A *norma* do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (base de todos os embargos de declaração do País), foi sendo deturpada por todo esse imaginário. Para evitar a repetição do texto constitucional, este é o inciso que afirma que a decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Ora, se a decisão não foi fundamentada, ela é nula! Entretanto, como salienta Theotonio Negrão e outros: “o que a Constituição exige no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fun-

lhistia. In: LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2007, pp. 56-60).

⁴⁶ PASSOS, Calmon de. Súmula Vinculante. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. Vol. 9, n. 1, pp. 163-176, jan.-mar. 1997, apud WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 264. Nesse contexto, Alexandre Freitas Câmara também acha salutar a divergência na doutrina, mas preocupante o dissídio jurisprudencial. Embora o autor considere como verdade a chamada “vontade da lei” (passível de descoberta a partir da utilização dos métodos clássicos de interpretação), ele traz alguns avanços no que concerne a interpretação. Ele afirma que a súmula vinculante funciona como qualquer outra norma jurídica abstrata, devendo ser aplicada apenas em casos que sejam *iguais* [semelhantes] *àqueles que deram origem a tal enunciado*. Repudia a postura que “dispensa a interpretação com a clareza da norma”, já que “só se sabe que a lei é clara depois de interpretá-la”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 15-31).

damentação seja correta (RTJ 150/269)” (*sic*).⁴⁷ Ou seja, ainda que a fundamentação judicial esteja errada, a decisão ainda assim poderá ser considerada válida pela doutrina e jurisprudência brasileira.

Mas Negrão alerta: “é nula a decisão em que, pelo exame de sua fundamentação, se verifica que o juiz decidiu outra demanda, e não a que estava afeta ao seu pronunciamento (RSTJ 134/62, RJTJERGS 167/408)”⁴⁸. Ainda bem...

Considerações finais

O fenômeno da atribuição de sentido é uma das questões centrais da história do pensamento, desde os gregos. E torna-se “a” questão central para os filósofos contemporâneos, com a virada linguística. Ao redor dela giram paradigmas inteiros, com suas noções de método, verdade, demonstrabilidade, ciência e até da existência. A certa altura, a própria filosofia se descobriu como hermenêutica. E não tardou para a hermenêutica também se descobrir filosófica, isto é: para além das técnicas interpretativas especiais a cada área de conhecimento, revelando-se na estrutura profunda da compreensão, num acontecer da verdade em que já estamos embarcados. Veja-se que a ultrapassagem do método (moderno) como uma garantia prévia de certeza não exonera o intérprete de sua responsabilidade interpretativa, aumentando a complexidade da busca pela verdade.

Entretanto, isso tudo parece ficar fora dos nossos ensino e pesquisa jurídicos. Como vimos, através de exemplos emblemáticos, a interpretação costuma ser relegada pela maioria dos juristas à prática “cega”. Quando muito, fazem-se referências a alguns cânones interpretativos, sem maior contextualização. Nesse estado da arte, a filosofia aparece apenas como ornamento para opiniões pessoais, sem estruturar verdadeiramente um discurso científico⁴⁹.

Outro problema que caracteriza a crise do ensino jurídico e da doutrina é a vulgata feita sobre o significado de positivismo jurídico. No mais das vezes, simplesmente é feito o contraponto entre o velho exegetismo – caricaturizado como juiz boca da lei – e o neoconstitucionalismo ou o direito baseado em princípios e valores (ou coisas do gênero). Isso sem considerar que Kelsen é ensinado de forma simplista e vulgateada, como

⁴⁷ NEGRÃO, Theotonio; et. all. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁴⁸ *Id.*, p. 516.

⁴⁹ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 134-139.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

se ele fora um positivista exegético e pregasse a aplicação pura da lei. Esse mesmo “crime epistêmico” é cometido com autores como Dworkin e Alexy, isso quando não colocam os dois na mesma matriz teórica.

Ao fim e ao cabo, este vácuo teórico tem graves consequências práticas, na medida em que é preenchido por voluntarismos. Sabemos que o Estado Democrático de Direito é especialmente dependente de uma comunidade de intérpretes, do controle intersubjetivo que podemos fazer do sentido das leis. Assim, a defasagem hermenêutica da nossa ciência jurídica contribui para o deciosinismo e ativismo judiciais – já que cada um interpreta como quer –, proporcionando um “estado de natureza interpretativo”.⁵⁰ E, como a história nos ensina, no estado de natureza a guerra é de todos contra todos. E, na especificidade do Direito, vence quem tem (mais) poder de dizer o que o Direito é. Por tudo isso, a doutrina deve voltar a doutrinar.

⁵⁰ Expressão desenvolvida por Lenio Streck em Verdade e Consenso, passim.

Referências

BLANCO, Carlos Nieto. *La conciencia lingüística de la filosofía*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Hermenêutica e Paz Dogmática*. In: Emporio do Direito, 30 abr. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/hermeneutica-e-paz-dogmatica-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em: 02 mar. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação. Entrevista de Jean Grondin com H.-G. Gadamer. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg (Org.). *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1999.

GRONDIN, Jean. *Schleiermacher: a universalização do mal-entendido*. In: Introdução à hermenêutica filosófica. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013.

KÖCHE, Rafael; et. al. "Hermenêutica Constitucional" e Senso Comum Teórico dos Juristas: o exemplo privilegiado de uma aula na TV. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 19, p. 237-261, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NEGRÃO, Theotônio; et. all. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral e Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Prefácio. In: ROHDEN, Luiz. *Interfaces da Hermenêutica*. Caxias do Sul, EDUCS, 2008.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre fundamentação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luiza Ribeiro da Silva. Lisboa: Edições 70, 1989.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PLATÃO. *Crátilo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Trad. Celso Reni Braidia. Petrópolis, 1999.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Multiculturalismo e novos movimentos sociais o privado preocupado com o público. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, Vol. 43, n. 45, 2005.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa Humana e Boa-Fé Objetiva: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Org.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA FILHO, José Carlos; ALMEIDA, Lara Oleques de; ORIGUELLA, Daniela. Ensino do Direito e Hermenêutica Jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, UNISINOS, n. 101, v. 37, Set./Dez. 2004.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica – ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e tempo”*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 3, Porto Alegre, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Busca Legis*, n.º 5, Junho de 1982, p. 48-57.

A EQUIDADE, EXCEÇÃO E DETERMINAÇÃO DE SENTIDO

Alejandro Montiel Alvarez *

Na interpretação tomista, a *epieikeia* é um recurso voltado aos casos excepcionais. A partir de Tomás de Aquino, muitos autores aderiram à essa compreensão e restringiram o seu uso à interpretação de exceções, como, por exemplo, o fazem Gauthier e Jolif e Massini-Correas.¹ Entretanto, vários comentadores, dão um sentido bem mais amplo ao conceito de *epieikeia*, como por exemplo, Nussbaum, Aubenque, Hamburguer, Gadamer.²

Parece evidente a preocupação de Aristóteles com as exceções, no entanto, a questão que permanece aberta, é: o âmbito das exceções é o único no qual se pode proceder com a *epieikeia*? O fato do autor não dar muitos exemplos dificulta ainda mais a interpretação. Porém, acredita-se que esses escassos exemplos são um bom início para tentar responder ao questionamento proposto.

O caso do anel de ferro é talvez o exemplo mais claro do que Aristóteles pretendia dizer com *epieikeia*. A lei que proíbe ferir alguém com ferro (*sideros*) não deve ser aplicada quando um cidadão que usava um anel de ferro golpear a outro com um soco. Será que esse é um caso de exceção? À primeira vista pode ser que sim, mas, será que realmente é aquilo que os juristas pensam como exceção?

De uma forma simplificada, tem-se uma exceção quando um caso X, cuja tipificação Y remeta à regra W, é excluído das consequências jurídicas Z determinadas pela regra W, por contingências e particularidades especiais daquele caso concreto X. Ou seja, a regra W determina que se Y, então Z. E o direito estabelece que X seja igual a Y, pois o direito compreende os casos a partir de suas tipificações.³ A consequência lógica desse

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹ O desenvolvimento desse argumento por esses autores foi apresentado supra, em 1.3. É bem verdade que alguns comentadores admitem essa interpretação mesmo fora da tradição tomista, como, por exemplo, Brunschwig (ver 1.3), mas de forma bem menos unívoca.

² O desenvolvimento desse argumento por esses autores foi apresentado supra, em 1.3.

³ “Essa simplicidade é muito aparente. No juízo jurídico, trata-se sempre de qualificar uma situação de fato. Ou se qualifica um fato específico, no processo de adjudicação, ou se trata de criar tipos de fatos que serão qualificados no futuro. Mais ainda, quando se trata de qualificar um fato qualquer passado – na decisão judicial –, esse fato tem que ser convertido em um tipo. É da essência da regra que ela se refira a tipos: a aplicação de uma regra concreta é reconhecimento que o fato específico é um fato dentro de uma classe, classe essa descrita por

processo é, portanto, que se X, então Z. Porém, as contingências fáticas especiais do caso X, se ele for uma exceção, determinam que, nesse caso, Z não será realizado. A exemplificação deixa o texto mais claro: tome-se uma regra que determina que os alunos da disciplina de química orgânica devam comparecer no dia vinte e sete de novembro, às oito horas, na sala 127, para que se submetam ao exame final, sob pena de reprovação na disciplina. Porém, um dos alunos, ao se dirigir ao local determinado, sofreu um acidente e não pôde comparecer naquele exame. Obviamente, o professor não precisava ter determinado na regra que, em caso de acidente, os alunos não seriam reprovados diretamente e poderiam realizar o exame em outro dia, pois é um caso claro de exceção. Agora, o professor, ao permitir que o aluno acidentado realize o exame final em outro dia, ele não invalidou a regra, tampouco disse que aquele aluno não deveria ter realizado a prova no dia vinte e sete de novembro, apenas disse que o aluno teve boas razões⁴ para não realizar a ação determinada pela regra. Porém, quando o suporte fático dessas razões deixe de existir, a regra pode voltar a gerar consequências. No caso, a regra geral de que exames finais devem ser realizados como condição necessária a aprovação permanece vigente e, o aluno, que teve boas razões para não comparecer naquele dia, provavelmente terá que se submeter a uma nova avaliação. Ou seja, no caso de exceções a consequência da regra é suspensa enquanto condições especiais derem boas razões para que alguém não a cumpra.

Será que alguém possui um anel de ferro é uma boa razão não prevista inicialmente na regra para que o sujeito não seja punido? Ou será que é uma *determinação de sentido* da regra, cujas condições fáticas não sustentam a sua tipificação que conduz à incidência da regra? Um caso fora da regra é diferente de uma exceção: enquanto a exceção reside na aplicação da regra, a determinação de sentido da regra remete ao problema da tipificação. Tem-se uma determinação de sentido da regra quando um caso X, que aparentemente poderia ser tipificado como Y (e, portanto, remeteria à regra W e às consequências jurídicas Z determinadas pela regra), não pode ser tipificado daquela maneira. Esse caso não é excluído por circunstâncias contingentes, mas por um problema na linguagem da formulação da regra, um problema semântico (ou em alguns casos de pragmática) e não, como no caso das exceções⁵, um problema fático. Como escreve Lopes:

alguma regra". LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. P. 51.

⁴ Sobre a relação entre norma e necessidade de "dar razões", ver: MACINTYRE, Alasdair. Justiça de Quem? Qual Racionalidade? P. 36-37.

⁵ Essa divisão não é a mesma proposta por Zingano apresentada no subcapítulo 1.2.1 – exceções epistemológicas e ontológicas –, porém, pode-se fazer uma aproximação entre: determinação de sentido e exceções epistemológicas; exceções (em sentido estrito) e exceções onto-

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Tanto as regras como os princípios dependem também de determinações de sentido que não se podem dar senão em circunstâncias específicas. Esse processo de tensão entre as normas, por definição (e não por acidente) genéricas, e os fatos, por definição (e não por acidente) específicos, faz com que o sentido das regras se defina ao longo de sua aplicação. Esse processo dá-se com qualquer norma [...]. A generalidade da lei impõe necessariamente que nos casos individuais haja um esforço de determinação, mas de determinação não arbitrária, senão outra vez por princípios. É por isso que a decisão (por equidade) no caso é “uma espécie de justiça”, diz ARISTÓTELES (1973), consistente em aplicar, nos casos de indeterminação da lei, aquilo que o legislador faria se estivesse no lugar do julgador.⁶

A diferença entre exceção e determinação de sentido fica clara ao se analisarem, exemplificativamente, dois casos em relação à mesma regra. Desenvolvendo o exemplo de Hart⁷ da proibição da circulação de veículos no parque, pode-se constatar que há uma diferença entre o caso de uma ambulância que entra no parque para socorrer alguém e as pessoas que todos os dias circulam ali de bicicleta (ou crianças com carrinhos elétricos de brinquedo). Enquanto o caso da ambulância é claramente uma exceção (e, portanto, espera-se que esteja fora da normalidade), o caso das pessoas circulando de bicicleta não é um caso excepcional, não apresenta nenhuma contingência ou particularidade especial que leve à suspensão daquela regra. É apenas um esclarecimento da semântica da regra, pode-se dizer que esse caso está excluído semanticamente da regra: bicicletas, diante da presente regra, não podem jamais ser tipificadas como veículos. Por outro lado, ambulância deve ser tipificada como um veículo e assim que as condições voltarem à normalidade, e ela se tornar desnecessária, deve sair do parque. Enquanto as exceções dependem de uma *anormalidade*, ou seja, dependem de que as condições de normalidade que sustentam a norma não se apresentem em determinado caso, a compreensão da semântica das regras é geral em toda a interpretação jurídica. É a tentativa de estabelecer uma unidade de sentido ao texto da lei. “Simultaneamente toda interpretação pressupõe um sentido: ao buscar um sentido, pressupõe que ele exista”.⁸

lógicas. A primeira classificação pareceu mais adequada à exposição inicial do tema, embora a tese aqui proposta seja mais bem desenvolvida a partir da segunda classificação.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. P. 54-55.

⁷ HART, Herbert. O conceito de Direito. P. 165.

⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. P.59.

A exceção é interna à regra, enquanto a compreensão semântica é condição da regra. Enquanto a exceção suspende a regra, a compreensão semântica pode dizer que o caso não é o da regra ou, ao contrário, pode incluir novos casos na regra. A regra que proíbe a entrada de cães na estação de trem é restringida semanticamente no caso do cão guia, o cego pode entrar com seu *instrumento de visão* (como deve ser tipificado o cão guia). Porém, ninguém poderia entrar com um urso dizendo que não é um cão, pois pragmaticamente proíbem-se cães querendo-se designar animais que possam perturbar o ambiente, a regra foi redigida como cães porque o administrador da estação nunca pensou que alguém pudesse aparecer com um urso ou um tigre - os quais, nesse caso, podem ser tipificados como “cães”.

Diante dessa diferenciação, o caso do anel não é um caso de exceção é um caso de esclarecimento semântico da palavra *sideros*. Em grego *sideros* tem dois significados possíveis: arma ou ferro. A preocupação de Aristóteles é quanto ao problema da homonímia e não, especificamente nesse caso, quanto ao problema das exceções. *Sideros* ser compreendido como arma ou como ferro é um problema análogo à *clave* ser lida como osso da clavícula ou chave – ou, em português, confundir banco de praça com uma instituição financeira. Aristóteles vê uma necessidade de refutação à teoria jurídica ensinada pelos sofistas. Esse problema é claro nas Refutações Sofísticas.⁹ Nesta obra, Aristóteles desenvolve diretamente o problema da homonímia ao fazer uma refutação aos falsos argumentos dos sofistas, os quais se utilizam, principalmente, de homonímias para apresentar proposições e refutações. Os falsos argumentos se dão principalmente por nomes falsos, denuncia Aristóteles – como, por exemplo, utilizar-se *sideros* concebido como ferro, quando o sentido pretendido é o de arma feita de ferro. O anel de ferro não é um caso excepcional, mas é um problema linguístico. Não foge à normalidade, mas a esclarece. Não é necessário que aconteça faticamente uma situação especial não prevista pelo legislador, mas, em qualquer aplicação da regra, se deve enfrentar o problema da determinação de sentido dos fatos diante dos conceitos gerais estabelecidos na regra (roubo, sacrilégio, adultério, etc.). Isso fica claro no próprio texto de Aristóteles:

Mas como muitas vezes o acusado reconhece haver praticado uma ação, mas não está de acordo com a qualificação da mesma ou com o delito que essa qualificação implica – confessa, por exemplo: que tomou algo, mas não o roubou; que feriu primeiro, mas não ultrajou; que teve relações com uma mulher, mas não

⁹ Soph. Elenc., 1, 165a.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

cometeu adultério; que roubou, mas não cometeu sacrilégio (porque o objeto roubado não pertencia a um deus); que cultivou terra alheia, mas não do domínio público; que conversou com o inimigo, mas não cometeu traição –, por essa razão seria necessário dar definições dessas coisas, do roubo, do ultraje, do adultério, a fim de que, se quisermos mostrar que o delito existe ou não existe, possamos trazer à luz o direito.¹⁰

Se ainda permanece alguma dúvida se essa divisão entre exceções e determinação de sentido da regra, ou se a análise desse exemplo é suficiente para dizer que o âmbito de aplicação da *epieikeia* é maior do que aquele das exceções, outros exemplos do Aristóteles confirmam essa amplitude do conceito.

Na Constituição dos Atenienses, Aristóteles diz que havia uma grande obscuridade na legislação de sucessões de Sólon, a lei que determinava a quem cabia a herança não tinha uma redação simples e invariavelmente acabava em discussões nos tribunais.¹¹ Essa redação complexa se dava provavelmente porque a homens e mulheres, assim como a filhos bastardos ou legítimos e a outros graus de parentesco, cabiam direitos sucessórios distintos. A lei ainda possibilitava o testamento em alguns casos e outros não, e as disposições do testador poderiam ainda ser contestadas em inúmeros deles, como, por exemplo, o de que o seu autor estivesse sob o efeito de feitiçaria.¹² Aristóteles diz que muitos interpretavam que Sólon havia redigido assim, pois, diante disso, os casos não seriam definidos propriamente pela lei, mas pelo povo atuando como jurado nos tribunais (ou seja, através de decretos e não pelo próprio *nómos*). Porém, o filósofo refuta essa interpretação dizendo que o problema decorre da legislação ser dita em termos gerais. Ou seja, o problema da generalidade (que é o mesmo problema cuja solução deve ser dada pela *epieikeia*), segundo Aristóteles, leva ao problema da obscuridade. Esse problema diz ele na C.A. deve ser interpretada à luz da realidade como um todo. Apesar de não ter, até então, dado nome ao conceito, ele já estava presente em sua teoria: a obscuridade de uma lei geral deve ser interpretada diante dos casos concretos e não da letra da lei. A realidade (a “natureza das coisas”) lança luz à letra da lei e com base nela há condições de entender como e quando aplicar a regra. A obscuridade diferencia-se da exceção e aproxima-se do problema semântico antes referido.¹³

¹⁰ Ret. I, 1374a.

¹¹ C.A. IX, 1 e 2.

¹² PIREZ, Francisco Murari. Tradução, introdução e Comentários à Constituição dos Atenienses. P. 163.

¹³ Citou-se acima que na, Ret. I, 15, 1375b, Aristóteles estabelece outras funções à *epieikeia* que não se impõe apenas em casos excepcionais: a) a lei é contrária a outra já aprovada; b) a uma lei apresenta contradição interna; c) se a lei é ambígua; d) se perdeu sua razão de ser.

Outro ponto importante é observar que Aristóteles, como antes referido, diz que ao juiz cabe a análise do passado se um fato ocorreu ou não. Mas, na interpretação, o juiz também deve pensar naquilo que o legislador faria se estivesse ali, ou seja, analisar os critérios pelos quais o legislador estabeleceu a regra (interpretação finalística).¹⁴ Essa forma de compreender a lei representa uma necessidade de unidade de sentido estabelecida através de seus fins.

Diante do desenvolvido, constata-se que a *epieikeia* tem ampla função de interpretação entre a regra e o seu âmbito de aplicação. Assim, ela supre as faltas da lei (porque os casos são muito amplos), mas também os excessos da lei (porque a linguagem é muito ampla). Inúmeros casos cabem nessa moldura, como os de exceção, os problemas semânticos, as obscuridades, etc. O que esses diferentes aspectos compartilham entre si é que a *epieikeia* opera em todos os casos jurídicos como aproximação entre o universal e o particular.

¹⁴ EN, V, 10, 1137b.

Referências

ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

ARISTÓTELES. *Refutações sofisticas*.

ARISTÓTELES. *Retórica*.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de informação legislativa*, v. 40, n. 160, p. 49-64, out./dez. 2003.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

PIRES, Francisco Murari. *Tradução, introdução e Comentários à Constituição dos Atenienses*. Imprensa: São Paulo, Hucitec, 1995.

CULTURA, JURISDIÇÃO E VERDADE: a cultura como substrato material de pré-compreensão das decisões judiciais, permitindo o acontecer de uma verdade contextualizada

Carlos Alberto Simões de Tomaz*
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**

Sumário: Introdução. 1 A experiência jurídica como experiência cultural. 2 Os componentes cultural e político como fatores de hermenêutica jurídica. 3 A experiência jurídica nos trilhos de uma verdade contextual. 4 Uma última questão à guisa de conclusão. Referências.

Introdução

Nos dias presentes, a literatura jurídica e jornalística não poupam críticas à racionalidade das decisões judiciais que, não raro, não conseguem desvelar o direito das pessoas numa comunidade de princípios. Uma vertente para o exame dessa questão é o caminho sugerido pela hermenêutica filosófica para investigar como a linguagem propicia o desvelamento do direito, no momento da *applicatio*, permitindo o acontecer da verdade a partir de uma situação hermenêutica certa e determinada, que deve se apresentar totalmente vinculada à consciência dos efeitos da história, à cotidianidade, enfim, à temporalidade e à especialidade.

É sob tal circunstância que sustentamos a existência de uma *verdade contextual*, que apenas pode ser evidenciada se a experiência jurídica for considerada, a partir de e como, uma experiência cultural que evidencie o repositório sócio-econômico-cultural de uma comunidade quando exponha as “cristalizações culturais subjacentes” que conformam o acontecer da verdade. Em outras palavras, aferir esse contexto para proporcionar a descoberta dos entes intramundanos, coloca o Direito nos

* Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor e Coordenador do PPGD da Universidade de Itaúna/MG (Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais). Magistrado.

** Mestre e Doutor em Direito do Estado, respectivamente em Direito Tributário e Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos Cursos de Mestrado e bacharelado em Direito na UNINOVE. Advogado no Brasil e em Portugal.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

trilhos de uma experiência cultural e autoriza a consideração de, repita-se, uma *verdade contextual*.

Assim estão postos, de conseguinte, o objetivo e as justificativas deste estudo, quais sejam, a investigação hermenêutico-filosófica do Direito enquanto um fenômeno de linguagem e, como tal, cultural, para des-cortiná-lo, espera-se, como uma verdade fruto do contexto social de que é impregnado e ao qual é aplicado para solução dos conflitos.

A conclusão alvitrada, desse modo, aposta, na conformidade do exposto, numa *verdade contextual* para alavancar a experiência jurídica, de sorte a galgar a almejada legitimidade social pela identidade cultural verificada, com a consequente efetividade do direito aplicado para solução dos conflitos *sub examine*.

Em relação ao aspecto metodológico, centrou-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa teórica que envolve temas de Direito Público e de Hermenêutica Jurídica, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise calcada na aplicação de institutos específicos, mas que se inter-relacionam de modo a alcançar um objetivo comum, qual seja, a criação de uma *verdade contextual* jurisdicional, ao se considerar o Direito como um fenômeno de linguagem e, por isso, cultural, cujo momento de aplicação, para solução de conflitos, pressupõe uma interpretação que o verifique imiscuído na conjuntura social, legitimando-o e, assim, conferindo-lhe efetividade, concretude.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar as etapas de uma interpretação que não reste alijada do componente socio-cultural, *in casu*, preponderantemente a partir de uma pesquisa bibliográfica. O método crítico-dedutivo, a seu turno, permite estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema da interpretação e jurisdição para obtenção do direito como fruto de uma verdade revigorada pela conjuntura social e cultural.

1 A experiência jurídica como experiência cultural¹

A linguagem, enquanto um fenômeno cultural, adquire suma relevância quando relacionada tanto com o Direito positivo como com a Dogmática jurídica. Esta se materializa numa linguagem que toma por foco a própria em que se verte aquele². A linguagem do Direito positivo é,

¹ Parte das ideias constantes deste tópico se verificam antes tratadas em TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto*. São Paulo: Baraúna, 2ª ed., 2016.

² Tomada com relação ao direito positivo, a *Ciência do Direito é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível. Está acima da linguagem do direito positivo, pois discorre sobre ela*,

por correlação, havida como linguagem-objeto, de cunho prescritivo de condutas intersubjetivas.

O Direito positivo forma um plano de linguagem de índole **prescritiva**, ao tempo em que a Ciência do Direito, que o relata, compõe-se de uma camada de linguagem fundamentalmente **descritiva**, hoje considerada, inclusive, como um instrumento jurisdicional vocacionado para a decidibilidade de conflitos.

Estabelecidos estes níveis, relacionados por uma **função metalinguística**, cumpre, ainda, ao intérprete que tomar a linguagem de sobrenível como instrumento de análise, segundo uma concepção empirista contemporânea, distingui-los por intermédio da construção de um outro nível, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes, inclusive socioculturais, e estruturas da linguagem que se está analisando.

Efetivamente, se o Direito é uma ciência cultural, a decisão judicial há de ser construída em um contexto sócio-político-econômico, enfim, também cultural, o que decorre da constatação de que o Estado constitucional se erige, precisa e depende de uma infraestrutura sociocultural.

Com efeito, a concepção do Estado, já há muito ensinava Heller, não pode se dar a partir de uma compreensão sobre-humana e nem infra-humana, tendo que ser precisamente humana, pois, registrava ele, “...só para a compreensão humana “significam” alguma coisa essas formas psicofísicas da realidade que se chamam Estado ou cultura”³.

A cultura, nesse diapasão, vem a ser concebida como a atribuição de sentidos aos objetos (a inserção de fins humanos na natureza), malgrado Heller já alertasse que o próprio homem – e não apenas o meio circundante – se torna fragmento da cultura, transformando-se incessantemente, enquanto ser social. Significa dizer, portanto, que “a cultura não é, pois, de modo algum, uma criação da realidade, condicionada unicamente pelo poder do espírito humano, mas uma conformação da realidade sujeita às leis psíquicas e físicas do homem e do seu material. Devendo acrescentar-se que o conhecimento destas leis pelo homem, a maneira como são utilizadas, em suma, a sua ação social e a sua significação cultural, é algo que muda também com a história”⁴.

Essa significação da cultura como “mundo histórico-social”, a partir de onde se processa a compreensão – pois, “...para quem não quer com-

transmitindo notícias de suas compostura como sistema empírico (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo : Saraiva, 6ª ed., 1993, p. 3).

³ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p.58.

⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p.56.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

preender não existe a cultura”⁵ –, conduziu Heller a entender a Teoria do Estado como ciência cultural.

No mesmo caminho, palmilhou Radbruch quando proclamava que a cultura não é de modo algum um valor puro, “...é uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam quer não a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma idéia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar.”⁶, para compreender, a partir daí, a Ciência do Direito como ciência cultural, porque “...o direito é um facto ou fenómeno cultural, isto é, um facto referido a valores”⁷.

Häberle⁸ ressalta que o clima de todo o debate acerca da cultura teve reflexo nos trabalhos científicos de muitos outros autores, entre eles, Heidegger. Constitui-se elemento decisivo para o entendimento do pensamento de Gadamer, a guisa de alavancar a experiência jurídica como experiência hermenêutica, a partir de uma situação interpretativa limitada pela consciência dos fatos históricos, que impõe atenção à cotidianidade, e que se refere ao modo de existência em que a presença se mantém, como “vive o seu dia”, ressalta Heidegger, o qual insiste que a cotidianidade não significa a soma de todos os dias, mas o modo de existência que domina a presença, que lançada *enquanto ser-no-mundo* existe *a partir da herança* que ela, enquanto lançada, *assume*.⁹

A seu turno, Gadamer esclarece a divergência básica havida entre o ponto de partida heideggeriano e o seu próprio quanto à hermenêutica:

Heidegger somente entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós, pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão¹⁰.

⁵ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 58.

⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 41 – 42.

⁷ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 45.

⁸ HÄRBELE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 67.

⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 173 e 189, *passim*.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. MEURER, Flávio Paulo (Trad.). Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 400

Assim, não obstante a divergência dos enfoques hermenêuticos heideggeriano e gadameriano, é inconteste que os textos jurídicos carregam – ou pelo menos devem carregar – o peso da infraestrutura (ou pré-estrutura) de uma compreensão valorada culturalmente; possuem e cobram seu próprio peso valorativo, o qual deve ser aferido contextualmente.

É exatamente por isso que Häberle concebe a interpretação, longe de se constituir um processo de passiva subsunção, como um processo aberto. Aberto porque enseja uma vinculação à contextualidade¹¹, e não apenas ao texto, e porquanto, igualmente, enseja a ampliação do elenco dos intérpretes que, em sentido amplo, colocaria todos aqueles que de alguma forma participassem da *praxis* numa sociedade aberta (e não apenas os intérpretes oficiais do texto)¹².

Com supedâneo em tais acertadas ideias a respeito da interpretação do texto normativo (linguagem objeto) produzida pela Ciência do Direito e pelos Tribunais (metalinguagem ou linguagem de sobrenível), bem como quanto às características específicas que as normas constitucionais possuem e que ditam influência à sua exegese, tem-se que a interpretação constitucional, *mutatis mutandis*, vai além do critério meramente sistêmico autopoiético do fechamento sintático, cingindo-se, porém, à fronteira jurídico-positiva da abertura semântica e pragmática. Nesse sentido:

[...] toda a interpretação jurídica que deixar de ser, a um só tempo, aberta e sistemática será simples simulacro de exegese, manifestamente sem conexão com a realidade do Direito vivo, que se deve entender, “transdogmaticamente”, assumindo a postura de ir além (tanto na doutrina como na aplicação) no rumo dos princípios jurídicos, a cada passo mais eminentes e sempre determináveis pelo aplicador, cuja formação axiológica se faz decisiva, em todos os aspectos¹³.

¹¹ El Estado constitucional es forma agregada específica de lo cultural, pero al modo jurídico. Los textos y contextos que constituyen el Estado constitucional y que han servido históricamente de plataforma para cuanto éste hoy representa y es, también para lo que puede ser e incluso para lo que puede acabar siendo... (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trota, 1998, p. 71).

¹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 30 – 31.

¹³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2004, p. 308.

2 Os componentes cultural e político como fatores de hermenêutica jurídica¹⁴

No sentido de tais lições, é que, nos idos da década de 80, percebendo a necessidade em comento, Luís Alberto Warat lançou uma semiologia, por si denominada política, como capaz de captar não apenas o conhecimento social do processo significativo, mas que não se olvidasse dos reflexos políticos da própria significação. Segundo seu entender:

[...] a semiologia política pretende situar a produção discursiva na produção social geral. Na semiologia tradicional, perduram os marcos de um certo positivismo lingüístico, com os quais se pretende deduzir a eficácia persuasiva dos discursos, através de uma análise autônoma (puramente lingüística), que não analisa o valor político do discurso e não tematiza a articulação do nível discursivo com o conjunto da formação social. (...) A semiologia política, pelas razões expostas, rejeita a idéia de que os discursos nos podem proporcionar a chave de sua própria inteligibilidade. O equacionamento interno do discurso, sua lógica interna, não bastam, na atualidade, para possibilitar uma semiologia como estratégia metodológica das teorias sociais. (...) A semiologia política não é uma subteoria dependente de algum destes campos. É um espaço disciplinar deslocado (contradiscursivamente) da semiologia oficial, para fornecer, a partir de um novo ponto de vista teórico, um modo diferente de compreensão e diagnóstico dos fenômenos políticos da significação na sociedade. (...) O dever teórico da semiologia política exige a constituição de categorias próprias, que levem em consideração os aspectos político-ideológicos da comunicação.¹⁵

A interpretação dos textos jurídicos, assim, deve respeitar os limites que eles próprios impõem ao intérprete para extração do sentido da norma jurídica, ou seja, deve se dar segundo seus lindes, os quais, em matéria constitucional, decorrem em função da segurança jurídica, publicidade, clareza de sentido e consonância à ordem jurídica, segundo as possibilidades lógicas de compreensão que eles (textos jurídicos) oferecem¹⁶.

¹⁴ Parte das ideias constantes deste tópico (e do anterior) se verificam antes tratadas em CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. “Breves considerações em torno da interpretação constitucional das normas de competência tributária (atributivas e desonerativas)”. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 11, nº57, setembro/outubro de 2009, p. 157-171; e TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto*. São Paulo: Baraúna, 2ª ed., 2016.

¹⁵ WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. ROCHA, Leonel Severo (Colaborador). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2ª versão, 2ª edição aumentada, 1995, p. 100-102.

¹⁶ Sobre os limites interpretativos, vide: ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1ª edição, 2ª tiragem, 2000, p. XXII; SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. “Interpretação do parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal de 1988 e a perspectiva

Cumpra, por isso, salientar que a interpretação jurídica, em si, deve levar em consideração o viés axiológico-social, de sorte a se apresentar como apta à solução para os conflitos sobre os quais versa, mediante a concomitância das suas cinco técnicas (literal, lógica, sistemática, histórica, sociológica ou teleológica), as quais, em verdade, se configuram como operações distintas de atuação conjunta em busca do sentido e alcance da norma e, para obtenção da exequibilidade¹⁷. Sobre os métodos de interpretação da norma jurídica, Bernardo Ribeiro de Moraes esclarece:

A interpretação da norma jurídica não se faz com um único método isolado. Sem dúvida, o intérprete não pode aceitar a hipertrofia de um determinado método ou processo hermenêutico, com repúdio dos demais. Para a interpretação da norma jurídica o intérprete poderá valer-se de qualquer método que lhe ofereça convicção. Luiz Recaséns Siches chega a propugnar pelo **método da lógica do razoável**, em que chega ao campo do “razoável”, ao campo do “humano” ou da “razão vital e histórica”. Assim, a interpretação não tem, necessariamente, que conduzir a uma decisão única como correta, mas possivelmente a várias decisões, **que são todas do mesmo valor**, enquanto apenas se ajustam à norma a ser aplicada¹⁸

Nesse diapasão e partir de entendimento que contém em seu bojo as lições acima trazidas, Willis Santiago Guerra Filho elucida a existência, com supedâneo na doutrina de Friedrich Müller especificamente para a hermenêutica constitucional, de cânones a serem seguidos, quais sejam, da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade (também dito da eficiência ou da interpretação efetiva), da força normativa da Constituição, da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização¹⁹

de surgimento de nova concepção de Estado”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 717, p. 78; MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 205, 208-209 e 212; e PASQUALINI, Alexandre. “Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: TOLEDO, Plínio Fernandes *et alii*. *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. ABREU, Carlos Eduardo de; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2005, p. 169-173.

¹⁷ Vide, a respeito: DINIZ, Maria Helena. “Interpretação literal: uma leitura dos leigos”. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXII, nº 67, agosto de 2002, p. 94-95.

¹⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro de. “A imunidade tributária e seus novos aspectos”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alii*. *Imunidades tributárias*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo : co-edição Centro de Extensão Universitária e Revista dos Tribunais, 1998, item “25”, p. 129.

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”. In: TOLEDO, Plínio Fernandes *et alii*. *Hermenêutica plural*:

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Alf Ross, ao versar o sistema jurídico (tal qual tratado por Gregorio Robles, enquanto reflexo e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico²⁰), afirma, com razão, que a interpretação da Ciência do Direito que expõe, repousa no postulado de que o princípio de verificação deve aplicar-se também ao campo do conhecimento empírico, ou seja, que a Ciência do Direito deve ser reconhecida como uma ciência social empírica²¹.

Conclui que as asserções doutrinárias referentes ao direito vigente são, de acordo com seu conteúdo real, uma previsão de acontecimentos sociais futuros, fundamentalmente indeterminados e a respeito dos quais não é possível se formular previsões isentas de ambiguidade, observando que toda previsão é, ao mesmo tempo, um fator real que pode influir sobre o curso dos acontecimentos e é, nessa medida, um ato político, a implicar, em consequência, que a Ciência do Direito não pode ser separada da política jurídica²².

Significa dizer, nessa linha, que a Constituição deve ser entendida para além do texto, “en un entorno de requisitos de comprensión y pre-comprensión que tan solo se puede reconocer em toda su envergadura si se contempla desde la perspectiva de la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”²³. É sob o manto desse especial aspecto de nossa compreensão (de se encontrar vinculada a uma pré-compreensão) que o conceito de cultura²⁴ se apresenta imbricado ao Direito quando se completa com as ideias cotidianas de fatos e definições sociológicos e antropológicos, que são aferidas recorrendo-se a aspectos ligados à tradição, mas também à transformação e à diversidade.

Esses aspectos, que compõem a definição de cultura, são assim sintetizados por Häberle:

possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. ABREU, Carlos Eduardo de; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 2005, p. 401-405.

²⁰ ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. ALVES, Roberto Barbosa (Trad.). São Paulo: Manole, 1ª ed., 2005, p. 7-9.

²¹ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires: EUDEBA, vol. I, 3ª ed., 1974, p. 39.

²² ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires: EUDEBA, vol. I, 3ª ed., 1974, p. 48.

²³ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.23.

²⁴ “Según una hoy ya clásica definición de E.B. TYLOR, se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada.” (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 24).

1) <<cultura>> es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) <<cultura>> es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) <<cultura>> no es siempre sinónimo de <<cultura>>, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura)²⁵.

A partir daí, Häberle se mostra convencido da necessidade de se recorrer a esses parâmetros para resolver, sem problemas, a operatividade da Constituição. Nas suas palavras:

Aqui lo realmente relevante es comprender que toda cultura existente en un determinado grupo siempre ostentará de una forma más o menos destacada cada uno de los suso dichos aspectos. Sólo mediante esta manera de comprender el <<concepto de cultura>> de forma tan diferenciada y disciplinada, que distingue entre los polos variables y los múltiples niveles existentes en función de cada uno de sus respectivos contextos jurídicos, se logrará cumplir con la << tarea >> propia del jurista y de la Ciencia jurídica, a saber, la de limitarse a crear mediante su correspondiente sistema normativo (que aquí por otra parte es uno de los componentes culturales), un marco coherente en donde pueda desarrollarse la cultura del respectivo grupo político. La cultura así entendida en un sentido mucho más amplio forma el *contexto de todo texto legal* y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional.²⁶ (os destaques são nossos).

Assim, o texto constitucional deixa de ser apenas um texto jurídico, que interessa apenas aos juristas, para ser compreendido como expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural de um certo grupo político, um meio de autorrepresentação própria de todo o povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos, uma Constituição de *letra viva*.²⁷

Entendendo por “letra viva” aquela cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, prossegue Häberle que, inteiramente convencido de que o aspecto jurídico (o texto) representa apenas uma dimensão da Constituição como cultura, registra que ele (o texto) não se

²⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.26.

²⁶ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.26.

²⁷ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.39.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

constitui garantia de realização do Estado constitucional²⁸, pelo que insiste que os textos constitucionais necessitam ser literalmente “cultivados”²⁹ para que desvelem a autêntica Constituição, o que ocorre quando seus intérpretes:

[...] *codeciden* las cuestiones materiales o de fondo subyacentes a los textos jurídicos y a sus respectivos contextos siempre en su más profundo sentido, asumiendo y llevando así a la práctica los propios procesos del desarrollo constitucional, actualizar los elementos, factores, momentos y objetos realmente efectivos...³⁰.

A consciência de que o Direito é fator de expressão cultural e político assume papel decisivo no processo jurídico decisório. A todo instante os juristas são chamados a assumir e pôr em relevo as “cristalizações culturais subjacentes” que consubstanciam o repositório de configurações culturais, experiências, viveres, saberes, enfim, as raízes, o *ethos* pessoal e coletivo e sua íntima imbricação com as estruturas políticas, sociais e econômicas.

Por isso, Alf Ross explica que as teorias em voga sobre a interpretação têm um conteúdo normativo, ou seja, na medida em que estão fundadas em considerações práticas de vantagens e desvantagens sociais apreciadas em relação a certos valores pressupostos, equivalem a sugestões de política jurídica dirigidas ao juiz³¹.

E é nessa contextura que é alavancada a pré-compreensão que se vê limitada no tempo e no espaço por esse fundo material que compõe o contexto cultural subjacente a toda Constituição. Daí porque Häberle se mostra convencido de que os intérpretes da Constituição não podem desconsiderar as especificidades culturais que podem tingir ou colorir de maneira diferente o mesmo texto, do mesmo modo que toda modificação ou transformação cultural termina também por tingir a própria interpreta-

²⁸ Essa constatação tem sido plenamente mostrada quando se depara com respostas para as seguintes questões: Existe realmente consenso no nível da Constituição? Existe realmente equivalência entre o texto escrito da constituição e a cultura política do respectivo povo? Os artigos da Constituição especificamente identificados com a cultura gozam efetivamente de eficácia a ponto de permitir que o cidadão se sinta identificado com ela? (cfe. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 35).

²⁹ Häberle informa que o étimo, como substantivo, “cultura” procede do verbo latino *cultivare* (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 35).

³⁰ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.39.

³¹ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires : EUDEBA, vol. I, 3ª ed., 1974, p. 131.

ção constitucional, de tal sorte que o desenvolvimento constitucional depende, com mais intensidade, das “cristalizações culturais” do que da própria hermenêutica constitucional³².

As *cristalizações culturais* tornam-se evidentes e relevantes quando se considera o debate em torno de interesses de uma variada gama de partícipes do processo cultural, como partidos políticos, sindicatos, associações religiosas, culturais, científicas etc., voltado para a salvaguarda de conteúdos materiais que revelam um complexo processo plural para os vincular aos elementos texto-estruturais da Constituição.

Esse processo vetoriza e coloca em dependência os elementos texto-estruturais e o contexto-cultural ensejando o desenvolvimento, a interpretação e a própria modificação da Constituição. Nesse processo, Häberle evidencia a atuação da Ciência Jurídica, especialmente a Teoria da Constituição que, “en sua calidad de asesora mediante sugerencias y propuestas de mejora y de desarrollo constitucional, constituyéndose así en uno de los elementos culturales esenciales”³³, apresenta-se, como ciência cultural e também integracionista na medida em que “integra los distintos elementos filosóficos-sociales con los científicos-normativos”³⁴, não raro tão dicotomizados na experiência constitucional.

E por isso Häberle preconiza que a Constituição não se reduz a um mero ordenamento jurídico susceptível apenas de ser corretamente interpretado pelos juristas, mas que se constitui em um fio condutor para uso de todo cidadão leigo, o que somente poderá acontecer se (a Constituição) puder ser compreendida como:

[...] expresión viva de un *status quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a si mismo a través de su propia cultura; Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza³⁵.

³² HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.45-47, *passim*.

³³ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.51.

³⁴ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.72.

³⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p.145.

3 A experiência jurídica nos trilhos de uma verdade contextual³⁶

É, sem dúvida, no âmbito da experiência democrática erigida no espaço de uma Constituição aberta e sob a consciência da diversidade cultural, portanto contextual, que se viabiliza o rechaço a qualquer pretensão fundamentalista de verdade universal do tipo “isto é porque é”. Atento a isso Häberle registra:

O *protótipo* do Estado constitucional, ou respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antagônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer *couleur* e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim ele se caracteriza exatamente pelo fato de *não* estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade. Ele se fundamenta sobre <<verdades>> provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as <<decreta>>.³⁷

Se pretendemos uma resposta correta para o Direito, as condições culturais da verdade devem inequivocamente ser consideradas. Elas revelam o *lucus* onde a verdade deve ser construída e projetam-se, segundo Häberle³⁸, sobre dois aspectos. O primeiro, material, que evoca a herança cultural da humanidade e que, assegurando conteúdo às liberdades de manifestação (religião [crença], arte e ciência), cria razão ou razões para a condição humana dos indivíduos. O segundo, de natureza formal, revela, tal qual o primeiro, a importância do espaço democrático criado pelo Estado constitucional, e apresenta-se para garantia dos direitos fundamentais, assegurando, dessa forma, uma relação mais próxima com aquelas liberdades de manifestação, exprimindo, desde aí, o sentido da Constituição como cultura³⁹; aliás, este aspecto formal vai mais além, de modo a

³⁶ Parte das ideias constantes deste tópico (e do anterior) se verificam antes tratadas em TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto*. São Paulo: Baraúna, 2ª ed., 2016.

³⁷ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 105.

³⁸ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 111.

³⁹ Para Häberle, “Os perímetros de proteção dos direitos fundamentais (...) são praticamente estágios preliminares, condições pré-necessárias, <<âtrios>> para as <<cristalizações culturais>> e objetificações da religião, da arte e da ciência (assim, em suma, toda nova corrente artística revolucionária procura definir a verdade novamente).” (HÄBERLE, Peter. *Os Proble-*

garantir que o Estado não seja uma verdade evidentemente pré-constituída ou domine todas as formas de conhecimento, de concepção de vida, enrijecendo a verdade como se se pudesse buscá-la num espaço originário da natureza ou num espaço sem cultura. São as chamadas cláusulas de pluralismo constituidoras da vida política, social e econômica, registra, ainda naquele contexto, Häberle⁴⁰.

A herança cultural da humanidade vai servir de blindagem ao acontecer da verdade. Mesmo considerando-se como inerente ao Estado de Direito Democrático, o princípio do pluralismo, o princípio da tolerância ou o princípio da diversidade, a verdade histórica não é, todavia, questão de opinião. Não se pode dizer que o holocausto ou a escravidão não existiram. Mas é preciso se ter em mente que os fatos históricos, do mesmo modo que os textos jurídicos, apresentam-se carregados de sentido.

E perguntar pelo sentido, a fim de perquirir a justificação de uma resposta, é se posicionar em direção à cultura, em direção à liberdade de cultura e à cultura da liberdade que exigem, a todo modo, atenção a limites (con)textuais na atuação do intérprete, como os vazados na garantia dos direitos fundamentais⁴¹ e na observância das cláusulas de pluralismo que impõem vedação de retrocessos, expurgação de excessos ou garantia de mínimo existencial assegurando suficiente e adequada proteção a bens jurídicos.

Enfim, é preciso ter redobrada atenção à propagada circunstância, lembrada por Häberle, de que “a maioria não é prova de direito”, o que conclama um confronto entre maioria e verdade apontando para que “a obrigatoriedade normativa é causada pela maioria e não pela verdade”, o que, prossegue ele, “ignora a aplicação diferenciada do princípio da maioria no Estado constitucional nos diferentes âmbitos da vida humana como, por exemplo, através da proteção especial às minorias e do consenso fundamental proporcionado pelos direitos fundamentais”⁴².

Nessa linha de raciocínio, para o Estado Democrático de Direito a verdade é um valor cultural. Häberle está convencido de que isso não implica um relativismo universal:

mas da Verdade no Estado Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 111).

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 111.

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 126.

⁴² HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 114.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

[...] pois a dignidade da pessoa humana, compreendida como uma <<premissa cultural antropológica>> do Estado constitucional, e a democracia liberal, interpretada como a sua <<consequência organizatória>>, têm valores fundamentais por base se as colocamos apenas no plano teórico-consensual de construções recíprocas...⁴³

Esses valores fundamentais constituem toda uma principiologia da dignidade constituidora de limites contra o autoritarismo (o Estado totalitário) e garantidora da continuidade da democracia que irradia efeitos vinculantes até mesmo ao legislador constituinte, como acertadamente admite Häberle⁴⁴, e, portanto, reveladora da conformação que deve haver entre a Constituição, o tempo e os direitos, e que deveria servir de pano de fundo para o exame de questões controvertidas, mas que em defesa de outros níveis de argumentação, tem sido relevada tanto pelo constituinte derivado como pela jurisprudência⁴⁵.

Ser é tempo, lembra sempre Heidegger⁴⁶. A conformação dos direitos das pessoas com o Direito deve projetar-se num certo tempo onde os conteúdos da Constituição que apontam para ideais, objetivos, direções,

⁴³ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 106.

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 106-107, *passim*.

⁴⁵ Efetivamente, um rápido exame das emendas à Constituição brasileira revela, em sua maioria, que estão voltadas para suprimir direitos, sejam assegurados pelo texto originário, sejam aqueles que integram o patrimônio sócio-histórico-cultural dos indivíduos e constituem, no dizer de Häberle, a “premissa cultural-antropológica” que imprime conteúdo material à dignidade da pessoa humana. Um bom exemplo disso pode ser verificado no angustiante problema da tributação dos proventos dos servidores inativos. A sinalização da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da tributação, ensejou, de plano, a atuação do constituinte derivado para estabelecer o caráter atuarial do regime previdenciário dos servidores, com inclusão dos inativos, o que, de sua parte, propiciou o redirecionamento da racionalidade no âmbito do STF, para assegurar, inclusive, a tributação daqueles que já haviam se aposentado antes da edição da emenda constitucional, sob o argumento de que não prospera a invocação de direito adquirido em face da Constituição. E para os servidores ativos, preponderou, entre outros níveis de racionalidade, o apelo ao princípio da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (ADI 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso Mello e ADI 3.105-8/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, disponíveis em www.stf.jus.br) quando está em causa a supressão ou modificação de direitos tradicionalmente incorporados ao patrimônio histórico-cultural. A decisão da Suprema Corte palmilha o caminho de que há causa justa para a tributação dos servidores aposentados a fim de garantir o equilíbrio atuarial do regime previdenciário dos servidores, num apelo ao princípio da reserva do possível, quando não se poderia exigir do Estado o impossível, ou seja, custear as aposentadorias num sistema atuarial sem a devida contrapartida, sobremodo diante da situação deficitária apresentada pelo regime. Uma vez mais, o perecimento de direitos encontra causa na equação que se pretende impingir à relação *meios-fins*.

⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005.

sentidos, finalidades etc., são passíveis de conformação política a fim de que se introjetem no cotidiano.

Esse processo de conformação política da Constituição viceja com bastante intensidade em Estados democráticos e pluralistas, e requer a compreensão que dentro dela (Constituição) há espaços para se ocupar de diferentes formas, a implicar a atuação dos mais variados atores, não se limitando a mera atividade vinculada à chamada *política constitucional*, à atuação do legislador, dos órgãos do executivo ou do Judiciário, mas abarcando também à dos partidos políticos, das instituições de classe (destaque, na realidade brasileira, para a Ordem dos Advogados do Brasil), das associações diversas, inclusive de natureza não governamental, sem falar da importância da atuação da doutrina no afã de divisar caminhos ao declarado escopo.

Como bem assevera Canotilho, a normatividade é o efeito global da norma, num determinado processo concretizador. Como a norma só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, conclui-se sobre a importância dos agentes do processo de concretização porque são eles que a colocam em contato com a realidade⁴⁷.

É nessa contextura que Carbonell enfrenta o lugar da *política constitucional* chamando a atenção para o fenômeno da *constitucionalização do ordenamento jurídico*, pois, o implemento da política constitucional promove uma estreita relação da Constituição com o resto do ordenamento jurídico e com os sujeitos encarregados de concretizá-los⁴⁸.

Carbonell apoia-se da lição de Guastini, para quem “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário; a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”⁴⁹, e convencido de que a abertura constitucional daí decorrente não enfraquece a força normativa da Constituição, já que “a força do passado não pode ser tal que nos impeça de modificar o texto constitucional conforme as necessidades do presente”⁵⁰, adverte para um falseamento da realidade que adviria:

⁴⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina, 8ª ed., 1995, Cap. 5, parte I, Sub-cap. A, B, C e D, p. 143-173.

⁴⁸ CARBONELL, Miguel. “A Constituição no Tempo: uma reflexão”. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008, p. 50.

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de la Teoria Constitucional*. México, DF: Fontamara, 2003, p. 153.

⁵⁰ CARBONELL, Miguel. “A Constituição no Tempo: uma reflexão”. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008., p. 46.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Se a Constituição for apresentada como uma ruptura entre o passado e o presente, como um divisor de águas fundacional, em que uma geração, partindo do zero, impõe as bases da convivência social (isto é, se se optar por uma ótica revolucionária, muito comumente observada nos discursos constitucionais oficiais na América Latina), ou, então, se a compreenderem como um seguimento das “leis naturais da história”, expressão do costume e do “ser” do “organismo social” (tal qual feito pelos movimentos conservadores do passado, principalmente durante o século XIX)... Um sistema constitucional não é, nem pode ser, na prática, somente revolução ou somente tradição, embora, às vezes, isso seja esquecido pelos defensores de um ou outro ponto de vista.⁵¹

Häberle pondera, todavia, no sentido de que “a imposição jurídica desse limite só poderá vingar quando o Estado constitucional investir na *educação* de seus (jovens) cidadãos e quando ele possuir elementos de uma imagem da pessoa humana, os quais são compatíveis com o postulado da *busca* da verdade no contexto de seus valores básicos”⁵² (destaques do original).

Com efeito, o conhecimento dos múltiplos aspectos da mundividência aparece como um dado relevante para o alcance da verdade. Significa dizer que se queremos respostas corretamente justificadas de nossos juízes, eles devem estar muito bem preparados para tanto.

Não se está, aqui, a defender a clarividência de um juiz Hércules, mas que haja uma preparação razoável e adequada nas faculdades de Direito e escolas da magistratura, o que exige de nós, enquanto cientistas teóricos do Direito, uma séria reflexão quando considerarmos o baixo desempenho da jurisdição diante do dever democrático de fundamentar as decisões. Afinal, os juízes foram, são ou serão nossos alunos.

4 Uma última questão à guisa de conclusão⁵³

A questão que a esta altura impende ser equacionada, para concluir, é a seguinte: a decisão judicial advinda sob o enfoque de uma abertura contextual, na linha do que aqui restou exposto, não restaria carregada de

⁵¹ CARBONELL, Miguel. “A Constituição no Tempo: uma reflexão”. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008., p. 46-47.

⁵² HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 107.

⁵³ Parte das ideias constantes deste tópico (e do anterior) se verificam antes tratadas em TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto*. São Paulo: Baraúna, 2ª ed., 2016.

um enorme subjetivismo? Ou indagando de outro modo: o texto jurídico, como horizonte de sentido, ao ensejar a norma como produto de sua interpretação erigida a partir de uma contextualidade sob o influxo da participação dos mais variados intérpretes, não faria emergir uma carga de relativismo a ponto de por em xeque a interpretação do Direito que, como questiona Streck⁵⁴, não se veria reduzida a um *decisionalismo irracionalista* ou a um *direito alternativo tardio*?

É preciso levar a sério o texto em sua pretensão de verdade. Mas, convém não esquecer, a experiência hermenêutica é experiência da própria historicidade. Assim, o que o texto expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado. “O caráter de linguagem desse vir à palavra é o mesmo que o da experiência humana de mundo como tal.”⁵⁵, e prossegue Gadamer afirmando que “cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence, e deixa aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não-dito, ao qual se refere respondendo e indicando”⁵⁶.

É exatamente aí, nessa experiência de mundo que se dá por meio da linguagem, onde a articulação do *logos* permite que venha à fala o ente e sua verdade. Porém, noutro momento esclarece Gadamer, “a verdade contida no *logos* não é a verdade da mera recepção (*noein*), não consiste simplesmente em deixar o ser aparecer, mas coloca o ser sempre numa determinada perspectiva, reconhecendo e atribuindo-lhe *algo*, o que sustenta a verdade (e é claro também a não-verdade) não é a palavra (*onoma*) mas o *logos*”⁵⁷.

Num Estado de direito democrático, conforme as lições de Canotilho, o trabalho metódico de concretização é um *trabalho normativamente orientado*. Por isso, o jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma; a norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável, não é uma grandeza autônoma, inde-

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição”. In: Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p.132.

⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 589.

⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 591.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 533.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

pendente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização, devendo sempre se reconduzir à norma geral⁵⁸.

Deveras, a atribuição de sentido faz com que as experiências que nós fazemos com a verdade estejam inseridas na nossa tradição, no dizer de Streck⁵⁹, “...na conversação anterior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros”. E, aqueles que sustentam o relativismo da hermenêutica filosófica, o fazem, como sustenta congruentemente Streck com apoio em Grondin⁶⁰, sob o pressuposto de que:

[...] poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex-negativo*: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade.⁶¹

E Streck prossegue assentando que “...numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma”. E continua, de pois, arrematando com absoluta propriedade:

Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas, testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta.⁶²

⁵⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina, 8ª ed., 1995, Cap. 5, parte I, Sub-cap. D, p. 172-173.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição”. In: Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p. 133.

⁶⁰GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 229 e segs,

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição”. In: Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p. 134.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição”. In: Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004, p. 134.

Há, com efeito, uma *verdade contextual* resultante da confrontação do texto com um horizonte humano, que afasta na experiência jurídica a pretensão de univocidade da argumentação matemática. Isso permite, na situação hermenêutica específica, o acontecer da verdade como pretensão de justiça, porquanto, consoante acertadamente lembra Gadamer, “o que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas em si, independentemente da situação que as reclame”⁶³.

Como bem ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o que se chama de *uso competente* depende de uma relação ideológica de poder, o poder de violência simbólica que se manifesta como autoridade, liderança e reputação. Por aí passa a formação do uso competente enquanto manifestação de um arbitrário social. O autor a este ponto lança a pergunta a respeito de como repercute isso para uma fundamentação teórica da hermenêutica jurídica. A resposta é que, aparentemente, no processo interpretativo, tem-se, de um lado, o *texto normativo* e, de outro, a *realidade* (o ato que põe a norma no sistema). O *texto normativo* constitui uma língua, que deve ser interpretada. E a *realidade* nada mais é do que um sistema articulado de símbolos num contexto existencial (como se disse ao refutar a tradução). Ou seja, é preciso que se descreva em linguagem competente o *evento* para que este tome a denotação de um “fato”⁶⁴.

E, conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a asserção será sempre verdadeira quando, num universo lingüístico, o *uso competente* o permitir, isto é, sempre que qualquer um conheça a língua, com os mesmos instrumentos seja levado a usar a língua de determinado modo. A hermenêutica, assim, para realizar o ato interpretativo, guia-se pelos critérios de correção hierárquica, participação consensual e relevância funcional⁶⁵.

Assim, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma precisamente que a possibilidade de usar códigos fortes ou fracos a serviço do poder de violência simbólica confere à hermenêutica uma margem de manobra que explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de inter-

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 52.

⁶⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1994, Cap. 5, item 5.1.5 – “Interpretação jurídica e poder de violência simbólica”.

⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1994, Cap. 5, item 5.1.5 – “Interpretação jurídica e poder de violência simbólica”.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

pretação verdadeira (a que realiza congruentemente o ajustamento entre o poder-autoridade, liderança e reputação na emissão da norma)⁶⁶.

Dessa forma, se o acoplamento linguístico-metodológico dos juristas passar por essa matriz, a decisão judicial, como ato de compreensão existencial, finita e histórica, que se processa por meio da linguagem como condição de possibilidade de manifestação de sentido, encontrar-se-á habilitada para ensejar o acontecer da verdade, no momento da *applicatio*, enquanto uma verdade contextual apta e expor as “cristalizações culturais subjacentes” que vão vincular os conteúdos os mais variados (contexto cultural) aos elementos textos-estruturais como própria a decisão judicial.

⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo : Atlas, 1994, Cap. 5, item 5.1.5 – “Interpretação jurídica e poder de violência simbólica”.

Referências

- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Breves considerações em torno da interpretação constitucional das normas de competência tributária (atributivas e desonerativas). In: *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 11, nº 57, p. 157-171, setembro/outubro de 2009.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma reflexão. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, nº. 12, out./dez. 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. Interpretação literal: uma leitura dos leigos. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXII, nº 67, p. 94-98, agosto de 2002.
- ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. 1ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. MEURER, Flávio Paulo (Trad.). Petrópolis: Editora Vozes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de la Teoria Constitucional*. México: Fontamara, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trota, 1998.
- HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. A imunidade tributária e seus novos aspectos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alii*. *Imunidades tributárias*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). São Paulo: co-edição Centro de Extensão Universitária e Revista dos Tribunais, p. 105-142, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de (Trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: TOLEDO, Plínio Fernandes *et alii*. *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. ABREU, Carlos Eduardo de; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. ALVES, Roberto Barbosa (Trad.). 1ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). 3ª ed. Bueno Aires: EUDEBA, 1974.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Interpretação do parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal de 1988 e a perspectiva de surgimento de nova concepção de Estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 717, p. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. In: Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, vol. LXXX, 2004.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto*. São Paulo: Baraúna, 2ª ed., 2016.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. ROCHA, Leonel Severo (Colaborador). 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

UMA REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA, A MEDIAÇÃO E IMPLICAÇÕES DA TOLERÂNCIA*

Josué E. Möller**

Sumário: Uma observação preliminar. 1 A importância da justiça no contexto democrático contemporâneo. 2 O afrontamento do problema da justiça e algumas considerações sobre a justiça como administração do *phármakon*. 3 A redescoberta da valência funcional da justiça: a relação entre a justiça e a mediação. 4 Justiça, Mediação e Tolerância: Algumas considerações sobre dimensões moralmente e juridicamente importantes

Uma observação preliminar

Uma observação preliminar evidenciou-se para mim como necessária depois dos atentados ocorridos em Paris no dia 14 de novembro de 2015, e gostaria de compartilhar antes de dedicar-me a

* O presente artigo constitui-se originalmente como texto-base da palestra proferida no "II Congresso Direito e Cultura: Aspectos da Tolerância no Discurso Jurídico", organizado pelos Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez (UFRGS) e Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS), e realizado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, no dia 18 de novembro de 2015, a partir das 19hs. O autor reitera o agradecimento pelo convite, registra a honra em participar deste evento na UNISINOS, reconhecida por todos como um centro de saber e de reflexão jurídica pelo trabalho desenvolvido na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, casa que teve e tem em seu seio grandes mestres, e de registra o agradecimento especial aos Profs. Drs. José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luis Streck, Leonel Severo Rocha, Vicente Barreto e Sandra Regina Martini Vial, devedor que é de suas instigantes reflexões, sobretudo no decorrer da Graduação e Mestrado em Direito cursados nesta IES. Por fim, registra seu agradecimento à UNISINOS e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS pelo apoio formal e institucional prestado à candidatura à Bolsa do Programa de Bolsas de Alto Nível da União Européia para a América Latina - Programa ALBAN, a fim de que pudesse cursar o Doutorado em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais na Università degli Studi di Lecce - del Salento/Itália, e de modo especial à Profa. Sandra Vial e ao Prof. Bolzan, por todo apoio e estímulo que permitiram esta excelente experiência na continuidade da formação jurídica.

** Josué Emilio Möller é Coordenador do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) - Campus de Guaíba/RS. Professor de Filosofia do Direito, História do Direito e Direitos Humanos na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) - Campus de Guaíba/RS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) (2002) e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004). Doutor em Sistemas Jurídicos e Político-Sociais Comparados pela Università degli Studi di Lecce - Università del Salento/Itália (Dottore di Ricerca/PhD), na condição de Pesquisador-Bolsista do Programa de Bolsas de Alto Nível da União Européia para a América Latina - ALBAN/EU (2005-2012). Secretário-Geral e Membro Fundador do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC) - Canela/RS. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: filosofia do direito, ética, teoria da justiça, teoria constitucional, ciência política, liberdades fundamentais e direitos humanos.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

uma breve reflexão sobre a justiça, a mediação e a tolerância, justamente por pensar que a questão pode ter se colocado naturalmente para outros também.

Impôs-se a questão de refletir sobre como podemos ou devemos reagir diante da intolerância, do terrorismo e das diversas expressões do fundamentalismo? Mais especificamente, a questão de saber como podemos, como pesquisadores ou operadores do direito, contribuir ao afrontamento de problemas tão sérios e complexos, que nos trazem tanto assombro e preocupação, sobretudo considerando como muitas vezes a intolerância e o fundamentalismo se evidenciam também tão próximo de nós, e, o pior, sem que sejam advertidas como tais.

A resposta ao mesmo tempo singela e também comum, que se evidenciou e que de todo modo creio ser importante destacar, é que não existem meios e modos de afrontamento de questões e problemas sérios, de ações extremistas, marcadas pela violência e pelo terrorismo, e de comportamentos que não conseguimos aceitar, que não se relacionem com a valorização da moderação e com o desenvolvimento de reflexões sobre os diversos aspectos implicados, e com a adoção de discursos e ações responsáveis que se erijam em torno da possibilidade de vivermos num contexto social democrático, sendo ao mesmo tempo iguais e diferentes.

É segundo esta perspectiva que empreendo uma abordagem breve, delineada antes de tudo como uma modesta incursão reflexiva, em torno das ideias de Justiça, Mediação e Tolerância.

1 A importância da justiça no contexto democrático contemporâneo

A importância da justiça vem sendo afirmada, desde o contexto social antigo até o contexto social contemporâneo, como um fato inegável, sendo profundamente sentida, exposta e defendida como uma necessidade para os homens de todos os tempos e também reconhecida como um requisito distintivo que serve para qualificar o nível de desenvolvimento das sociedades.

O desejo de justiça desponta prioritariamente, entre as pessoas comuns, como todos sabemos - além de circunstâncias de reflexão sobre ideias e ideais que remetem à identificação e apuração de seu sentido mais abstrato e abrangente -, em circunstâncias de conflito, que se configuram e materializam pela existência de diferenças, de contrastes, de oposição de interesses e valores, de divergências entre pessoas, entre diversas partes.

A promoção e a realização da justiça implicam, diante do reconhecimento destas circunstâncias, apuração de diferenças e exigem diferenciação; envolvendo, para tanto, accertamento dos fatos, consideração e avaliação dos parâmetros normativos aplicáveis, e tomada de decisões.

A consciência destas implicações já se evidenciou com nitidez entre os antigos, a partir do momento em que as primeiras reflexões sobre o sentido da justiça vinculavam-se ao desenvolvimento da filosofia ocidental; nas circunstâncias em que a descoberta progressiva de uma ordem social que era produto de uma experiência histórica determinava a superação de uma concepção da justiça até então considerada como dádiva da divindade e vinculada a um sentido apodítico; quando já se denotava a complexidade, a dinâmica e a dialética que se relacionava ao desenvolvimento e à realização da justiça ancorada numa concepção tomada como produto da criação humana e numa perspectiva de justificação racional conectada à práxis social.

O célebre aforismo de Heráclito é, neste sentido, revelador do sentido complexo, dinâmico e dialético da justiça que despontava, sobretudo quando sustenta que “é necessário saber que o conflito é comum, que a justiça envolve” [*é suscitada por*] “oposição” [*contraste, diferença, divergência, diferenciação*]¹.

Alguns intérpretes veem neste aforismo uma certa apologia à inevitabilidade do conflito, mesmo em relação à realização da justiça. Neste sentido entendem que, independentemente do modo ou do conteúdo pelo qual a justiça venha a ser realizada, dever-se-ia reconhecer e destacar o caráter iniludível do conflito que tenderia a se perpetuar e que estaria a envolver a própria prática e o sentido da justiça, sobretudo quando a realização da justiça se evidencia como um momento de decisão, em favor das pretensões de um, e em detrimento das pretensões de outros.

Sinto a necessidade de advertir para os riscos de uma leitura apressada e de uma interpretação engessada do aforismo, que a um só tempo parece equivocada, simplificadora e reducionista, no sentido pelo qual se dá eco a noção de que a “justiça é conflito” (*justice is conflict*) - tal como sugerido pelo título do livro de Stuart Hampshire, que em sua abordagem corretamente supera esta noção (trata-se nitidamente de uma de tantas situações em que a leitura do título pode induzir a erro, alimenta a polêmica e conduz pseudo-leitores por mero conhecimento do teor de suas “orelhas” de livro e contracapas a exposições até mesmo constrangedoras)².

¹ HERÁCLITO. *Fragmento 80 in* DIELS, Hermann; e KRANZ, Walther. *I presocratici*. Milano: Bompiani, 2008. Tradução livre de fragmento semanticamente polivalente, com explicitação de sentidos entre colchetes.

² HAMPSHIRE, Stuart. *Justice is conflict*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

O aforismo, que pela sua própria característica enigmática e provocadora nos conduz a pensar e repensar, nos leva, para além desta primeira leitura e interpretação, à revisão da concepção de justiça ao introduzir na reflexão o sentido contrário, isto é, ao introduzir na reflexão aquilo que normalmente vislumbramos como a circunstância que deve ser superada pela afirmação da justiça - normalmente ligamos a justiça imediatamente a uma prática ou decisão que culmina com a resolução de um conflito.

É interessante notar que abordagens sobre a justiça frequentemente induzem à uma perspectiva de negação e do conflito e da oposição, como se pudéssemos viver numa situação ideal em que conflito e oposição estariam destinados a não mais existir.

O autor do aforismo (Heráclito), diversamente, postula e nos faz enxergar primeiramente um fato, o conflito é comum; e, posteriormente, uma circunstância da justiça, que a caracteriza, e que a um só tempo suscita e exige a sua realização.

A promoção e a realização da justiça é suscitada pela existência de diferenças, de divergências, de diversas perspectivas e pretensões; e, em circunstâncias em que não se pode suportar a sua negação - em circunstâncias em que não se pode suportar a negação da justiça, quando a injustiça se apresenta como intolerável - a promoção e a realização da justiça exigem diferenciação, decisão e recomposição das condições de convivência, justamente pelo reestabelecimento de determinados limites e isto, como se evidenciou na fórmula clássica da justiça, por meio da atribuição a cada um do que é seu (do que lhe é próprio).

É interessante observar que a conexão entre o sentido da justiça que a partir de então se vislumbra já se relaciona diretamente com a problemática da tolerância, sobretudo com circunstâncias que denotam, segundo o sentir de um ou mais sujeitos, a impossibilidade prática de se tolerar a ação de outrem em detrimento de determinados valores, interesses e objetivos que conformam autênticas pretensões particulares, gerando demandas e reivindicações de justiça.

É importante destacar, neste sentido, que a ideia de justiça passa a se vincular a exigências de diferenciação, ao estabelecimento de limites e à afirmação de parâmetros normativos.

Retomando estas ideias para desenvolvê-las um pouco mais e de modo mais explícito, podemos dizer que, Além das diferenças que *podem* e até mesmo *devem* ser suportadas, toleradas, nas circunstâncias próprias da convivência entre seres que são diferentes, que têm convicções, valores e interesses diferentes; circunscreve-se o sentido e o valor da justiça como fundamentalmente vinculado ao estabelecimento de limites sociais às pretensões de partes que coexistem num determinado espaço e num determinado contexto.

O sentido da justiça circunscreve-se, nestes termos, como fundamentalmente vinculado à afirmação de condições de possibilidade de convivência social que se relacionam com os próprios fundamentos de uma comunidade e de uma ordem social que se desenvolve sob diversas perspectivas - principalmente em termos ético-políticos e jurídicos.

É na esteira deste sentido e deste valor da justiça que podemos compreender que o princípio da justiça sedimentado no senso comum e teórico desde a antiguidade como vinculado à vontade e ao desejo de preservação de uma espécie de condição de correspondência entre as diversas partes envolvidas em uma relação reenvia ao fundamento das reivindicações que se conectam com a valorização da igualdade e com a consideração das circunstâncias que regem o caráter dos entes (seres e coisas), ao mesmo tempo em que orientam as ações dos homens e das instituições sociais.

O princípio clássico da justiça foi sintetizado, neste sentido, segundo os termos da definição - que é legada há séculos no âmbito da tradição greco-romana - como expressão da virtude de "atribuir a cada um o que é seu" (segundo os termos da expressão "*proshekon hekasto apodidona*") utilizada entre os gregos ou da expressão "*suum cuique tribuendi*" utilizada pelos romanos e que se tornou célebre no âmbito da tradição ocidental).

A justiça é indicada de forma reiterada, deste modo, como uma noção retributiva vinculada à incorporação de uma virtude eminentemente social e apresentada como a expressão de uma valência relevante, quer na perspectiva do reconhecimento, da conformação e do desenvolvimento de valores considerados importantes para a sociedade, quer para os homens que, como cidadãos, a constituem.

A consideração preliminar desta valência relevante não deve, todavia, obstaculizar a compreensão de dificuldades que ainda hoje permanecem em relação à exposição e à delimitação do sentido da justiça e dos seus fundamentos, e, conseqüentemente, tanto em relação à própria identificação do que efetivamente concerne a cada um nas diversas situações que surgem em meio à convivência, quanto em relação à sua própria promoção e realização nas circunstâncias sociais que se conectam com a implementação de políticas públicas ou com o campo intersubjetivo das relações privadas e negociais; que se apresentam na realidade como problemas que devem ser resolvidos em termos distributivos ou corretivos pelas diversas instâncias e instituições sociais.

O enfrentamento destas dificuldades envolve, segundo os termos de uma perspectiva prática, o reconhecimento das circunstâncias e dos elementos constitutivos que caracterizam as sociedades democráticas

contemporâneas como complexas e que, à luz das expectativas dos indivíduos que nelas vivem, incidem em casos específicos e configuram problemas concretos enfrentados pelas pessoas, dentre os quais se destacam, a título exemplificativo, o valor da dignidade das pessoas; o valor da liberdade e da igualdade; o fato da diversidade e o valor do pluralismo cultural, de perspectivas de vida e de concepções particulares acerca do bem; o valor da tolerância e o valor de uma ordem social (de um sistema jurídico e político-constitucional estruturado em função de um compromisso constitucional); os quais se confrontam com múltiplas interferências, interpretações e fatores de instabilidade provenientes do processo dinâmico de união e convivência social.

2 O afrontamento do problema da justiça e algumas considerações sobre a justiça como administração do *phármakon*

A consideração destas circunstâncias e destes elementos constitutivos da experiência democrática que foram mencionados tem relação direta com o sentido que podemos atribuir contemporaneamente à realização prática da justiça.

O desafio contemporâneo da justiça se delinea em torno destes termos, da consideração destas circunstâncias e destes elementos constitutivos. Diante disto, incumbe saber como *podemos* e como *devemos*, sobretudo enquanto operadores do direito, lidar e enfrentar as demandas de justiça que se manifestam na sociedade contemporânea.

Trata-se de um problema e de um tema difícil, tão complexo quanto os próprios termos que configuram o desafio da justiça. Não podemos abordá-lo aqui senão por perspectivas de aproximação, desprovidas de pretensões desmedidas e recorrendo ao desenvolvimento de tentativas de esclarecimento e reflexão.

O afrontamento do problema da justiça e também da intolerância - daquilo que os homens não podem ou não querem tolerar em determinadas circunstâncias -, segundo uma perspectiva de impositação teórica do problema e de resolução prática dos conflitos que se desenvolve no âmbito jurídico implica uma forte tendência de orientar as respostas pela afirmação viés jurídico-positivo, até mesmo implicando posturas e métodos de resolução que são frequentemente vinculados ao normativismo, de modo que se delinea muitas vezes uma perspectiva de redução de complexidade que se atrela ao reducionismo do direito (do que é jurídico) à lógica da subsunção - do mero enquadramento de fatos em hipóteses de incidência normativas, com conseqüente aplicação de conseqüências ou sanções.

É interessante notar, a este respeito, que até mesmo numa perspectiva reflexiva que não se adstringe aos âmbitos de atuação dos Estados-Nação e que se delinea como própria ao afrontamento do problema da justiça e ao tratamento da questão da intolerância no âmbito internacional, e num horizonte reflexivo que não é o próprio dos juristas, a tendência de orientar e justificar respostas por um viés jurídico-positivo vem sendo reafirmada. À guisa de exemplo, dentre tantos, refiro aqui o esforço e o mérito teórico de Yves Charles Zarka, na defesa que faz do conceito de “estrutura-tolerância”, que se constrói pela afirmação pragmática de um viés jurídico-positivo.

A pensar bem não é estranho e, portanto, não é de surpreender, por bons e maus motivos, que o fenômeno da positivação do direito, assim como o próprio fenômeno pelo qual se reduz a realização da justiça à aplicação dos textos das disposições normativas, sejam vistos pelo imaginário coletivo – entre leigos e operadores do direito – como espécies de remédios contra os males do mundo, e, a contrário senso, ao mesmo tempo como espécies de remédios em prol do bem.

Empreendo um breve excursão e retomo por um momento algumas ideias e pressupostos já expostos num ensaio sobre a justiça como administração do *phármakon*³.

As disposições constantes dos textos normativos são de fato frequentemente consideradas como espécies de remédios contra os males do mundo. O Direito Positivo aparece no imaginário como um instrumento capaz de remediar o mal e promover o bem. Se há um problema novo a resolver na sociedade, eis que logo a Lei ou o Direito Positivo despontam no imaginário como remédios, como possíveis soluções (quer por obra do exercício da legislação, quer por obra do exercício de jurisdição). As disposições normativas despontam como medidas, como parâmetros simples e lógicos para sua resolução de problemas e conflitos.

É importante notar também na linguagem técnica e teórica a presença reiterada da consideração das disposições normativas previstas/positivadas como expressões de remédios. As medidas e os instrumentos jurídicos previstos conformam-se como remédios suscetíveis de uso e

³ As ideias e pressupostos sobre a justiça como administração do *phármakon* foram apresentadas num contexto de maior aprofundamento no I Congresso sobre Direito e Cultura, cujo texto-base foi posteriormente publicado, e são retomadas numa perspectiva de continuidade de reflexão e desenvolvimento (MÖLLER, Josué Emilio. A justiça como administração equilibrada do *phármakon*: uma reflexão sobre Direito, Experiência e Cultura. In: Alejandro Montiel Alvarez; Anderson Vichinkeski Teixeira; Wagner Silveira Feloniuk. (Org.). Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura. 1ª ed. Porto Alegre: Editora DM, 2015, p. 187-204.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

aplicação. Podemos lembrar, por exemplo, da referência aos “remédios constitucionais” ou aos “remédios legais”.

Importa saber, diante disto, se a referência presente no senso comum e teórico às disposições normativas constantes nos textos jurídicos como espécies de remédios representaria algum mal, equívoco ou problema fundamental.

A indagação suscitada porta à reflexão e ao reconhecimento das potencialidades que podem ser vinculadas à consideração das disposições normativas constantes nos textos jurídicos como espécies de remédios. O resgate de significados etimológicos se torna de grande valia.

A palavra ‘remédio’, que na língua portuguesa deriva do latim tardio *remediūm*, reporta-nos diretamente ao sentido do medicamento, do fármaco, em suma, de uma substância preparada e que se relaciona, tal como evidencia o prefixo latino ‘*med-*’, com uma ocupação relacionada à dispensa de cuidados, com o tratamento de algo ou de alguém, e que se apresenta como vinculada à adoção de um ‘meio’/de uma ‘medida’ capaz de reportar algo a uma situação de equilíbrio – lembramos logo do corpo, mas é relevante notar que o sentido também se aplica ao espírito e à natureza de diversas coisas. É interessante também notar que a origem indo-europeia do prefixo ‘*med-*’ vincula-se ao sentido de ‘pensar, pesar e refletir’.

A consideração do significado do vocábulo grego *phármakon*, que designa a um só tempo um meio e uma medida, implica, por sua vez, o reconhecimento das potencialidades de algo que se vincula à uma capacidade para reportar seres e coisas à uma situação de equilíbrio.

Além deste resgate de significados etimológicos, é necessário desde logo ressaltar que o uso alegórico da noção de ‘remédio’ (*phármakon*) como referência metafórica útil para destacar vínculos e potencialidades dos textos, não se configura como um modo de ver e conceber especial e exclusivo dos contemporâneos, nem tampouco se limita aos horizontes normativos. É relevante ressaltar que o uso alegórico já foi objeto de importante desenvolvimento reflexivo entre os antigos, sobretudo entre os filósofos gregos, havendo notoriamente se destacado em Platão⁴.

A compreensão da relação que se instaura entre a alusão metafórica que se faz às potencialidades do *phármakon* e o crescente valor

⁴ A reflexão de Platão vinculada ao uso alegórico da noção do *phármakon* para destacar vínculos e potencialidades dos textos é central no “Fedro”, mas também torna a ser objeto de abordagem no “Político” e nas “Leis” (PLATÃO. *Fedro*. Belém: Ed. UFPA, 2011; PLATÃO. “Statesman” (Politikos) in PLATO. *Plato in twelve volumes*. Vol. 12. Cambridge: Harvard University Press, 1921; PLATÃO. *Le leggi (Nomoi)*. Milano: BUR, 2005.).

atribuído ao fenômeno da positivação do direito remete ao contexto de desenvolvimento da democracia antiga e correspondeu a um autêntico movimento de apropriação democrática de sentidos e das dimensões normativas por parte dos cidadãos.⁵

O fenômeno da positivação do Direito ganhou nova e importante significação na medida em que a apropriação democrática dos sentidos e das dimensões normativas se apresentou como uma evidente conquista evolutiva da sociedade⁶.

O valor das normas escritas, dos textos jurídicos e do que chamamos de fenômeno da positivação do direito neste contexto social não tardou a ser reconhecido. As normas jurídicas escritas se evidenciavam como produtos de um *meio*, e como expressões autênticas de *medidas* que em princípio deviam ser observadas porque resultantes de um contexto democrático-deliberativo prévio, de um contexto político prévio em que já se havia operado um processo de *mediação* através da ponderação sobre valores, interesses e objetivos.

As normas jurídicas escritas passaram a ser consideradas então como parâmetros normativos para a realização da justiça em conjunto pelos cidadãos (ligando-se então ao sentido da *dikaionês* como expressão da virtude da justiça que se desenvolvia em conjunto no contexto social democrático).

⁵ A substituição do *Thésmos* (designação da norma imposta arbitrariamente no contexto da sociedade arcaica de Atenas, que reenviava ao próprio sentido mítico de Thémis) pelo *Nómos* (designação da norma composta, que é objeto de deliberação e que tem seu valor reconhecido pelo conjunto dos cidadãos, depois de ter sido transposta do âmbito de governo doméstico que remete ao reconhecimento comum da autoridade que provém do pai) no contexto social de afirmação e desenvolvimento da democracia em Atenas entre os séculos VI e IV a.C. não correspondeu apenas à substituição do mito pelo *lógos* (linguagem e razão), como também correspondeu a um autêntico movimento de apropriação democrática de sentidos e das dimensões normativas por parte dos cidadãos. A abordagem sintética das ideias desenvolvidas nesta seção foram objeto de abordagem detalhada no âmbito de tese de doutorado a seguir referida (MÖLLER, Josué Emilio. *La giustizia democrática: cultura, compromisso etico-politico e giuridico qualificato e contesto costituzionale – un'ipotesi di ricostruzione del senso della giustizia a partire dal riconoscimento del contesto sociale democratico antico*. Lecce: Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Lecce – Università del Salento, 2011).

⁶ O *Nómos* passou a ser visto e concebido como produto tanto da atuação e do exercício da legislação, quanto da atuação e do exercício da jurisdição por parte de muitos cidadãos. A elaboração e a aplicação das 'normas sociais democráticas' (*nomoi*) conformaram-se então como produtos de processos deliberativos, que envolviam o reconhecimento de valores, interesses e objetivos comuns, e que encerravam escolhas. As disposições normativas constantes nos textos jurídicos que eram produzidas em virtude do exercício de legiferação e as normas sociais democráticas que eram aplicadas aos casos concretos em virtude do exercício de jurisdição encerram escolhas democráticas, e muitas vezes implicavam, como logo percebem, decisões difíceis em situações de crise; porém mesmo nestas circunstâncias tratavam-se de situações em que escolhas e decisões por parte dos cidadãos e da pólis eram necessárias.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

A crescente valorização da escritura, dos textos e das normas jurídicas também suscitou entre alguns pensadores do período grande preocupação em função enfraquecimento das funcionalidades do pensamento e da deliberação; ainda que outros tenham evidenciado a consciência de que as normas jurídicas propriamente como *medidas* conformavam-se como importantes limites ao exercício da liberdade pelos indivíduos e ao exercício do poder pelos próprios cidadãos.

É relevante considerar especialmente, contudo, a projeção dos atributos das normas (*nomoi*) como expressões de *medidas* normativas úteis à ordenação e ao desenvolvimento da sociedade e da constituição democrática sobre a ideia-chave do *phármakon*, que passou a ser vinculada naquele mesmo contexto social democrático antigo às potencialidades das disposições contidas nos textos (sobre as potencialidades dos textos escritos considerados de um modo geral, evidenciada reflexivamente de forma mais explícita, e sobre as potencialidades dos textos escritos das disposições normativas de um modo particular, evidenciada reflexivamente de forma mais implícita, no pano de fundo)⁷.

A abordagem e a reflexão da resposta pela afirmação do viés jurídico-positivo pode, à luz destes pressupostos, ser retomada em relação ao contexto contemporâneo.

Além de eventualmente considerar a perspectiva de resposta ao problema da justiça pela afirmação do viés jurídico-positivo como uma tendência natural para os operadores do direito - por conta da sua formação, do peso da matriz romano-germânica, da afirmação das disposições normativas positivadas como fontes proeminentes do direito, etc. (*referindo aqui algumas as óbvias e sólitas explicações*) -; e além de considerar os pressupostos teóricos relacionados à potencialidade metafórica da consideração dos textos jurídicos como expressões de remédios; a reflexão adicional que incumbe fazer neste momento, vincula-se a saber se existiria, algum problema ou risco intrínseco na adoção deste viés jurídico-positivo, pelos operadores do direito, para responder ao problema e às demandas de justiça no contexto das sociedades democráticas.

⁷ É, neste sentido, interessante relembra passagens de Platão, em queo exercício político vinculado à produção da legislação é comparado metaforicamente à atuação de um médico, isto é, à atuação daquele que trabalha no desenvolvimento de um *phármakon*. O trabalho de legiferação exige cuidado, atenção e moderação. Por vezes, mesmo que inicialmente seja vinculada à prática de um mal, o desenvolvimento e a aplicação do *phármakon* se evidencia como um remédio direcionado à produção de um bem maior (como Platão destaca no texto *O político*). Ou ainda quando os *nomoi* passam a ser vistos como medidas positivas úteis para preservar certa estabilidade social, para promover o desenvolvimento da *politeia* em função da preservação das propriedades positivas vinculadas ao diálogo e ao processo de deliberação, e para remediar os excessos imediatistas da multidão insuflada pelo uso da demagogia (como Platão destaca no texto *Das Leis*).

A resposta sobre a existência de riscos deste viés pode ser construída a partir da extensão da abordagem das potencialidades dos textos por meio da consideração destes como expressões de um *phármakon*, especialmente retomando reflexões sobre a ambivalência da consideração metafórica do *phármakon* expostas por Platão⁸⁻⁹.

O risco mais iminente é o de se considerar os próprios textos como puras e exclusivas soluções diante dos problemas; sobretudo quando, por um lado, se verifica um déficit de formação, e, de outro lado, se verifica um déficit de memória que prejudica a preservação dos sentidos. Apresenta-se, além disto, uma advertência maior quanto às valências e potencialidades do *phármakon* encerrado e contido nos textos.

O sentido do *phármakon* é pela sua própria natureza ambivalente, eis que pode na prática vir a significar e vir a concretizar-se quer como um remédio (num sentido positivo), quer como um veneno (num sentido negativo). O sentido do *phármakon* pode ser benéfico ou maléfico – pode servir para produzir o bem ou o mal. Aquilo que se apresenta positivamente como um antídoto ou como um remédio, também pode ser tomado negativamente como algo tóxico, que produz um dano.

⁸ Cujos sentidos se estendem quer quando a referência metafórica seja aplicada de um modo geral para caracterizar a valência da escritura, quer quando seja aplicada de um modo particular para caracterizar a valência das disposições normativas contidas nos textos jurídicos

⁹ A ideia-chave do *phármakon* que é utilizada por Platão para designar, analisar e criticar a valência atribuída aos textos, quando apresenta e discorre sobre o mito de Theuth num diálogo fictício entre Sócrates e Fedro, se evidencia desde o princípio com um sentido ambivalente. Segundo o mito, Theuth encontra-se com Thamous, considerado o Rei e Pai dos Deuses, e apresenta a ele inúmeras artes que desenvolvera, dentre as quais, discorre sobre a valência e a potencialidade dos textos, isto é, sobre a valência e as potencialidades do produto da escritura. O *phármakon* metaforicamente encerrado e contido nos textos, apresenta-se, no belo discurso de Theuth, como um *meio*, como uma *medida*, que serviria para tornar os egípcios mais instruídos sobre o que é importante, e mais aptos para se rememorar o que não *pode* e não *deve* ser esquecido. Instrução e memória encontram, segundo o mito de Theuth, seu *phármakon* (remédio) nos textos. O *meio* e a *medida*, que servem para instruir/orientar e para rememorar/preservar e recordar, encerram e constituem, em linha de síntese, a valência e a potencialidade intrínseca dos textos. O *Basileús*, considerado mitologicamente como Rei e Pai e identificado como a origem do *lógos*, isto é, como a origem de uma ordenação, como aquele que metaforicamente dá origem e sentido relevante aos discursos, que em torno de si e a partir de si mesmo constitui uma unidade entre linguagens e razões; não apenas não se impressiona, como passa a contestar as valências e potencialidades do texto em si mesmo considerado como *phármakon*. *Theuth é considerado mitologicamente como um dos deuses que teria vivido próximo de Naucrates, no Egito, e um dos filhos do *Basileús* (Rei e Pai) dos Deuses de todo o Egito, Thamous. É importante considerar que Theuth é apresentado na mitologia como um dos filhos da representação mítica suprema do bem (representação personificada por Thamous), sendo ele próprio também a representação mítica do bem que é inferior, segundo a hierarquia estabelecida entre os deuses.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

O problema que se relaciona com a ambivalência do *phármakon* não é um problema em si mesmo do *phármakon*, assim como podemos logo dizer, seguindo na aplicação da metáfora, não é em si mesmo e necessariamente um problema dos textos jurídicos.

O problema acerca do *phármakon* contido nos textos conforma-se em torno da sua administração, do uso e do desenvolvimento de suas valências e potencialidades. O problema acerca do *phármakon* encerrado e contido nos textos cinge-se em torno da aptidão e das condições de operacionalidade que se vinculam à sua administração dosada e equilibrada, e neste sentido podemos vislumbrar a relação direta com a perspectiva da realização da justiça. Incumbe observar que o reconhecimento do teor normativo faz-se sempre como atividade e obra de interpretação e concretização – eis que se deve considerar sempre a diferença entre texto e norma.

A realização da justiça deve, segundo esta perspectiva, sempre envolver o reconhecimento da valência das disposições normativas contidas nos textos jurídicos, uma vez que devemos sempre lembrar que tais *medidas* existem e persistem como parâmetros normativos porque resultam de escolhas e decisões construídas por meio do processo político-democrático, razão pela qual podemos considerá-las justamente, como *medidas* que são, como espécies de *phármakon*.

Ainda assim, persiste a advertência quanto às potencialidades das *medidas* previstas nos textos jurídicos como espécies de *phármakon*, que nos faz lembrar também que a sua dosada e equilibrada administração em prol da justiça sempre dependerá do desenvolvimento da aptidão e de condições de operacionalidade para sua realização, e isto se conecta diretamente com a importância das atividades de interpretação.

Um problema e um risco muito sério existe, de todo modo, quando se presume que o direito positivado como expressão de um *phármakon* basta em si mesmo, como espécie de solução mágica, que comodamente serviria por si só para a resolução pura e simples de todos os problemas.

Ultrapassando o horizonte da reflexão crítica da resposta ao problema da justiça que se erige pela afirmação de um viés jurídico-positivo, e de uma abordagem dos riscos a ele inerentes, deve-se, por outro lado, também evidenciar os riscos que se vinculam à adoção de um viés jurídico estritamente pragmático, que podemos ligar ao decisionismo ou do voluntarismo, quando se espera, confia e atribui a função de determinação da justiça exclusivamente ao agente responsável por tomar decisões.

É importante observar que o sentido da justiça ainda segundo uma perspectiva arriscada de simplificação, frequentemente se transfor-

ma no mero exercício de jurisdição – ocasião em que se transforma no mero exercício burocrático de competências (problema do decisionismo) ou, pior, no mero exercício arbitrário e voluntarístico de um poder (problema do voluntarismo).

É como se se incumbisse ao agente responsável por tomar decisões, o cumprimento de uma missão neutra e desvinculada de um contexto; ou uma missão salvífica e heróica que envolve a administração arbitrária e reveladora do *phármakon*, de um *phármakon* oculto e desconhecido aos demais, e muitas vezes desprovida da necessidade de apresentação de razões e fundamentos. Os nossos olhos devem permanecer abertos diante do risco de que a realização justiça recaia nas mãos e se reduza de sujeitos descomprometidos em relação aos compromissos presentes nos textos jurídicos e do risco do “charlatanismo” e do “curandeirismo” jurídico sustentados por aventureiros de plantão.

É imperioso afirmar, diante dos efeitos e dos riscos da simplificação teórica e de reducionismo dogmático, que a juridicidade e a justiça não se restringem *apenas* ao sentido estrito e literal do direito positivo, nem tampouco se confundem como a simples objetos de decisão ou de vontade.

3 A redescoberta da valência funcional da justiça: a relação entre a justiça e a mediação

Uma melhor compreensão sobre o sentido da justiça parece, de qualquer modo, depender do reconhecimento de seus termos e de sua função. É útil, neste sentido, retomar a reflexão sobre a justiça para enfatizar a relação que mantém com a ideia de mediação, no sentido de se promover o que identifico como uma redescoberta da valência funcional da justiça.

É significativo perceber que a realização da justiça foi vinculada desde o contexto clássico, além dos sentidos já abordados, e segundo os termos de uma perspectiva teórica implicada por uma definição funcional que dá corpo e sentido prático à sua identificação como expressão de uma virtude eminentemente social – uma virtude que se desenvolve ‘em relação a outrem’ (uma virtude *prós héteron* segundo determinou Aristóteles, ou *virtus ad alterum*, segundo literalmente traduziu Tomás de Aquino) –, à promoção de uma espécie de ‘mediação’.

A consideração desta valência da justiça como expressão de uma virtude vincula da à uma espécie de mediação envolve a evocação desta noção segundo os termos de uma poderosa polivalência que originalmente se desenvolveu entre os gregos, que é aplicável:

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

a) tanto num sentido amplo e geral, pelo qual a virtude da justiça é declarada e realizada em conjunto pelos cidadãos quando produzem normas sociais democráticas para reger todas as situações segundo os termos da isonomia (por meio da produção da legislação) - de modo que se constitui como um 'meio'/'um justo meio' entre os cidadãos, isto é, que se constitui como expressão de parâmetros normativos que servem para orientar as ações dos cidadãos, para sustentar uma condição de equilíbrio e para dar corpo a uma composição social;

b) quanto num sentido mais restrito e particular, pelo qual a virtude da justiça é declarada e realizada também quando os cidadãos determinam o que é justo nos casos concretos (por meio do exercício da jurisdição) - de modo que se constitui como 'um meio'/'um justo meio' entre as partes que litigam, isto é, que se constitui como a expressão de um termo resolutivo que serve para por fim a um conflito acerca de interesses particulares e para restabelecer condições favoráveis à preservação da estabilidade e à composição social.

A valência funcional da justiça que se vincula à promoção de uma espécie de mediação entre os cidadãos que para conviver bem legislam, e também entre as partes que para resolver um conflito se submetem ao exercício da jurisdição, pode ser relacionada desde então com o desenvolvimento de um 'processo' que não se atém simplesmente ao momento derradeiro da tomada de decisão instauradora de um tipo de ordem no âmbito das relações intersubjetivas e das relações entre seres e coisas; mas muito antes se conecta com outros momentos importantes, sobretudo com o estabelecimento de condições de conhecimento de sentidos e pretensões, de reconhecimento de posições, de diálogo e apresentação de razões, de interpretação de normas e de adequação das ações.

A virtude da justiça *que originalmente e de um modo geral é aplicável ao universo dos membros da comunidade* – que juntos reconhecem valores comuns, compõem interesses por meio do processo de mediação que culmina com a produção de legislação, *e que de tal modo se vincula aos termos próprios de uma composição normativa* –, se realiza de modo particular por meio de um processo que implica mediação que se erige a partir de demandas específicas das partes envolvidas num conflito e que se concluirá com a adequação das ações por meio da tomada de decisão e da consequente declaração do justo no caso concreto.

A consideração desta valência funcional da justiça consente perceber, sem que se abandone a perspectiva propriamente jurídica e a relação estreita que mantém com o sentido do próprio direito positivo, que a realização da justiça tem e envolve um significado mais abrangente e mais fortemente vinculado ao sentido da própria ética (prioritariamente ao sentido da ética pública, por certo, mas também ao sentido das diversas perspectivas éticas que se estabelecem particularmente entre indivíduos que convivem e cooperam, desenvolvendo até mesmo concepções particulares de bem que compartilham).

A influência de um modelo jurídico e de um sentido da justiça reducionistas (que aparentemente se explica ao menos em parte pelo domínio das perspectivas teóricas acerca da temática da justiça mencionadas anteriormente), tiveram, contudo, o condão de obscurecer a compreensão mais abrangente sobre o sentido da justiça e a sua relação com o processo de mediação na modernidade.

A confluência contemporânea de circunstâncias, esforços e diversos fatores tem proporcionado um novo espaço para o tratamento da temática da justiça na interface que mantém com inúmeros modos e formas de mediação. Dentre eles podemos destacar: - os esforços de diversos teóricos e filósofos que procuram contrastar as disfunções do dogmatismo e procuraram restabelecer pelo horizonte crítico-reflexivo a dignidade da doutrina, do exercício da jurisdição e da jurisprudência; - os avanços científicos e reflexivos alcançados em outras áreas do conhecimento, que se somaram à consciência da importância da abordagem interdisciplinar para o enfrentamento de questões complexas; e - a proliferação dos conflitos e o excesso de demandas e processos judiciais nas sociedades contemporâneas.

A importância da temática da mediação na conexão que mantém com a promoção e a realização da justiça liga-se no contexto contemporâneo ao desenvolvimento de meios, instrumentos e institutos jurídicos capazes de promover o estabelecimento e a preservação de circunstâncias favoráveis à convivência numa sociedade caracterizada, de um lado, pela pluralidade de perspectivas e, de outro, pela multiplicidade de necessidades e demandas.

A complexidade das reivindicações e das relações instauradas na sociedade democrática suscita desafios à realização da justiça que evidenciam a relevância, para além das medidas jurídicas ordinárias, de modos diversos de encaminhamento e de resolução dos conflitos; e também de maior conscientização dos operadores do direito – acadêmicos, professores, advogados, juizes, dentre outros – acerca das propriedades da funcionalidade jurídica, pelas quais a litigiosidade possa deixar de ser vista como

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

um mero *modus operandi* estribado no paradigma da competitividade e do conflito, e possa passar a ser compreendida efetivamente como o reflexo de um problema de justiça que deve ser resolvido por meio: - da análise detida e responsável das circunstâncias; - da consideração das diversas perspectivas, visões de mundo e concepções particulares de bem envolvidos; e - da proposição de vias de solução que sejam compatíveis com a preservação de interesses comuns e de valores ético-políticos e jurídicos fundamentais, e, deste modo, com a preservação de condições favoráveis à convivência e à cooperação social.

O desafio relacionado à promoção e à realização da justiça não se conforma apenas, de um ponto de vista teórico, por conta das dificuldades envolvidas pela identificação e concretização de uma concepção da justiça que corresponda e satisfaça às condições complexas da sociedade democrática contemporânea¹⁰.

O desafio relacionado à promoção e à realização da justiça também se vincula, de um ponto de vista prático, à apuração da utilidade do desenvolvimento de diversos modos de resolução de conflitos, à formulação de novas perspectivas de resposta e de novas vias de solução dos problemas que complicam aspectos éticos, políticos e jurídicos.

Neste sentido, deve-se reconhecer também que a importância da temática no contexto contemporâneo evidencia a existência de uma oportunidade valiosa de aperfeiçoamento da realização da justiça por meio da redescoberta de sua valência funcional, que se conecta com uma exigência de qualificação jurídica e de mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito.

Neste panorama, a superveniência de legislação específica sobre a mediação no Brasil (Lei n. 13.140/2015) constitui-se, sem sombra de dúvidas, como um avanço e como uma conquista relevante no que concerne à promoção e à realização da justiça nos casos concretos por meio da introdução no âmbito do processo judicial de uma instância de mediação e da admissão da mediação extrajudicial como uma forma alternativa para a resolução dos conflitos.

É importante alertar, contudo, para o caráter um tanto restrito de abordagens do sentido mediação que se cingem em torno de um signi-

¹⁰ Sobretudo em face do reconhecimento do pluralismo, da necessidade da tolerância e da proeminência de uma ordem pública e de um Estado de Direito que se baseiam na afirmação da necessidade de compatibilização entre os valores da liberdade e da igualdade, e da centralidade normativa dos direitos humanos e fundamentais, ao mesmo tempo em que confere amplo espaço e confere legitimidade à afirmação de valores, interesses, visões de mundo e concepções de bem particulares diversos e até mesmo contrastantes, desde que não sejam ultrapassados determinados limites.

ficado estritamente jurídico-positivo, isto é, aos termos escritos do que restou positivado como expressão das modalidades extrajudicial e judicial de mediação.

É esta uma tendência que se tem verificado em grande parte das reflexões jurídicas sobre a temática da mediação, quando ela se apresenta principalmente como um método alternativo de resolução dos conflitos que envolve a adoção de uma estratégia de dissuasão das partes envolvidas em conflitos e a criação de instâncias de negociação, sendo frequentemente dissociado teoricamente de uma perspectiva de promoção e realização da justiça.

Certamente, não se pode negar a utilidade prática vinculada ao significado jurídico relacionado ao desenvolvimento das modalidades extrajudicial e judicial de mediação.

É relevante chamar atenção, contudo, para o sentido mais abrangente do processo de mediação, especialmente na conexão que ele mantém com a promoção e a realização da justiça, ainda que aos olhos de alguns este significado possa vir a parecer de menor importância e configurado até mesmo como pré-jurídico ou meta-jurídico e estranho ao direito.

Segundo uma perspectiva que vincula as possibilidades de desenvolvimento de um processo de mediação à promoção e à realização da justiça, a mediação se relaciona semanticamente com a possibilidade de distensão e de resolução dos conflitos por meio do diálogo, do favorecimento do entendimento, e, conseqüentemente, com a promoção da adequação de interesses e ações - significado este que não implica necessariamente, como logo se pode notar, a desvalorização da adoção de uma estratégia de dissuasão e de uma instância favorável ao desenvolvimento da negociação com a conseqüente tomada de decisões. Antes pelo contrário, potencializa-os.

A consideração de experiências que se relacionam com o desenvolvimento de processos de mediação para além do horizonte estritamente jurídico-positivo, em termos que envolvem tanto aspectos éticos quanto aspectos jurídicos, têm o condão de proporcionar, de uma perspectiva teórica, condições favoráveis à avaliação e à reflexão crítica sobre os termos que constituem o problema da realização da justiça nas sociedades contemporâneas; assim como tem o condão de proporcionar, de uma perspectiva prática que ultrapassa o horizonte de sentidos teóricos meramente normativos e descritivos, e se “alimenta” e “nutre” dos elementos e das propriedades que se revelam nas circunstâncias concernentes à própria dinâmica do “mundo da vida” e dos agentes que nele atuam, o reconhecimento dos termos que se relacionam com o desafio da justiça no

processo de mediação, bem como que se destacam como importantes fatores do processo de mediação que se vinculam à realização da justiça diante de problemas concretos que se evidenciam.

Neste sentido, exemplifico fazendo referência à consideração de experiências de atendimentos e processos que envolvem mediação, no sentido pelo qual a expressão não é tomada num significado estritamente jurídico, concretizados a partir da atuação das Consultorias de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA/UFRGS, que envolvem a consideração tanto de aspectos éticos quanto de aspectos jurídicos. As referidas Consultorias de Bioética são utilizadas para auxiliar os profissionais e os pacientes na resolução de questões éticas, que muitas vezes também se desdobram e compreendem questões jurídicas¹¹.

4 Justiça, Mediação e Tolerância: Algumas considerações sobre dimensões moralmente e juridicamente importantes

Uma última observação que desejo fazer nesta incursão reflexiva acerca da justiça na interface que mantém com o desenvolvimento de um processo de mediação envolve algumas considerações sobre dimensões importantes que devem ser levadas em conta por parte dos operadores do direito, sobretudo no contexto das sociedades democráticas contemporâneas, a um só tempo caracterizadas pelo fato e pelo valor do pluralismo (diversidade), que se conectam a exigências de tolerância.

É muito importante que a administração da justiça, especialmente no que concerne ao desenvolvimento de processos de mediação que se

¹¹ O papel dos consultores de Bioética Clínica vincula-se fundamentalmente, pelo que já se conhece da sua atuação e a partir de trabalhos publicados, à oportunização de espaços e tempos nos quais a mediação e a deliberação éticas possam se desenvolver. As atividades destas Consultorias de Bioética proativas ocorrem, sobretudo, durante *rounds* clínicos das equipes assistenciais de saúde do HCPA/UFRGS e a partir de solicitações específicas encaminhadas ao Serviço de Bioética do HCPA/UFRGS, cujas atividades se relacionam com aquelas que se desenvolvem no Laboratório de Bioética e Ética na Ciência – LAPEBEC, ambos sob a coordenação do Prof. José Roberto Goldim. Os temas discutidos no âmbito das experiências das Consultorias de Bioética relacionam-se, dentre outros, com as questões de futilidade e obstinação terapêutica, de privacidade, de autonomia, de vulnerabilidade, de cuidados paliativos, de suporte social, de relações familiares conflitantes que tangem a problemática da autonomia e da disposição do sujeito, de conflitos entre diversas equipes envolvidas numa mesma perspectiva de atendimento de uma situação de saúde, de relações que envolvem avaliação de riscos e benefícios, de alocação de recursos, e de garantia de direitos humanos e fundamentais. Uma abordagem pormenorizada baseada no acompanhamento das Consultorias de Bioética se encontra na Tese de Doutorado da pesquisadora Bruna Pasqualine Genro (GENRO, Bruna Pasqualine. *Consultorias de Bioética Clínica: da Teoria à Prática*, disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/88421/000911835.pdf?sequence=1>).

erigem a partir de demandas específicas de partes envolvidas num conflito, que se orienta à promoção da adequação das ações por meio do esclarecimento, do entendimento, da tomada de decisões e de declarações do justo nos casos concretos num contexto social democrático, pluralista e tolerante, leve em consideração ao menos duas dimensões moralmente e juridicamente importantes dos sujeitos. Recorro neste sentido à abordagem feita pelo filósofo italiano Salvatore Veca em relação a dimensões morais dos sujeitos para sintetizar a exposição, vislumbrando desdobramentos também numa perspectiva jurídica¹².

A consideração de uma primeira dimensão moralmente e juridicamente importante em relação à compreensão dos sujeitos que não pode escapar num momento de promoção e realização da justiça implica o reconhecimento dos seres humanos como “pacientes morais” (na linguagem de Salvatore Veca), e também poderíamos dizer, estendendo a conceituação metafórica, como sujeitos de direitos, enquanto se considera que tal reconhecimento envolve a consideração das pessoas como destinatários ou como simples receptores de recursos, benefícios e direitos.

Nesta perspectiva se vislumbra diretamente o espaço de justificação de incidência de uma concepção da justiça voltada a minimizar o sofrimento que socialmente pode ser evitado; quando a negação do bem (o mal) para os sujeitos enquanto “pacientes” vincula-se à falta de reconhecimento do que lhes é devido em termos de compensação por eventuais desvantagens decorrentes do funcionamento do sistema social e da desigualdade de posições.

A consideração de uma segunda dimensão moralmente e juridicamente importante em relação à compreensão dos sujeitos que não pode escapar num momento de promoção e realização da justiça implica o reconhecimento dos seres humanos também como “agentes morais” (na linguagem de Salvatore Veca), e novamente poderíamos dizer, também estendendo a conceituação metafórica, como sujeitos de direitos, enquanto se considera que tal reconhecimento envolve a consideração das pessoas como sujeitos que modelam a própria vida com base numa grande variedade de objetivos e projetos, e de concepções particulares da justiça e do bem compatíveis (razoáveis).

Nesta perspectiva se vislumbra o espaço de justificação de incidência de uma concepção da justiça voltada à tutela e garantia de condições fundamentais, de meios para viabilizar a assunção de múltiplos objetivos, a fim de que as pessoas possam escolher os valores particulares para orientar suas próprias vidas e seus próprios objetivos, sem que sejam

¹² VECA, Salvatore. “Vita buona e vita giusta” in BAZZICALUPO, L.; e ESPOSITO, R. *Politica della vita*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

tomadas como escravas ou como meros súditos das circunstâncias ou da crueldade de outras pessoas ou ainda da iniquidade de instituições e práticas sociais; ocasião em que a negação do bem (o mal) para sujeitos enquanto “agentes” vincula-se à falta de reconhecimento da distinta identidade das pessoas, exemplificada pela capacidade das pessoas de escolherem modos de vida que tenham sentido para quem os vive.

A consideração dos sujeitos também como “agentes” envolve o seu reconhecimento como seres autônomos, mas também o reconhecimento do potencial de sua contribuição em relação ao desenvolvimento do processo de mediação, de sua valorização como participantes ativos na construção de soluções e na resolução dos conflitos.

A consideração destas duas dimensões moralmente e juridicamente importantes - dos sujeitos como “pacientes morais” e dos sujeitos como “agentes morais” - não pode ser mitigada num processo de mediação vinculado à promoção e realização da justiça, sobretudo diante da percepção de que estes sentidos se projetam nos âmbitos político e jurídico sobre os conceitos fundamentais de “cidadania” e de “sujeito de direito” - que não podem ser desconsiderados.

O desejo e a necessidade de justiça despontam em circunstâncias de conflito - como dissemos, em circunstâncias se configuram e materializam pela existência de diferenças, de contrastes, de oposição de interesses e valores, de divergências entre pessoas, entre diversas partes.

A promoção e a realização da justiça implicam, como já se referiu, apuração das diferenças e exigem diferenciação - acertamento dos fatos, consideração e avaliação dos parâmetros normativos aplicáveis, e tomada de decisões. Segundo os termos da redescoberta da valência funcional da justiça, que envolve a valorização do processo de mediação como ínsito à sua concretização, a resolução dos conflitos advirá da administração da justiça não apenas por força da imposição de disposições normativas, mas comportará a exploração das possibilidades de composição em circunstâncias em que o reconhecimento de perspectivas se torna central. Eis a razão para se investir no processo de mediação como um modo alternativo e qualificado de promoção e realização da justiça. Eis um caminho importante para o desenvolvimento de um direito não violento. Eis um modo de trabalhar para construir uma sociedade mais tolerante.

Referências

- BAZZICALUPO, L.; e ESPOSITO, R. *Politica della vita*. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- GENRO, Bruna Pasqualine. *Consultorias de Bioética Clínica: da Teoria à Prática*. Disponível em:
<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/88421/000911835.pdf?sequence=1>.
- HAMPSHIRE, Stuart. *Justice is conflict*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- HERMANN, Diels; KRANZ, Walther. *I presocratici*. Milano: Bompiani, 2008.
- MÖLLER, Josué Emilio. *A justiça como administração equilibrada do phármakon: uma reflexão sobre Direito, Experiência e Cultura*. In: Alejandro Montiel Alvarez; Anderson Vichinkeski Teixeira; Wagner Silveira Feloniuk. (Org.). *Perspectivas do Discurso Jurídico: Argumentação, hermenêutica e cultura*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora DM, 2015.
- MÖLLER, Josué Emilio. *La giustizia democratica: cultura, compromesso etico-politico e giuridico qualificato e contesto costituzionale – un'ipotesi di ricostruzione del senso della giustizia a partire dal riconoscimento del contesto sociale democratico antico*. Lecce: Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Lecce – Università del Salento, 2011.
- PLATÃO. *Le leggi (Nomoi)*. Milano: BUR, 2005.
- _____. *Plato in twelve volumes*. Vol. 12. Cambridge: Harvard University Press, 1921.

A PRISÃO DOURADA DE DOSTOIÉVSKI SOB A LUZ DO CONCEITO DE LIBERDADE NEGATIVA DESENVOLVIDO POR AXEL HONNETH

Fabrizio Diesel Perin*

Sumário: Introdução. 1 Projeto de Freedom's Right. 2 Liberdade Negativa. 3 A Prisão Dourada de Dostoiévski. Conclusão.

Introdução

Presente artigo versa sobre uma análise do papel da liberdade, em especial da liberdade negativa, no trabalho de Axel Honneth, com a finalidade de esclarecer o exemplo dado por Dostoiévski referente a uma escolha entre bens materiais e a liberdade, tendo em vista que os conceitos empregados por aquele parecem fornecer substrato adequado para tal objetivo.¹ Em tal exemplo, o romancista claramente defende que alguém escolherá sempre ser livre perante uma situação em que uma opção deva ser tomada. Mas isso não indica o motivo da liberdade ser tão relevante, nem o significado que este conceito possui. Para responder tais perguntas, a teoria de Honneth fornece grande amparo.

Com vista a tal objetivo, este texto iniciará com uma abordagem referente ao projeto ambicionado por Honneth. Este trata da formulação de uma teoria da justiça calcada na realidade social (ou seja, evitando critérios puramente normativos). Nesta análise, ele destaca o papel central que a liberdade possui como valor compartilhado socialmente e como ela fornece a base para o desenvolvimento da ideia de justiça. Assim sendo, pode servir para explicar o primeiro questionamento que norteia este texto, ou seja, qual o motivo de alguém escolher a liberdade como no exemplo de Dostoiévski.

Passo seguinte é a introdução do significado de liberdade. Dentre as possibilidades encontra-se o que Honneth chamou de liberdade

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bolsista do programa de Iniciação Científica da Propesq – UFRGS – Brasil.

¹ Deve-se deixar claro que o objetivo deste trabalho não é indicar que Dostoiévski e Axel Honneth entendem o tema da liberdade da mesma maneira, mas tão somente trabalhar o exemplo dado pelo romancista a partir dos conceitos utilizados por Honneth.

negativa, a qual, na realidade institucional moderna, encontra espaço na esfera jurídica. As noções de liberdade negativa e de liberdade jurídica não esgotam o significado, apresentando limites e problemas na sua aplicação. Porém, ainda assim fornecem um espectro de ação privada que faz parte da ideia de ser livre. Neste sentido, apesar da existência de outros conceitos como de liberdade reflexiva e social – quiçá mais importantes para Honneth em seu projeto –, a modalidade negativa de liberdade proporciona uma explicação acurada do que Dostoiévski parece deixar implícito quando trata da ideia de liberdade.

1 Projeto de *Freedom's Right*

Em *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, Axel Honneth tem como objetivo desenvolver uma teoria da justiça que não esteja puramente calcada em princípios normativos. Para tal, ele se volta para a análise da sociedade, buscando conjugar a ideia de justiça com a teoria social. Essa ideia, segundo ele, é semelhante a apresentada por Hegel de que as instituições dadas possuem algum tipo de aura de legitimidade moral.² O projeto de Honneth é fundamentar com base na realidade social existente uma teoria da justiça.

Para tal empreendimento, Honneth postula quatro premissas fundamentais sem as quais o que ele pretende realizar se tornaria impossível. A primeira destas premissas é a noção de que a reprodução social depende de um conjunto de valores e ideais compartilhados fundamentais.³ Tais valores e ideais devem ser compartilhados no sentido de estarem imbricados nas instituições e práticas sociais compartilhadas por todos.

A segunda premissa implica que a justiça não pode ser considerada apartada destes valores compartilhados, de modo que as instituições e práticas sociais devem ser capazes de reproduzir o bem que é compartilhado por todos para que seja considerada como justa.⁴ Esta premissa indica que a justiça não pode ser explicada com base em princípios 'externos' a realidade social, mas deve reproduzir o que nela está implicado, de modo que o critério do que é justo passa pela análise da sociedade, como pretende Honneth em seu livro.

² HONNETH, Axel. *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*. Translated by Joseph Ganahl. New York: Columbia University Press, 2014, p. 1.

³ *Ibid.*, p. 3.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

A terceira premissa é metodológica e se refere ao método empregado por Honneth, por ele denominado de reconstrução normativa, em seu projeto de construir uma teoria da justiça como análise da sociedade. A noção de que o justo é fundado em valores, segundo Honneth, não aparta a teoria que ele pretende desenvolver de outras teorias que utilizam como critério de justiça ideias exteriores a realidade social. Tal problema vem a ser solucionado pelo método da reconstrução normativa. Esta abordagem metodológica permite selecionar na realidade social práticas e instituições indispensáveis para a reprodução social e analisá-las com base na contribuição que dão para a estabilização e implementação dos valores aceitos socialmente.⁵

O método da reconstrução normativa não é simplesmente um modo de descrever a realidade social e suas práticas e valores. O que pretende é, a partir de valores compartilhados já presentes no meio social, prover uma maneira de criticar instituições e práticas sociais com base nos valores e ideais compartilhados, possibilitando, dessa forma, uma 'reconstrução' com base em um parâmetro 'normativo' de nossa realidade social, sempre deixando claro que o padrão crítico não é exterior a própria sociedade.⁶

Do dito no parágrafo anterior já se pode antever a quarta premissa, qual seja, de que uma teoria da justiça como análise da sociedade possibilita, através do procedimento da reconstrução normativa, espaço para críticas à realidade social.⁷ O método utilizado, ao selecionar instituições e práticas da realidade social com base em valores compartilhados, possibilita que estas mesmas sejam criticadas pela insuficiente ou imperfeita realização destes valores.

Diante do exposto, o projeto de Honneth pressupõe valores compartilhados socialmente, os quais servem como fundamento a um critério de justiça conectado a realidade social, não sendo um conceito de justiça puramente normativo. O desenvolvimento deste empreendimento é realizado a partir do procedimento da reconstrução normativa, ou seja, da seleção na realidade social de práticas e instituições que encorpem tais valores e a partir disso conceber um padrão crítico da realidade social, sem que tal padrão seja exterior a ela.

Estas quatro premissas, porém, apesar de serem necessárias para a teoria da justiça como análise da sociedade que Honneth pretende

⁵ Ibid., p. 6.

⁶ Ibid., p. 8.

⁷ Ibid., p. 9.

desenvolver, não são suficientes para tal, tendo em vista que ainda nada foi posto no que tange a definição dos valores universais inerentes nas sociedades atuais.⁸ Diante desta insuficiência, antes de partir para a reconstrução normativa da sociedade, Honneth deve estabelecer tais valores compartilhados. Nesta tarefa que o conceito de liberdade vem à tona.

De acordo com Honneth, entre os valores que fundam a sociedade moderna, nenhum é tão dominante ou deixa uma expressão tão marcante nas instituições quanto a liberdade (entendida por ele como autonomia do indivíduo).⁹ Isso se deve, segundo ele, a conexão sistemática que a liberdade realiza entre o sujeito individual e a ordem social. Com isso, ele quer dizer que os outros valores modernos se referem ora ao indivíduo e outras vezes a estrutura normativa da sociedade como um todo. A liberdade individual, por sua vez, conecta estas duas dimensões, pois relaciona a autonomia individual à formação institucional da sociedade, já que, segundo Honneth, a liberdade forma a concepção individual do que é bom ao mesmo tempo em que indica o que constitui uma ordem social legítima.¹⁰

Dessa maneira, a liberdade se tornou inseparável da noção de justiça social. “Não é nem a vontade da comunidade nem a ordem natural, mas a liberdade individual que forma a fundação normativa de todas as concepções de justiça.”¹¹ Essa ligação, segundo Honneth, não é apenas um fato histórico. A concepção de justiça ser indissociável da liberdade não é meramente uma noção contingente. Desejar a justiça, diz Honneth, é algo que depende de nossa capacidade subjetiva de justificação. Possuir os próprios julgamentos, no sentido de possuir uma autonomia individual, é o que forma a base para que possamos nos empenhar em uma atividade prática-normativa, ou seja, de questionarmos a ordem social e exigirmos provas de sua legitimidade moral. Assim, afirmar ser a liberdade a base de uma concepção de justiça com validade universal, não por mera contingência, é dado a partir da possibilidade de pensar sobre o justo a partir de julgamentos individuais. O justo é aquilo que maximiza a autonomia dos indivíduos da sociedade e exigir a justiça é batalhar para determinar, em conjunto com outros, as regras normativas da vida social.¹²

⁸ Ibid., p. 11.

⁹ Ibid., p. 15.

¹⁰ Ibid., p. 16. “A legitimidade normativa da ordem social cada vez mais depende de se faz o suficiente para garantir a autodeterminação individual, ou ao menos suas pré-condições básicas.”

¹¹ Ibid., p. 17.

¹² Ibid., p. 17. Aqui Honneth se questiona dos conceitos de justiça dos antigos, tendo em vista que estes não tinham noção da importância da liberdade na relação com o justo. Para ele, a fusão destas ideias é uma conquista da modernidade e a reversão desta seria um barbarismo

Dito isso, a afirmação de que a liberdade constitui o centro valorativo das instituições e práticas das sociedades modernas ganha um caráter de validade universal, pois deixa de possuir uma característica de mera contingência histórica. Isso forma as duas premissas iniciais assentadas anteriormente, ou seja, o valor compartilhado pela sociedade e a sua relação necessária com a justiça, possibilitando que se forma uma teoria da justiça como análise da sociedade. Porém, ainda é necessário analisar, através da reconstrução normativa como fundamentada acima, a concretização da ideia de autonomia individual e da liberdade nas práticas e instituições sociais. Ainda resta estabelecer a extensão e a implementação da liberdade individual.¹³

2 Liberdade Negativa

A ideia de liberdade na modernidade, aponta Honneth, é uma das que suscitam mais controvérsias e variedade de conceitos. O estabelecimento de uma ideia de justiça fundada na liberdade individual depende de que se entenda esta noção. Para tanto, é necessário que se investigue os vários modelos fornecidos para tal tarefa. Segundo ele, três ideias de liberdade individual prevaleceram historicamente, sendo que estas permitem que se notem diferentes entendimentos quanto à estrutura e caráter das intenções individuais. Tais modelos de liberdade são chamados por ele de liberdade negativa, reflexiva e social.¹⁴

Neste momento, é importante que se estabeleça novamente o escopo deste trabalho. Estes três modelos de liberdade são fundamentais para que Honneth estabeleça sua ideia de justiça. Ao iniciar a análise pormenorizada de cada um, ele estabelece sua importância e suas patologias, indicando a necessidade do conceito seguinte de liberdade. Porém, como aqui se pretende meramente a utilização dos conceitos de Honneth para explicar o exemplo de Dostoiévski, basta que se analise a noção de liberdade negativa, por ser esta a que parece explicar de maneira adequada o caso da prisão dourada, como será melhor fundamentado no tópico seguinte.

Para a construção do modelo negativo de liberdade, Honneth parte do início da modernidade, especialmente pelos escritos de Thomas

cognitivo. Com isso, ele quer dizer que após o momento em que a inter-relação entre liberdade e justiça é percebida, apesar de ser um momento histórico, não é algo contingente, pois não é possível que se abandone esta ideia sem que se realize um erro grosseiro.

¹³ Ibid., p. 18.

¹⁴ Ibid., p. 19.

Hobbes, passando por Sartre e Nozick¹⁵. No primeiro destes autores, ele vê a definição primordial da liberdade negativa, qual seja, de que a liberdade é a ausência de impedimentos externos para um movimento.¹⁶ É assim que Hobbes entende este conceito, ao afirmar que “Liberdade [*liberty*], ou liberdade [*freedom*], significa (propriamente) a ausência de oposição; (por oposição entendo impedimentos externos ao movimento);”¹⁷. Esta definição de liberdade, diz Hobbes, não é exclusiva para seres humanos¹⁸, sendo que para estes a liberdade é a ausência de impedimentos externos que embarquem seus objetivos¹⁹, sejam eles quais forem, pois na definição de liberdade negativa o caráter das pretensões de um indivíduo não desempenham função alguma, ou seja, os objetivos do indivíduo não precisam ser justificados para que a ação seja livre.

A liberdade negativa, então, em primeiro lugar, é fundada na ausência de impedimentos externos que limitem os humanos a atingirem seus objetivos e, em segundo lugar, que estes não exigem nenhuma espécie de justificação, bastando que sejam do indivíduo para que este seja livre. Sendo assim, diz Honneth, a concepção de sociedade justa, ou seja, aquela que promova a liberdade, seria, neste caso, uma que garante que os sujeitos persigam seus próprios objetivos, quaisquer que sejam eles.²⁰

A concepção de sociedade baseada na liberdade negativa é formada a partir de uma abordagem metodológica que é conhecida por contrato social, a qual se dá a partir de um estado natural pré-político, do qual se questiona qual ordem política os sujeitos de tal estado irão consentir em adotar. Este método torna claro que a sociedade almejada é aquela que melhor oferece aos sujeitos modos de atingir seus interesses individuais. “Qualquer ordem política e legal derivada desta maneira pode apenas contar com a aprovação de seus sujeitos na medida em que sucede no cumprimento de cada expectativa individual.”²¹

¹⁵ Diz Honneth que estes dois autores, em linhas gerais, compartilham uma ideia de liberdade próxima da desenhada por Hobbes. *Ibid.*, p. 23.

¹⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 139.

¹⁸ *Ibid.*, p. 139.

¹⁹ Diz Hobbes que “um homem livre é aquele que, naquelas coisas que por força e inteligência ele é capaz de realizar, não é impedido a fazer aquilo que ele quer fazer (*has a will to*).” *Ibid.*, p. 139. Sobre essa vontade é indiferente sua origem, mesmo que por desejo ou inclinação (*Ibid.*, p. 140), diferentemente do conceito de liberdade reflexiva que Honneth apresenta em momento posterior.

²⁰ HONNETH. *Op. Cit.*, p. 27.

²¹ *Ibid.*, p. 27.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

Esse modelo de liberdade, porém, não atinge a autodeterminação individual (ao menos não atinge de maneira adequada). Isso porque o agir livre do indivíduo necessita de algo mais do que a ausência de impedimentos externos. Para Honneth, é necessário que se fale da capacidade do indivíduo de avaliar os objetivos que pretende alcançar.²² Seu projeto, por tal motivo, avança no estudo da liberdade para os modelos reflexivo e social, fundados em especial, respectivamente, em Kant e Hegel.²³

Apesar de, como exposto acima, a liberdade negativa não dar conta da ideia de liberdade fundante de uma teoria da justiça, esta primeira abordagem é fundamental para o estudo da liberdade individual como valor central das sociedades modernas. A insuficiência do conceito não o torna inútil no projeto de Honneth. Neste sentido, deve-se proceder no detalhamento desta importância que, para ele, se evidencia a partir do estudo da liberdade jurídica.

Nas sociedades modernas, a autonomia do indivíduo é vista através de direitos subjetivos garantidos a este de modo que em tal espaço nem o Estado nem outro indivíduo podem interferir. Isso reflete o já dito sobre a liberdade negativa, ou seja, de que alguém somente é livre na medida em que não existam impedimentos externos a sua vontade. A liberdade jurídica, como explanada neste parágrafo, é um âmbito de ação individual na qual o sujeito pode agir da forma que lhe convir, sendo que esta, e Honneth é enfático nesse ponto, não necessita de uma justificação perante os outros, formando um campo de ação livre de relações interpessoais.²⁴

No desenvolvimento do conceito de liberdade jurídica, Honneth toma três passos²⁵. Inicialmente ele expõe o motivo para existência da liberdade jurídica, para em seguida apontar seus limites e, em um terceiro momento, suas patologias.

No que se refere ao primeiro ponto, ele inicia indicando que a liberdade jurídica pode ser vista de duas formas. Externamente, no que se refere ao direito individual de estar salvo de interferências do Estado ou de outros indivíduos, sendo tal direito garantido pelo próprio Estado. Internamente, num âmbito privado em que os sujeitos podem examinar seus objetivos de forma privada.²⁶ Nesse sentido, a liberdade jurídica

²² *Ibid.*, p. 28.

²³ No entanto, como já afirmado, este trabalho limita-se ao estudo da liberdade negativa.

²⁴ *Ibid.*, pp. 72-73.

²⁵ *Ibid.*, p. 73.

²⁶ *Ibid.*, p. 81.

possibilita ao indivíduo uma esfera privada na qual ele está protegido da interferência de atores exteriores, ao mesmo tempo em que suas ações neste âmbito estão livres da justificação que é necessária em uma esfera comunicativa. Assim, a razão para que exista a liberdade jurídica é a libertação do indivíduo para um âmbito puramente individual, protegido de interferências externas.

Continua Honneth, todavia, afirmando que este sentido de liberdade possui limites. Fundada apenas em uma concepção negativa, cria um modelo que por si só é insuficiente. Para ele, a liberdade jurídica só pode ser devidamente compreendida no sentido de uma prática intersubjetiva de reconhecimento (o que ultrapassa um âmbito puramente individual).²⁷ Isso se deve, afirma, por três motivos. Em primeiro lugar, para que haja a liberdade jurídica, deve haver um sistema de práticas institucionalizadas, de modo que os sujeitos cooperem um com os outros sob a luz de uma norma compartilhada²⁸. Em segundo lugar, a relação de reconhecimento entre todos – de que cada um possui um âmbito individual de liberdade na qual não é necessária alguma forma de justificação para as ações – envolve uma expectativa mútua de que cada participante irá ter um certo comportamento.²⁹ Por fim, em terceiro lugar, a relação aqui tratada gera o que Honneth chama de 'personalidade jurídica'. Esta, de um lado, abstrai de suas convicções pessoais de forma a permitir a relação com o outro mediada pelo direito. De outro, requer que se confie que o outro irá obedecer às normas legais quaisquer que sejam seus verdadeiros motivos e intenções. Isso indica atos que contrariem as próprias convicções das pessoas para que possam se conformar as expectativas intersubjetivas existentes criadas pela prática institucional do direito.³⁰ Essas três considerações esclarecem como a liberdade jurídica é mais do que apenas uma prática individual, mas exige um reconhecimento mútuo desse espaço, o que necessita de um âmbito intersubjetivo de relações.

Disto resulta que a liberdade jurídica não consegue prover sua própria base, pois a sua existência depende de mais do que apenas um âmbito privado de qualquer forma de justificação. Apenas por ela não é possível conceber somente na esfera do direito o exercício da liberdade negativa que ele cria.³¹ Além disso, através da liberdade jurídica não é

²⁷ *Ibid.*, p. 81.

²⁸ *Ibid.*, p. 81.

²⁹ *Ibid.*, pp. 81-82.

³⁰ *Ibid.*, pp. 82-83.

³¹ *Ibid.*, p. 83.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

possível a deliberação ética, pois esta depende de uma conversação entre indivíduos, o que não ocorre se a liberdade for vista apenas como espectro de ação individual não sujeito a relações exteriores. Assim, direitos subjetivos (fundados na liberdade negativa) não possibilitam o desenvolvimento e formulação de novas concepções de bem, mas apenas a manutenção das já existentes, já que para tanto é exigido um âmbito de comunicação que requer justificativas, o que não é provido através da liberdade jurídica.³²

A liberdade jurídica, ainda, não permite a autorrealização, já que esta necessita do estabelecimento de objetivos de vida e concepções de bem, os quais exigem aspectos intersubjetivos de justificação. Para isso, é necessário sair do aspecto negativo da liberdade, o que não é possível através da liberdade jurídica.³³ Estas limitações demonstram como o indivíduo necessita de um engajamento comunicativo com os outros, pois é neste momento que a reflexão ética pode ocorrer, tornando possível o desenvolvimento de convicções e valores.

As limitações apresentadas indicam como a liberdade não pode ser entendida apenas sob o âmbito jurídico. Se assim for, Honneth afirma que surgirão patologias sociais. Este conceito, entende ele, significa um desenvolvimento social que de forma significativa impede a possibilidade de se tomar parte racionalmente em importantes formas de cooperação social.³⁴

Como a liberdade jurídica envolve um alto grau de abstração, pois aparta o sujeito de relações intersubjetivas, o indivíduo evita obrigações oriundas da comunicação intersubjetiva, porém não oferece alternativas para projetos de vida.³⁵ O que ocorre é a criação de um espaço vazio, pois, conforme já dito, na esfera criada pela liberdade jurídica o indivíduo é incapaz de criar convicções morais e concepções de bem, de modo que este modelo de liberdade torna-se insuficiente para a autorrealização individual. Essa insuficiência origina, conforme Honneth, duas patologias sociais: a judicialização dos conflitos sociais e a desobrigação perante a sociedade.³⁶

A primeira patologia refere-se a crescente judicialização dos conflitos e disputas sociais, no sentido de que se evita a vida comunicativa na resolução de questões sociais em prol de uma abstração em torno do

³² Ibid., p. 84.

³³ Ibid., pp. 84-85.

³⁴ Ibid., p. 86.

³⁵ Ibid., p. 87.

³⁶ Ibid., p. 88.

direito, buscando neste a mediação necessária para a solução dos problemas surgidos na vida em sociedade.³⁷ Isso acarreta os problemas vistos anteriormente, ou seja, a falta de comunicação intersubjetiva que causa o esvaziamento do sujeito ante a impossibilidade de que se estabeleçam ideais de vida.

A segunda patologia, por sua vez, trata de uma incapacidade de se tomar decisões e uma recusa de obrigações. A liberdade fornecida pelo direito funciona como um espaço no qual o sujeito não precisa se comprometer com relações intersubjetivas, de modo que não consegue formar ambições ou crenças.³⁸

Mesmo diante de limites e patologias sociais, porém, não se pode dizer que não há importância no cultivo da liberdade jurídica, desde que ressaltado que esta é insuficiente para que se dê conta da ideia de liberdade como fundamento da justiça e da autorrealização individual. A razão para tal se deve à liberdade jurídica possibilitar um espaço para o indivíduo se emancipar de obrigações sociais e da necessidade de justificar no campo das relações comunicativas intersubjetivas para focar em alcançar seus objetivos.³⁹ A liberdade jurídica, assim entendida, não é a forma ideal para mediar a relação com os outros, mas sim para criar um espaço de ação individual, após a base das convicções e objetivos pessoais ter sido estabelecida através de relações intersubjetivas.

3 A Prisão Dourada de Dostoiévski

Dostoiévski, em seu livro 'Recordações da Casa dos Mortos'⁴⁰, cria uma narrativa baseada no período em permaneceu em uma prisão russa na Sibéria. Durante a publicação de tal texto, ele preocupava-se com a censura russa, pois esta poderia ver sua história como uma crítica ao modo como o governo cuidava de seu sistema prisional. Porém, o que chamou a atenção dos órgãos de censura foi a maneira 'positiva' que Dostoiévski descreveu a prisão, no sentido de que o tratamento interno não era tão ruim quanto se imaginava. Isso, para a censura, poderia ser entendido como certo incitamento para o crime.⁴¹

³⁷ Ibid., p. 90.

³⁸ Ibid., p. 93.

³⁹ Ibid., p. 88.

⁴⁰ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Recordações da Casa dos Mortos. Tradução de Nicolau S. Peticov. São Paulo: Nova Alexandria, 2015.

⁴¹ FRANK, Joseph. Dostoiévski: Os Efeitos da Libertação, 1860-1865. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 60.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

O foco para Dostoiévski, porém, não era nas condições do presídio, mas na própria limitação da liberdade. Mesmo em condições acima das imagináveis para uma prisão, a impossibilidade de que o preso possa se deslocar para onde pretende é o que sufoca sua existência. É o que ele sugere ao escrever “Mesmo a ideia que eu tinha de trabalho forçado não me pareceu tão verdadeira; a opressão estava mais na palavra 'forçado', obrigatório, do que na palavra 'trabalho', coisa que é da natureza humana, mas ali era imposição mantida pela lei da chibata.”⁴² Em suas pesquisas mais profundas nos textos de Dostoiévski, Joseph Frank encontra uma passagem esclarecedora:

“Em suma’, escreve Dostoiévski. ‘reinava no presídio um tormento completo, terrível, genuíno. E mesmo assim (é isso exatamente o que quero dizer) para um observador superficial, ou para algum cavalheiro refinado, à primeira vista a vida de um condenado pode às vezes parecer agradável. ‘Mas meu Deus!’ – diz ele – ‘Olhem para eles: existem alguns (quem não sabe disso?) que nunca tinham comido pão branco, e que não sabiam sequer que esse pão delicioso existia no mundo. E agora, vejam o tipo de pão com que o alimentam – a ele, um patife ordinário, um ladrão! Olhem para ele: como anda à vontade, como caminha! É, não dá a mínima para ninguém embora esteja de grilhetas! E o que você acha daquele?! – está fumando um cachimbo! E o que é aquilo? Um baralho!!! Ora veja só, um bêbado! Então se pode beber aguardente na cadeia?! Deem-lhe um castigo!!!’ É isso que dirá, à primeira vista, alguém que chega do mundo exterior, talvez uma pessoa bem-intencionada e bondosa...”⁴³

Tal observador, considerando o que Dostoiévski pensa, não compreende a punição do presidiário. O que o constrange é não poder exercer sua liberdade e é neste sentido que o exemplo da prisão dourada deve ser entendido. Este é introduzido pela seguinte passagem:

“Faça uma experiência: construa um palácio. Adorne-o com mármore, quadros, ouro, aves-do-paraíso, jardins suspensos, todas as espécies de coisa. [...] E entre no palácio. Bem, pode ser que você nunca mais queira sair. Talvez, para dizer a verdade, você nunca mais vá sair. Você ali tem tudo! ‘Deixem-me só!’ Mas, de repente – uma bobagem! Seu castelo é cercado de muros, e lhe dizem: ‘Tudo aqui é seu! Divirta-se! Só não ponha o pé fora daqui!’ E, acredite-me, nesse instante você irá desejar deixar seu paraíso e pular os muros. E até mais! Todo esse luxo, toda essa plenitude só irá piorar

⁴² DOSTOIÉVSKI, Fiódor. Op. Cit. p. 31.

⁴³ FRANK, Joseph. Op.Cit., p. 62.

seu suplício. Você até se sentirá ofendido por causa de todo esse luxo. [...] Sim, está faltando somente uma coisa: um pouco de liberdade! Um pouco de liberdade e um pouco de autonomia.”⁴⁴

Todos os bens materiais possíveis não bastam se for para se viver preso, sem poder desfrutar de liberdade. Nestas condições, Dostoiévski afirma que ele preferiria uma vida sofrível fora de tal prisão dourada, do que permanecer preso em boas condições. “Para Dostoiévski, a necessidade psíquica do homem de se sentir livre é tão elementar, tão forte, que não pode ser reprimida mesmo que o sufiquemos numa ilimitada opulência.”⁴⁵

Na relação deste exemplo com a teoria desenvolvida por Honneth, deve-se atentar para duas questões principais. A primeira reflete a importância da liberdade, de modo que justifique a escolha desta em vez de uma infinidade de bens materiais. Após, é necessário responder qual modelo de liberdade Dostoiévski deixa implícito no caso da prisão dourada.

A primeira pergunta tem como resposta o papel central que a liberdade desempenha nos valores da sociedade moderna. Honneth tem como primeira premissa de seu projeto a existência de valores compartilhados pela sociedade, os quais ele pretende conectar a uma teoria da justiça. Este valor é a liberdade, a qual conecta o indivíduo e a estrutura normativa da sociedade como um todo, derivando daí sua importância, pois, ao mesmo tempo em que possibilita a formação de uma concepção de bem para o indivíduo, fornece motivos para a legitimidade da ordem social.⁴⁶ Possuindo a liberdade papel tão importante, é compreensível que um sujeito prefira não estar em uma prisão dourada, diante da impossibilidade de desfrutar uma vida livre.

Quanto ao segundo questionamento, a resposta deve começar com a compreensão do tipo de liberdade que o indivíduo almeja ao não escolher viver na Prisão Dourada. No exemplo, Dostoiévski não se refere a alguma hipótese de formação de convicções morais ou concepções de bem. Não há menção ao conteúdo da vontade do agente em qualquer momento, de modo que suas escolhas não exigem qualquer justificação. Esta não exigência é característica da liberdade negativa como exposta anteriormente. Além disso, a constrição da liberdade não se deve a desejos ou inclinações do indivíduo, mas sim a um impedimento externo,

⁴⁴ DOSTOIÉVSKI, Fiodor apud FRANK, Joseph. Op.Cit., p. 63.

⁴⁵ FRANK, Joseph. Op. Cit., p. 64.

⁴⁶ HONNETH, Axel. Op. Cit., pp. 15-16.

Parte II – Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica

ou seja, ele será preso em um palácio e de lá não poderá sair pois será impossibilitado por meios externos a fazer isso.

A não existência de impedimentos externos que constringem a vontade do indivíduo, além da não necessidade de justificar o conteúdo desta vontade é o que Honneth considerou como características fundamentais da liberdade negativa. Desse modo, o sentido que a palavra liberdade está sendo empregada quando um indivíduo escolhe ser livre em vez de uma prisão em um palácio no qual desfrutaria de todos os bens materiais que desejasse é o mesmo que no modelo negativo de liberdade.

Por fim, o exemplo de Dostoiévski não se refere em momento algum a normas jurídicas ou direitos subjetivos. A liberdade jurídica é uma concretização da liberdade negativa nas instituições da sociedade moderna. Isso implica que, ao avaliarmos a prisão dourada sob os conceitos expostos por Honneth, não devemos falar em liberdade jurídica, mas apenas em liberdade negativa.

Conclusão

Na construção de uma teoria da justiça como pretende Honneth a liberdade é conceito central. Esta relevância se deve, como dito, a conexão que a liberdade faz entre o indivíduo e a sociedade, além da relação moderna que tem com a justiça social, não contingente, mas conceitual, vez que fundamenta a possibilidade de justificação da ordem social.

Relacionado ao conceito de liberdade existem vários significados, sendo que Honneth estabelece três como prevalentes: liberdade negativa, reflexiva e social. O primeiro destes significados, central para os fins deste artigo, conecta ser livre com a incoerência de impedimentos externos a vontade, de modo que nada interno a esta é mencionado, deixando de lado qualquer necessidade de justificação das escolhas do indivíduo.

No campo das práticas e instituições sociais, ou seja, na realidade social, a liberdade negativa encontra campo de atuação no direito com o que Honneth chamou de liberdade jurídica. Esta se caracteriza por ser um espaço de atuação privado, no qual o Estado ou outros indivíduos não podem interferir, formando um âmbito em que a justificação das escolhas que ocorre em uma esfera comunicativa não é necessária.

A liberdade jurídica, como aponta Honneth, possui limites, sendo que se for tomada como representando todo o conceito de liberdade irá gerar patologias sociais. Tais limites gravitam em volta da necessidade que

as convicções morais e concepções de bem possuem de serem justificadas, o que só é possível ocorrer em relações intersubjetivas. Mesmo limitada de tal maneira, a liberdade jurídica encontra relevância na medida em que possibilita que o indivíduo forme uma esfera privada para a efetivação de seus objetivos, já construídos através de práticas intersubjetivas.

Essa exposição sobre a liberdade pode ser tomada como ponto de referência para o esclarecimento do que Dostoiévski entende como liberdade ao expor seu exemplo da prisão dourada. Neste, a escolha entre uma infinidade de bens materiais ou a possibilidade de ser ver livre de impedimentos à locomoção é discutida. A escolha pela liberdade, como realizada pelo romancista, deve ser vista em relação a prevalência que o valor da liberdade tem para a sociedade moderna. Isso ocorre, segundo Honneth, tendo em vista a capacidade deste conceito de formar um vínculo entre o individual e o social, além de servir de fundamento para a justiça. Fundamentada a escolha, ainda resta estabelecer qual modelo de liberdade entre os fornecidos por Honneth melhor se adapta ao que Dostoiévski deixou implícito. Analisando o caso da prisão dourada, nota-se que a liberdade é entendida como a inexistência de impedimentos externos, sendo irrelevantes os motivos da vontade do agente, o que se harmoniza com o disposto por Honneth sobre a liberdade negativa.

Referências

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordações da Casa dos Mortos*. Tradução de Nicolau S. Peticov. São Paulo: Nova Alexandria, 2015.

FRANK, Joseph. *Dostoiévski: Os Efeitos da Libertação, 1860-1865*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HONNETH, Axel. *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*. Translated by Joseph Ganahl. New York: Columbia University Press, 2014.

PARTE III

Antropologia Jurídica e História do Direito

O DIÁLOGO ENTRE O PENSAMENTO DE JOHN FINNIS E A TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA: recepção e tradução cultural no jusnaturalismo contemporâneo*

Alfredo de J. Flores**

Sumário: Introdução. 1 Enquadramento do pensamento de Finnis na tradição jurídica anglo-saxônica. 1.1 A formação do autor no 'Common Law' e na Escola analítica. 1.2 O contexto hartiano de seu discurso. 2 Efeitos do diálogo entre o pensamento de Finnis e o sistema romano-germânico. 2.1 A tradição romanística em Finnis – a influência por Tomás de Aquino. 2.2 Compreender Finnis mediante a tradição romanística – o papel do direito positivo. 2.3 Compreender a tradição romano-germânica mediante Finnis – o método. Conclusão. Sumário.

Introdução

No momento atual¹, é possível apontar que a divulgação² da obra de John Finnis nos países de sistema romano-germânico tem gerado uma situação bastante peculiar, que seria a questão da interpretação de seu pensamento em uma tradição distinta³ daquela à qual esse autor se encontra. Além disso, a julgar pela grande repercussão de

* Texto referente à comunicação feita no dia 02 de junho de 2005 na *Universidad Austral*, em Buenos Aires (República Argentina) para as *Jornadas Internacionales en homenaje a John Finnis – a 25 años de la publicación de 'Natural Law and natural rights'*. A versão original deste texto foi publicada em espanhol: FLORES, Alfredo de J. El diálogo entre el pensamiento de John Finnis y la tradición romano-germánica. In: LEGARRE, Santiago; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro; ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (org.). *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de 'Natural Law and natural rights'*. Santiago: Universidad de los Andes, 2006. p. 183-192. Tradução de Vicente Cortese (PPGDir-UFRGS), com revisão e acréscimo de notas pelo autor.

** Doutor em Direito e Filosofia (*Universitat de València*, Espanha). Professor Associado de Metodologia Jurídica (*Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS*). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (UFRGS). Sócio-aderente da *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD)*.

¹ Estas notas atualizam o corpo de texto aqui apresentado, que remonta ao evento citado (2005) e à publicação do capítulo de livro (2006).

² Entendemos que tal repercussão teve como um dos pilares a tradução da obra mais conhecida de Finnis para a língua espanhola: FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción y Estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. Nossa análise se circunscreve a esse âmbito de circulação do livro, na língua espanhola, não emitindo propriamente um juízo a respeito de outras traduções já publicadas.

³ O arrazoado aqui apresentado tem relação com o impacto da citada obra primeiramente no contexto hispano-americano durante o início do séc. XXI. Quanto ao contexto brasileiro, não

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

suas ideias, percebe-se que é necessário buscar uma proposta de leitura desse diálogo, que ao final favoreça esse contato respeitando as características de cada contexto jurídico, o romano-germânico⁴, por um lado, e o anglo-saxônico, por outro.

Nesse sentido, nessa investigação se buscará definir uma proposta para tal diálogo. Para isso, necessitamos destacar dois pontos de vista: primeiramente, um exame analítico que é preliminar ao estudo, no qual se faz uma apresentação de diferenças e similitudes entre as tradições mencionadas, e em seguida um enfoque sintético, que avalia os possíveis efeitos de um contato entre ambos os ideários, como uma revisão de enfoques e um aprofundamento dos respectivos fundamentos teóricos a partir dessa comparação.

Desse modo, buscar-se-á indicar que a compreensão⁵ do pensamento de Finnis por meio da tradição romano-germânica depende de uma

seria o caso aqui de discutir a difusa repercussão que teve no Brasil de maneira geral, pois isso demandaria uma análise à parte, em razão da diferença própria brasileira no âmbito institucional e de debate da recepção de doutrina estrangeira, representando algumas diferenças com o mundo hispano-americano. Entretanto, a respeito do Rio Grande do Sul, enquanto formando um grupo de professores de Universidades rio-grandenses que, na década passada, trabalhou o ideário de Finnis, pode-se dizer que colaboramos no processo de recepção e introdução do pensamento de Finnis por vários meios, desde trabalhos acadêmicos (dissertações e teses), eventos (especialmente com a presença do próprio John Finnis em Porto Alegre em 2007) e inúmeros grupos de estudo sobre o pensamento e obra do autor. Vale lembrar que isso se deu a partir do contato inicial que tivemos com outros professores (majoritariamente argentinos) durante o evento de apresentação da citada obra em espanhol em Buenos Aires em 2001. Agora, importa esclarecer que, por uma coincidência, a tradução para o português desta mesma obra de Finnis foi feita pela Editora da Unisinos, que também é do RS, mas isso se deu por meio de contato entre editoras, sem que houvesse relação com o grupo de professores que difundia o pensamento finnisiano no mesmo contexto. Dessa maneira, isso explica por que a nomenclatura utilizada pela tradução portuguesa desta obra é distinta daquela utilizada nas publicações feitas pelos autores que em algum momento estiveram vinculados a Finnis no Rio Grande do Sul; assim, *v.g.*, mediante indicação do prof. Elton Somensi, notamos esse problema em tal tradução: “Entre seus representantes clássicos, a tradição de teorizar a respeito da lei natural nunca sustentou que o que chamei de requisitos da razoabilidade prática, enquanto distintos dos valores humanos básicos ou princípios básicos da razoabilidade prática, é claramente reconhecido por todos ou mesmo pela maioria – pelo contrário. Então, não precisamos também hesitar em dizer que, apesar do substancial consenso sobre o contrário, não existem direitos humanos absolutos” (FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2007. p. 219), de onde Finnis não defenderia a existência de tais direitos humanos absolutos – mas não é assim, pelo contrário. O tradutor chileno Cristóbal Orrego, depois de revisar o texto com o próprio Finnis, diz que “así que nosotros tampoco tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos” (FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit. p. 252).

⁴ Aqui, mais no contexto latino-americano, sem entrar no debate comparatista de ser um subsistema do romano-germânico ou não.

⁵ Importa ressaltar que a presente análise, propriamente mais próxima de uma ciência do direito comparado, não se preocuparia de modo especial com o teor filosófico-jurídico do

mediação histórica que evite uma leitura equivocada, que seria a de tomar esse ideário como base de toda uma experiência jurídica que deveria ser reordenada por derivação desde seus postulados. Ademais, por outro lado, não se pode olvidar que o método defendido por Finnis para as ciências sociais descritivas deve representar uma revisão na tradição romano-germânica de suas posturas, para retornar a suas origens no pensamento clássico.

1 Enquadramento do pensamento de Finnis na tradição jurídica anglo-saxônica

A perspectiva inicial é analítica, que tem por fundamento um tópico preliminar, a comparação⁶ entre as tradições anglo-saxônica e roma-

pensamento finnisiano, se estaria de acordo ou não com alguns postulados prévios da tradição aristotélico-tomista. O que intuitivamente falávamos na década de 2000, hoje entendemos que se encontra mais elaborado a partir dos critérios estabelecidos no debate iniciado em 2004 por Diego López Medina dentro da filosofia do direito da América Latina. De fato, tal autor comenta que a recepção das teorias jurídicas de países centrais seguramente sofrerá a influência do contexto receptor – por isso fala de uma “teoria impura do direito”: “A impureza se radica em outra parte: a reconstrução cultural proposta da teoria do direito na América Latina pretende mostrar, por exemplo, em que períodos e por que razões o sincretismo metodológico que aborrecia a Kelsen se converteu efetivamente em parte fundamental de entender e fazer direito na região; e, logo, quais foram as razões que levaram a estas mesmas teorias ao seu declínio gradual. Resulta evidente do que já se mencionou que a teoria impura do direito não pretende opor-se ou refutar a correção normativa da teoria kelseniana. Se a ‘impureza’ de minha proposta não consiste em dita refutação, qual é, pois, seu significado? O presente ensaio busca responder a esta pergunta. Nele, tão somente exporei o marco geral de uma aproximação à história cultural da teoria jurídica latino-americana que, por seu valor, deve validar-se em seus resultados concretos: isto é, deve contribuir para reconstruir adequadamente o papel que o positivismo teve na América Latina, sua paradoxal e próxima conexão com a Jurisprudência dos conceitos e, finalmente, as resistências – antigas e novas – que estas ideias tiveram na região desde diferentes desafios antiformalistas que se lhes foram lançados” (LÓPEZ MEDINA, Diego. Por que falar de uma ‘teoria impura do direito’ para a América Latina?. Tradução de Matheus Neres da Rocha e Alfredo de J. Flores. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS*, vol. 11, n. 01, p. 04). Ainda que López Medina trabalhe tal modelo com os autores mais próximos de um positivismo (ou pós-positivismo, a rigor e apesar de o autor não ter a mesma opinião, enquadrando todos como Teoria Transnacional do Direito, tanto Kelsen como Hart, Dworkin e Habermas, *e.g.*), a questão aqui é se há “transplante” de conceitos e esquemas de um autor jusnaturalista que se espalha pelo mundo anglo-saxônico, como Finnis, e que estudou com Hart. Sobre o pós-positivismo, o professor Carlos Massini comenta que estes autores querem “alcanzar las ventajas propias del iusnaturalismo clásico: su defensa de un fundamento racional de la normatividad jurídica y de un criterio objetivo de estimación ética, sin necesidad de comprometerse con la existencia de bienes humanos básicos, ni con la adopción de un punto de vista cognitivista respecto de las realidades eticójurídicas” (MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 21).

⁶ Poderíamos aqui dizer que a questão do contato entre esses sistemas se refere ao que atualmente chamamos “tradução cultural”, em que pesam as experiências jurídicas de cada

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

no-germânica; esse tópico será visto mais particularmente no próprio ideário de Finnis, pois assim se evita que tenhamos considerações genéricas que seriam próprias da ciência do Direito comparado.

Esse enfoque compreende dois passos na história do autor, a formação na tradição do *Common Law* na Austrália e a aproximação posterior ao pensamento de Herbert L. A. Hart na Inglaterra.

1.1 A formação do autor no ‘Common Law’ e na Escola Analítica

A forma mais adequada para tratar essas diferenças e similitudes entre os referidos sistemas é ter em concreto a formação jurídica de Finnis, onde se observa a presença da visão jurídica do *Common Law* já em seus estudos iniciais, a que se acrescenta sua introdução na Escola Analítica inglesa em momento posterior, durante o seu doutorado.

A respeito de sua formação⁷, basta referir que Finnis fez a faculdade de Direito na *Adelaide University*, na Austrália, onde recebeu a sua formação jurídica. Nessa escola, como até os dias atuais, estuda-se o sistema legal australiano, que tem por fundamento histórico o *Common Law* inglês. Isso explica, ademais, a posterior atuação de Finnis como *barrister* nos tribunais de Londres, onde fazia costumeiramente a defesa do governo de seu país em questões de matéria constitucional que eram referentes à federação.

Posteriormente, foi para a *Oxford University*, onde estudou de 1962 a 1965 e acabaria apresentando uma tese de doutorado sobre a “Ideia de Poder judiciário”, com a orientação de H. L. A. Hart. Em tal tese, percebe-se um vínculo com sua formação universitária, já que faz uma explicação da estrutura do Poder judiciário na Austrália.

local de “recepção” (entendendo-se aqui que é comum a via de mão dupla, em que mesmo em países centrais há algum contato do que vem de fora). Assim, comentamos em outro momento: “Em geral, no entanto, *tradução* é o termo utilizado quando a discussão diz respeito a questões de linguagem, interpretação, comunicação e compreensão. Quem realiza estudos de Direito comparado utiliza o conceito de tradução para se envolver com, por exemplo, a questão de saber se é ou não é possível afirmar que um termo, característica ou processo jurídico utilizado em uma língua ou local jurídico tem um equivalente em outro, ou para analisar em que medida podem ser “compreendidas” as características jurídicas específicas de um ambiente, sistema, cultura ou mentalidade jurídica por indivíduos situados ou educados em um ambiente, sistema, cultura ou mentalidade distinta” (FLORES, Alfredo de J.; MACHADO, Gustavo Castagna. Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de História do Direito. *História e Cultura*, v. 04, 2015. p. 130).

⁷ A parte principal destas informações sobre a vida de John Finnis foi retirada do “Estudo preliminar” feito pelo tradutor Cristóbal Orrego para a versão em língua espanhola da citada obra – ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. Estudio preliminar. In: FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción y Estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 09-32.

Mas tal contato com o mais importante representante do pensamento analítico inglês teve repercussões profundas em Finnis, representando um segundo passo no desenvolvimento de seu pensamento, quando então se pode dizer que o autor australiano, nessa época do doutorado, seguiria as ideias de Hart. Dentro desse contexto, estando de novo em Oxford em 1966, Finnis recebeu um encargo do mesmo Hart, que seria escrever um livro sobre a temática da lei natural⁸, o que, na situação em que se encontrava, seria para ele um trabalho interessante, porém sem grandes pretensões. Dita obra seria depois publicada como *Natural Law and natural rights*⁹, e foi um sinal de todo esse processo de desenvolvimento de seu pensamento em direção ao jusnaturalismo.

1.2 O contexto hartiano de seu discurso

Na sua famosa obra, “Lei natural e direitos naturais”, manifesta-se patentemente todo esse processo de transformação e aprofundamento do pensamento de Finnis, no qual passa das posições analíticas às jusnaturalistas. É verdade que o autor australiano, durante esse período de grande influência hartiana em seu pensamento, também empreendia estudos de caráter filosófico. Isso poderia ser a demonstração de um processo de universalização desde um particular construído a partir da teoria analítica; em outros termos, Finnis inicia os seus estudos na técnica do *Common Law* e segue em direção de uma visão teórico-jurídica analítica, até que, depois, mediante a contribuição do pensamento da filosofia clássica, busca entender a essência do Direito¹⁰.

⁸ Da estrutura da obra, Elton Somensi fala que “*Natural Law and Natural Rights* está estruturado nos moldes de um livro de introdução ao Direito. De fato, pode ser visto como uma teoria jusnaturalista do Direito, escrito para o ambiente intelectual anglo-saxão, o que justifica a linguagem e a forma adotadas, bem como os temas abordados e os argumentos desenvolvidos” – OLIVEIRA, E. S. Finnis, John Mitchell. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/RS – RJ: Unisinos – Renovar, 2006. p. 360. Ou seja, havia no convite de Hart o intuito de uma apresentação do ideário jusnaturalista, e nada mais que isso.

⁹ A primeira edição do livro de Finnis é de 1980; utilizamos reimpressão posterior – FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 1st ed. repr. Oxford: Clarendon Press, 1999.

¹⁰ É clara a posição do próprio autor quando afirma: “Tenemos la oportunidad, y la capacidad racional, de volver sobre los pasos que han dado lugar a nuestra cultura pública, la educación y las creencias más difundidas en la situación actual. Y tenemos buenas razones para intentarlo: por causa de la verdad, la comprensión, la dignidad humana y la libertad. Esta vuelta sobre los pasos, esta retractación de sucesivas negaciones – una retractación siempre ha de estar informada por las genuinas preguntas de nuestros contemporáneos y nunca motivada por la nostalgia – puede muy bien tomar forma discernible en las razones y posiciones de Tomás de Aquino. Puede afirmarse, con buenas razones, no sólo la racionalidad práctica y la ley natural, sino también la existencia y providencia de Dios, la última explicación de la inteligibilidad y

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Esse processo histórico do pensamento de Finnis é de fato sua visão jurídica. Do concreto da prática do Direito (na visão clássica da *empeiria*), passou para o universal que o jusnaturalismo haveria de confirmar em seus estudos. Ademais, isso mostra que Finnis viveu a experiência do processo metodológico que explica no primeiro capítulo¹¹ de *Natural law and natural rights*, a passagem do ponto de vista externo para o interno (“hermenêutico”), e, em seguida, o ponto de vista do “spoudaios”¹² (ou o “phronimos” clássico), o “prudente” que vive plenamente a realidade das relações que descreve.

Contudo, não se pode esquecer que essa história de seu pensamento tem a base fundada¹³ no sistema do *Common Law*; além disso, no momento em que o autor consegue trabalhar a partir das categorias da “filosofia perene”, haveria de compreender que não deveria rechaçar a sua experiência do Direito, senão que era preciso revisitá-la a partir dos padrões clássicos. Por isso, em seu livro *Natural law and natural rights* fez uma exposição científico-jurídica, visível na segunda parte desse livro, que é seguramente reflexo de uma técnica jurídica de *Common Law*. Assim, com a terminologia própria da prática jurídica da Comunidade Britânica, chega a aprofundá-la a partir do rigor que a Escola analítica lhe havia ensinado, para então alcançar o aspecto universal com a visão clássica. Porém é imperioso ressaltar que essa experiência pertence à cultura anglo-saxônica; por isso, a leitura em outra tradição jurídica demanda uma percepção dos aspectos particulares, para que se evitem derivações acadêmicas de toda a obra de Finnis, mediante a importação¹⁴ de seus conceitos mais específicos para esse contexto jurídico distinto.

verdad de esa ley y de toda ley, así como de cualquier otra institución adoptada por decisiones humanas libres, realizadas por causa del bien común humano” (FINNIS, John. Prólogo. In: MASSINI CORREAS, C. I. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 11).

¹¹ *Idem*, p. 03-22.

¹² Em nota de rodapé (n. 37), Finnis afirma: “Behind Aristotle’s cardinal principle of method in the study of human affairs – viz. that concepts are to be selected and employed substantially as they are used in practice by the *spoudaios* (the mature man of practical reasonableness)” (*Idem*, p. 15).

¹³ O característico da mentalidade de *Common Law* em Finnis seria a perspectiva prático-jurídica presente nas atuações profissionais – assim, comenta Rodolfo Vigo na nota 92 de seu livro: “La preocupación finnisiana por el interés del *lawyer* se revela al definirse el derecho, llegando a afirmar que su teoría se propone ‘facilitar las reflexiones prácticas de aquellos preocupados por actuar, ya sea como jueces o como hombres de Estado o como ciudadanos’” (VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual*: De M. Villey a J. Finnis. México D. F.: Fontamara, 2003. p. 134), onde cita a obra finnisiana *Ley natural y derechos naturales*.

¹⁴ Já dizia meu colega Klaus Cohen-Koplin, retratando a crítica de Martin Rhonheimer a Finnis, que “lo que se puede decir es que el crítico no parece comprender adecuadamente el pensamiento finnisiano, lo que se debe quizás a la circunstancia de que la obra principal de ese

Ademais, ainda que a posição de Finnis, com o tempo, fosse cada vez mais distante da visão de Hart, é inegável que sua teoria jurídica jusnaturalista aceita postulados que antes eram passíveis de serem referidos somente ao juspositivismo, o que explica seu conhecimento de tal posição jusfilosófica. A aceitação por Finnis de que há aspectos do pensamento analítico que são verdadeiros é, no fundo, o reconhecimento de que uma visão científico-jurídica rigorosa pode explicar o real da vida prática sem que necessariamente seja uma derivação teórica de algum jusnaturalismo.

Também porque conhecia o discurso hartiano, Finnis percebe que era preciso estabelecer um diálogo com os defensores da Escola analítica, sobretudo com a intenção de explicar que a lei natural não se tratava de mera ficção ou retórica acadêmica. Aqui entra a questão sobre os efeitos desse intercâmbio entre as distintas culturas jurídicas em estudo.

2 Efeitos do diálogo entre o pensamento de Finnis e o sistema romano-germânico

A partir do que foi refletido no exame analítico, passar-se-á ao enfoque sintético, a partir do qual se busca mostrar os possíveis efeitos que existem a partir do contato¹⁵ do pensamento de Finnis com a tradição romano-germânica.

O exame desse ponto de vista sintético pode ser estabelecido em três passos, que são perceptíveis na história do pensamento de Finnis e de suas repercussões. Primeiramente, (2.1) a influência da filosofia clássica e seu substrato romanístico em Finnis, para depois (2.2) a compreensão de Finnis da tradição romana e, ao final, (2.3) a compreensão dessa tradição a partir do que esse autor apresenta em sua metodologia.

autor ('Ley natural y derechos naturales') está muy dirigida al público anglosajón, especialmente a los acostumbrados con la terminología de Hart" (COHEN-KOPLIN, Klaus. Convergencias y divergencias entre el iusnaturalismo contemporáneo: John Finnis y Martin Rhonheimer. In: LEGARRE, S.; MIRANDA MONTECINOS, A.; ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (org.). *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de 'Natural Law and natural rights'*. Santiago: Universidad de los Andes, 2006. p. 200).

¹⁵ No cenário nacional, uma das primeiras referências do impacto da recepção do pensamento de Finnis foi feita por Leandro Cordioli na *Apresentação* de livro publicado no Brasil, traduzindo o autor australiano (CORDIOLI, Leandro. Apresentação. In: FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução de L. Cordioli e Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 12-13).

2.1 A tradição romanística em Finnis – a influência por Tomás de Aquino

Os estudos feitos pelo professor de Oxford durante a elaboração da obra *Natural Law and natural rights* resultaram numa mudança de perspectivas em seu pensamento. O tema da lei natural era algo mais do que mera curiosidade; era, na verdade, o tema a ser discutido em seu âmbito jurídico anglo-saxônico.

Nesse momento, Finnis percebe a profundidade do pensamento de Tomás de Aquino. O critério necessário para referendar suas reflexões era evidente – o pensamento aristotélico-tomista iluminava o caminho para compreender a ação¹⁶ do homem, os bens humanos e as exigências de concreção de tais bens. Porém essa sua leitura é mais aprofundada quando passa a ler as obras de Germain Grisez¹⁷, que é um paradigma no debate filosófico-teológico da atualidade sobre São Tomás. A influência de Grisez em seu ideário é comentada pelo próprio Finnis, porém isso está mais relacionado à interpretação do ideário do teólogo medieval.

Assim, quando Finnis defende noções de Tomás de Aquino, ainda que o faça mediante sua nomenclatura, faz referência a conceitos da tradição romana¹⁸ que foram usados pelo Doutor Angélico. Por isso, é rele-

¹⁶ Assim, dizemos em outra ocasião: “Aprofundando o método do ‘central case’, de raiz hartiana, Finnis consegue mostrar que a interpretação das relações humanas deve partir do critério correto, que supera a visão hermenêutica que considera desde um ponto de vista interno a todas as posições existentes na relação como aceitáveis. Logo, sempre há uma melhor maneira de chegar à plenitude humana, em cada ato humano, e isso é perceptível, ainda que não seja algo consensual entre os autores. Com efeito, a resposta para encontrar a citada forma é a mesma que foi dada por Aristóteles em seus livros clássicos, qual seja, a imagem do ‘spoudaios’ ou do ‘phronimos’ que vive plenamente a vida humana. Em outros termos, os atos do ser humano que busca a plenitude humana manifestam melhor toda a potência da alma humana, especialmente porque se transformam em hábito bom, a virtude (‘arete’) como a adequação dos sentidos à razão, tarefa essa que é própria da ‘razão prática’, como ensina o *Estagirita*” (FLORES, Alfredo de J. A metodologia jurídica contemporânea e a necessidade da proposta de uma interdisciplinaridade ‘vertical’. *São Judas em Revista*, v. 5, p. 21-38, 2007, esp. p. 33).

¹⁷ A obra mais densa de Germain Grisez, de título *O caminho do Senhor Jesus*, publicada desde 1983 em quatro volumes, tem vários colaboradores nominados, dentre eles John M. Finnis.

¹⁸ Em outras palavras, se a sua proposta metodológica seria o tema mais discutido aqui, não deixa de ser verdade por outro lado que a sua visão de ciência jurídica atualiza o que fez Henry de Bracton, o autor do século XIII que sistematizou o Direito inglês desde os padrões clássicos, na época dos glosadores e pós-glosadores. Entretanto, mesmo havendo séculos de distância entre Bracton e Finnis, é interessante recordar a estratégia de corresponder a tradição jurídica inglesa (em momentos bem distintos) à nomenclatura advinda da tradição romana. Também importante é recordar que o uso obviamente é circunstancial – assim, o editor de Bracton assevera: “It should be kept in mind that everything pertaining to Bracton, even his use of Roman Law, is thoroughly medieval. To understand any question connected with his book we

vante a percepção universal em Tomás de Aquino, que passa a ser particularizada na obra científica de Finnis, segundo o contexto anglo-saxônico, já que se deve recordar que a ciência é também uma preocupação no ideário desse autor.

Esse terceiro passo na história do pensamento de Finnis se revela por sua inclusão no círculo de debates teológicos da Escola de Grisez¹⁹, configurando um novo contexto²⁰ que representa uma percepção da essência dos conhecimentos prático e teórico. Como ficou então essa base de estudos dos períodos anteriores? Parece que Finnis busca reordená-la segundo os novos critérios enriquecidos pelo contato com o pensamento de Tomás de Aquino.

Pode-se afirmar que há, nesse enfoque sintético, uma preocupação preceptiva, pois falamos desde um ponto de vista teórico. Com isso surge a pergunta mais importante – de que modo se deve estudar Finnis? Se for ilícita a inferência dos fatos às normas, como sustenta o próprio autor, devemos trabalhar na perspectiva teórica, descrevendo e prescrevendo a partir dos universais. Se ficarmos presos nos aspectos particulares da visão de Finnis, buscamos ainda o conhecimento prático, que é apenas por espécie, porque sensitivo. Assim, o que vale para o contexto romano-germânico já estava em Tomás, o universal, como Finnis demonstra.

must approach it from the standpoint of the medievalist rather than from that of the classical scholar or the modern lawyer. This applies, also, to the problems associated with the manuscripts of this treatise" (BRACTON, Henry of. *De legibus et consuetudinibus Angliæ*. Ed. George E. Woodbine. vol.1. New Haven: Yale University Press, 1915. p. 22). O elemento de contato entre esses autores tão distantes no tempo é o paradigma clássico.

¹⁹ A nomenclatura utilizada por Grisez tem vinculação com a terminologia de Finnis no que tange à explicação da lei natural. Exemplo claro é o capítulo 7 da citada obra de Grisez, de título *O Direito natural e os princípios fundamentais da moralidade*. Dessa maneira, Grisez retrata a questão C ("What is the first principle of practical reasoning?") falando: "1. Practical reasoning has two phases, one concerned with what might be done, the other with what ought to be done. Although these phases are not usually separated in practice, for purposes of analysis this question and the next will consider the principles of practical reasoning in general (what might be done). Good and bad people alike use these principles in considering what they might do" – GRIZEZ, Germain. *The way of the Lord Jesus*. vol. 01 (Christian moral principles). Quincy, Illinois: Franciscan Press, 1997. p. 178.

²⁰ Noção clara da nova estrutura argumentativa de Finnis é a lista de bens humanos básicos que apresenta ("Now besides life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, practical reasonableness, and religion, there are countless objectives and forms of good" – FINNIS, J. *Natural Law and natural rights*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 90) e que possui grande afinidade com a lista proposta por Germain Grisez, com a diferença que este fala de 8 bens humanos básicos ("life", "speculative knowledge", "aesthetic experience", "play", "integrity", "practical reasonableness", "friendship" e "religion" – GRIZEZ, G.; SHAW, Russell. *Beyond the new morality: the responsibilities of freedom*. 3rd ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1988. p. 79-83).

2.2 Compreender *Finnis* mediante a tradição romanística – o papel do direito positivo

O quarto passo é o debate atual sobre a teoria de *Finnis* no contexto romano-germânico, em que se vê um aspecto fundamental – a reformulação da concepção de lei positiva, que mostra o papel do direito positivo com relação ao direito natural. Assim, *Finnis* ressalta uma posição típica do juspositivismo, segundo a qual o direito positivo é o caso central do direito, e fala disso a partir da noção de ‘positividade’ que recorda a determinação da lei natural, não aqui como mera derivação abstrata, senão antes como concreção prática do bem comum.

Tal argumento, apresentado no artigo *The truth in legal positivism*, recorda Tomás de Aquino como precursor da visão correta de que o direito positivo²¹ mostra os bens e analogicamente faz referência ao direito natural. Claro está que é oportuno asseverar isso no diálogo com a tradição anglo-saxônica revisada pela Escola analítica, pois encontra um aspecto técnico-linguístico que é comum entre essas duas tradições. De qualquer modo, a essência da visão de *Finnis*, sua concepção filosófico-teológica em São Tomás e Aristóteles, tem um forte vínculo com a tradição romano-germânica.

Por isso, uma leitura de *Finnis* no contexto romano-germânico deve pressupor as raízes de tal sistema, o Direito romano²² e a filosofia aristotélico-tomista. No que se refere ao restante, como sua visão científica desenvolvida na segunda parte de seu livro *Natural law and natural rights*, deveria ser vista como um ponto de vista particular, próprio de uma cultura anglo-saxônica, que pode ser análogo desde a romano-germânica.

²¹ Assim, afirma *Finnis*: “Aquinas asserts and illustrates positive law’s variability and relativity to time, place, and polity, its admixture of human error and immorality, its radical dependence on human creativity, its concern with what its subjects do rather than their motives for doing it. And, by the end, he has worked up to a systematic position quite fresh and new. *Positive law* is put forward as a properly distinct category and subject of study in its own right; even those parts of it which reproduce the requirements of morality are conceived of, and can be studied, as parts of a genuine whole which in its entirety and in each of its parts, most of which neither reproduce nor are deducible from morality’s requirements, can be studied as the product of human deliberation and choice” (FINNIS, J. *The truth in legal positivism*. In: FINNIS, John. *Philosophy of law*. Collected Essays v. IV. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 175).

²² O professor Santiago Legarre da UCA publicou uma entrevista que fez de John *Finnis*, comentando em nota de rodapé sobre as aulas deste em Oxford que “según relató, *Finnis* enseñaba entre seis y ocho horas semanales en University College mediante el sistema tutorial, típico de Oxford y Cambridge. La materia a la que más horas dedicaba era *Jurisprudence*, aun cuando también enseñaba allí otras materias, como *Introduction to Law y Roman Law*” – LEGARRE, Santiago. Un diálogo con John *Finnis*: tesis doctorales, escritura académica, clases y más. *El Derecho: Diario de doctrina y jurisprudencia (UCA)*, año L, n. 13.090, oct 2012, p. 04. É significativo que *Finnis* tenha ministrado aulas de *Roman Law* em Oxford.

2.3 Compreender a tradição romano-germânica mediante Finnis – o método

Por fim, o quinto passo nesse estudo é a reflexão que se deve buscar no direito romano-germânico a partir das ideias de Finnis, estabelecendo os limites da necessária dialética entre o pensamento desse autor e o sistema romano-germânico. Nesse ponto, o essencial é falar do método finnisiano das ciências sociais descritivas, que representa, no debate acadêmico atual, uma revolução de paradigmas. Mas tal revolução é no seu sentido original, pois representa voltar à raiz do pensamento filosófico aristotélico-tomista²³, que entendia o conhecimento prático como distinto e análogo ao conhecimento teórico.

Mais uma vez, para a experiência jurídica romano-germânica, ler Finnis é recordar. O autor tem consciência da repercussão de sua metodologia, porém ressalta bem o contexto de seu discurso, o ambiente de Oxford. De qualquer forma, antes de Finnis, porém sem chegar ao nível de profundidade do professor australiano, determinados autores da tradição romano-germânica ressaltaram o papel do conhecimento prático humano. Citemos, como exemplo, Capograssi no século passado. Porém se pode chegar mais longe – até nos juristas do século XIX existia de certa forma essa percepção. Nesse caso, a reflexão sobre a tradição romanística pode servir para resgatar compreensões mal interpretadas por autores posteriores²⁴.

²³ Acompanhamos a opinião do prof. Elton Somensi: “Por fin, concluyendo, buscaré recordar el procedimiento metodológico al que Finnis denomina ‘equilibrio reflexivo’. Creo que ese es un aspecto central de su propuesta metodológica que se compagina perfectamente con la explicación tomista de las facultades cognoscitivas humanas: al expresar teóricamente la relación entre la cogitativa y el intelecto” – OLIVEIRA, Elton S. La metodología de John Finnis y la gnoseología tomista: una comparación. In: LEGARRE, Santiago; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro; ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (org.). *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de ‘Natural Law and natural rights’*. Santiago: Universidad de los Andes, 2006. p. 269.

²⁴ Para isso, vale uma proposta, a metodologia jurídica de Savigny, que incrivelmente se aproxima e muito de alguns postulados da metodologia finnisiana para as ciências sociais descritivas. Está claro que isso não seria no que tange à nomenclatura tomista utilizada por Finnis; falamos aqui da ciência do direito positivo, cujas raízes de Finnis, por influência hartiana, remontam aos estudos de John Austin, contemporâneo e admirador de Savigny. Por outro lado, o que Finnis compreende desde o modelo hermenêutico do séc. XX não poderia estar presente na Escola Histórica alemã, a não ser por aproximação e intuição de Savigny. Assim, da parte de Finnis, recorda F. Viola que “secondo Finnis quest’atteggiamento del teorico del diritto è nella sostanza quello proprio della ricerca della legge naturale se essa è intesa non già come un insieme di precetti derivati dalla natura umana, ma come lo studio del diritto positivo alla luce dell’articolazione e della progressiva determinazione di principi pratici che sono per tutti praticamente ragionevoli se di per sé considerati” (VIOLA, Francesco. John Finnis: tomismo e filosofia analítica. In: BETTINESCHI, P.; FANCIULLACCI, R. *Tomismo e filosofia*

Conclusão

O tema desse estudo, o diálogo entre o pensamento de Finnis, um autor do mundo anglo-saxônico, e a tradição romano-germânica, tem, na verdade, uma função acadêmica. Entretanto, há outro aspecto para recordar, que a questão de fundo é a comunicabilidade das instituições, a questão de como fazer a leitura de um ideário, com seus conceitos e metodologia, em outro sistema, que tem uma linguagem distinta.

Esse problema é evidente em nossa realidade com a globalização cultural atual. Contudo, não deixa de ser fundamental o respeito ao constitutivo de cada tradição jurídica quando se faz uma interpretação de um autor em outra sistemática. Parece-me que essa é a postura que se deve adotar nesse momento em que discutimos a obra de Finnis em nosso contexto.

analítica. Napoli: Orthotes, 2014. p. 234). Nas palavras de Finnis, “os estudiosos do direito que apresentam ou compreendem suas teorias como ‘positivistas’, ou como instâncias do ‘juspositivismo’, as tomam como sendo opostas, ou pelo menos claramente distintas, da teoria da lei natural. Já os teóricos da lei natural, de outra forma, não concebem suas teorias em oposição, ou mesmo em distinção ao juspositivismo (...). O próprio termo ‘lei positiva’ foi colocado em maior circulação na filosofia primeiramente por Tomás de Aquino, e as teorias do direito natural, como ele as entendia, não se esforçavam em negar muitas ou virtualmente todas as teses ‘positivistas’ – exceto, naturalmente, a tese de que as teorias do direito natural estavam erradas. Ademais, a doutrina da lei natural aceita que o direito pode ser considerado e denominado como, *simultaneamente*, um fato social puro de poder e prática, e um conjunto de razões e consequentemente, normativas para os povos razoáveis dirigidos por elas” (FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*, cit. p. 83-84).

Referências

BRACTON, Henry of. *De legibus et consuetudinibus Angliæ*. Ed. George E. Woodbine. vol.1. New Haven: Yale University Press, 1915.

COHEN-KOPLIN, Klaus. Convergencias y divergencias entre el iusnaturalismo contemporáneo: John Finnis y Martin Rhonheimer. In: LEGARRE, Santiago; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro; ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (org.). *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de 'Natural Law and natural rights'*. Santiago: Universidad de los Andes, 2006. p. 193-202.

CORDIOLI, Leandro. Apresentação. In: FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução de Leandro Cordioli e Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 11-17.

FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução de Leandro Cordioli e Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción y Estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2007.

FINNIS, John. *Natural Law and natural rights*. 1a ed. repr. Oxford: Clarendon Press, 1999.

FINNIS, John. *Natural Law and natural rights*. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John. The truth in legal positivism. In: FINNIS, John. *Philosophy of law*. Collected Essays v. IV. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John. Prólogo. In: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. p. 09-11.

FLORES, Alfredo de J. A metodologia jurídica contemporânea e a necessidade da proposta de uma interdisciplinaridade 'vertical'. *São Judas em Revista*, v. 5, p. 21-38, 2007.

FLORES, Alfredo de J. El diálogo entre el pensamiento de John Finnis y la tradición romano-germánica. In: LEGARRE, Santiago; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro; ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (org.). *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de 'Natural Law and natural rights'*. Santiago: Universidad de los Andes, 2006. p. 183-192.

FLORES, Alfredo de J.; MACHADO, Gustavo Castagna. Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de História do Direito. *História e Cultura*, v. 04, p. 118-139, 2015.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

GRISEZ, Germain. *The way of the Lord Jesus*. vol. 01 (Christian moral principles). Quincy, Illinois: Franciscan Press, 1997.

GRISEZ, Germain; SHAW, Russell. *Beyond the new morality: the responsibilities of freedom*. 3a ed. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1988.

LEGARRE, Santiago. Un diálogo con John Finnis: tesis doctorales, escritura académica, clases y más. *El Derecho: Diario de doctrina y jurisprudencia (UCA)*, año L, n. 13.090, oct 2012, p. 01-04.

LÓPEZ MEDINA, Diego. Por que falar de uma ‘teoria impura do direito’ para a América Latina? Tradução de Matheus Neres da Rocha e Alfredo de J. Flores. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS*, vol. 11, n. 01, p. 03-48.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. Finnis, John Mitchell. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/RS – Rio de Janeiro: Unisinos – Renovar, 2006. p. 359-363.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. La metodología de John Finnis y la gnoseología tomista: una comparación. In: LEGARRE, Santiago; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro; ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (org.). *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis, a 25 años de la publicación de ‘Natural Law and natural rights’*. Santiago: Universidad de los Andes, 2006. p. 265-269.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. Estudio preliminar. In: FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Traducción y Estudio preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 09-32.

VIGO, Rodolfo L. *El iusnaturalismo actual: De M. Villey a J. Finnis*. México D. F.: Fontamara, 2003.

VIOLA, Francesco. John Finnis: tomismo e filosofia analitica. In: BETTINESCHI, P.; FANCIULLACCI, Riccardo. *Tomismo e filosofia analitica*. Napoli: Orthotes, 2014. p. 227-236.

DIREITO PÚBLICO NA ORIGEM DO BRASIL: organização administrativa, tributária, governamental e judiciária das capitanias hereditárias

Wagner Silveira Feloniuk*

Sumário: Introdução. 1 Primórdios da Organização Governamental Brasileira e Primeiras Eleições. 2 Capitanias Hereditárias. 2.1 Surgimento e caracterização. 2.2 Panorama dos poderes dos capitães. 2.3 As propriedades dos capitães. 2.4 Governo das Capitanias Hereditárias. 2.5 Administração e Tributação das Capitanias Hereditárias. 2.6 Inexistente Função Legislativa das Capitanias Hereditárias. 2.7 Jurisdição Civil e Penal das Capitanias Hereditárias. Conclusão. Referências.

Introdução

Dentre as normas mais antigas a serem trazidas ao Brasil após a chegada dos portugueses, aquelas destinadas à primeira organização das capitanias hereditárias são um destaque, sendo uma manifestação complexa e detalhada sobre o projeto de povoamento das vastas terras americanas. O presente trabalho busca analisar essas normas sob um viés jurídico, mostrando o funcionamento e principais características daquele ordenamento jurídico.

* Doutorado em Direito com dois votos de louvor (2013-2016, bolsa CAPES), Mestrado Acadêmico (2012, bolsa CNPq), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais com láurea acadêmica (2006-2010) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor das pós-graduações da Verbo Jurídico, Instituto de Desenvolvimento Cultural, de Advocacia de Estado e Direito Público da UFRGS, ex-professor de Direito do IPA/RS (2014). Editor-Executivo da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS (B4) e da Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (B2), membro do Conselho Editorial da Revista E-Civitas (B4), da Revista Brasileira de Direitos Humanos da Lex Magister (B3), das editoras científicas DM e RJR. Ex-Editor-Executivo da revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (2012-2016, B2). Ex-Membro do Conselho de Pós-Graduação do PPG-Dir./UFRGS (2012 e 2014-2015), Comissão de Pós-Graduação do PPGDir./UFRGS (2013), Conselho da Unidade da Faculdade de Direito da UFRGS Suplente (2014) e da Corregedoria-Geral da Justiça do TJ/RS (2009-2016, servidor público). Autor dos livros "A Constituição de Cádiz: Análise da Constituição Política da Monarquia Espanhola de 1812" e "A Constituição de Cádiz: Influência no Brasil". Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: Supremacia do Direito e Direito e Filosofia. Membro da Associação Nacional de História, da Associação Brasileira de Editores Científicos, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Membro Pesquisador do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. Áreas de Pesquisa: Direito Constitucional, História do Direito, Teoria do Estado. E-mail: wagner@feloniuk.com. Versão revisada de artigo com o mesmo nome.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

O objetivo é criar um quadro sobre as normas que inicialmente foram implantadas no Brasil, ainda que sem uma análise social sobre sua efetivação. Elas tiveram reduzidíssima efetividade, pois o sistema seria abandonado por um mais centralizador menos de duas décadas depois, após as grandes dificuldades enfrentadas para dar funcionamento básico às capitanias. Tais normas eram detalhadas, minuciosas e dependiam de uma burocracia estatal e de uma sociedade que inexistiam no Brasil, o que as tornava inefetivas e destoantes do contexto existente. A utilidade do trabalho, ao invés de estudar seu patamar de efetivação, é verificar a organização que Portugal pretendeu dar ao Brasil no seu nascimento. Demonstrar que já nelas aparecem os traços portugueses de normas pensadas para dar liberdade de adaptação à cultura e formação de estruturas e instituições locais que reconheciam a coroa sem ter nela um centro direto e intenso de direção, como narram os estudos de Hespanha.

Estruturalmente, o trabalho apresentará um embasamento histórico inicial, dará um panorama das capitanias hereditárias e, então, entrará em particular nas funções de administração, governo e judicial planejadas para o Brasil. Há também uma seção sobre a função legislativa, porém será visto que essa função não foi delegada pelo rei.

A principal fonte utilizada para o trabalho são as “Specimen das Cartas de Doações e Foraes das Capitanias”, retiradas da obra História do Direito Nacional de José Izidoro Martins Junior, de 1895. Além delas, utiliza-se doutrina sobre o Direito Público brasileiro, História do Direito e História do Brasil, contextualizando a análise normativa. É realizada uma análise dedutiva voltada a criar um sistema que facilite a compreensão das normas que, em suma, formavam a organização brasileira daquele período.

O trabalho apresenta delimitação temporal bastante específica, inicia implantação das capitanias hereditárias até a implantação do Governo-Geral em 1548. A delimitação em um período curto permite uma maior acuidade e detalhamento, pois se tratará apenas de um conjunto de normas, sem a necessidade de se estabelecer generalizações.

1 Primórdios da organização governamental brasileira e primeiras eleições

A Europa era um continente de oitenta milhões de habitantes quando o Brasil foi oficialmente registrado nos mapas europeus (RODRIGUES, 2014, p. 2), seis anos após o Tratado de Tordesilhas. Uma grande potência da época era Portugal, possuidor de uma frota de navios tecnologicamente avançados - os únicos capazes de levar artilharia pesada a

bordo (CALMON, 2002, p. 34), e possuidores da tecnologia de navegação astronômica, o que inaugurou a possibilidade de afastamento da costa por longos períodos de tempo (DOMINGUES, 2007, p. 8-10). Uma parte relevante da riqueza do país vinha das Índias. A venda das especiarias da Europa sem passar pelas dificuldades da rota por terra gerava lucros grandes. Apesar dos riscos e das perdas de navios, a atividade era central para o país. Para garantir a exploração dessas riquezas orientais, Portugal instalou diversas feitorias comerciais ao longo da costa africana e da asiática (SIMONSEN, p. 99-100).

O Brasil, Terra de Santa Cruz, não justificava um investimento tão alto para sua exploração nesse cenário imediatamente posterior ao descobrimento, pois não tinha os mesmos atrativos das regiões da Ásia, prontas para comerciar mercadorias. Não havia riquezas para serem trazidas facilmente, nem escravos para serem traficados ou metais preciosos. A expansão portuguesa, sobretudo o crescimento comercial e o engrandecimento do Império, não foram feitos por uma política ordenada de expansão até meados do século XVIII (HESPANHA, 2005, p. 5) e o Brasil não teve prioridade nos primeiros anos.

Após o registro do descobrimento, seria apenas em 1503 que outro aventureiro viria para explorar. Ele saiu carregado de madeira em seus navios e fundou a primeira feitoria, mas não encontrou metal precioso ou especiaria, o interesse continuava limitado (CALMON, 2002, p. 28). Ainda assim, o governo português e alguns interessados no pau-brasil instalaram feitorias temporárias com sistema de defesa rudimentar a partir desse momento - Igarapé, Itamaracá, Bahia, Porto Seguro, Cabo Frio, São Vicente. Ainda que fosse um investimento sem boa perspectiva de retorno, a falta de exploração poderia levar à perda daquela região de potencialidades então desconhecidas.

Portanto, o Brasil fora um território praticamente desabitado por portugueses, que circulavam pela costa extraindo pau-brasil e fazendo trocas com os índios - o principal controle foi o de dois navios, enviados a partir de 1516, sob liderança de Cristóvão Jacques (CALMON, 2002, p. 33).

A ordem de mudança veio quando Martim Afonso de Souza, um nobre com grande influência política e amigo do monarca, foi incumbido da tarefa de iniciar a exploração do território na América. Ele viria com cinco navios, traçaria a geografia da região, defenderia os interesses portugueses e começaria o povoamento. A descoberta de metais preciosos pelos espanhóis em outras regiões pode ter sido um incentivo para a mudança de planos, mas o interesse de portugueses em iniciar a povoação foi

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

o motivo dado pelo rei em carta a Martim¹. Martim Afonso de Souza fez uma primeira expedição em 1530 e, enquanto explorava, Dom João III passava a atuar com o objetivo de ocupar o território inexplorado.

Martim chegou em 30 de janeiro de 1531, com quatrocentos homens e cinco navios. Ele portava três cartas régias, que lhe nomeava capitão-mor da armada que vinha ao Brasil², governador das terras que descobrisse e lhe dando poderes para nomear tabeliões, oficiais de justiça e criar e doar sesmarias a pessoas que fizessem parte de sua esquadra (FAORO, 2001, p. 171). Após uma travessia rápida e quase um ano de explorações, Martim Afonso de Souza fundaria São Vicente, o primeiro povoado do Brasil. A partir desse momento se iniciaria a história do Brasil enquanto centro de preocupação dos portugueses.

Um dos fenômenos de maior simbolismo para a história do Direito Público brasileiro ocorre quando Martins Afonso de Souza realiza as primeiras eleições do Brasil e das Américas, em 22 de agosto de 1532. Apesar da inexistência de dados definitivos, as eleições provavelmente foram feitas sob as normas das Ordenações Manuelinas, que seriam pouco alteradas pelas que a seguiram, as Ordenações Filipinas, e essas seriam utilizadas no Brasil até as eleições municipais de 1828 (FERREIRA, 2001, p. 41).

¹ Mensagem de Dom João III em 1532, informando de sua decisão de povoar o Brasil e também que a Martim Afonso de Souza caberia uma capitania com o dobro do tamanho das demais. Traz um trecho: “[...] fui informado que d’algumas partes faziam fundamento de povoar a terra do dito Brasil, considerando eu com quanto trabalho se lançaria fóra a gente que a povoasse, depois de estar assentada na terra, e ter nella feitas algumas forças [...] determinei mandar demarca de Pernambuco até o Rio da Prata cincoenta leguas de costa a cada capitania [...]” (Varnhagen, 1839, p. 82).

² As cartas régias podem ser encontradas no livro publicado por Francisco Adolfo de Varnhagen em 1839, na qual o principal documento é o diário de navegação de Pero Lopes de Souza, mas que traz diversos outros documentos do período. Um trecho da carta de outorga de poderes traz o seguinte: “[...] todas outras pessoas que na dita armada forem e asy a todas as outras pessoas e a quaesquer outras de quaesquer calidade que sejam que nas ditas terras que elle descobrir ficarem e nela estiverem ou a ella forem ter por qualquer maneira que seja que aja ao dito martim afonso de sousa por capitam mor da dita armada e terras e lhe obedecam em todo e por todo o que lhes mandar e cumpram e guardem seus mandados asy e tam jmteyramente como se por mim em pessoa fose mandado sob as penas que elle poser as quaes com efeyto dara a divida executam nos corpos e fazendas daquelles que ho nom quyssem comprir asy e allem diso lhe dou todo poder alcada mero myster proprio asy no crime como no civel sobre todas as pessoas asy da dita armada como em todas as outras que nas ditas terras que elle descobrir viverem e nella estiverem ou a ella fforem ter por qualquer maneira que seja e elle determijnara sem casos feytos asy crimes como cives e dara neles aquelas sentenças que lhe parecer Justiça conforme a direito e mynhas ordenações ate morte naturall Inklusyue sem de suas sentenças Dar apelacam nem agravo [...]” (Varnhagen, 1839, p. 63).

Não havia nada no Brasil que pudesse ser associado à noção de província ou capitania. A divisão geográfica do poder era rudimentar, um tratado entre potências europeias havia dividido as américas entre suas porções portuguesas e espanholas. O início da ocupação do território pelos europeus seria feito predominantemente por meio de povoamentos organizados autonomamente por escolhidos da coroa. O Brasil iniciou com os povoamentos e, naquele momento, suas câmaras municipais tiveram influência e autonomia (FAORO, 2001, p. 176). Era o resultado da adoção precária das ordenações que vigiam em Portugal, trazidas com a expectativa de lhes aplicar na medida do possível (CAETANO, 1980, p. 9-10).

Apenas um grande contingente de imigrantes poderia permitir que o início da ocupação fosse acompanhado de mais organização e centralização, necessários para aplicar as normas trazidas de Portugal. A ocupação inicial não foi assim, um exemplo disso está na carta enviada em 1532 a Martim Afonso de Souza por Dom João III, que afirma ter deixado no Brasil uma feitoria e apenas sessenta homens com a finalidade de povoar e defender a terra (VARNHAGEN, 1839, p. 82).

2 Capitánias Hereditárias

2.1 Surgimento e caracterização

A organização das capitánias hereditárias denota a importância conferida pelo governo português ao território - grande, mas não tão relevante quanto o comércio com outras regiões. Era uma estratégia refletida para garantir o desenvolvimento de um território que se mostrara maior e mais relevante que uma ilha de pequenas dimensões - como era suposto por Pero Vaz ao descrever pela primeira vez o território encontrado.

O plano das capitánias, do início do século XVI, era mais ambicioso do que o plano de colonização praticado em pequenas ilhas do Atlântico fora (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 17). Propostas foram apresentadas e foi adotada a ideia de colonização de Cristóvão Jaques, comandante da armada guarda-costas que defendera o litoral brasileiro contra navios de outras nacionalidades.

É atribuído a Diogo Gouveia a organização das capitánias, com inspiração nos meios colonizatórios utilizados pelos gregos e fenícios. Ele era um português com alta formação, diretor do Colégio Santa Bárbara em Paris, apoiou o avançado plano exploratório brasileiro e ajudava o governo português desde 1519 (SIMONSEN, 2005, p. 101).

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

As capitânicas foram divididas por lotes de determinado número de léguas contadas verticalmente ao longo da costa - elas tinham entre cento e cinquenta e seiscentos quilômetros. Em relação ao interior, no sentido horizontal, a demarcação seguia até alcançar o Tratado de Tordesilhas. Foram, ao todo, quinze lotes entre 1534 e 1536³, mas apenas doze capitães. Três lotes foram doados para Pero Lopes de Sousa, que ficou com dois lotes na “costa do ouro e prata” e outro na região produtora de pau-brasil e mais próxima de Portugal - Itamaracá.

Os beneficiários eram da baixa nobreza de Portugal. Sete haviam se destacado por sua atuação na África e Índia, quatro eram funcionários da corte e um deles era o capitão de Martim Afonso de Souza. Eram pessoas em cuja capacidade a coroa tinha convicção, mas também pessoas sem grande fortuna ou perspectivas de obtê-la na Europa (CALMON, 2002, p. 35). A falta de recursos do próprio reino também contribuiu para a escolha do sistema, pois um investimento capaz de organizar administrativamente o território não iria ser feito. A esperança era que o investimento privado e a capacidade desses capitães - ou governadores e donatários - fosse o suficiente para alcançar uma colonização bem-sucedida do território⁴.

2.2 Panorama dos poderes dos capitães

A tarefa da colonização foi entregue a portugueses sem muitos recursos. Com a finalidade de viabilizar a expedição, foram outorgados grandes poderes e autonomia aos capitães (HESPANHA, 2005, p. 13). A falta de recursos materiais, portanto, não vinha acompanhada da falta de poder (SIMONSEN, 2005, p. 105). Sob esse aspecto, a aproximação com os institutos dos senhores feudais é existente, mas é possível que esses tivessem maior limitação que os capitães. Os senhores feudais estavam em um constante processo de restrição de seus poderes com o surgimento dos Estados, eram limitados pela Igreja, pelas leis existentes, pelos costumes, pelo seu pacto de vassalagem (CLAVERO, 1986, p. 16-17). Os capitães estavam limitados por vários desses fatores, mas a fiscalização sobre eles era bastante menor. No Brasil, havia poucos meios de aplicar a lei, mas igualmente poucos meios de verificar essa aplicação.

³ Conforme aponta Simonsen, uma doação inicial fora a Ilha de São João (atual Fernando de Noronha), doado por D. Manuel I em 16 de Fevereiro de 1504. Ela continuou na família que recebera a carta de doação até 1692, mas nunca foi colonizada.

⁴ Simonsen nega a ideia de uma forma medieval nessa organização - afirmação presente por muitas décadas nos livros de história do Brasil. A vontade de obter lucro fora o motivo para a vinda dos capitães, e nunca houve classes bem definidas aqui (SIMONSEN, 2005, p. 103).

Por certo, a divisão de poderes não existia naquele momento. Diferentes funções estatais já haviam sido descritas até por Aristóteles (1912, Livro VI, Capítulo XI), mas a supremacia do Parlamento só viria quase dois séculos mais tarde, com a Revolução Gloriosa na Inglaterra, em 1688-1689 (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 41) e a teorização de uma separação (JELLINEK, 2000, p. 534-535) de poderes só seria feita por Montesquieu em 1748 (MONTESQUIEU, 2005, p. 168). Naquele momento, o avanço político se encaminhava apenas para a afirmação da existência de um poder soberano (BODIN, 1583, p. 111)⁵, um processo avançado em Portugal, mas que se manifestava no Brasil de maneira pouco intensa, principalmente por meio do uso das ordenações com normas típicas de um Estado burocratizado e com legislação única.

Não surpreende que as atribuições dos capitães envolvessem todas as funções possíveis e aparecessem na sua plenitude no momento da entrega das capitânias. Para fins de melhoria da compreensão, neste estudo, as funções foram divididas dentro das classificações atuais, legislativo, judiciário, mas não será usado o conceito de executivo, ele será separado em dois para que sejam melhores delimitadas as suas funções de então - administração e governo. Será chamado de função de administrar o que envolvia a execução mais direta das leis estabelecidas, excluída a aplicação da lei civil e penal e das organizações dos tribunais (funções do judiciário). E, de função de governo, aquilo que envolvia uma ampla discricionariedade dos capitães para movimentar o poder público em busca dos fins desejados, como na obtenção e no uso de recursos, obras e decisões envolvendo a segurança. Não havia essa noção de separação naquele momento, entretanto, é com o fim de manter a clareza que são adotados esses conceitos.

Seguindo a ordem das próprias cartas, falar-se-á primeiramente na propriedade dos capitães, que contém parte dos dispositivos e prerrogativas. A seguir, serão tratadas as funções de governar, administrar, legislar e julgar.

2.3 As propriedades dos capitães

A preocupação do rei nas Cartas de Doação e Foral era a de garantir a viabilidade das capitânias e, como parte desse objetivo, as primeiras disposições da organização delas estão relacionadas à propriedade dos capitães e seus descendentes. Como referido, para a definição básica de

⁵ “La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, [...] c'est-à-dire la plus grande puissance de commander”. Tradução livre: “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República [...] isto é, o maior poder de comandar”.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

todas as seções a seguir, será utilizada a Specimen das Cartas de Doações e Foraes das Capitánias, apresentada por José Izidoro Martins Júnior⁶ (MARTINS JUNIOR, 1895, p. 265 e ss.).

A Capitania Hereditária não era inteiramente transferida à propriedade do capitão, apenas uma fração dela era - cerca de um quinto. O restante deveria ser doado para outras pessoas capazes de utilizar a terra pelo sistema de sesmaria, que será apresentado a seguir. O tamanho da terra a ser de efetiva propriedade do capitão era estabelecido na Carta de Doação, ele escolheria o local, devendo escolher quatro ou cinco porções de terra separadas por pelo menos duas léguas⁷ no prazo de vinte anos. Essa porção de terra não poderia mais sair de sua propriedade, mas ele tinha liberdade para arrendar a terra e cobrar os tributos que desejasse, devendo, em contrapartida, pagar o dízimo “à Deos, á ordem do mestrado de Christo”.

Além do direito de propriedade sobre parte da capitania, ele tinha direitos sobre as benfeitorias e sobre os escravos. A respeito das benfeitorias, o capitão tinha direito sobre todas as minas de sal, moendas de água e quaisquer outros engenhos que construíssem na capitania. Nenhuma outra pessoa poderia construir tais benfeitorias sem sua autorização e deveria pagar o quanto lhe conviesse para receber essa licença.

O direito de escravizar fora amplamente outorgado, estabelecendo-se a possibilidade de capturar um número indeterminado de escravos. A limitação era de que o capitão só poderia levar trinta e nove por ano para Lisboa, além daqueles que fossem necessários para preencher a tripulação de seus navios. Nenhum imposto seria pago em função do “resgate” de escravos.

No que tange à sucessão, foi estabelecida a preferência pelo descendente do sexo masculino, legítimo, mais velho, contanto que não fosse de grau mais distante que alguma descendente do sexo feminino, ou “fêmea”. Ele herdaria o título de capitão e as propriedades. Na falta de descendentes legítimos, herdariam os ascendentes e, após, os colaterais. Inexistindo, herdariam os filhos não legítimos - chamados bastardos pela carta. Qualquer tentativa de desrespeitar essa ordem de sucessão, mesmo que por meio da partilha da propriedade, acarretaria em perda da capitania e imediata sucessão. O capitão era sucedido ainda em vida caso cometesse crime e fosse condenado à perda da capitania - situação que só poderia ocorrer por decisão pessoal do rei.

⁶ Foi privilegiado o uso da fonte primária, mas é feito o alerta sobre a possibilidade de variação em relação a outras cartas, pois havia relevante falta de uniformidade no direito português do período (HESPANHA, 2005b, p. 6-7).

⁷ A medida légua variou com o tempo, mas sempre esteve entre quatro e sete quilômetros.

2.4 Governo das Capitãias Hereditárias

As funções de governo do capitão eram reduzidas. A maior parte de suas atribuições era estabelecida nas cartas, cabendo a eles a tarefa de aplicá-las. Apesar disso, podem-se encontrar traços do poder ligado à ideia de governo, de decisão dos assuntos da sociedade, criação de órgãos públicos e sua organização. Nesses aspectos, nota-se em especial a abertura às escolhas do capitão quanto aos ocupantes de cargos, permitindo que uma burocracia fosse formada de acordo com seu desejo, com pouca intervenção da distante coroa.

A primeira das tarefas de governante era a criação de vilas. Cabia-lhe decidir onde criá-las, se perto da costa ou de rios, bem como estabelecer sua jurisdição, liberdades e insígnias segundo os costumes do reino. Caso fossem estabelecidas no interior - sertão -, ele deveria exigir um mínimo de seis léguas de distância uma das outras, ficando o limite excepcional a três léguas de distância. Outra tarefa era a de criar e prover livremente os cargos de tabelião público e judicial. Mas ele não possuía ampla liberdade na criação dos cargos, devendo seguir o provimento régio para suas formalidades. A maior parte dessas tarefas não foi efetivada, poucas foram as vilas fundadas antes de 1548 e da implantação do Governo Geral.

Com os recursos advindos dos tributos, os capitães poderiam realizar as obras que desejassem. As cartas se referem a essa possibilidade expressamente quando atribuem à sua propriedade “as minhas de sal, moendas d’água, e quaisquer outros engenhos, que se levantarem na capitania” e fala das licenças para a sua construção.

Em caso de guerra, o capitão deveria liderar o corpo armado, formado pelos moradores e povoadores da região, pois eram todos obrigados a servir. Apesar disso, não era direito do capitão declarar guerra ou celebrar a paz, sendo estabelecido apenas o papel de liderança dos corpos armados.

A ele também pertenciam as alcaidarias-mores das vilas e povoações, com os foros, renda e direitos que tivessem. As pessoas que recebessem esses cargos deveriam “lhe dar homenagem dellas”.

Ainda, uma das mais importantes funções governativas dos novos capitães era distribuir a terra para outras pessoas em condições de cultivá-la. Para tanto, foi adotado o sistema de sesmarias⁸, já conhecido

⁸ O nome, Virginia Rau, citada por Marcello Caetano, sugira da seguinte forma: sesmaria vinha do latim *sesmo*, que por sua vez derivava de *seximus*, o sexto. Quando alguma porção de terra de um município deveria ser doada em Portugal, eram nomeados seis repartidores para cuidar delas, chamados *sesmeiros*. Cada um dos repartidores ficava encarregado de um sesmo

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

em Portugal desde o final do século XIV. Possivelmente, em 1375, foi criada a lei que mais tarde seria reproduzida no título DXXXI, do livro IV das Ordenações Afonsinas e que regravava o funcionamento do instituto. Ele passou a ser utilizado a partir daquele momento, recebendo inúmeros aperfeiçoamentos com a finalidade de ocupar as terras ainda não utilizadas em Portugal, e mais tarde, de garantir reformas agrárias. As terras disponíveis em Portugal acabaram algum tempo depois, mas o instituto e seu funcionamento não era novidade.

Em 1512 já havia uma definição de sesmaria incorporada às Ordenações Manuelinas. “Sesmarias são propriamente as que se dão de terras, casas ou pardieiros que foram ou são de alguns senhorios e que já em outro tempo foram lavadas e aproveitadas e agora o não são”. E, mais adiante, “E sendo as terras que forem pedidas de sesmaria mato maninhos ou matas e bravios que nunca foram lavrados e aproveitados ou não há memória de homem que o fossem” (CAETANO, 1980, p. 16).

Não havia o problema de terras abandonadas no Brasil, mas terras que nunca haviam sido lavradas eram abundantes. Por isso foi adotado o sistema de sesmarias, que em resumo propunha que terras fossem distribuídas - por várias gerações - para aqueles que tivessem condições de realmente as utilizar. O beneficiário tinha o dever de dar uso à terra, sob pena de ver ela retornar ao poder da coroa ou do município a que estivesse vinculada (CAETANO, 1980, p. 17).

A mais detalhada e extensa norma das Cartas de Foral se referia às sesmarias. Nela se normatizava que as terras da capitania deveriam ser divididas em sesmarias e doadas a qualquer pessoa cristã e livre. Sobre essa propriedade, nenhum tributo seria devido além do dízimo.

É estabelecido que o capitão não poderia doar terras que direta ou indiretamente fossem ser propriedade do seu filho varão mais velho, que já herdaria o título de capitão e as suas propriedades. Se alguma sesmaria viesse a pertencer a quem herdou a capitania, ele deveria se desfazer dela em um ano ou perderia a própria sesmaria e outra propriedade de igual tamanho, que passariam a ser propriedade do rei.

As tarefas relacionadas ao governo dos capitães não eram extensas. É notável, também, que boa parte delas tinha aspectos administrativos - após tomada a decisão, os procedimentos para criação de vilas ou de cargos eram os estabelecidos na carta ou nas ordenações. A liberdade de tomada de decisões dos capitães, portanto, é restrita. Havia tomada de decisões políticas desde os primeiros momentos, mas eles eram limitados

durante um dia da semana com exceção do domingo - para não os sobrecarregar. Assim, havia os sesmeiros da segunda-feira, terça-feira e etc. (CAETANO. 1980, p. 17).

e previstos com detalhes nas normas portuguesas. A coroa não tomava para si a escolha das pessoas e locais, mas determinava em alguma medida como esses procedimentos seriam feitos.

2.5 Administração e Tributação das Capitânicas Hereditárias

As mais detalhadas funções dos capitães são as administrativas. Destacam-se, em especial, as normas tributárias, que possuem uma lista detalhada. Todos os tributos do rei e do capitão eram os listados, sendo expressamente proibida a criação de outros tipos, mas ficava à discricionariedade local a cobrança de tributos nas vilas pelos alcaides-mores.

As funções administrativas serão agrupadas para a apresentação, pois na carta de Martins Junior, elas aparecem dispersas, por vezes no tratamento de assuntos como propriedade e sucessão. São três os grupos de tributos: tributos para o capitão, tributos para a monarquia e tributos para os alcaides-mores. Tal divisão inexistia nas cartas de foral, mas é importante para garantir uma melhor apresentação das normas.

Os tributos a que o capitão tem direito são oito, eles não tinham nome estabelecido, havia apenas a sua descrição. Será mantida a expressão que estabeleceu o tributo entre aspas, com eventual explicação sobre seu significado.

Primeiro: 5%, “vintena líquida”, do que render o pau-brasil e todas as outras drogas e especiarias aqui encontradas. O pau-brasil deveria ser reservado ao rei, sob pena de confisco de todos os bens do capitão e moradores envolvidos, além de seu degredo perpétuo para ilha de São Tomé. A única exceção era o uso de pau-brasil para fins pessoais, sendo proibida a sua queima. Segundo: 5%, “meia dizima”, de todo o pescado da capitania. Terceiro: 1%, “redizima ou dizima de todas as dizimas”, das rendas e direitos que perceber o rei. Quarto: 5%, “e do quinto, se deduzirá o dízimo para o capitão”, de todas as pedras preciosas, aljófares, corais, ouro, prata, cobre e chumbo. Quinto: 1%, “redizima”, do valor dos produtos exportados por navio do Brasil - a exportação para Portugal estava isenta, contanto que em um ano fosse provado o efetivo desembarque. Sexto: 1%, “redizima” dos valores importados para o Brasil por não portugueses, ainda que os produtos fossem fabricados em Portugal. Sétimo: direito de cobrar pela portagem dos barcos que viessem de rios, precedendo taxação das câmaras e aprovação do rei. E, por fim, oitavo: pensão de quinhentos reis, paga pelos tabeliães público e judicial das vilas e povoações da capitania.

Os tributos devidos ao rei, por sua vez, eram em número de sete. Primeiro: 10%, “dizima”, dos frutos da terra. Segundo: 5% “o quinto, [...]

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

do qual se deduzirá a dízima para os capitães”, de todas as pedras preciosas, aljôfares, corais, ouro, prata, cobre e chumbo. Terceiro: 10%, “dizima”, de todo o pescado. Quarto: “Siza”, ou sisa, sobre todos os produtos do Brasil vendidos em outras cidades ou partes de Portugal e outros países, ressalvado o direito real ao monopólio do pau-brasil, especiarias e drogas. Quinto: 10%, “dizima”, do valor dos produtos enviados por navio ao Brasil - a ser pago em Portugal, sem envolvimento do capitão a menos que não fosse feita prova desse pagamento. Sexto: 10%, “dizima”, do valor dos produtos exportados por navio do Brasil - a exportação para Portugal estava isenta, contanto que em um ano fosse provado o efetivo desembarque. Sétimo: 10%, “dizima” dos valores importados para o Brasil por não portugueses, ainda que os produtos fossem fabricados em Portugal.

Por fim, o último tributo é devido aos alcaides-mores, cargo semelhante ao de um governador de cidade ou vila, nomeado pelo capitão. Esses tributos seriam pagos conforme as ordenações vigentes e elaboradas para os moradores das vilas e povoações. Essas normas sobre os tributos das vilas também mostram como a coroa abria mão de uma normatização sobre assuntos locais, permitindo o desenvolvimento de normas próprias e aceitas pelos membros da sociedade.

Além dos tributos em si, outras normas tributárias foram estabelecidas. A principal delas é a já citada impossibilidade de criação de novos tributos e diversos casos de não incidências tributárias expressamente estabelecidas pelas cartas. Dentre as previsões de não incidência, a primeira era o direito de importar produtos produzidos para o Brasil - devendo ser feita apenas a prova da dízima paga em Portugal. Um segundo caso de não incidência era dos produtos exportados para Portugal e territórios, contanto que comprovado o desembarque em um ano.

Não incidiam também tributos sobre os mantimentos, armamentos e munições de guerra, nacionais ou estrangeiros, que fossem trazidos ao Brasil e aqui negociados com os capitães, moradores e povoadores. Nesse caso, ainda havia a proibição da venda desses produtos aos índios, “gentios” não cristãos, sob pena de perda do dobro do valor das mercadorias. Por fim, era livre de incidência de tributos o comércio entre capitães e moradores de diferentes capitânias.

Além da proibição de negociação de alguns produtos com índios, acima exposta, havia apenas duas normas de natureza administrativa impostas aos capitães. A primeira delas é a de averiguar todas as mercadorias trazidas, devendo o capitão ser avisado do carregamento delas e dar licença para sua partida. Os contraventores deveriam pagar o dobro do valor de todo o carregamento. A segunda é de garantir que todo o vassalo ou morador fosse proibido de negociar com os “Brazis”, ainda que

fossem cristãos, caso fizesse companhia a algum sujeito de fora de Portugal e seus domínios, sob pena da perda de tudo o que empregasse nesse comércio.

As ordenações portuguesas certamente acresciam outras várias atribuições aos capitães por meio das formalidades existentes para a realização de seus atos. No entanto, pode-se observar uma liberdade ampla de organização das capitanias e uso dos recursos arrecadados com os tributos.

2.6 Inexistente Função Legislativa das Capitanias Hereditárias

As Cartas de Doação e Foral não preveem a atribuição de legislar aos capitães. Eles precisariam criar normas específicas para poder governar e administrar, mas o direito de criar normas gerais e abstratas - leis, em sentido amplo - não lhes foi outorgado.

Hespanha explica que a prerrogativa de criar ou revogar normas era um poder extraordinário, visto como oriundo da Graça de Deus, um poder quase divino introduzido na ordem humana. Pela Graça, poderia o rei transformar “quadrados em círculos”, conforme disse um jurista português do século XVII. Alterar as leis era um poder do rei, ainda que sempre limitado em eventuais arbitrariedades em função da justiça, equidade, boa-fé, razão e as limitações sociais e políticas existentes (HESPANHA, 2005b, p. 6). Assim, a prerrogativa poderia existir na prática, mas não seria outorgada aos capitães - apenas os vice-reis receberiam tal poder no Brasil, muito tempo depois.

2.7 Jurisdição Civil e Penal das Capitanias Hereditárias

A principal disposição sobre a jurisdição das capitanias hereditárias é bastante direta. Cabia ao capitão “exercitar toda a jurisdição cível e crime”, mas havia limitações de julgamento pelos capitães a diversas pessoas. A passagem ainda normatiza que nas terras da capitania não entraria, em momento algum, corregedor, nem alçada, nem outra estrutura para exercitar a jurisdição de qualquer modo, mesmo que em nome do rei. Essa atribuição é regulada por meio de diversas normas e inclusive relativizada em algumas situações, mas cabia ao capitão ser o juiz, ou nomeá-lo, em quase todas as oportunidades.

No que se refere à administração da jurisdição, cabia ao capitão nomear o ouvidor - juiz de mais alta hierarquia, e revisor da decisão dos juízes inferiores em toda a capitania - e seus oficiais, como o meirinho e o escrivão. Caso o crescimento populacional demandasse, a coroa poderia

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

determinar a criação de vários cargos de ouvidores e isso seria providenciado pelo capitão. Pessoalmente ou pelo ouvidor, o capitão deveria também supervisionar a escolha dos juízes - o ocupante do cargo era eleito pela população das vilas e povoados - e fornecer para eles uma carta de confirmação. Essa escolha seria feita pela população local, sem a intervenção da coroa e garantindo que até mesmo os capitães não pudessem impor a cada comunidade quem julgaria seus litígios mais comuns - mais uma vez, demonstrando a abertura da estrutura portuguesa para a cultura local e um domínio muito diferente daquele que um reino com pretensões de absolutismo tentaria impor.

Os juízes eram a hierarquia mais baixa. Eles julgavam em caráter definitivo os casos até a quantia decidida nas ordenações do reino e, após, caberia agravo e apelação ao ouvidor.

Por sua vez, o ouvidor conheceria de todas as ações novas que surgissem a até dez léguas de onde estivesse, bem como apelações e agravos dos casos julgados por juízes acima do valor decidido nas ordenações. O próprio ouvidor, no entanto, estava limitado a julgar casos de até cem mil reis, nos casos de Direito Civil.

No caso de crimes, o ouvidor e o capitão teriam jurisdição conjunta para todas as penas, inclusive a de morte, dos escravos, índios, peões cristãos e homens livres. Não haveria apelação ou agravo dessas decisões.

Para as pessoas de “môr qualidade”, os homens bons, a condenação seria de no máximo dez anos de degredo e cem crusados de multa. Para essas pessoas, a pena de morte poderia ser aplicada em função de quatro crimes: heresia, traição, sodomia e cunhagem de moeda falsa.

Os crimes cometidos pelo capitão seriam julgados pessoalmente pelo rei, que poderia determinar ao capitão que comparecesse a sua presença para ouvi-lo e castigá-lo. Ele não poderia ser suspenso de seu governo e jurisdição em nenhum caso. Se viesse a perder sua capitania, ela passaria ao seu sucessor, sendo que a única exceção seria no crime por traição à coroa.

A última disposição ligada à justiça era a proteção aos criminosos europeus. Para ajudar na colonização e evitar a fuga de portugueses para outros países, muitos condenados poderiam vir para o Brasil como alternativa a outras penas. A chance de não cumprir a pena e vir para ao Brasil se estendia até aos que foram condenados à pena de morte, salvo pelos mesmos crimes de heresia, traição, sodomia e cunhagem de moeda falsa. Vindo ao Brasil, eles não deveriam ser “inquietados” e, passados quatro anos, poderiam ir à Portugal por até seis meses, contanto que não fossem à corte ou ao local onde foi cometido o crime. Essa ida à metrópole poderia se repetir pelo resto de sua vida, a cada quatro anos, pelo mesmo período.

Esse projeto de estrutura judiciária não era compatível com a população existente no Brasil e tampouco havia pessoas com treinamento para ocupar tais cargos. Ele não demonstra uma realidade que estava sendo implantada, bem menos complexa, mas denota a disposição de Portugal para implantar um regime semelhante ao seu e com abertura à autonomia dos habitantes do Brasil.

Conclusão

Ainda que sem autonomia para criar leis, os capitães das primeiras capitanias foram dotados de competência extensas, de aplicar a lei e realizar atos de administração e governo. As dificuldades de transporte e comunicação têm um papel nessa descentralização portuguesa, pois dificilmente o rei poderia fiscalizar as restrições que desejasse impor. Mas é aparente, no entanto, a preocupação em deixar aberto o caminho para que fosse grande a liberdade de atuação na tentativa de criar um ambiente onde a empreitada dos novos colonizadores pudesse prosperar.

A análise jurídica do Direito Público naquele período permite verificar que o Brasil teve um governo planejado para ser descentralizado e com grande concentração de poder nas mãos daqueles que haviam recebido a confiança do rei para iniciar ocupação do território. Poucas dessas normas poderiam ser efetivadas, e elas faziam parecer que uma sociedade muito complexa já existia aqui, o que não correspondia àquela fase de desenvolvimento.

O sistema de capitanias hereditárias foi modificado em 17 de dezembro de 1548, quando Dom João III instituiu o Governo Geral do Brasil. Essa centralização de poder instituída naquele momento iria continuar progredindo. O modelo de capitanias hereditárias descrito acima seria alterado no sentido de atribuir cada vez mais competência e poder fiscalizatório ao governo central. As dificuldades com a agricultura, a hostilidade dos índios, os problemas de transporte e comunicação fizeram com que apenas as capitanias de Pernambuco e São Vicente tivessem alcançado êxito na sua implantação.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Referências

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução do grego por William Ellis. Nova Iorque: J M Dent & Sons LTD., 1912.

BODIN, Jean. *Le six livres de la Republique*. Paris: Édition Et Présentation De Gérard Mairet, 1583. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.doc>. Acessado em: 19 jun. 2014.

CAETANO, Marcello. *As Sesmarias no Direito Luso-Brasileiro*. In: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CALMON, Pedro. *História da Civilização Brasileira*. Brasília: Senado Federal, 2002.

CLAVERO, Bartolomé. *Evolución Historica del Constitucionalismo Español*. Madri: Editori-al Tecnos S. A., 1986.

DOMINGUES, Francisco Contente. *Navios Portugueses dos Séculos XV e XVI*. Vila do Conde: Câmara Municipal da Vila do Conde, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Formação do Patronato Político Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2001

HESPANHA, António Manuel. *A Constituição do Império Português*. Revisão de Alguns Enviesamentos Correntes. 2005. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxhbnRvbmlvbWFudWVsaGVzcGFuaGF8Z3g6MWE3NDQyNDYyZjA5ZTU3NA>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

HESPANHA, António Manuel. *Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro*. 2005. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxhbnRvbmlvbWFudWVsaGVzcGFuaGF8Z3g6M2E4Nzc4ZTAyZGZhMjJjYQ>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México, FCE, 2000.

MARTINS JUNIOR, José Izidoro. *Specimen das Cartas de Doações e Forais das Capitánias*. In História do Direito Nacional. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democrática Editora, 1895.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

PEREIRA, Jorge M. *As consequências económicas do império: Portugal (1415-1822)*. *Análise Social*, Volume XXXII, Número 146-147, 1998, p. 433-461.

PRADO JUNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil - Colônia e Império*. São Paulo Editora Brasiliense, 2007.

RODRIGUES, Teresa. *Portugal nos séculos XVI e XVII. Vicissitudes da dinâmica demográfica*. Working Paper do Projecto POCI/DEM/57987/2004 "História da População Portuguesa. Das grandes permanências à conquista da modernidade". Porto: CEPESE, 2014.

SIMONSEN, Roberto C. *História Econômica do Brasil 1500-1820*. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jardim Editora, 2002.

SOUZA, Pero Lopes de. *Diário da navegação da armada que foi á terra do Brasil em 1530 sob a capitania-mor de Martim Affonso de Souza escripto por seu irmão Pero Lopes de Souza; publicado por Francisco Adolfo de Varnhagen*. Lisboa: Typographia da Sociedade Propagadora dos Conhecimentos Uteis, 1839.

PRESSUPOSTOS AO ESTUDO DOS DIREITOS REAIS MODERNO

Kenny Sontag^{*}

Sumário: Introdução. 1. Os Direitos Reais e o paradigma moderno. 2. Itinerário de modernização no Direito brasileiro. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O Direito Objetivo das Coisas disciplina as possíveis relações jurídicas existentes entre um titular de direito e uma coisa¹. Portanto, os conceitos de *coisa* e *sujeito* de relação jurídica perfilam o modo de concepção dos Direitos Reais. Esses conceitos, entretanto, não se consolidam perenemente, como realidades trans-históricas, mas designam um complexo de significados fluídos e mutáveis.

A tensão entre reiterações consolidadas e proposições inovadoras demonstra que a permanência de um vocábulo na ordem jurídica não implica, necessariamente, na manutenção de seu conteúdo de acepção. Consequentemente, essa premissa é essencial para se compreender qualquer direito segundo o seu discernimento histórico². Nesse sentido, o estudo dos Direitos Reais deve atentar à relativização de ponderações atualmente assumidas como incontestas.

A primeira parte desta pesquisa se concentrou em explanar o longo ideário de modernização dos Direitos Reais em geral, que significou a transição de um modelo de uso coletivo da propriedade ao enfoque no individualismo, iniciado no medievo europeu e consolidado no século XIX.

Posteriormente, empreendeu-se uma análise contextual e substancial da formulação do regime jurídico dos Direitos Reais brasileiro, analisando-se a passagem do período colonial à independência, atribuindo-se enfoque ao cenário da modernização jurídica nacional delineada a partir do século XIX.

Indiscutivelmente, a experiência histórico-jurídica nacional difere marcadamente da sucedida na Europa. Entretanto, a gradativa moderniza-

^{*} Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

¹ WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Auflage. Band I. Frankfurt a. M.: Rütten & Loening, 1887, p. 449; WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 2. Auflage. Band I. Berlin: Springer, 2006, p. 4.

² Vide HESPANHA, António Manuel. Categorias. Uma Reflexão sobre a Prática de Classificar. *Análise Social*. v. XXXVIII (168), 2003, p. 823 et seq.

ção jurídica brasileira é fato relativamente recente, cujo exame dos elementos geradores demanda a consideração da realidade enfrentada por Portugal e suas raízes europeias, já que a metrópole legou arcabouços culturais e institucionais às metrópoles.

Com efeito, a tradição jurídica portuguesa, especialmente a referente ao antigo regime, absorvida no Brasil, mantinha traços característicos do pensamento jurídico medieval, permanecendo vinculada à tradição do *ius commune*. O Direito brasileiro do século XIX ainda estava circunscrito a esse modelo de entendimento das dimensões jurídicas.

1 Os Direitos Reais e o paradigma moderno

A compreensão atual de *coisa* e *Direitos Reais* decorreu de um longo e descontínuo percurso histórico, cujos fundamentos se assentaram em momentos distintos, marcada, sobretudo, pela transição da propriedade pré-moderna à propriedade moderna³. Tratou-se de um processo de renovação que perdurou do século XIV ao XIX, quando culminou o auge de sua maturidade intelectual⁴. Vinculado a uma erosão da mentalidade medieval, impôs-se um dever geral negativo, que implicou na exclusão de terceiros e a proteção jurídica do titular de direito real, a quem foi facultado o uso e gozo privativo de determinado bem⁵.

A Idade Média havia desenvolvido uma percepção peculiar das *situações reais*, em particular da propriedade, de acordo com “uma visão de mundo profundamente reicêntrica e claramente objetiva da ordem natural e soci-

³ Atribuiu-se ao termo *pré-moderno* uma conotação restritiva, designando primordialmente o período medieval, em consonância com a exposição de Ricardo Marcelo Fonseca. Em contrário, Janet Coleman considera um significado abrangente, englobando a Antiguidade. Vide FONSECA, Ricardo Marcelo. A Lei de Terras e o Advento da Propriedade Moderna. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. v. XVII, 2005, p. 99; COLEMAN, Janet. Propriedade: Premoderna e Moderna. In: CHIGNOLA, Sandro; DUSO, Giuseppe (Orgs.). *Sui Concetti Giuridici e Politici della Costituzione dell'Europa*. Milano: Franco Angeli, 2010, p. 119.

⁴ “È un processo di rinnovazione che impegna cinque secoli, dal Trecento all'Ottocento, e che soltanto al suo esito finale ottiene l'inversione di un senso, il capovolgimento della mentalità: soltanto a metà Ottocento il frutto, ormai maturo, si stacca dal ramo, ma la progressiva maturazione ha avuto una durata plurisecolare”. GROSSI, Paolo. La Proprietà e le Proprietà nell'Officina dello Storico. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 17. Milano: Giuffrè, 1988, p. 405.

⁵ “Pode-se afirmar que a construção dessa noção de pertencimento individual, que permite ao seu titular excluir todas as outras pessoas do uso e gozo de um bem, está intimamente ligada às pretensões da modernidade de liberalização dos sujeitos de todos os vínculos tradicionais e condicionamentos existentes na sociedade medieval”. STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e Dimensão Jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 70.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

al⁶. Prevalcia uma incompletude do poder político, ou sua não consumação em um projeto que aspirasse a abarcar integralmente a realidade gregária. Consequentemente, proliferavam intermediários sociais, grupos de agremiação que possibilitavam certa representatividade⁷.

O coletivo imperaria sobre o individual e o natural se sobreporia ao volitivo. A pessoa interagia como membro de comunidades, *uti socius*, cujas finalidades eram plurais, como o cunho religioso, profissional, assistencial ou político. O indivíduo solitário, *uti singulus*, seria imperfeito e frágil⁸. As relações de pertencimento, portanto, encontravam-se sob o enfoque da coisa em si e não de uma perspectiva individualista e antropocêntrica, pautada pelo direito subjetivo e o dogma da vontade.

Manifestava-se, no primeiro medievo, uma *atração do real*. A coisa exerceria um *magnetismo jurídico*, sendo o centro cósmico e econômico de gravitação da existência em seu entorno⁹. As situações jurídicas de direito real, por não serem tuteladas pelo Estado e formuladas segundo protótipos abstratos e formais, previamente previstos na legislação, baseavam-se no costume e nas múltiplas utilidades e poderes autônomos e imediatos sobre o bem.

A propriedade medieval, por conseguinte, despiu-se do ideário romano, sobremaneira proprietário e solene¹⁰, enfatizando os exercícios efetivos da coisa, sua expressão prática e normatividade intrínseca¹¹. Apresentava uma unidade frágil, ocasional e precária, em razão de sua tendência ao desmembramento em frações emancipadas e pluralidade de sujeitos, não submetida a um agente dominador exclusivo.

La proprietà medievale è un'entità complessa e composita tanto che appare perfino indebito l'uso di quel singolare: tanti poteri autonomi e immediati sulla cosa, diversi per qualità a seconda

⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 99.

⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 28.

⁸ GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 17.

⁹ "(...) la cosa, cosmicamente ed economicamente protagonista, subordina a sé, alle sue regole, tutte le esistenza che le gravitano attorno; la cosa, quasi munita di un intensissimo magnetismo giuridico, non consente autonomie nella sua orbita ma attrae a sé ogni situazione". GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 96.

¹⁰ Sobre a disciplina e o formalismo das situações reais no Direito Romano vide KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. 1. Abschnitt. München: C. H. Beck, 1955, p. 316 et seq.; JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Römisches Privatrecht*. 3. Auflage. Berlin: Springer, 1949, p. 111 et seq.

¹¹ "Na relação homem-coisa há, da parte do primeiro, um profundo sinal de humildade: a coisa, afinal, como aquilo que tem o maior valor econômico, assume o papel de elemento primário da ordem e é dotado de uma enorme incisividade no nível jurídico ou, dito de outro modo, é dotado de uma intrínseca normatividade". FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 100.

delle dimensioni della cosa che li hanno provocati e legittimati, ciascuno dei quali incarna un contenuto proprietario, un dominio (l'utile e il diretto), e il cui fascio complessivo riunito per avventura in un solo soggetto può far di lui il titolare della proprietà sulla cosa. Sia ben chiaro che questa proprietà non è però una realtà monolitica, la sua unità è occasionale e precaria, e ciascuna frazione porta in sé la tensione ad autonomizzarsi e la forza a realizzare lo smembramento; né occorrono soltanto atti di disposizione per provocarlo, ma spesso anche semplici atti di amministrazione del proprietario (per esempio, a certe condizioni, anche un contratto agrario) possono portare alla divisione in tante frazioni della unità composita. Questa relatività soggettiva, questa unità tanto fragile, hanno delle motivazioni precise, e noi le conosciamo: si assommano nella volontà dell'ordinamento di costruire l'appartenenza partendo della cosa e di condizionarla alle esigenze di questa¹².

Permaneceram, em grande medida, essas características no segundo medievo. Contudo, enquanto a prática protomedieval intuía uma relevância jurídica por meio de figuras fáticas, a sistematização do *Corpus Iuris Civilis* as ordenou segundo modelos mais rigorosos e teóricos. Os glosadores, pós-acursianos e comentadores empreenderam um reencontro com o Direito Romano, mediante estudo independente dos textos justinianeus, e, no âmbito das situações reais, aspiraram a fixar seus fundamentos de validade¹³.

Nesse período, as elaborações técnicas se concentravam em desdobramentos da expressão *dominium*, adotando-a como parâmetro de validade jurídica. A forma era romana, mas o conteúdo medieval. O *dominium directum* se relacionava com a substância do bem, enquanto o *dominium utile* assinalava a sua multiplicidade de utilidades. Portanto, a efetividade econômica de uma determinada coisa permanecia realçada¹⁴.

¹² GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 1988, p. 408.

¹³ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2002, p. 237-238; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 141-142. Vide CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 345 et seq.; vide WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 38 et seq.; WIEACKER, Franz. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. *Boston College International and Comparative Law Review*. v. 4. Issue 2, 1981, p. 275 et seq.; KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 101 et seq.; HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Mem-Martins: Publicações Europa-América, 2003, p. 146 et seq.; STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University, 2004, p. 45 et seq.

¹⁴ "(...) il dominio utile è il frutto di questa ormai indispensabile contaminazione fra il piano dell'effettività e quello della validità, è l'insieme delle certezze altomedievali ripensato 'romanisticamente' in termini di *dominium*. Dove il *dominium* viene sforzato e tradito per

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Em geral, o Direito Comum propalava uma equiparação entre *coisas* e *pessoas*, pois ambas conformavam o arranjo da criação divina sem que houvesse *distinções qualitativas decisivas*. As próprias pessoas poderiam ser objeto de relações jurídicas de Direito Real ou existirem coisas decorrentes de fatos pessoais, como os deveres feudais ou jurisdicionais¹⁵.

Ademais, exibia-se uma concepção ampla de *coisa*, que nem sempre coincidia com fenômenos empíricos, estendendo-lhes certas garantias jurídicas. Paralelamente aos direitos reais sobre coisas, existiam direitos reais sobre direitos, considerados bens patrimoniais. Consequentemente, além da previsão de mecanismos de defesa de direitos de proprietários, possuidores e usufrutuários, entendia-se que as *restitutiones* e *interdicta*, instrumentos destinados à proteção da posse, eram aplicáveis a direitos políticos, a benefícios e ofícios, e ao direito de eleger, nomear ou apresentar o destinatário de benefício ou ofício¹⁶.

Como as pessoas e coisas integravam uma ordem voltada ao bem comum, desempenhavam determinada função, ou seja, representavam *utilidades* e correspondentes *necessidades* por parte de seus favorecidos, que eventualmente eram reconhecidas juridicamente. Assim, o *dominium* designava tanto a faculdade jurídica de se gozar e dispor licitamente de um bem, como exercer direito sobre pessoas, não tendo por objeto a coisa ou pessoa em si, mas sua utilidade¹⁷.

O relatado desmembramento da coisa ocorria, justamente, em razão da sua pluralidade de utilidades, pois cada uma poderia ensejar um

costringerlo a ricevere ciò che più preme all'ordinamento di salvare, e cioè l'attingimento delle situazioni effettive di godimento ed esercizio alla sfera più gelosa del reale. È per questo che la nozione di dominio utile ha una sua storia e preistoria: formalmente nasce quale responsabile invenzione della scienza giuridica dei Glossatori, sostanzialmente vivi già nelle intuizioni della prassi altomedievale (...). GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 1988, p. 396.

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 72-74. Vide BUSSI, Emilio. *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune: diritti reali e diritti di obbligazione*. Padova: Antonio Milani, 1937, p. 3 et seq.; CAPPELLINI, Paolo. *Diritto Comum. Espaço Jurídico*. Tradução de Ricardo Sontag. Revisão de Arno Dal Ri Junior. v. 9, n. 1, 2008, p. 79 et seq.

¹⁶ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 75-76.

¹⁷ “Neste universo ordenado das necessidades e das utilidades, as coisas não eram essencialmente diferentes das pessoas. Algumas coisas necessitavam de outras (v. g., os animais do pasto), algumas pessoas necessitavam de outras (v. g., o senhor dos vassallos), algumas coisas necessitavam de pessoas (v. g., a terras, dos servos adscritícios) e, muito geralmente, as pessoas necessitavam de coisas. A esta cadeia das necessidades correspondia, em negativo, uma cadeia das utilidades. Daí que o conceito de domínio, como faculdade de uso, fosse muito geral, abrangendo tanto vários direitos de gozo sobre coisas (propriedade, usufruto, hipoteca, servidões, etc.), como direitos sobre pessoas (nomeadamente a jurisdição). O próprio poder de Deus sobre o mundo podia ser configurado como domínio: ou Deus não fosse o *Dominus mundi*”. HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 78.

direito equivalente. A multiplicidade de utilidades predisponha uma hierarquia de finalidades, prevalecendo as espirituais sobre as temporais, e as comuns sobre as particulares¹⁸.

Modificações gradativas de pensamento iniciaram a partir do século XIV, acompanhadas de diferentes circunstâncias sociais, econômicas e culturais, e crise de valores, que demandavam novas soluções jurídicas¹⁹. Nesse ínterim, regiões do norte da Itália se tornaram mais urbanizadas e engendraram uma *consciência cívica* de liberdade, que legitimava a resistência à submissão ao Sacro Império Romano-Germânico e o autogoverno republicano, resistindo a controles externos da vida política²⁰. Certa noção de autonomia transitou ao plano da *pessoa*, arquitetando, ainda que rudimentarmente, o ideário moderno de *sujeito*²¹.

Nos séculos XIII e XIV, o debate de franciscanos e dominicanos sobre o abarcamento do voto de pobreza, assumida enquanto não propriedade, resultou reflexamente em um discorrer arrojado sobre o *dominium*²². Constatou-se que, se a satisfação de uma necessidade pela utilidade de uma coisa implicasse em uma forma de domínio sobre este, mesmo as ordens mendicantes deteriam bens. Esse imbróglcio acabou fazendo com que se sustentasse “a ideia de que o verdadeiro domínio não consistiria num uso fáctico, material, das coisas, mas antes numa *disposição meramente subjectiva*”²³.

¹⁸ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 81.

¹⁹ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 2007, p. 67 et seq.

²⁰ SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. v. 1. Cambridge: Cambridge University, 2002, p. 6-7.

²¹ “El humanismo, al situar el ideal formativo del hombre, en el estudio de la antigüedad pagana, lo secularizó, independizándolo de la Iglesia y liberándolo de todas las ataduras medioevales que lo constreñían. Creó y elaboró la idea de la moderna personalidad, esto es, de una personalidad, que al menos en lo que atañe a las cosas de espíritu, no se somete a autoridades extrañas, sino que halla en sí misma la medida y el canon ejemplares”. KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 167.

²² “(...) il linguaggio francescano sulla povertà è insensibilmente diventato un discorso sulla povertà, organico, autonomo, insulare rispetto al circostante tessuto; tanto organico e autonomo che gli scrittori minoriti si diffondono nella regolazione dei suoi confini, mettendo organicamente in contatto la povertà come regola sociale, con le altre regole dell’assetto sociale, segnandone l’autonomia grazie all’esame parallelo de suo *oppositum*, cioè la proprietà privata. E il discorso sulla povertà diviene sempre, costantemente, anche un discorso sulla proprietà, giacché povertà finisce per essere non-proprietà; e ogni trattato sulla povertà si converte, come vedremo, nell’analisi minuta, approfondita del *dominium*; ogni trattato porta avanti la propria analisi alla luce, per così dire, di un positivo e di un negativo, e quel negativo sempre si dà un contenuto e un termine: *dominium*”. GROSSI, Paolo. *Usus Facti: la nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1972, p. 291-292.

²³ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 83.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Destarte, a doutrina dos Direitos Reais passou a se vincular ao *desejo de apropriação*. Uma pessoa em específico seria proprietária porque quer sê-lo e não necessariamente porque a coisa integra seu patrimônio. Tratava-se de uma percepção espiritual do homem, que enfatizava o aspecto da vontade e o desprendia da realidade material²⁴.

O paulatino trânsito do medieval ao moderno foi mais evidente no século XIV, por meio das argumentações de William of Ockham (1285-1347). O franciscano nominalista renunciou o conceito de *direito subjetivo*, atribuindo especial destaque à individualidade²⁵. Dentre suas propostas estava a rejeição dos *universais*, ou seja, a ideia de que existem somente singularidades, que não podem ser reunidas em um conjunto abstrato único²⁶.

Universal, para o medievo, era “tudo aquilo que podia estar presente em várias coisas, como um todo, simultaneamente, e em algum modo constitutivo metafisicamente apropriado” ou que fosse “naturalmente apto para ser predicado de muitos”²⁷. Entretanto, essa concepção foi rechaçada em prol da valorização do individual. A realidade comportaria substancialmente apenas fenômenos concretos de caráter singular, sendo os *signos* ou noções gerais exclusivamente instrumentos primários e imperfeitos de seu conhecimento²⁸.

Desse modo, *pessoas* ou *coisas* não poderiam ser elaboradas por intermédio de disposições que as reunissem em um todo, formulado segundo a estrutura social ou sua finalidade, mas de acordo com sua natureza idiossincrática. Exclusivamente desta e da vontade particular redundariam os direitos e deveres incidentes sobre as situações reais²⁹.

²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 101.

²⁵ “At least two distinct themes in Ockham’s metaphysics have been called nominalism: (1) his rejection of universals and their accoutrements, like the Scotist formal distinction, and (2) his program of what can be called ‘ontological reduction’, namely his eliminating many other kinds of putative entities, whether universal or not, and in particular his cutting the list of real ontological categories from Aristotle’s ten to two: substance and quality (plus a few specimens of relation in theological contexts)”. SPADE, Paul Vincent. *Ockham’s Nominalist Metaphysics*. In: SPADE, Paul Vincent (Ed.). *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge: Cambridge University, 2006, p. 100.

²⁶ VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 225.

²⁷ SPADE, Paul Vincent. *op. cit.*, p. 111.

²⁸ “São apenas conceitos, instrumentos, etapas no caminho do conhecimento de uma realidade exclusivamente singular, apenas um começo de conhecimento nebuloso dos indivíduos. Universais e relações são apenas instrumentos de pensamento”. VILLEY, Michel. *op. cit.*, p. 231. Vide também KAUFMANN, Matthias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*. Leiden: E. J. Brill, 1994, p. 22 et seq.; BECKMANN, Jan P. *Wilhelm von Ockham*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2010, p. 86 et seq.

²⁹ “Enquanto que a filosofia clássica dava existência *real* ao homem «situado» em certas estruturas sociais (como «pai», como «cidadão», como «filho»), e, portanto, considerava como reais ou naturais os direitos e deveres decorrentes de tal situação, a filosofia social

L'interpretazione volontaristica della realtà economico-sociale si fonda su alcune intuizioni decisive: innanzi tutto, una visione dualistica del mondo dei soggetti e del mondo dei fenomeni, con il conseguente tentativo di costruire una metafisica del soggetto sulle cose, di compiere il suo distacco metafisico della natura; e, insieme, il tentativo di operare una lettura delle cose solo attraverso il filtro del soggetto costituendole mera ombra di questo e della sua sovranità³⁰.

O novo paradigma jurídico-antropológico rompeu com a compreensão coletivista medieval, assumindo o indivíduo como elemento central. A partir de então, o Direito se dedicou a determinar o conteúdo dos *direitos individuais*, as *qualidades* e dimensões das *faculdades jurídicas* do indivíduo. A ordem natural cedeu à *vontade positiva* dos indivíduos na fundamentação da norma jurídica³¹.

Obviamente, essas considerações intelectuais influíram na contro-
vérsia sobre o voto de pobreza de segmentos religiosos, já envolta em um contexto de crise eclesial. Em *Opus nonaginta dierum* (1332-1333), Ockham contra-argumentou a bula papal *Quia vir reprobis* (1329) e as tentativas de João XXII em vincular os franciscanos à titularidade jurídica de bens. Defendeu o apartamento entre o Direito Real e a *utilidade da coisa*, identificando-o com um *poder subjetivo* sobre esta, que poderia ser renunciado, por ato de vontade, ainda que permanecesse faticamente exercido. Por conseguinte, a disposição fática de bens, por parte dos franciscanos, não prejudicaria o voto de pobreza, pois ausente a vontade individual de pertença³².

nominalista considera os indivíduos isolados, sem outros direitos ou deveres senão aqueles reclamados pela sua *natureza individual*, ou pela sua *vontade* (e eis aqui o pendor «voluntarista» do nominalismo, que está na base do positivismo moderno)”. HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 216, nota 358.

³⁰ GROSSI, Paolo. La Proprietà nel Sistema Privatistico della Seconda Scolastica. In: GROSSI, Paolo (Ed). *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 124.

³¹ VILLEY, Michel. *op. cit.*, p. 233; KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2002, p. 81.

³² Vide VILLEY, Michel. *op. cit.*, p.265-278; SHOGIMEN, Takashi. *Ockham and the Political Discourse in the Late Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University, 2007, p. 36 et seq.; LEFF, Gordon. *William of Ockham: the metamorphosis of scholastic discourse*. Manchester: Manchester University, 1975, p. 614 et seq.; VOEGELIN, Eric. The Later Middle Ages. v. III. In: WALSH, David (Ed.). *The Collected Works of Eric Voegelin*. v. 21. History of Political Ideas. Columbia: University of Missouri, 1998, p. 118 et seq.; MCGRADY, Arthur Stephen. *The Political Thought of William of Ockham: personal and institutional principles*. Cambridge: Cambridge

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Contemporâneas a este panorama histórico, confluíram no mesmo sentido as reflexões de Marsiglio da Padova (1275-1342), que aspiravam, ainda, a uma secularização do pensamento político-jurídico, na senda de reformistas, antipapistas e Dante Alighieri (1265-1321). A obra *Defensor Pacis* (1324) ressaltou o caráter volitivo do Direito e do Estado³³.

Nos séculos XVI e XVII a Escola Peninsular de Direito Natural, Segunda Escolástica ou Neoescolástica, também desempenhou um papel relevante na gênese da propriedade moderna, por meio de especulações teológico-jurídicas concordes com os postulados tomistas essenciais, voltadas a soluções de repercussão prática aos problemas da época³⁴.

Manteve-se o destaque ao indivíduo e ao voluntarismo. A autonomia do sujeito seria garantida pelo livre arbítrio e pelo *dominium sui*, o domínio sobre si mesmo e sobre suas ações. O *dominium rerum externarum*, domínio sobre uma coisa, seria como um prolongamento do primeiro, donde o exercício de poder sobre um bem, consolidado em um direito real, seria primordial à realização plena da própria personalidade³⁵.

A orientação *jusnaturalista individualista* se perpetuou nos pensamentos cartesiano e empirista, ambos a seu modo, dos séculos XVII e XVIII. Derivavam-se direitos individuais, inalteráveis e necessários, dos impulsos que condicionavam a ação humana, da *natureza do homem*, a qual se almejava definir, mediante o racional ou o concreto. O social se fundaria somente pela limitação da liberdade natural, instrumentalizada

University, 2002, p. 9 et seq.; CAVICHIOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do Sujeito de Direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 24 et seq.

³³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 68-74; SHOGIMEN, Takashi. *op. cit.*, p. 49 et seq.; VOEGELIN, Eric. *op. cit.*, p. 84 et seq.

³⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 342-343; WOLKMER, Antonio Carlos. *op. cit.*, 2006, p. 123 et seq.

³⁵ GROSSI, Paolo. *op. cit.*, 1973, p. 135. "O esboço daquilo que chamariamos de 'liberdade' que então vai se formando toma a feição de "autodeterminação da vontade" (...) revela-se sobretudo como possibilidade de controlar a si mesmo e a realidade externa; é o *dominium sui* que faz com que o homem livre se diferencie do servo, de modo que o sujeito que emerge da idade média é sobretudo caracterizado como alguém dotado de facultas *dominandi*, é alguém que se expressa a si mesmo de modo completo somente mediante formas possessivas; a liberdade vista como *dominium* é independência, superioridade, exclusividade, e se traduz num domínio de si mesmo e de seus próprios atos, bem como um domínio da realidade exterior. (...) Dessa forma, o 'ter' é algo que passa a ser fundante de uma expressão de subjetividade, é algo que tem a capacidade de definir o 'ser'. E esse *dominium*, como se pode prever, continuamente vai deixando de ser somente uma categoria essencial na interpretação das relações intersubjetivas (...), mas o *dominium sui* vai progressivamente se afirmando também na relação com as coisas: o homem moderno é alguém que se expressa e se afirma como aquele que possui as coisas, no sentido de exercer sobre elas um domínio e um poder exclusivo". FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 102-103.

pela prática de um pacto, ou seja, pela vontade individual, implementada pela tendência à vida em coletividade (*appetitus societatis*) ou por temor ao estado de natureza³⁶.

Nesse contexto, sobretudo no pensamento contratual social inglês, prosperou o *individualismo possessivo*, que identificava o sujeito como proprietário de si mesmo e de suas capacidades. Suas características eram afirmar o homem como ser livre da dependência da vontade dos demais; a não imposição de qualquer vínculo com outrem além dos voluntários, baseados em seu interesse próprio. Sendo a *pessoa* livre somente se proprietária, a sociedade humana se resumiria a uma série de relações de mercado³⁷.

A liberdade individual, que afastava a subjugação à vontade de outrem, seria limitada apenas pelos deveres necessários para se manter a mesma liberdade aos demais. Desse modo, a constituição política se justificaria por meio de um acordo voltado à proteção da propriedade individual, enquanto *pessoa e bens*, e à manutenção ordenada das relações de troca³⁸.

Thomas Hobbes (1588-1679), no clássico *Leviathan* (1615), suscitou a interpretação de que a incerteza e o constante temor do *estado de natureza* desencadeariam a decisão coletiva de abdicação de todos os direitos em favor do príncipe, que governaria racionalmente, zelando pela paz e pelo bem comum e individual. O soberano seria o único legitimador e intérprete autorizado do Direito, redundando na inviabilidade do Direito Natural e a submissão do costume ao Direito Positivo³⁹.

Em outro sentido, uma visão demo-liberal do contrato social foi formulada por John Locke (1632-1704), em *Two Treatises of Government* (1690). A fundação da conformação política não implicaria na abnegação dos direitos individuais naturais e, outrossim, se destinaria a geri-los de modo mais eficiente. A tutela da autoridade pública estaria limitada à observância do Direito Natural⁴⁰.

Especificamente no âmbito dos Direitos Reais, Locke sustentou a ideia de que a propriedade seria um direito natural, absoluto, essencialmente individual e proveniente do trabalho. O Direito Natural determinaria a preservação da propriedade privada, pois esta serviria de fundamento aos demais direitos naturais individuais, como à liberdade e à vida. Por

³⁶ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 216-217.

³⁷ MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University, 1990, p. 263

³⁸ MACPHERSON, C. B. *op. cit.*, p. 264

³⁹ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 217-218.

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2003b, p. 218.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

se tratar de direito natural anterior ao contrato social, a propriedade não seria passível de supressão ou limitações de exercício, devendo ser apenas declarada⁴¹.

Assim, fixou-se a apoteose do *modelo proprietário*, cujos efeitos dogmáticos mais candentes seriam expressos nos diplomas legais dos séculos XVIII e XIX. “(...) o domínio sobre as coisas aparece como um prolongamento do domínio sobre si próprio, o *ter* torna-se num mero acto de vontade do sujeito que se afirma como dono de uma coisa, a propriedade é um outro nome da liberdade, desse poder expansivo de afirmação subjectiva”⁴².

Exemplificativamente, podem ser citados a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1798), que previa a propriedade como *direito inviolável e sagrado*, e o *Code Napoléon* (1804), que estabelecia o *direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto*⁴³.

Os aspectos centrais prevaletentes eram, sumariamente, a íntima relação entre domínio e vontade, sendo aquele um direito tendencialmente absoluto, pleno, perpétuo e essencialmente privado. *Absoluto* em razão da ausência de limites externos. *Pleno* porque encerraria todas as faculdades de ação sobre a coisa que fossem possíveis ao titular. *Perpétuo* já que as formas temporalmente limitadas eram desprestigiadas. Essencialmente *privado*, pois não conexo a direitos de carácter público⁴⁴.

Finalmente, o *modelo proprietário*, individualista e voluntarista, passou, paulatinamente, a nortear as elucubrações jurídicas voltadas aos demais direitos reais, como a hipoteca, a posse e a enfiteuse. Esses acabaram sendo definidos a partir do direito de propriedade e encarados como fragmentos deste⁴⁵.

Evidentemente, o prolongado processo de transição de paradigma do Direito Real, da propriedade pré-moderna à propriedade moderna, não ocorreu homogeneamente em âmbito global, ou mesmo europeu. No Brasil, o contraste entre as experiências estrangeiras e a nacional fazia com que o pensamento jurídico se defrontasse, frequentemente, com as peculiaridades da colonização portuguesa⁴⁶.

⁴¹ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *op. cit.*, p. 75-76; BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 192.

⁴² HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 84.

⁴³ Vide FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 104.

⁴⁴ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, 2006, p. 85-90.

⁴⁵ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *op. cit.*, p. 79.

⁴⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, p. 104-105.

2 Itinerário de modernização no Direito brasileiro

Os projetos de modernização do Direito brasileiro iniciaram a ser concebidos no século XIX, ainda que as modificações jurídicas fossem eventualmente tênues e arbitrárias. A princípio, havia uma característica repercussão do despotismo esclarecido e das revoluções americana e francesa⁴⁷.

Primeiramente, o Brasil estava integrado ao modelo luso-atlântico de exploração colonial, fornecendo matéria prima com a utilização de mão-de-obra escrava. Por meio da intermediação portuguesa, mantinha vínculo de aliança político-econômica com o Império Britânico, que dominava o comércio no Atlântico Norte⁴⁸.

Durante o século XVIII, Portugal, que era grande importador de produtos do Norte da Europa e da América do Norte, procurou manter neutralidade nas disputas entre Reino Unido e França. A ampliação da concorrência colonial havia proporcionado adversidades econômicas, fazendo com que as prioridades fossem a manutenção do domínio sobre os territórios ultramarinos e a inibição do comércio direto entre estrangeiros e colônias⁴⁹.

Reformas políticas, jurídicas, administrativas, econômicas e educacionais haviam sido empreendidas durante o reinado de Dom José I (1750-1777), sobretudo com a atuação de Sebastião José de Carvalho, Marques de Pombal, com o intuito de conciliar o absolutismo monárquico com os ideais iluministas e humanistas. Técnicas mercantilistas, como instalação de companhias de comércio e instituição de taxas e subsídios, foram utilizadas, visando a facilitar o acúmulo de capital e à inclusão das oligarquias coloniais⁵⁰.

⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254.

⁴⁸ "A aliança inglesa tinha raízes antigas em Portugal, remontando mesmo à primeira dinastia. Com a ascensão dos Aviz, o tratado de Windsor (1386) consolidou as boas relações, prevendo favores comerciais recíprocos e dispondo sobre a mútua defesa. Mas é sobretudo no quadro de tensões que se seguem à Restauração de 1640, com a prolongada guerra para manter a independência recobrada, que a presença inglesa assume a forma característica que domina no século seguinte: a troca de aliança e mesmo proteção política por vantagens comerciais crescentes". NOVAIS, Fernando A. *Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)*. 5. ed. São Paulo: HUCITEC, 1989, p. 19-20.

⁴⁹ NOVAIS, Fernando A. *op. cit.*, p. 23.

⁵⁰ Vide MAXWELL, Kenneth. The Impact of the American Revolution on Spain and Portugal and their Empires. In: GREENE, Jack P.; POLE, J. R. (Eds.). *A Companion to the American Revolution*. Malden: Blackwell, 2000, p. 534 et seq.; FRANCO, José Eduardo. O Marquês de Pombal e a Invenção do Brasil: Reformas coloniais iluministas e a protogênese da nação brasileira. *Cader-nos IHU Ideias*. v. 13, n. 220, 2015, p. 3 et seq.; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *op. cit.*, p. 364 et seq.; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *op. cit.*, p. 263 et seq.; ANTUNES, Álvaro de Araujo.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

A despeito de eventuais retrocessos e insucessos dessas reestruturações, principalmente no que se refere ao rearranjo da legislação civil, o contexto histórico acabou por impor atualizações. O Bloqueio Continental (1806)⁵¹, as guerras napoleônicas (1803-1815) e a pressão inglesa provocaram a mudança da corte portuguesa para o Rio de Janeiro e a promulgação do *Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas* em 1808; o *Tratado de Cooperação e Amizade* em 1810, praticado com o Reino Unido, em favorecimento do comércio; e a elevação do Brasil a reino unido a Portugal e Algarves em 1815⁵².

As políticas de Dom João VI agradaram os brasileiros, pois consistiam em alterações em favor da liberdade negocial dos súditos e a possibilidade de uma maior participação no comércio internacional. Além disso, representavam uma atenuação aos elementos de crise do sistema colonial, premido pela ascensão da burguesia vinculada ao capitalismo industrial e o aumento da população, produção e mercado interno nas colônias, insatisfeitas com as restrições metropolitanas⁵³.

Em contrapartida, havia crescente descontentamento entre os portugueses, que perdiam monopólios e a função de entreposto de distribuição. Ademais, além da crise comercial, não se encontravam em condições

Pelo Rei, com Razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. a. 172, n. 452, 2011, p. 15 et seq.; MONCADA, Luís Cabral de. Um Iluminista Português do Século XVIII: Luís António Verney. *Estudos de História do Direito*. v. III. Coimbra: Atlantida, 1950.

⁵¹ O Bloqueio Continental foi uma medida francesa formalizada pelo Decreto de Berlin em 21 de Novembro de 1806, aspirando a dificultar o acesso de navios ingleses aos portos da Europa Continental e, consequentemente, a prejudicar o comércio com os ingleses. Como Portugal tinha fortes laços com o Reino Unido, houve uma deterioração da relação entre portugueses e franceses, que resultou na primeira invasão francesa de Portugal, em 1807. Vide OMAN, Charles. *A History of the Peninsular War*. v. I. Oxford: Clarendon, 1902, p. 26 et seq.; SCHROEDER, Paul W. *The Transformation of European Politics 1763-1848*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 307 et seq.

⁵² Vide RINKE, Stefan. *Revolutionen in Lateinamerika: Wege in di Unabhängigkeit 1760-1830*. München: C. H. Beck, 2010, p. 264 et seq.

⁵³ “Os fundamentos do Sistema colonial tradicional estavam portanto abalados por vários tipos de pressão. No âmbito internacional, as bases da aliança burguesia comercial-Coroa, que havia dado origem ao sistema colonial tradicional, estavam minadas: de um lado, pela emergência de novos grupos burgueses relacionados com o advento do capitalismo industrial e, de outro, pela perda da funcionalidade do Estado absolutista e pelo desenvolvimento de um instrumental crítico que procurava destruir suas bases teóricas. No âmbito das colônias, o aumento da população, o incremento da produção, a ampliação do mercado interno tinham tornado cada vez mais penosas as restrições impostas pela metrópole, tanto mais que cresciam as possibilidades de participação no mercado internacional”. COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1999, p. 22.

de competir com o Reino Unido na produção manufatureira e agrária, em razão das técnicas rudimentares que empregavam⁵⁴.

Com a Revolução do Porto, que contou com a adesão de setores da nobreza, burguesia, clero e exército, em 1820, os portugueses demandavam o retorno da família real, almejavam conter os poderes monárquicos e retomar os privilégios comerciais sobre o Brasil. Assistia-se a uma assunção concomitante de ideias liberais e anseios coloniais⁵⁵.

A ambiguidade do movimento fez com que localidades no Brasil se engajassem em seu apoio. Esse fato perturbava a unidade nacional e a integridade territorial, pois as provinciais não se mantinham vinculadas entre si e, eventualmente, aproximavam-se de Portugal⁵⁶. A economia voltada à exportação, o mercado interno ainda reduzido e a falta de integração entre as regiões não possibilitavam avanços nacionalistas, circunscrevendo-os ao sentimento contra Portugal⁵⁷.

As notícias da Revolução do Porto acarretaram em um assentamento das ideias políticas liberais no Brasil, introduzidas, sobretudo, após a vinda da família real. Havia um liberalismo exaltado, ainda associado ao republicanismo clássico e ao contrato social, e sob a influência dos desdobramentos espanhóis de Cádiz, cuja Constituição fora promulgada em 1812, e, reflexamente, do discurso revolucionário francês de 1789⁵⁸.

O liberal era geralmente apresentado como aquele que queria tanto “o bem de sua pátria” quanto “a liberdade”; que “ama o monarca, respeita-o, quando é respeitável, amaldiçoa-o quando é indigno e tirano, e prefere a morte a um jugo insuportável”. Já o “li-

⁵⁴ COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 39.

⁵⁵ PAQUETTE, Gabriel. *Imperial Portugal in the Age of Atlantic Revolutions: The Luso-Brazilian World 1770-1850*. Cambridge: Cambridge University, 2013, p. 108 et seq.; EDMUNDSON, George. *Brazil and Portugal*. In: ACTON, J. E. D.; WARD, A. W. et al. *The Cambridge Modern History*. v. X. Cambridge: Cambridge University, 1902, p. 312 et seq.

⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 255.

⁵⁷ “Ainda às vésperas da Independência eram mais fortes os laços das várias províncias com a Europa do que entre si. Faltavam as condições que na Europa levavam a uma maior integração nacional. Eis por que todos os movimentos revolucionários anteriores à Independência sempre tiveram caráter local, irradiando-se, quando muito, às regiões mais próximas, jamais assumindo caráter mais amplo. (...) Explicam-se assim os receios de um dos principais líderes da Independência, José Bonifácio, de que, à semelhança do que sucedera em outras regiões da América, a colônia portuguesa viesse a se fragmentar em várias províncias”. COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 32-33.

⁵⁸ CYRIL LYNCH, Christian Edward. O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850). *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. v. 9, n. 17, 2007, p. 219. Vide FELONIUK, Wagner Silveira. *A Constituição de Cádiz*. Porto Alegre: DM, 2014, p. 13 et seq.; e BARRETO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. ¡Viva la Pepal! A história não contada da Constitución Española de 1812 em terras brasileiras. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. a. 172, n. 452, 2011, p. 201 et seq.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

beralismo” ou a “liberalidade de idéias”, por sua vez, era “a justiça mais pura e mais elevada aplicada a nossas ações e, portanto, a fonte de todas as nossas virtudes”. Ao liberalismo era também atribuída a capacidade milagrosa de resolver todos os males que afligiam portugueses dos dois lados do Atlântico: visto que o regime liberal tinha “a virtude d’Arca Noemítica, hão de habitar à sua sombra diversos caracteres, e todos em perfeita paz”, concluía-se naturalmente que “uma nação (...) com um governo constitucional, ativo, vigilante e enérgico, será certamente uma potência de grande respeito, e consideração política, e terá um lugar distinto entre as Nações de primeira ordem”⁵⁹.

O liberalismo brasileiro, entretanto, correspondia a suas peculiaridades locais, apresentando restrições sensíveis. Empecilhos materiais e intelectuais, como as dificuldades de comunicação, analfabetismo e marginalização política, impediam a difusão considerável dessas ideias, tornando-as acessíveis somente a uma reduzida elite.

Enquanto na Europa as ideias liberais eram acolhidas pela burguesia em detrimento dos privilégios da nobreza, do poder real sobrepujante e dos entraves econômicos, no Brasil foram admitidas pela elite rural que se limitava a almejar a liberdade negocial e autonomia administrativa. Aspirava-se, majoritariamente, à manutenção do modelo de propriedade agrícola latifundiária, da escravidão e outras prerrogativas e regalias⁶⁰.

Os princípios liberais não se forjaram, no Brasil, na luta da burguesia contra os privilégios da aristocracia e realza. Foram importados da Europa. Não existia no Brasil da época uma burguesia dinâmica e ativa que pudesse servir de suporte a essas idéias. Os adeptos das ideias liberais pertenciam às categorias rurais e sua clientela. As camadas senhoriais empenhadas em conquistar e garantir a liberdade de comércio e a autonomia administrativa e judiciária não estavam, no entanto, dispostas a renunciar ao latifúndio ou à propriedade escrava. A escravidão constituiria o limite do liberalismo no Brasil⁶¹.

Formas de governo mais democráticas, mobilizações de intuito popular e manifestações em defesa da soberania do povo, igualdade e liberdade como direitos incondicionais e inalienáveis eram, prevalentemente, rechaçadas e evitas pela elite brasileira. Encarava-se com apreço a pers-

⁵⁹ CYRIL LYNCH, Christian Edward. *op. cit.*, 2007, p. 219-220.

⁶⁰ COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 30.

⁶¹ COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 30.

pectiva de obtenção da Independência com auxílio do príncipe regente, pois havia uma tendência de manutenção do *status quo*⁶².

Além disso, o liberalismo no Brasil se diferenciava por sua harmonização com a religião e a participação de clérigos. Sacerdotes eram acusados de pregar ideias liberais, colaborar com grupos rebeldes e frequentar lojas maçônicas, práticas favorecidas, dentre outros fatores, em razão de sua submissão à Coroa, de acordo com o Padroado português⁶³.

O embate entre os interesses portugueses e brasileiros, que passaram a ser representados politicamente por deputados eleitos, acelerou o processo de Independência, concluído em 1822. Naquele momento, eram entendidas como exitosas as revoluções americana (1776) e francesa (1789)⁶⁴.

O modelo americano era caracterizado pela forma de governo republicana, pelo federalismo e por instituir garantias individuais, incorporando diversas declarações de direitos fundamentais, como o *Virginia Bill of Rights* (1776). Apregoava um arquétipo de autonomia pessoal e local⁶⁵.

Na França, alternavam-se a República e a Monarquia com momentos de violenta instabilidade. Na América, prevalecia o modelo republicano, seguido pela vizinha Argentina, que apresentava fragilidades e conturbada relação entre a capital e as províncias, além de representar certa rivalidade e potencial conflito em questões envolvendo a região do Rio da Prata⁶⁶.

O Brasil elaborou uma formulação político-administrativa relativamente própria, inspirada em teorias políticas contemporâneas. Reconheceram-se os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, conforme a proposta do pensador francês Benjamin Constant (1767-1830). Este último se destinaria a conter conflitos entre os demais poderes, evitando debilidades e propiciando direitos civis e individuais⁶⁷.

Assegurar a Independência foi um dos fatores determinantes para a preservação da unidade territorial. O país se encontrava bastante desgregado e detinha dados econômicos e sociais heterogêneos, mas precisa-

⁶² COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 31.

⁶³ COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 31-32.

⁶⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 259.

⁶⁵ Vide MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15 et seq.

⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 259. Vide LÓPEZ, Vicente F. *Historia de la República Argentina*. Tomo IV. Buenos Aires: La Facultad, 1911, principalmente p. 98 et seq.

⁶⁷ CYRIL LYNCH, Christian Edward. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. a. 47, n. 188, 2010, p. 93. Vide VASCONCELLOS, Z. de Góes. *Da Natureza do Poder Moderador*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1862.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

va fazer frente aos anseios recolonizadores portugueses, que buscavam aproveitar-se da vulnerável coesão entre as provinciais⁶⁸.

Conforme expôs Euclides da Cunha, a integração nacional não provinha do suporte de bases fáticas, mas da artificialidade e da abstração:

Somos o unico cazo historico de uma nacionalidade feita por uma teoria política. Vimos, de um salto, da homojencidade da colonia para o rejimen constitucional: dos alvarás para as leis. E ao entrarmos de umprovizo na orbita dos nossos destinos, fizemol-o com um único equilibrio possivel naquela quadra: equilibrio dinamico entre as aspirações populares e as tradições dinasticas⁶⁹.

Além da organização do Estado, o Brasil precisava criar uma identidade nacional e Direito próprio. Havia, contudo, alguns entraves que dificultavam o seu avanço. Inexistiam discussões políticas públicas, abrangentes e profundas, e partidos políticos democraticamente organizados.

Os debates eram realizados, em sua maioria, em grupos fechados e secretos, dentre os quais a maçonaria. Por essa razão, havia um “reformismo elitista, que apesar de anticlerical seria compatível com um reformismo progressista, ilustrado, nacionalista e católico, porque, ao fim e ao cabo, paternalista para com alguns e excludente para com os não iniciados”⁷⁰.

Os anseios da elite foram expostos em manifesto de 1º de agosto de 1822. Além de englobar diversas queixas e recriminações contra as Cortes portuguesas, o texto continha propostas liberais, como atenção às peculiaridades locais e alterações legislativas, fiscais, educacionais e da administração judicial⁷¹.

[...] o manifesto estabelecia um programa liberal que prometia uma legislação adequada às circunstâncias locais; juizes honestos que acabassem com as maquinações das Cortes de justiça portuguesas; um código penal ditado pela ‘razão e humanidade’ que substituísse as ‘atuais leis sanguinosas (sic) e absurdas’; e um sistema fiscal que respeitasse ‘os suores da agricultura’, ‘os trabalhos

⁶⁸ Bahia e Pará são exemplos de províncias que se mantiveram fiéis a Portugal até 1823, submetendo-se ao domínio do Príncipe Regente somente por meio de conflitos bélicos. “A unidade territorial seria, no entanto, mantida depois da Independência, menos em virtude de um forte ideal nacionalista e mais pela necessidade de manter o território íntegro, a fim de assegurar a sobrevivência e consolidação da Independência”. COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 33.

⁶⁹ CUNHA, Euclides da. *Á Marjem da Historia*. 3. ed. Parte III, Esboço de História Política: da Indendencia á Republica. Porto: Chardron, Lelo & Irmão, 1922, p. 237.

⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 256.

⁷¹ COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 137-138.

da indústria', os 'perigos da navegação e a liberdade de comércio' e facilitasse 'o emprego e a circulação de cabedais'. Para os que cultivavam as ciências e as letras, 'aborrecidos ou desprezados pelo despotismo', instigador da hipocrisia e falsidade, prometia honras e glórias, e uma 'educação liberal' para os cidadãos de todas as classes.

D. Pedro I, no entanto, não agradou as elites e as divergências gradativamente se agravaram. O desentendimento iniciou logo nas reuniões da Assembleia Constituinte, posteriormente dissolvida, pois os liberais pretendiam limitar o poder real, ampliando as atribuições do legislativo, instituir o princípio da responsabilidade ministerial e limitar o direito de veto e iniciativa legislativa do imperador, permitindo certa vigilância sobre o poder executivo⁷².

O processo de Independência se consolidou somente em 1831, com abdicação de D. Pedro I, que não havia atendido aos anseios oposicionistas. Seu afastamento abrandou a apreensão de uma nova união com Portugal. Nesse período, a soberania brasileira era internacionalmente reconhecida e se desenvolvia uma atividade legislativa autônoma⁷³.

A centralização monárquica viabilizou certa estabilidade, ainda que tenham existido conflitos, rebeliões e movimentos de secessão, sobre tudo durante a regência (1831-1840). A continuidade muitas vezes retardou as reformas que eram demandadas e se traduziam, na esfera jurídica, em desavenças quanto à organização judicial e processual, às restrições ao poder moderador, a alterações da estrutura de mão de obra escrava, ao arranjo da propriedade privada e à demarcação de terras, e à definição da religião oficial de Estado⁷⁴.

A *Constituição Política do Imperio do Brazil*, outorgada em 1824, a despeito de tendências antidemocráticas e oligárquicas, inaugurou um movimento de modernização do Direito nacional, adotando vários direitos individuais previstos em declarações do século XVIII⁷⁵. Entretanto, a atividade legislativa ainda necessitava conferir aparatos legais e institucionais ao país⁷⁶.

Os juristas que se incumbiram dessa tarefa integravam um conjunto de letrados cuja instrução fora completada no exterior, primordialmen-

⁷² COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 138-139.

⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 256.

⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 257-258.

⁷⁵ COSTA, Emília Viotti da. *op. cit.*, p. 141-142.

⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 258.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

te em Coimbra⁷⁷. Embora sua formação abstrata, ainda pautada pelo absolutismo português, alienasse-os, eventualmente, do ambiente nacional, sua atuação foi primordial para articular a sua conservação.

Nas décadas posteriores à Independência, em função do tipo de educação superior, dos valores e idéias que incorporavam, a camada profissional dos juízes se constituirá num dos setores essenciais da unidade e num dos pilares para construção da organização política nacional. O que distingue a magistratura de todas as outras ocupações está no fato de que ela representava e desenvolvia formas de ação rígidas, hierarquizadas e disciplinadas que melhor revelavam o tipo de padrão que favorecia práticas burocráticas para o exercício do poder público e para o fortalecimento do Estado. (...) De herdados de Portugal é o que organização profissional com estrutura e coesão internas superiores a todos os outros segmentos que lhes legitimava como força para a negociação. Tratava-se de uma elite “treinada nas tradições do mercantilismo e absolutismo portugueses”, unida ideologicamente por valores, crenças e práticas que em nada se identificava à cultura da população do país. Entretanto, por sua educação e orientação estavam preparados a exercer um papel de relevância nas tarefas de governo. Daí que, sua homogeneidade social e ocupação, marcada por um sentido mais ou menos político, projetava-os não só como os primeiros funcionários modernos do Estado nascente, mas, sobretudo, como os principais agentes de articulação da unidade e consolidação nacional⁷⁸.

Dentre os principais diplomas legislativos elaborados, citam-se o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832. Posteriormente, em um contexto em que havia uma maior participação de juristas educados em cursos de Direito nacionais, em 1850, foram redigidos o Código Comercial, o Regulamento 737 de 1850, que continha disposições processuais civis, e a Lei de Terras (Lei 601). Em 1843, criou-se o Registro Geral de Hipotecas, por meio da Lei Orçamentária 317.

A modernização dos Direitos Reais no Brasil, conforme anteriormente explanado, iniciou a ser concebida no século XIX, principalmente em sua segunda metade. Anteriormente, prevaleciam discernimentos pré-modernos, provenientes da combinação das noções europeias e a realidade local. O Direito português, a partir do século XVI, condicionou a circula-

⁷⁷ Os cursos de Direito foram implementados no Brasil em 1827 e iniciados em 1828, nas cidades de São Paulo e Olinda. Posteriormente, em 1854, o curso de Olinda foi transferido para Recife. Vide CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 74.

⁷⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *A Magistratura Brasileira no Século XIX. Sequência*. v. 18, n. 35, 1997, p. 25-26.

ção de ideias jurídicas nos territórios conquistados na América. Mesclam-se concepções feudais e mercantis na disciplina das situações reais.

Após a “conquista” das terras brasileiras, a partir da chegada do navegador Pedro Álvares Cabral em 1500, iniciou-se uma empresa colonial que resultava de uma aliança entre a burguesia mercantil, a coroa e a nobreza portuguesas. A política de terras que daí adveio incorporava um misto de concepções feudais e mercantis, uma vez que o trato jurídico dado às terras em Portugal à época era essencialmente medieval⁷⁹.

A propriedade fundiária tinha uma importância singular para a sociedade brasileira. A agricultura era a principal atividade econômica desenvolvida, vinculada ao capitalismo de exportação e à utilização de mão-de-obra inicialmente escrava. Os grandes proprietários gozavam de amplo prestígio político e, em razão da inexistência da oposição de outros agentes sociais, desfrutavam de vantagens excessivas⁸⁰.

A classificação jurídica da propriedade de terras no Brasil pode ser dividida de acordo com três períodos distintos. Inicialmente, existia o regime das sesmarias, que vigorou de 1500 a 1822, segundo o qual os capitães ou governadores efetuavam doações de porções de terra. A partir de 1822, quando a Resolução 76, de 17 de julho, suspendeu a concessão de sesmarias, persistiu o modelo de propriedade baseado na posse. Por fim, em 18 de setembro de 1850, a Lei 601, denominada *Lei de Terras*, inaugurou um novo sistema, complementado pela Lei 1.237, *Lei Geral de Hipotecas*, de 24 de setembro de 1864, modificação da Lei 317 de 1843, e pelo Código Civil de 1916, alterando as normas referentes aos serviços de registros públicos, e instituindo e consolidando o princípio da transferência da propriedade pela transcrição⁸¹.

O regime das sesmarias foi instituído pela Lei de 26 de junho de 1375, durante o reinado de D. Fernando I, como tentativa de reocupar as zonas rurais, despovoadas em decorrência da crise demográfica provocada

⁷⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, 2005, p. 105.

⁸⁰ “A sociedade brasileira começa a formar-se sobre a base essencialmente agrária. Na origem de nosso sistema jurídico encontramos primeiramente a união entre propriedade fundiária e poder político. Em segundo lugar, uma atividade agrícola de exportação, inserida na formação do capitalismo moderno. Em terceiro lugar, a exploração da mão-de-obra escrava num período em que na Europa ocidental o regime de servidão era praticamente extinto. Finalmente, em razão da falta de qualquer contrapoder ou controle, o exercício de poderes arbitrários, exclusivos e individualistas por parte dos grandes proprietários”. LOPEZ, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 331.

⁸¹ MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 11. ed. Colaboração de Carol Regina Silva Marques. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22 et seq.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

pela peste negra, entre os anos de 1348 e 1350⁸². As terras não cultivadas seriam redistribuídas a quem quisesse ou pudesse ocupá-las⁸³.

Posteriormente, esta disciplina da propriedade foi incorporada às Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 81, de 1446; às Ordenações Manuequinas, de 1521; e às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 43, de 1603. Sua aplicação no Brasil, entretanto, foi diferenciada e distorcida, utilizada como instrumento de incentivo à ocupação, à exploração e à demarcação fronteiriça do território⁸⁴.

As circunstâncias coloniais eram diversas da metrópole. Enquanto nesta as sesmarias visavam a reparar a distorção entre habitantes e terras e fomentar a produção agrícola, naquela acabaram resultando na sua concentração por parte da nobreza e grandes lavradores, que assumiam porções de terra muita extensas e não as cultivavam. Em que pese houvesse restrições, não era incomum que mais de uma sesmaria fosse assumida pela mesma pessoa ou que fossem sequer habitadas, o que contribuiu para extinção de seu regime⁸⁵.

⁸² “As disposições principais da Lei das Sesmarias eram as seguintes: I – Todos os senhores de bens prediais, aptos para sementeiras de pão, são obrigados a cultivá-los, por sua conta, ou a transmiti-los por enfiteuse ou arrendamento a lavradores que os cultivem, mediante o pagamento de uma pensão, que entre si ajustem, ou que, na falta de acordo, lhes seja arbitrada pela justiça ou por louvados. II – No caso dos proprietários resistirem ao cumprimento da lei, as justiças locais devem-lhes tirar as terras incultas e entrega-las a quem as queira agricultar, pela renda e pelo tempo ajustado entre cultivador e a justiça, sem que o proprietário possa reclamar a entrega do prédio, enquanto não finde o tempo do arrendamento. O produto da renda era aplicado para o bem comum do concelho, mas, as municipalidades não podiam empregar a importância dessas rendas, sem ordem expressa do governo. III – Em todas as cidades e vilas, havia de ser criada uma comissão ou junta, composta de ‘dois homens bons dos melhores cidadãos’, constituídos em autoridade para inspecionar as terras capazes de dar pão e obrigar os donos a cultivá-las pelo modo já dito; mas, si os vogais desta junta não concordassem sobre a pensão que o inquilino deveria pagar, cumpriria ao juiz da localidade a nomeação de um terceiro louvado para desempate”. LIMA, Ruy Cirne. *Sesmarias e Terras Devolutas*. Porto Alegre: Thurmman, 1931, p. 6-7.

⁸³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 332.

⁸⁴ Vide GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini. *O Regramento Jurídico das Sesmarias: o cultivo como fundamento normativo do regime sesmarial do Brasil*. São Paulo: Leud, 2014, p. 47 et seq.; PORTO, J. da Costa. *Sistema Sesmarial no Brasil. Encontros da UnB*. Brasília: Universidade de Brasília, 1978; FARIA, Sheila de Castro. *Sesmarias*. In: VAINFAS, Ronaldo (Org.). *Dicionário do Brasil Colonial (1500-1808)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 529 et seq.

⁸⁵ “Realmente, embora quanto ao direito privado não sucedesse tal, na esfera do direito público, ao qual a matéria estava subordinada, fôra-nos, desde logo, imposto um regime de exceção odiosa, que culminava pelo feito feudal das próprias capitania doadas; não seguíamos, assim, o direito das Ordenações. Aqui, portanto, a instituição estava, naturalmente, destinada a desaparecer. Ao demais as condições de nossa vida colonial, sobretudo nessa parte, diferenciam-nos profundamente da metrópole. A desproporção existente entre os habitantes e a terra, cujos efeitos a instituição das sesmarias tentava corrigir, - pequena no velho reino europeu, aqui assumia caráter verdadeiramente descomunal. Ao primeiro embate,

Sesmarias eram, pois, doações de terra cujo domínio eminente pertenceria à Coroa. A mesma política de fomento observava-se na ordem de ceder ferramentas a quem viesse ao Brasil (alvará de 1516). O regimento de Martim Afonso de Sousa (novembro de 1530) autorizava-o a dar glebas de terra para cultivo e criação. Não se tratava, como no caso do território de Portugal, de retomar terras que haviam antes pertencido a outros súditos, mas de simplesmente dar terras recém-descobertas. As sesmarias eram perfeitamente compatíveis com o regime das capitânicas hereditárias, ou donatárias, que por sua vez eram vastíssimos latifúndios em que os capitães eram particulares com poderes de jurisdição e administração, recebendo uma renda na forma de tributos (redízimas). Aplicado ao Brasil, o regime das sesmarias (como dadas de terra) significou que se davam extensões enormes aos homens que não as podiam lavrar. A despeito das proibições (cada um deveria receber apenas uma dada) somavam-se umas às outras, e alguns recebiam mais de uma sesmaria e não as habitavam. A isto, acrescenta-se a doação de várias sesmarias a diferentes membros de uma mesma família (...). Os beneficiários recebiam mais de uma sesmaria e, naturalmente, não as habitavam, ocupavam ou lavravam todas⁸⁶.

De fato, a legislação portuguesa, paulatinamente, estabeleceu condicionantes e proibições às concessões de sesmarias. No entanto, a ausência de recursos materiais e humanos impossibilitava sua efetividade. A Carta Régia de 27 de dezembro de 1695 determinava o limite territorial das sesmarias em 4 léguas de comprimento, posteriormente reduzidos para 3 léguas, por uma légua de largura. A Carta Régia de 4 de novembro de 1698 impunha a confirmação da doação pela Coroa. A Carta Régia de 3 de março de 1704 exigia a demarcação judicial. O Decreto de 20 de outubro de 1753 proibia a confirmação sem a demarcação⁸⁷.

A Lei das Sesmarias, Alvará de 5 de outubro de 1795, continuou a elencar diversas ressalvas. Proibiu-se a concessão de sesmarias a quem já detivesse outra, a quem fosse estrangeiro e a sucessão por ordens religiosas. Instituíram-se os registros de áreas rurais em Juntas de Fazenda e de áreas urbanas em Câmaras Municipais. Ademais, limitou-se a extensão das áreas concedidas e exigiram-se a medição e a demarcação, respectiva-

pois, as imposições do meio aniquilaram a estrutura do instituto que, já virtualmente desfeita, nenhuma resistência poderia oferecer. Daí, os abusos de governantes e governados, lavrando impunemente, multiplicando-se sem reservas: - de uma parte, estavam as concessões de cinquenta, trinta e vinte léguas, feitas pelos governadores; de outra, a ocupação de terras virgens pelos povoadores que, no arado e na enxada, entendiam possuir instrumentos de domínio. Estava, por conseguinte, decidida a sorte da instituição". LIMA, Ruy Cirne. *op. cit.*, p. 20-21.

⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 332-333.

⁸⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 334.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

mente, em até um ano e dois anos após a concessão. Todavia, essas normas não foram implementadas e sua eficácia foi suspensa pelo Decreto de 10 de dezembro de 1796⁸⁸.

As sesmarias não se apresentavam como um modelo eficiente para organização e lucratividade da produção no Brasil. Por isso, a suspensão de sua concessão e, conseqüentemente, sua extinção do ordenamento jurídico foi determinada pelo Príncipe Regente em Resolução de Consulta da Mesa do Desembargo do Paço de 17 de junho de 1822.

Na ausência de um sistema que disciplinasse a propriedade, a simples posse substituiu as sesmarias. O título representativo do domínio não mais antecedia à posse. Primeiro possuía-se a terra para, posteriormente, almejar-se a conquista do título correspondente.

Ainda que inexistisse uma disposição ordenada da propriedade, a *Constituição Política do Império do Brasil*, Carta de Lei de 25 de março de 1824, prenunciou reformas de modernização das circunstâncias de apropriação. Tendo em conta a tradição liberal da época, na senda das declarações americana e francesa e ainda o que preconizava o *Code Napoléon*, o artigo 179 da Constituição do Império previa “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”, e garantia, no inciso XXII, “o direito de propriedade em toda sua plenitude”.

Expressava-se, então, uma contradição incontornável entre a abstração jurídica e a expressão fática do Direito. O pensamento iluminista e liberal, que apresentava o protótipo do sujeito livre e proprietário, formalmente presente, na verdade coexistia com as práticas jurídicas de origem medieval e trabalho escravo, denotando a tendência de adaptação local do pensamento europeu⁸⁹.

De todo modo, prenunciava-se, assim, o processo de modernização dos Direitos Reais no Brasil, posteriormente inaugurado pela *Lei de Terras* (1850), aprimorado pela *Lei Geral de Hipotecas* (1864) e consolidado pelo Código Civil de 1916.

A Lei de Terras alterou o modo de obtenção das terras públicas, determinando a aquisição monetária, em detrimento da doação ou simples posse. A Lei Geral de Hipotecas teve papel essencial na ativação crédito garantido por imóveis, rurais e industriais, prevendo a especialidade e a publicidade da Hipoteca. Por sua vez, o Código Civil de 1916 sistematizou o regime jurídico dos Direitos Reais e dos serviços de registros públicos, bem como alicerçou o princípio da transferência da propriedade pela transcrição.

⁸⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *op. cit.*, p. 334-335.

⁸⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *op. cit.*, 2005, p. 107.

Considerações Finais

A transição da propriedade pré-moderna à propriedade moderna, iniciada na Idade Média e concretizada no século XIX, implicou na substituição de um paradigma mais voltado ao uso coletivo da propriedade por um maior individualismo. Este processo demonstra como os valores que permeiam os institutos e todo o ordenamento jurídico podem ser exauríveis no tempo e no espaço, alterando-se conforme a conveniência e a necessidade social.

O estudo da modernização dos Direitos Reais no Brasil, especificamente por meio da recepção, modificação e deturpação da cultura jurídica europeia, revela que inexistem ideias ou regimes jurídicos perenes. Ao contrário, historicamente expõe que o Direito no Brasil foi arquitetado, em grande medida, por meio de adaptações, empreendidas em razão de aspectos culturais ou de contingência local.

Referências

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

ANTUNES, Álvaro de Araujo. Pelo Rei, com Razão: comentários sobre as reformas pom-balinas no campo jurídico. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. a. 172, n. 452, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo; PEREIRA, Vitor Pimentel. ¡Viva la Pepa!: A história não contada da Constitución Española de 1812 em terras brasileiras. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. a. 172, n. 452, 2011.

BECKMANN, Jan P. *Wilhelm von Ockham*. 2. Auflage. München: C. H. Beck, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BUSSI, Emilio. *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune: diritti reali e diritti di obbligazione*. Padova: Antonio Milani, 1937.

CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1954.

CAPPELLINI, Paolo. Direito Comum. *Espaço Jurídico*. Tradução de Ricardo Sontag. Revisão de Arno Dal Ri Junior. v. 9, n. 1, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CAVICHOLI, Rafael de Sampaio. *Crítica do Sujeito de Direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

CHIGNOLA, Sandro; DUSO, Giuseppe (Orgs.). *Sui Concetti Giuridici e Politici della Costituzione dell'Europa*. Milano: Franco Angeli, 2010.

COLEMAN, Janet. Propriedade: Premoderna e Moderna. In: CHIGNOLA, Sandro; DUSO, Giuseppe (Orgs.). *Sui Concetti Giuridici e Politici della Costituzione dell'Europa*. Milano: Franco Angeli, 2010.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: UNESP, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Euclides da. *Á Marjem da Historia*. 3. ed. Parte III, Esboço de História Política: da Indendencia á Republica. Porto: Chardron, Lelo & Irmão, 1922.

CYRIL LYNCH, Christian Edward. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojetado Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*. a. 47, n. 188, 2010.

_____. O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850). *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*. v. 9, n. 17, 2007.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

EDMUNDSON, George. Brazil and Portugal. In: ACTON, J. E. D.; WARD, A. W. et al. *The Cambridge Modern History*. v. X. Cambridge: Cambridge University, 1902.

FELONIUK, Wagner Silveira. *A Constituição de Cádiz*. Porto Alegre: DM, 2014.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A Lei de Terras e o Advento da Propriedade Moderna. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. v. XVII, 2005.

FRANCO, José Eduardo. O Marquês de Pombal e a Invenção do Brasil: Reformas coloniais iluministas e a protogênese da nação brasileira. *Cadernos IHU Ideias*. v. 13, n. 220, 2015.

GREENE, Jack P.; POLE, J. R. (Eds.). *A Companion to the American Revolution*. Malden: Blackwell, 2000.

GROSSI, Paolo (Ed). *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*. Milano: Giuffrè, 1973.

GROSSI, Paolo. La Proprietà nel Sistema Privatistico della Seconda Scolastica. In: GROSSI, Paolo (Ed). *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno*. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

_____. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. La Proprietà e le Proprietà nell'Officina dello Storico. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 17. Milano: Giuffrè, 1988.

_____. Usus Facti: la nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1972.

HESPANHA, António Manuel. Categorias. Uma Reflexão sobre a Prática de Classificar. *Análise Social*. v. XXXVIII (168), 2003a.

_____. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio*. Mem-Martins: Publicações Europa-América, 2003b.

_____. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Römisches Privatrecht*. 3. Auflage. Berlin: Springer, 1949.

KASER, Max. *Das römische Privatrecht*. 1. Abschnitt. München: C. H. Beck, 1955.

KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à*

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Teoria do Direito Contemporâneas. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Matthias. *Begriffe, Sätze, Dinge: Referenz und Wahrheit bei Wilhelm von Ockham*. Leiden: E. J. Brill, 1994.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

LEFF, Gordon. *William of Ockham: the metamorphosis of scholastic discourse*. Manchester: Manchester University, 1975.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LÓPEZ, Vicente F. *Historia de la República Argentina*. Tomo IV. Buenos Aires: La Facultad, 1911.

MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University, 1990.

MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAXWELL, Kenneth. The Impact of the American Revolution on Spain and Portugal and their Empires. In: GREENE, Jack P.; POLE, J. R. (Eds.). *A Companion to the American Revolution*. Malden: Blackwell, 2000.

MCGRADE, Arthur Stephen. *The Political Thought of William of Ockham: personal and institutional principles*. Cambridge: Cambridge University, 2002.

MONCADA, Luís Cabral de. Um Iluminista Português do Século XVIII: Luís António Verney. *Estudos de História do Direito*. v. III. Coimbra: Atlantida, 1950.

NOVAIS, Fernando A. *Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777-1808)*. 5. ed. São Paulo: HUCITEC, 1989.

OMAN, Charles. *A History of the Peninsular War*. v. I. Oxford: Clarendon, 1902.

PAQUETTE, Gabriel. *Imperial Portugal in the Age of Atlantic Revolutions: The Luso-Brazilian World 1770-1850*. Cambridge: Cambridge University, 2013.

RINKE, Stefan. *Revolutionen in Lateinamerika: Wege in die Unabhängigkeit 1760-1830*. München: C. H. Beck, 2010.

SCHROEDER, Paul W. *The Transformation of European Politics 1763-1848*. Oxford: Oxford University, 1999.

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

SHOGIMEN, Takashi. *Ockham and the Political Discourse in the Late Middle Ages*. Cambridge: Cambridge University, 2007.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

SKINNER, Quentin. *The Foundations of Modern Political Thought*. v. 1. Cambridge: Cambridge University, 2002.

SPADE, Paul Vincent. Ockham's Nominalist Metaphysics. In: SPADE, Paul Vincent (Ed.). *The Cambridge Companion to Ockham*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Posse e Dimensão Jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015.

STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

VASCONCELLOS, Z. de Góes. *Da Natureza do Poder Moderador*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1862.

VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOEGELIN, Eric. The Later Middle Ages. v. III. In: WALSH, David (Ed.). *The Collected Works of Eric Voegelin*. v. 21. History of Political Ideas. Columbia: University of Missouri, 1998.

WALSH, David (Ed.). *The Collected Works of Eric Voegelin*. v. 21. History of Political Ideas. Columbia: University of Missouri, 1998.

WIEACKER, Franz. The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought. *Boston College International and Comparative Law Review*. v. 4. Issue 2, 1981.

_____. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 2. Auflage. Band I. Berlin: Springer, 2006.

WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 6. Auflage. Band I. Frankfurt a. M.: Rütten & Loening, 1887.

WOLKMER, Antonio Carlos. A Magistratura Brasileira no Século XIX. *Sequência*. v. 18, n. 35, 1997.

_____. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

RESÍDUOS DA DOMINAÇÃO COLONIAL: A fragilidade da democracia brasileira

Fabio Caprio Leite de Castro*

Sumário: Introdução. 1 O sistema sesmarial como modelo de ocupação do território. 2 A mão-de-obra escravista nos ciclos da economia colonial. 3 Patriarcado e a família colonial. 4 A frágil democracia brasileira. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Desde os protestos sociais de 2013 e da crise político-econômica que se estende de 2015 aos nossos dias, a questão do futuro da democracia brasileira ganhou novos contornos. Resistirá ela ao conjunto de ameaças em face das quais ela se encontra exposta? Dada a natureza dessa interrogação, adentramos necessariamente em uma dimensão probabilística, uma vez que só se pode estabelecer sobre acontecimentos futuros uma previsão aproximada. Não há como saber definitivamente se e como a nossa democracia permanecerá viva. No entanto, o que se pode definir são alguns elementos que levam a uma compreensão da fragilidade da democracia no Brasil. A ameaça socialmente difusa de uma queda do regime democrático é, na realidade, resultante dessa fragilidade. Isso significa que a possibilidade de ruptura democrática é permanente e real. Por isso mesmo, não seria nada surpreendente. O que penso ser nossa tarefa é encontrar e reunir recursos metodológicos seguros para discernir ou delimitar os elementos que permitem diagnosticar esse cenário, elementos estes oriundos das relações de dominação colonial e que remanescem, persistem, nas estruturas essenciais da sociedade brasileira.

É necessário inicialmente definir o sentido da permanência simbólica da dominação colonial, uma vez que, na aparência das instituições, vivemos sob um Estado democrático de Direito. Dessa definição depende o nosso objeto de pesquisa, pois é no campo simbólico das relações de dominação que os restos coloniais devem ser procurados. Por excelência, o direito se configura como a dimensão da organização social, política e econômica que concentra, em si, o núcleo da justificação simbólica da

* Doutor em Filosofia pela Université de Liège (Bélgica) com bolsa CAPES. Mestre em Filosofia pela PUCRS com bolsa CAPES. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais e graduação em Filosofia pela PUCRS. Membro da Société Belge de Philosophie, da Unité de Recherches Phénoménologiques e do Groupe d'Études Sartriennes (GES - Paris). Integrante do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. Advogado do escritório Santos Silveiro Advogados.

autoridade e, portanto, das relações de dominação. Na produção e na aplicação do direito, encontra-se o eixo central do discurso político e econômico no qual a hierarquia se instala e, mais do que isso, garante o *status quo* de um modelo que nos remete ao fantasma colonial. Isso significa que a persistência de traços coloniais deve ser procurada através das formas de adaptação à sociedade globalizada, nos sinais que resistiram ao tempo, em forças autoritárias, no patriarcalismo, nas zonas de ilegitimidade do cidadão sem reconhecimento, no modo ilegítimo de se fazer política e na exploração econômica.

Embora seja o direito o campo simbólico no qual se apresenta o discurso que pretendemos pesquisar e expor, pois é através dele que se reproduzem as forças de dominação estatais e a violência institucionalizada, o presente estudo não se restringe à dogmática, à teoria do direito ou mesmo à hermenêutica jurídica, pois o seu objeto exige, por si mesmo, o olhar interdisciplinar. Nada seria possível sem as contribuições metodológicas provenientes especialmente da história, da ciência política, da economia, da sociologia e da antropologia. O horizonte que se abre através da questão formulada é vasto e o que pretendemos apresentar nesse artigo são os contornos e o programa metodológico da investigação que se propõe.

1 O sistema sesmarial como modelo de ocupação do território

O ponto de partida de nossa análise consiste em retomar brevemente alguns aspectos do sistema colonial de ocupação do território. Durante os primeiros trinta anos após o momento em que Cabral desembarcou oficialmente em terras brasileiras, a vasta costa esteve praticamente abandonada a traficantes de pau-brasil, degredados portugueses e espanhóis, levando a Coroa portuguesa a tomar finalmente uma decisão entre 1534 e 1536. Implantou-se, nessa ocasião, o sistema das sesmarias, modelo de colonização já conhecido dos portugueses, empregado na ilha da Madeira e em seu próprio solo em 1375.¹ O sistema utilizado produziu a divisão do território em capitanias hereditárias, com lotes de 350 km de largura cada um, prolongando-se, em extensão, até a linha de Tordesilhas. Ao todo, foram criadas 12 capitanias, que terminaram nas mãos da pequena nobreza. Além da posse da terra, os donatários recebiam os poderes para administrá-la, porém, sem nenhum recurso a mais. O sistema donatário constituía-se de uma repartição política de jurisdição e da distribuição da terra em conformidade com o modelo das sesmarias.

¹ PORTO, Costa. O sistema sesmarial no Brasil. Brasília: UNB, 1970, p. 42.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

A legislação real portuguesa foi aplicada no Brasil desde o recém-nascido sesmarialismo. A disciplina sesmarial criada pela legislação de Don Fernando em 1375 persistiu no tempo sucessivamente, com alterações, através das Ordenações Manuelinas de 1514 e das Filipinas de 1603. As sesmarias foram instituídas como uma espécie de reforma agrária, para obrigação de cultivo do solo e abastecimento. No entanto, o problema em solo português era justamente o contrário: havia pouca terra e muita gente. A simples cópia do sistema como forma de incentivar o povoamento da colônia, à distância e sem conhecer a sua realidade levou ao seu fracasso em terras brasileiras.²

O que tornou o Brasil um território tentador à ocupação durante os séculos de colônia foram certamente as possibilidades de extração de suas matérias primas. Alinhado ao espírito da Coroa portuguesa, o objetivo maior das primeiras cidades e vilas coloniais foi o domínio rural. Conforme a observação de Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, “não convinha que aqui se fizessem grandes obras, ao menos quando não produzissem imediatos benefícios”, de modo a não acarretar maiores despesas para a metrópole, na medida em que esta e a colônia se complementam reciprocamente.³ Entre os meios urbanos e as propriedades rurais destinadas à produção de gêneros exportáveis havia poucos intermediários, o que levou ao atraso na formação de uma classe não-agrária e à concentração de terras nas mãos dos grandes senhores. Na ausência de uma burguesia urbana independente, aqueles que foram recrutados para ocupar as funções criadas assemelhavam-se mais aos antigos senhores feudais.⁴

Em sua análise do contexto social no qual se iniciou a urbanização brasileira, Milton Santos assinala que o sistema social da colônia contava com a organização político-administrativa, as atividades econômicas rurais e as atividades econômicas urbanas e seus atores.⁵ Somente no século XVIII a urbanização se desenvolve, de modo que “a casa da cidade se torna a residência mais importante do fazendeiro ou do senhor de engenho”.⁶ Podemos afirmar que o próprio impulso urbanístico, portanto, se deu sobre marca da estratificação social. O modelo colonial de exploração da terra fez com que os senhores ocupassem as funções mais elevadas.

² *Ibidem*, p. 42-45.

³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995 (1936), p. 107.

⁴ *Ibidem*, p. 88-89.

⁵ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Edusp, 2013 (1993), p. 20.

⁶ *Ibidem*, p. 21.

Essa realidade estava tão consolidada no Brasil que somente alguns meses antes da independência, em 17 de julho de 1822, através da Resolução nº 76, foi determinada a suspensão da concessão de sesmarias futuras “até a convocação da Assembleia Geral Constituinte”. No entanto, o problema relacionado à ocupação pura e simples do território e às terras devolutas conduziu à aprovação, em 1850, da Lei nº 601, a chamada Lei de Terras. Embora tenha sido a primeira lei brasileira que regulou a propriedade de terras no Brasil, foi também através dela que se efetivou o modelo dos grandes latifúndios. O sistema de produção eminentemente rural estava tão enraizado, que os velhos hábitos e costumes das relações de poder restaram intocados. A Lei de Terras, em aparência, regulou a negociação de terras no Brasil, mas através do processo de regularização administrativo previsto, não foi rara a execução de atos fraudulentos e o favorecimento dos latifundiários. Em outros termos, mesmo após o período colonial, as políticas agrárias do Império não combateram nem impediram o funcionamento da oligarquia dos grandes latifundiários, principal motor da economia brasileira. O sistema produtivo foi modernizado, novos modelos de empresa e comércio rurais foram instalados, mas a estrutura principal permaneceu a dos grandes latifúndios.

Mais recentemente, a proximidade de uma reforma agrária foi totalmente silenciada pela ditadura militar. A legislação agrária não tocou a nervura da acumulação e da concentração da propriedade de terras rurais. Na perspectiva historiográfica inspirada no marxismo crítico, Caio Prado Jr. afirma no livro *A questão agrária no Brasil* que o regime ditatorial (1965-1985) favoreceu e mesmo estimulou o mesmo tipo de política agrária:

Se houve pois alguma modificação de 1964 a esta parte, foi no sentido de consolidar, repetir sob novas formas e estender os velhos padrões, no fundamental, do passado colonial, isto é, o fornecimento e disponibilidade de mão-de-obra de fácil exploração e custo mínimo. E partimos assim, na atualidade e no que diz respeito à estrutura agrária brasileira, do mesmo ponto e marco zero em que nos encontrávamos.⁷

Desde o início da colônia, desembarcaram no Brasil pessoas dispostas a ocupar o lugar ambíguo do colonizador que deve tudo ao Rei. Formou-se assim uma classe burocrática conivente com a exploração por obter ela mesma seus privilégios, o que até hoje persiste, sob outras condições materiais.

⁷ PRADO JR., Caio. *A questão agrária*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 8-9.

A questão a ser mantida viva é se, mesmo no regime democrático iniciado em 1988, as transformações legais terminaram por reforçar o mesmo sistema das oligarquias fundiárias. Em torno dessa mesma questão, diversas outras acabam por se colocar, como a necessidade de políticas para os assentamentos rurais e pequenos agricultores, para a proteção às reservas indígenas e para os programas habitacionais.

2 A mão-de-obra escravista nos ciclos da economia colonial

O segundo ponto de uma investigação sobre os traços permanentes do modelo colonial na sociedade brasileira diz respeito ao sistema econômico da colônia. Apesar do fracasso inaugural das capitânicas hereditárias, o que levou decisivamente ao incremento da colonização no Brasil, com base no sistema de sesmarias, é o que Celso Furtado chamou de “fundamentos econômicos da ocupação territorial”.⁸ A grande inovação metodológica apresentada na *Formação econômica do Brasil* consistiu em aproximar a análise histórica da econômica. Ao longo de praticamente três séculos de colônia, sucederam-se os famosos ciclos do açúcar e da pecuária (economia escravista de agricultura tropical), nos sécs. XVI e XVII; o ciclo da mineração (economia escravista mineira), no séc. XVIII; com a transição para o trabalho assalariado no ciclo do café, no séc. XIX.⁹ As análises de Celso Furtado terminam com um capítulo sobre a transição para um sistema industrial no séc. XX e uma leitura de certa forma otimista sobre as “perspectivas dos próximos decênios”. Talvez, um pouco disso se deva ao período em que o texto foi escrito, em paralelo às iniciativas de crescimento econômico pelo governo Kubitschek. O que aqui nos interessa é a centralidade do papel da mão-de-obra nos ciclos econômicos brasileiros.

Não houve na colônia uma verdadeira “organização econômica”, pois a sua evolução cíclica por arrancos oscilou entre altos e baixos violentos, assistindo de modo sucessivo ao progresso e destruição das áreas povoadas, no qual a maior parte da população nada mais era do que mecanismo propulsor. Como assinala Caio Prado Jr. em seu clássico *Formação do Brasil contemporâneo*, “os resultados, o balanço final de três séculos deste processo, não podiam deixar de ser parcos, de um ativo muito pobre”.¹⁰ Em sua perspectiva historiográfica, Caio Prado Jr. se questiona

⁸ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 2007 (1958), p. 25-74.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 24ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996 (1942), p. 129.

sobre o sentido da colonização no quadro da expansão mercantil da economia capitalista. Como eixo das mudanças superficiais ao longo do período colonial encontra-se a realidade estrutural dos ciclos de produção implantados. A predominância do escravismo não contradiz em nada o modo de produção capitalista.

A economia colonial brasileira não teria se mantido sem a força de trabalho constituída por uma massa de escravos, submetida a péssimas condições de trabalho e de subsistência. No primeiro censo de 1872, indicou-se a existência de aproximadamente 1,5 milhão de escravos. Estima-se que no início do século o número de escravos ficava em torno de um milhão e que nos primeiros cinquenta anos foram importados em torno de meio milhão. Com isso, é possível deduzir que a taxa de mortalidade era superior à da natalidade.¹¹ Mesmo com as mudanças do ciclo econômico no séc. XIX marcado pelo novo impulso imigratório, não havia interesse em eliminar o trabalho escravo no Brasil:

Constituindo a escravidão no Brasil a base de um sistema de vida secularmente estabelecido, e caracterizando-se o sistema econômico escravista por uma grande estabilidade estrutural, explica-se facilmente que para o homem que integrava esse sistema a abolição do trabalho servil assumisse as proporções de uma “hecatombe social”.¹²

Há um claro reflexo jurídico do desinteresse político em terminar com a escravidão. A morosa transição legislativa que culminou na abolição é a prova disso. O início desse processo é caracterizado pela *Lei Feijó*, de 07 de novembro de 1831, que declarava livres todos os escravos vindos de fora do Império e punia os seus importadores. Tratava-se, no entanto, de mera demonstração à Coroa britânica, não produzindo nenhum efeito prático. Novo passo foi dado com a Lei nº 581/1850, a *Lei Eusébio de Queiroz*, que estabelecia medidas de repressão ao tráfico de escravos. Em 1871, foi sancionada a Lei nº 2.040, a *Lei do Ventre Livre*. No entanto, somente com a Lei nº 3.353/1888, praticamente 64 anos depois da proclamação da Independência, é declarada extinta a escravidão no Brasil.

É notável que a evolução legislativa resultante na abolição correspondeu historicamente ao período imperial. Apesar do desenvolvimento e de todas as transformações experimentadas, não se pode negar a resistência político-econômica do Império em modificar certas estruturas e hábitos da produção colonial. Ao longo do séc. XIX, as antigas práticas

¹¹ FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil, op. cit., p. 173.

¹² *Ibidem*, p. 199.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

coloniais foram substituídas por novas roupagens, mas permaneceram intactas no favorecimento aos grandes latifundiários e na discriminação permanente a uma classe trabalhadora marginal.

Sérgio Buarque de Holanda afirma que “a data da Abolição marca no Brasil o fim do predomínio agrário”¹³ e que “o desaparecimento progressivo dessas formas tradicionais coincidiu, de modo geral, com a diminuição da importância da lavoura de açúcar, durante a primeira metade do século passado [XIX], e sua substituição pelo café”.¹⁴ Isso não é totalmente falso. No entanto, se os “velhos proprietários rurais tornaram-se impotentes”, isto ocorreu muito mais em razão da modernização do sistema agrário e do surgimento de novos estabelecimentos industriais urbanos. A plutocracia republicana, embora tenha impulsionado uma nova urbanização, não mexeu profundamente nos modelos de grandes propriedades agrárias de monocultura.

Há evidentemente uma relação intrínseca entre os ciclos econômicos e o modelo de ocupação da terra que presidiu a formação urbanística das cidades e vilas, incluindo nisso o extermínio dos índios e a escravização dos africanos, com as suas zonas de não-cidadania¹⁵, como a senzala, e de posse considerada ilegítima, como o quilombo. O que ocorreu após a abolição não foi nenhuma mudança político-econômica estrutural, por exemplo, como uma espécie de reforma agrária que as classes detentoras do poder não aceitariam. A abolição simplesmente transferiu para novos espaços das cidades, já mais desenvolvidas e urbanizadas, a mesma dimensão simbólica da exploração escravista. O surgimento das primeiras favelas, formadas ao final do século XIX, quando do fim da escravidão, e no início do século XX, por uma população miserável de negros e mestiços, é a prova de que a liberdade legalmente obtida e a suposta melhora das condições dessa população não alteraram a estrutura essencial da sociedade brasileira.

O modelo patrimonial¹⁶ de ocupação do solo no qual se instalou uma economia escravista durante três séculos solidificou a profunda cisão

¹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995 (1936), p. 171.

¹⁴ *Ibidem*, p. 173.

¹⁵ O uso do conceito de “não-cidadania” é inspirado na expressão “deficientes cívicos”, de Milton Santos. (Cf. *O país distorcido, a globalização e a cidadania*. São Paulo: Publifolha, 2002, p. 148-152).

¹⁶ Baseado em uma distinção estabelecida por Maquiavel entre o principado feudal e patrimonial, Raymundo Faoro prefere o termo “Estado patrimonial” a “feudal” para designar o Portugal do medievo. “Na monarquia patrimonial, o rei se eleva sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial, dono do comércio – o reino tem um dominus, um titular da riqueza emite e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir

na sociedade brasileira. Mesmo após a abolição, a diferença de classes permaneceu no imaginário social, atestada por uma dimensão simbólica: há uma nova classe de escravos libertos, porém despossuídos, pobres, habitantes da cidade de forma ilegítima. Por um lado, concede-se juridicamente a liberdade aos escravos; por outro, não se produzem as políticas necessárias para a sua inclusão social, negando-se a legitimidade jurídica de suas ocupações, assim como o seu acesso à justiça.

No período em que realizou uma pesquisa de campo em “Pasárgada”, nome fictício da favela do Jacarezinho Rio de Janeiro, durante o verão de 1970, Boaventura de Sousa Santos entrevistou diversos moradores e percebeu nestes uma sensação difusa de ilegitimidade, de “ilegalidade quase existencial”.¹⁷ Essa sensação deriva da ilegitimidade e irregularidade do seu lugar de moradia. O problema da favela foi, antes de tudo, um problema de terra, afirma acertadamente o sociólogo português. Nessa ocasião, o seu objeto de estudo foi o pluralismo jurídico que emergiu da exclusão social e da formação de classes no Brasil. Ele mostra por meio de exemplos que não houve apenas uma negligência em relação às populações desfavorecidas. Através da polícia e o Poder Judiciário, principalmente, o Estado teve, a partir dos anos 1920, papel ativo na exclusão e na marginalização dos moradores de favela.

Considerando-se que as favelas constituíram, ao longo de décadas, zonas de exclusão, determinadas por contornos geográficos, sociais, econômicos, jurídicos e culturais, deram-se assim as condições para a criação, germinação, desenvolvimento e sucesso de facções ligadas ao tráfico internacional de entorpecentes. A criminologia tem certamente aqui um papel essencial no sentido de problematizar o perfil do desviante, sua origem e classe social, mas, sobretudo, se o Estado punitivo não é ele próprio o responsável, em sua estrutura e modelo cristalinamente falidos, pela enorme crise de violência que assola a sociedade brasileira.

Segundo os dados do INFOPEN, do Departamento Penitenciário Nacional, pode-se concluir que a maioria da população carcerária é jovem (55%), negra (61,6%) e de baixa escolaridade (75,08%). Dos detentos, 28% cometeram o crime de tráfico de drogas, enquanto 39,5% cometeram crimes contra o patrimônio. Perceba-se que os crimes contra o patrimônio

a economia como se fosse empresa sua. O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano”. (FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro. Volume I. 2ª ed. São Paulo: Globo, 1975 (1958), p. 20).

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa (1980), “Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada”, in SOUTO, Claudio e FALCÃO, Joaquim (Org.). Sociologia e Direito. São Paulo: Livraria Pioneira, p. 115.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

são os mais punidos. Se somados ao crime de tráfico de drogas, atinge-se a maioria da população carcerária.¹⁸ Estes dados reforçam aquilo que o Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, decretado por Vargas, bem como a Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, já configuram na orientação do seu próprio texto. Muitos desses crimes ficam impossibilitados de receber uma pena alternativa. Isso não ocorre, por exemplo, com a quase totalidade dos delitos previstos na Lei de crimes contra o meio ambiente, justamente em razão da quantidade de pena prevista. Conforme os dados do mesmo INFOPEN, no contexto do levantamento, há 267 presos por crimes contra o meio ambiente em todo o país. Evidentemente estes números já se encontram modificados, mas a proporção, de qualquer modo, não sofreu alterações consideráveis. O que pretendemos afirmar é que os dados empíricos apenas corroboram aquilo que a letra da lei já permitiria presagiar. Nosso aparelho penal, evidentemente falido e injusto, apoia-se em um sistema normativo patrimonialista e seletivo, no qual os crimes mais punidos continuam sendo os patrimoniais e a maioria da população carcerária é aquela constituída por negros, despossuídos e pessoas sem escolaridade.

Tudo isso nos leva a ressaltar que o Estado democrático e suas políticas públicas chegaram tarde demais e de modo insuficiente à favela. Uma nova questão, que se soma a que formulamos no ponto anterior, diz respeito, portanto, à manutenção da lógica de classes, com suas zonas de exclusão e discriminação.

3 Patriarcado e a família colonial

A terceira via de estudo que propomos, via antropológica, converge com as anteriores, de caráter preponderantemente histórico e sócio-econômico. As referências que logo emergem nesse sentido são *Casa-grande e Senzala* (1933) e *Sobrados e Mucambos* (1936). Os rumos políticos tomados por Gilberto Freyre não apagam o fato de que estes dois livros desempenharam um papel essencial no estudo historiográfico e antropológico da família colonial, em especial da vida sexual do patriarcado, bem como das modificações da paisagem social do Brasil patriarcal durante o século XVIII e a primeira metade do século XX.¹⁹

¹⁸ Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), dezembro de 2014. Consultado em:

http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicapenal/info_pen_dez14.pdf/@_@download/file

¹⁹ A obra de Gilberto Freyre é uma das mais discutidas na historiografia brasileira e suscitou inúmeras controvérsias. Alguns críticos como Costa Lima consideram a sua obra permeada de ambiguidades pelo seu tom propositivo e aberto. Outros como Ricardo B. Araújo estendem

O primeiro choque de culturas foi o da ameríndia com a europeia, em que predominaria a moral europeia e católica. Gilberto Freyre assinala que, do ponto de vista da cultura das populações nativas da América, a degradação foi completa.²⁰ Como houve resistência ao europeu, sobretudo ao seu sistema agrário, o invasor pouco numeroso foi desde logo temporizado com o elemento nativo, “servindo-se do homem para as necessidades de trabalho e principalmente de guerra, de conquista dos sertões e desbravamento do mato virgem; e da mulher para as de geração e de formação de família”.²¹

Sob o ponto de vista da organização agrária em que se estabilizou a colônia portuguesa, “maior foi a utilidade social e econômica da mulher que do homem indígena”, pois enquanto o homem se retraiu aos esforços dos colonos, as mulheres se ajustaram melhor em razão da sua superioridade técnica entre os povos nativos²²:

A toda contribuição que se exigiu dela [da mulher indígena] na formação social do Brasil – a do corpo que foi a primeira a oferecer ao branco, a do trabalho doméstico e mesmo agrícola, a da estabilidade (estado por que ansiava, estando seus homens ainda em guerra com os invasores e ela aos embolúus, de trouxe à cabeça e filho pequeno ao peito ou escarranchado às costas) – a cunhá respondeu vantajosamente.²³

A mesma degradação dos indígenas e mamelucos ocorreu, talvez com maior ênfase, em relação aos negros e mulatos. Com a implementação da sociedade escravocrata e seus ciclos de produção, espalharam-se e perpetuaram-se os hábitos sexuais entre os homens da casa-grande e as escravas africanas. Nesse contexto, não era incomum a crueldade das senhoras no tratamento de escravas por rancor sexual, que “mandavam arrancar os olhos de mucamas bonitas e trazê-los à presença do marido à hora da sobremesa”.²⁴ Assim ocorria também, por exemplo, com os senhores, ao perceber que “a sinhá-moça, criada a roçar os molecotes, en-

essa crítica ao método empregado, por exemplo, para tratar da miscigenação, com restos de um último elo entre teoria social e biológica. Para um apanhado destas questões através de uma análise crítica da obra de Gilberto Freyre, consultar: SOUZA, Jessé. “Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira”, in SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: Desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001, p. 283-327.

²⁰ FREYRE, Gilberto. Casa-grande e Senzala. 1º Tomo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1966 (1933), p. 151.

²¹ Ibidem, p. 126.

²² Ibidem, p. 161.

²³ Ibidem, p. 161-162.

²⁴ FREYRE, Gilberto. Casa-grande e Senzala. 2º Tomo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1966 (1933), p. 470.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

trega-se a eles; então intervém a moral paterna: castra-se com uma faca mal-afiada o negro ou o mulato, salga-se a ferida, enterram-no vivo depois.”²⁵

As modinhas e canções, tão impregnadas do erotismo das casas-grandes e das senzalas, era com as mucamas que as meninas aprendiam a cantar. “Histórias de casamento, de namoros, ou outras, menos românticas, mas igualmente sedutoras, eram as mucamas que contavam às sinhas nos doces vagares dos dias de calor.”²⁶ No entanto, nas modinhas expressavam-se muito mais formas suaves de erotismo do que relações promíscuas e muitas vezes incestuosas. “Em nenhuma das modinhas antigas se sente melhor o visgo de promiscuidade nas relações de sinhomoços das casas-grandes com mulatinhas das senzalas. Relações com alguma coisa de incestuoso no erotismo às vezes doentio”.²⁷

Não se pode esquecer que na colônia muito cedo se estabeleceu uma relação muito peculiar com certos negros da senzala que se faziam subir para o serviço doméstico mais íntimo e delicado dos senhores: amas de criar, mães-pretas, mucamas, irmãos de criação dos meninos brancos. Tipo de relação doméstica cujos traços se fazem sentir até hoje no Brasil:

Indivíduos cujo lugar na família ficava sendo não o de escravos, mas o de pessoas da casa. Espécie de parentes pobres nas famílias europeias. À mesa patriarcal das casas-grandes sentavam-se como se fossem da família numerosos mulatinhos. Crias. Malungos. Moleques de estimação. Alguns saíam de carro com os senhores, acompanhando-os aos passeios como se fossem filhos.

Ainda no século XVIII e princípio do século XIX, a educação tirava das crianças a sua alegria e espontaneidade, cujos efeitos podiam ser percebidos nos trajes utilizados. Em casa, os meninos de família andavam nus, porém mais tarde vinham as roupas pesadas e solenes, “roupas de homem”, distingui-los dos moleques da senzala.²⁸

Com a urbanização do país, os espaços físicos sociais e familiares sofrem evidente transformação. Senzalas diminuía de tamanho, dando lugar aos sobrados das cidades, e aumentavam as aldeias de mocambos e palhoças. O antigo patriarcado rural esgotou-se com as grandes usinas e a

²⁵ *Ibidem*, p. 471.

²⁶ *Ibidem*, p. 475.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 1ª Tomo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1966 (1933), p. 574.

exploração de fazendas por firmas comerciais.²⁹ No entanto, o que nos interessa colocar aqui em relevo é justamente o atraso da legislação civil brasileira e seus efeitos para a concepção de família.

Durante o Império, muito cedo se aprovou o Código Criminal, em 16 de dezembro de 1830. O mesmo não se pode dizer do Código Civil. No entanto, somente em 1858 é publicada a *Consolidação das Leis Cíveis do Brasil*, de autoria do “jurisconsulto do Império”, Teixeira de Freitas, que tiveram o mérito de compilar todas as leis esparsas até então vigentes. Em 1899, já durante a República, é publicada a nova *Consolidação*, realizada por Carlos de Carvalho. Isso significa que até o ano de 1917, quando da entrada em vigor do Código Civil de Beviláqua, parte da legislação portuguesa seguia sendo aplicada no Brasil. Tanto é assim, que o art. 1807 do Código de Beviláqua assim dispõe: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”.

Estamos falando do início do século XX. Nem a proclamação da Independência pelo principal membro em linha sucessória da Família Real, nem o golpe militar republicano, poderia, com efeito, realizar a total autonomia do Brasil em relação a Portugal. O problema, no entanto, é mais grave. Aquilo que fora recebido com ufanismo pela República positivista – o país finalmente se desgarrava da legislação portuguesa, diante das necessidades da nova indústria e do novo urbanismo – em verdade, gerou certo prolongamento da concepção familiar da colônia, influenciada por um catolicismo superficial.

É evidente que o Código de 1916 já nasceu atrasado em diversos aspectos. Vamos aqui ressaltar a concepção de família que ele ostentou até o ano de 2003, com algumas alterações no caminho, quando entrou em vigência o novo Código Civil brasileiro. O centro do poder familiar é exercido pelo *pater familias*; a regra para o casamento é o regime de bens universal; o casamento podia ser declarado nulo ou anulável, mas o divórcio somente foi legalmente reconhecido a partir da Lei nº 6.515/77; não havia o reconhecimento, e isto até a Constituição Federal de 1988, de união estável aos concubinos – é de se referir que a palavra “concubina” aparece apenas no feminino no texto de todo o Código.

Ao menos simbolicamente, considerando-se a linguagem do Código Civil, que demorou a ser aprovado no Brasil e já nasceu com temperos reacionários, há uma espécie de estruturação do controle por parte do marido e do sequestro da mulher no campo doméstico. No plano real das

²⁹ FREYRE, Gilberto. Sobrados e Mucambos. 1º Tomo. 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1985 (1936), p. 153.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

relações de dominação intrafamiliares, a predominância do poder patriarcal é igualmente o que se pôde observar ao longo do séc. XX. Mesmo após a Constituição de 1988 e todas as transformações sociais e jurídicas que deram à mulher maior espaço na sociedade e autonomia sobre o seu próprio corpo, ainda hoje cabe colocar a questão do patriarcalismo, que parece ter encontrado renovados ingredientes políticos e religiosos. Nos últimos anos, aumentou espantosamente o conservadorismo familiar, apoiado pelo discurso da nova direita, fenômeno que não se circunscreve apenas ao Brasil. O que se torna peculiar entre os brasileiros é como esse discurso constitui um retrocesso democrático em alto grau de afinidade com o poder simbólico da família colonial.

4 A frágil democracia brasileira

Até aqui, apresentamos três linhas interdisciplinares de investigação que se entrecruzam em razão do objeto de estudo, que é a permanência de estruturas de poder e de traços simbólicos da colônia na sociedade brasileira. O direito se apresenta, tanto através dos textos normativos, quanto do discurso jurídico, como um âmbito nodal, por excelência, de tal permanência. Exatamente no plano em que tudo parece ter mudado, onde há ares de transformação por meio da Lei, de onde menos se espera o retrocesso, é onde, de forma dissimulada, clandestina, impostora, algo estrutural das relações de poder permanece intacto.

José Murilo de Carvalho muito bem acentua que a nossa primeira experiência democrática veio com a Constituição de 18 de setembro de 1946. E isto desde a Constituição Imperial. A Constituinte de 1823, convocada *antes da Independência* pelo decreto de 3 de junho de 1822, foi bruscamente dissolvida, como assinala Raymundo Faoro, “exatamente como meio de enfrentar uma crise em perspectiva, estabelecendo as bases da transição”.³⁰

Dom Pedro II foi por sua vez deposto por golpe militar liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca que proclamou a República em ato simbólico. A Constituição que a este golpe se seguiu foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, dando início a um período de 41 anos de ordem institucional, que teve um final violento imposto pela era Vargas, ela mesma finalizada por uma nova ditadura. Finalmente, a derrubada de Vargas e a formação de uma nova Assembleia Constituinte estabeleceram os direitos políticos, levando o país à sua primeira experiência democrática:

³⁰ FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte – A legitimidade recuperada*. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985 (1981), p. 19.

A Constituição de 1946 manteve as conquistas sociais do período anterior e garantiu os tradicionais direitos civis e políticos. Até 1964, houve liberdade de imprensa e de organização política. Apesar de tentativas de golpes militares, houve eleições regulares para presidente da República, senadores, deputados federais, governadores, deputados estaduais, prefeitos e vereadores.³¹

Não demorou muito para que o quadro autoritário se institucionalizasse novamente no país. Em menos de 20 anos de democracia, mais um golpe militar coloca fim à experiência democrática. Que o golpe de 1930 e o de 1964 tenham se autodenominado “revolução” não é apenas uma questão conceitual, uma escolha sem efeitos. Ao contrário, todo o jogo simbólico consiste em estabelecer um discurso que legitime a intervenção do poder autoritário, deixando intacto o verdadeiro significado das relações de poder institucionalizadas. Se tivéssemos de aceitar essa nomenclatura, o Brasil seria então um país prolífico em uma categoria que seria contraditória e anômala para qualquer cientista político: a “revolução conservadora”. As “revoluções” não constituíram por aqui verdadeiras rupturas e recomeços. Através de novas ditaduras, elas representaram retrocessos principalmente de ordem política.

Após 1988, estamos imunes a esse tipo de golpe? Já no início dos anos 1980, Raymundo Faoro entrevista com esperança o processo de redemocratização. Através de uma Assembleia Constituinte, seria possível recuperar a legitimidade política do país.³² Para aqueles que tiveram seus direitos cassados e foram perseguidos durante a ditadura militar, a redemocratização se tornou um sinal de verdadeira mudança no país. Não há dúvida de que o país se transformou ao longo dos últimos 30 anos. Nem por isso a nossa jovem democracia está protegida de um colapso, uma vez mais.

Especialmente nos últimos anos, instalou-se uma crise da democracia indireta decorrente da crise de representatividade. Difundiu-se a suspeita de que os partidos políticos já não consigam mediar as relações entre os interesses da massa representada e o governo. Os movimentos que geraram as convulsões de 2013 tiveram sucesso inicialmente porque souberam convocar os afetos despertados pela ocupação e recuperação das ruas. A mídia ela mesma confundiu-se com os acontecimentos, demonstrando a estabelecer os termos que promoveriam uma cisão entre a boa e desejável manifestação e os “baderneiros” e “vândalos”. Iniciava-se ali a

³¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – O longo caminho*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013 (2001), p. 127,

³² FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte – A legitimidade recuperada*. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985 (1981).

disputa pela posse do lugar discursivo que se pretendia “apartidário”. De início, aparentemente anarquista, a defesa de um “apartidarismo” foi logo tomada por fascistas e liberais conservadores. Falaciosamente, no entanto, essas duas últimas instâncias ainda hoje persistentes no quadro de certos movimentos e agrupamentos, ligam-se diretamente aos representantes da disputa político-partidária. O fantasma do golpe ronda constantemente a sociedade brasileira.

Considerações finais

Sem a pretensão de encerrar o tema, mas apenas de oferecer um programa de investigação, o objetivo que traçamos foi o de encontrar e selecionar os recursos metodológicos para oferecer um diagnóstico sobre a fragilidade da democracia brasileira através das remanescências coloniais. Evidentemente, a complexidade do objeto exige por si um esforço interdisciplinar, no qual o direito parece ser um campo privilegiado de pesquisa das relações de dominação e da dimensão simbólica do poder, entrecruzando a perspectiva histórica, sociológica, econômica, política e antropológica.

Três linhas de pesquisa desempenham aqui um papel essencial. A primeira delas orienta-se para o estudo do modelo de ocupação do sistema colonial; a segunda volta-se para a investigação dos modelos econômicos de exploração vinculados a esse sistema, com o uso de mão-de-obra escrava; a terceira dirige-se ao núcleo das relações de poder intrafamiliares. As três linhas permitem vislumbrar, através dos textos normativos e das relações estabelecidas na sociedade, a permanência de certas estruturas de poder, símbolos, zonas de não-cidadania e violência (sobretudo a institucional).

Se há uma fragilidade na democracia brasileira, o que se constata facilmente, isso não se deve apenas porque ela relativamente nova, mas porque os diversos resíduos coloniais permanecem vivos na sociedade. O golpe é sempre possível, pois, na realidade, ele sempre esteve aí, nas figuras de autoridade que nunca foram superadas e sempre encontraram novas formas reacionárias no seu sonho nostálgico da casa-grande.

Referências

- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil – O longo caminho*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013. Original: 2001.
- FAORO, Raymundo. *Assembléia Constituinte – A legitimidade recuperada*. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. Original: 1981.
- _____. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. Volume I. 2ª ed. São Paulo: Globo, 1975. Original: 1958.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 1º Tomo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1966. Original: 1933.
- _____. *Casa-grande e Senzala*. 2º Tomo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1966. Original: 1933.
- _____. *Sobrados e Mucambos*. 1º Tomo. 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1985. Original: 1936.
- FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 2007. Original: 1958.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995. Original: 1936.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFO-PEN), dezembro de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/.
- PORTO, Costa. *O sistema sesmarial no Brasil*. Brasília: UNB, 1970.
- PRADO JR., Caio. *A questão agrária*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- _____. *Formação do Brasil contemporâneo*. 24ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. Original: 1942.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada*. In: SOUTO, Claudio e FALCÃO, Joaquim (Org.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980.
- SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Edusp, 2013. Original: 1993.
- _____. *O país distorcido, a globalização e a cidadania*. São Paulo: Publifolha, 2002.
- SOUZA, Jessé. *Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira*. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: Desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO 'INSTÂNCIA SIMBÓLICA' DAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Roberta Drehmer de Miranda*

Sumário: Introdução. 1 O 'simbolismo' na política e na sociologia e seu uso como ferramenta de estudo do fenômeno jurídico constitucional. 2 'Dupla' natureza do Tribunal Constitucional e a função de equilíbrio entre as forças políticas e institucionais. Conclusão. Referências.

Introdução

O Tribunal Constitucional é, sem dúvida, a 'nova' instituição política da contemporaneidade. No âmbito do direito constitucional, o Tribunal é considerado a solução jurídico-institucional para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, numa proposta de desvinculação dessa função do Poder Judiciário, a fim de reservar a este apenas o encargo de solver litígios sociais particulares, realizando, no máximo, a interpretação das leis ou de demais atos jurídicos em conformidade com a Constituição, preservando, assim, seus preceitos fundamentais.

Por outro lado, na visão da sociologia jurídica, o Tribunal exerce uma função institucional muito mais importante, qual seja, de equilíbrio político a partir da sua imagem como autoridade máxima na preservação de valores fundamentais sociais, consubstanciados na Constituição. Esta imagem pode ser traduzida pela noção de instância simbólica, na medida em que personifica o último refúgio político de consenso social e ordem estatal – isso se explica, fundamentalmente, pela consolidação dos Tribunais Constitucionais como instituições estatais logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, portanto, em meio a crise e desestabilização dos poderes públicos.

* Doutora (2012) e Mestre (2008) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito pela Escola Superior da Magistratura Estadual (2005), especialista em Aprendizagem Cooperativa e Novas Tecnologias pela Universidade Católica de Brasília (2014). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS) desde 2005, do IBTD (Instituto Brasileiro de Teoria do Direito) desde 2007, do IBDFAM desde 2011, da Associação para o Desenvolvimento da Educação Personalizada (ADEP) desde 2014. Professora de Direito de Família e Direito das Sucessões do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre/RS. Advogada na área de Direito de Família e Sucessões.

1 O 'simbolismo' na política e na sociologia e seu uso como ferramenta de estudo do fenômeno jurídico constitucional

O simbolismo esteve sempre presente no imaginário humano, e não poderia ser diferente no âmbito jurídico. A criação de ritos para execução de tarefas e de um espaço próprio para realização da justiça trouxe uma certa harmonia na convivência social, auxiliando para a caracterização das autoridades políticas de uma comunidade. GARAPON coloca que os primeiros prédios arquitetônicos que abrigaram as salas para realização de audiências eram dotados de extrema grandeza e impetuosidade, causando o impacto na sociedade de que ali, naquele espaço, a justiça e a ordem eram finalmente realizadas¹.

Dessa forma, o Judiciário passou a abrigar, mediante seus símbolos (como a justiça com olhos vendados e a espada em punho), o espaço da justiça, enquanto que o Legislativo e o Executivo, o espaço da lei e da política, cada qual com sua respectiva autoridade (autoridade da justiça, autoridade da lei, autoridade da política).

Mais tarde, com o crescimento das atividades burocráticas, a Administração Pública aparece como autoridade de execução, passando a desempenhar, mais diretamente, as políticas estatais ditadas pelo Legislativo e Executivo. Aliás, interessante notar que a Administração também traz consigo uma simbologia, na medida em que se concentra, fisicamente, em prédios arquitetônicos contemporâneos, dotados de salas e unidades autônomas descentralizadas e independentes entre si, traduzindo o que WEBER já afirmara como resultado do processo de racionalização moderno².

Dessa forma, as instituições políticas estatais carregam uma carga de símbolos que são essenciais para manter sua imagem como autoridades. Sobre a noção de símbolo, oportuno remeter à visão de GARAPON, que afirma:

Etimologicamente, o símbolo designa um objeto dividido em dois, cuja posse de uma das partes permite o reconhecimento. O símbolo mostra: torna sensível aquilo que, por natureza, não o é: um valor moral, um poder, uma comunidade. Objeto amputado, tem a faculdade de representar um conjunto. O símbolo reúne: inclui aqueles que se reconhecem no seu interior e exclui os outros, delimita uma comunidade. Por fim, o símbolo prescreve: as insígnias do poder não se limitam a assinalar a presença da autoridade, exigem respeito por si mesmas. [...] O símbolo não se inclina para a

¹ GARAPON, Antoine. Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 39-42.

² WEBER, Max. *Económica y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 180.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

razão; é antes da ordem da experiência. Não produz um sentido que nos seja compreensível, age em nós.³

Nesse sentido, podemos dizer que o Tribunal Constitucional, na forma em foi concebido, e da maneira em que se consolidou, traz como símbolo o guardião dos valores e da ordem constitucional. Efetivamente, o Tribunal mostra, claramente, sua função, quando exerce efetivamente o controle de constitucionalidade sobre as leis ou atos de matéria política e que possam ferir os fundamentos do Estado.

Ainda, de certa forma, o Tribunal Constitucional delimita uma comunidade, na medida em que seleciona os atores que buscam a sua pronúncia sobre algum conflito jurídico-constitucional, bem como filtra as matérias que sejam realmente de índole constitucional. Não há propriamente exclusão de alguns, mas pertinência e objetividade de pedidos e de motivações.

Nesse sentido, deve o Tribunal buscar manter, em primeiro lugar, a Constituição, e, em segundo lugar, a própria constitucionalidade dos atos normativos então impugnados, a fim de não resulte em uma “anarquia jurídica”. Ou seja: o Tribunal Constitucional declara inconstitucional todos e quaisquer atos que sejam contrários ao interesse de quem impugna e em conformidade com a subjetividade de quem os interpreta, contribuindo para a perda da confiabilidade e autoridade que a própria lei ou ato possuem.

A presença do Tribunal age fortemente na sociedade e nos poderes públicos, fazendo com que nos países que o adotaram suas decisões sejam seguidas e respeitadas naturalmente. E isso, realmente, é fruto da experiência, na medida em que o Tribunal soube externar sua atividade, tornando públicas suas decisões e acessíveis ao conhecimento de todos.

A acessibilidade às decisões e posições do Tribunal Constitucional (seja pela publicidade de seus acórdãos, seja pelas manifestações de seus juízes pela imprensa), pois, faz com que o mesmo tenha uma alta visibilidade pública, ou exposição constante e permanente na sociedade, ganhando, em algumas comunidades, forte legitimidade social. Na Sociologia Jurídica, isto tem sido tratado como uma nova confiança da sociedade em um órgão que parece ser o ápice da democracia, em lugar do Parlamento e do Governo, sobre os quais a comunidade não mais deposita confiança ou dá respaldo social para suas ações⁴.

³ GARAPON, Antoine. Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 42.

⁴ Nesse sentido, WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil. In: WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO Manuel Palácios Cunha; BURGOS,

A confiança social sobre o Tribunal Constitucional é fruto de sua própria natureza, manifestada, segundo CEZAR SALDANHA, em três funções básicas: material, denominada *função política de última instância* (ou de nível fundamental, como guarda da Constituição e da ordem democrática); instrumental (exerce jurisdição constitucional, posto que somente se pronuncia quando devidamente provocado); e formal (a atividade do Tribunal Constitucional é legislativa, normalmente negativa, e suas decisões vinculam todos os órgãos estatais)⁵.

Importante salientar que tais funções não são praticadas de modo a substituir o papel das demais instituições políticas, principalmente a função legislativa do Parlamento. Se assim o fosse, não haveria democracia, nem função de última instância, mas efetivo governo dos juízes constitucionais.

Podemos dizer, assim, que a *função de última instância* é consolidada (e consolida) a imagem do Tribunal Constitucional como autoridade política máxima. Essa função estatal é exercida num plano superior de valores (mormente positivados na Constituição) e de fins últimos do Estado Democrático, e não poderiam ser exercidas somente por um Chefe de Estado, tendo em vista a impossibilidade deste último de atuar mediante uma técnica tipicamente jurisdicional⁶.

Essa noção de instância última com teor simbólico pode ser depreendida, igualmente, nas palavras de FERRERES COMELLA: “[...] como unicamente existe um tribunal que pode declarar a validade da lei, a atenção dos partidos políticos e da opinião pública se centra nele. É somente no Tribunal Constitucional onde se joga a sorte da decisão democrática do Parlamento”⁷.

A partir do exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional, cada vez mais o Parlamento posiciona-se, no jogo político, como um articulador das decisões em nível constitucional, diante do caráter “contra-majoritário”⁸ da Corte. Como instância procurada pelas minorias para frear a aprovação de leis por parte da maioria⁹, o

Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 47-70 e p. 149-156.

⁵ SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 118, 119 e 122.

⁶ SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 123.

⁷ FERRERES COMELLA, Victor. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. *Paper* apresentado em Congresso de Direito Constitucional. Madri, 2004, p. 19.

⁹ GARGARELLA, Roberto. La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona, Ariel, 1996, p. 60.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Tribunal é a arena onde ocorre o embate partidário, e não mais o Plenário do Parlamento.

Por sua vez, FEREJOHN traz um dado interessante acerca do caráter anti-majoritário do Tribunal Constitucional, e como isso influenciou na formação da sua imagem como autoridade política:

A revisão judicial (controle de constitucionalidade) foi visto pelos partidos como antimajoritária e, baseada no exemplo americano, os Europeus deixaram os partidos verem isso como uma tentativa de minimizar direitos de propriedade. Depois da segunda guerra mundial, essa oposição foi mais uma vez ouvida pela esquerda na França e na Itália mas, ao menos na Itália, essa oposição falhou em prevenir o estabelecimento de uma Corte Constitucional. O impacto dessa falha é talvez moldado quando é lembrado que a esquerda, especialmente o Partido Comunista, estava no auge de sua popularidade no período imediatamente depois da guerra. Se os partidos de esquerda estavam aptos a bloquear as cortes constitucionais antes da guerra, porque não continuariam a fazê-lo numa circunstância aonde virtualmente todas as outras forças políticas estavam comprometidas ou desacreditadas?¹⁰

Em outras palavras: os Tribunais Constitucionais, por serem preferencialmente protetores das minorias, foram vistos, por muitos integrantes de partidos de esquerda, como um empecilho à perfectibilização de suas políticas, mormente baseadas na concretização dos direitos sociais e coletivos.

Dessa maneira, muitos tentaram frear a instituição dos Tribunais Constitucionais, contudo, a exigência institucional das novas democracias, em consolidar as Cortes como autoridades políticas, tornou sem saída dito posicionamento das esquerdas.

Essas circunstâncias reforçam a natureza política do Tribunal Constitucional, e como a sua palavra é decisiva no debate público. O Tribunal é transparente, publiciza suas posições, e essa característica fornece confiabilidade às suas decisões.

Aliado a isso, a visibilidade pública do Tribunal sustenta a sua função como última instância em constitucionalidade, o que lhe dá maior autoridade em suas declarações em meio ao debate público. Não se trata (como ocorre em países com controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário) de um aspecto ‘pulverizado’, em que cada juiz ordinário publicamente expõe uma declaração acerca do que é ou não é constitucional.

¹⁰ FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Paper* disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>. Acesso em 17/01/2008, p. 56.

Inclusive socialmente, o Tribunal Constitucional é reconhecida-mente o poder político para o exercício de tal tarefa, o que em algumas sociedades pode ser perigoso, na medida em que uma visibilidade pública tão forte pode gerar controvérsias e resistências às posições tomadas pelo Tribunal. Como bem expõe FERRERES: “A ciência política nos diz que existe uma correlação positiva entre a baixa visibilidade dos tribunais e o apoio difuso que obtêm do público em geral”¹¹.

2 ‘Dupla’ natureza do Tribunal Constitucional e a função de equilíbrio entre as forças políticas e institucionais

A natureza política, portanto, do Tribunal Constitucional é incontestável. Esse não possui natureza puramente ‘judicial’, posto que sempre especializa-se em assuntos de alta sensibilidade política, analisados nos próprios conteúdos das leis então impugnadas perante os mesmos.

Desta forma, o Tribunal Constitucional, que surgiu no imaginário social democrático contemporâneo com uma índole mais “política”, não pode vestir-se de uma legitimidade moral que os tribunais ordinários acumularam como aplicadores imparciais do Direito. Os Tribunais Constitucionais representam os valores do sistema democrático, assumindo a função de guarda destes valores no Estado de Direito¹².

Dessa forma, a centralização, em um órgão específico e superior (a Corte Constitucional), do controle de constitucionalidade, solve o problema do ativismo do Poder Judiciário em questões constitucionais, evitando, assim, que os juizes ordinários declarem a inconstitucionalidade de leis nos casos concretos, pulverizando interpretações e decisões em relação à Constituição – as quais podem vir a ser contrárias entre si, causando incongruência jurídica e desgaste político.

Essa solução institucional, adotada pela maioria dos países europeus, como já dito, reduz, ainda, uma pretensa conduta passiva do Tribunal Constitucional, quer dizer, de graus mínimos de exercício de controle de constitucionalidade, seja na admissão para exame de questões constitucionais, seja na própria declaração de inconstitucionalidade, em relação ao legislador.

¹¹ FERREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>. Acesso em: 17/01/2008, p. 21.

¹² Esta é a orientação de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – PPGDir/UFRGS. Nº III (março. 2005). Porto Alegre, PPG-Dir/UFRGS, 2005, p. 14.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional assume uma direção “ativista”, ou seja, acompanha o processo político de cada país e, por consequência, corresponde às expectativas sociais generalizadas da sociedade e da cultura jurídica acerca do papel dos juízes¹³.

Assim, podemos dizer que o poder judicial (ou a função jurisdicional, em sentido amplo), no mundo europeu ocidental contemporâneo, separa-se em duas estruturas: os tribunais ordinários, os quais exercem a função judicial ordinária (por exemplo, no âmbito peculiar do direito privado, podendo apenas exercer a interpretação conforme à Constituição), e o Tribunal Constitucional, o qual exerce tão-somente a chamada “função constitucional”, que consiste, repita-se, em controlar a validade das leis e de outros atos normativos com relação à Constituição.

Por conseguinte, não ganha mais lugar na Europa Ocidental, hoje, a centralização da função judicial numa única judicatura, aí incluída a análise da constitucionalidade das leis (a função constitucional). A concentração da jurisdição constitucional no Poder Judiciário, como um todo, exigiria que os Tribunais Constitucionais fossem agregados novamente à judicatura, o que traria nova crise institucional e política, e, consoante a transição democrática¹⁴ vivida após a segunda grande guerra, um retrocesso em termos de distribuição das funções estatais.

Por isso, a natureza política do Tribunal Constitucional é que sustenta, ao fim e ao cabo, a divisão da função judicial ordinária da função constitucional. FERRERES COMELLA coloca, com propriedade, que essa natureza política do Tribunal é manifestada, principalmente, na escolha dos seus membros, por um procedimento mais “político”, enquanto que a jurisdição ordinária apresenta um procedimento de escolha de juízes mais ‘burocrático’ ou ‘profissional’¹⁵.

A escolha dos membros do Tribunal reflete a própria imagem de instância simbólica na democracia constitucional. Muitas vezes, os juízes constitucionais são vistos como verdadeiros “estadistas”, ou seja, dotados de uma visão política direcionada ao bem comum e ao consenso e paz

¹³ Também sobre o papel dos juízes no Estado Democrático de Direito, vide ROJO, Raul Enrique. *La Justicia en democracia*. Sociologias. Revista Científica. Porto Alegre: UFRGS, 2000, p. 94-126.

¹⁴ Sobre o processo de transição democrática, vide FARIA, José Eduardo. *A Efetividade do Direito na Pós-Transição Democrática*. Paper apresentado no *workshop* “O papel do Direito nos processos de pós-transição democrática”, no *International Institute for the Sociology of Law*, em julho de 1993, p. 105.

¹⁵ FERRERES COMELLA, Victor. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Paper apresentado em Congresso de Direito Constitucional. Madri, 2004, p. 32.

social. De certa forma, a natureza política do Tribunal Constitucional lhe dá autoridade para o exercício da função constitucional.

REYES fala, sobre o assunto, de uma “aristocracia” de juízes constitucionais, os quais, numa democracia constitucional, acabam por corrigir a democracia da lei, razão pela qual seu número deve ser reduzido no Tribunal Constitucional (o autor refere 12 membros), e todos devem ser *jurisprudentes*, ou seja, perseguir e vivenciar a virtude da prudência jurídica¹⁶. Certamente, devem ser juízes com maior comprometimento perante o Estado e a Constituição, que propriamente com a instituição que pertencem ou com a carreira judiciária que intentam percorrer.

A postura dos juízes constitucionais, acima de tudo, deve trazer o consenso. FERREJOHN sumariza a função das Cortes Constitucionais apondo sua finalidade política, refletida pela atuação de seus próprios membros julgadores:

Alguém pode distinguir ao menos três caminhos nos quais as Cortes tem tomado em novos e importantes funções relativas às legislaturas. Primeiro, as Cortes tem sido cada vez mais aptas e dispostas a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar pela imposição de limites substantivos no poder das instituições legislativas. Segundo, as Cortes cada vez mais tem se tornado o lugar onde a política sólida é feita. Terceiro, os juízes cada vez mais tem estado dispostos a regular a conduta da atividade política por eles mesmos – seja praticada dentro ou em volta das legislaturas, agências ou do eleitorado – construindo e fortalecendo parâmetros de comportamento aceitável para grupos interessados, partidos políticos, e oficiais eleitos e nomeados.¹⁷

Por óbvio, tendo uma natureza política, certamente o Tribunal Constitucional será alvo de críticas e rejeições com mais frequência que os tribunais ordinários. Esta natureza política torna os tribunais constitucionais mais frágeis, exigindo estruturas e regras formais rígidas para protegê-los, como o próprio reconhecimento do Tribunal na Constituição. Nesse sentido, FERRERES COMELLA é explícito: “[...] enquanto que nos Estados Unidos se esperava que a Constituição seria aplicada pelos juízes, as Constituições Europeias foram redigidas sob o pressuposto de que seriam as

¹⁶ REYES, César I. Astudillo. Reflexiones sobre los sistemas locales de justicia constitucional en México. Ponencia presentada al *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 9 al 14 de febrero, en la Ciudad de México, disponible en www.juridicas.unam.mx, p. 21 e 31.

¹⁷ FERREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Paper* disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>. Acesso em 17/01/2008, p. 41.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

instituições políticas, e não os tribunais, os encarregados de sua proteção e desenvolvimento”¹⁸.

A importância do Tribunal Constitucional nas modernas democracias é indiscutível e fundamental. A sua existência em regimes jurídicos que tenham um sistema de controle de constitucionalidade das leis tornou-se inevitável, sendo exigência para a manutenção do equilíbrio político entre os poderes estatais.

Nesse mesmo sentido, a visão de CEZAR SALDANHA:

Começando pela síntese de todos os desafios, sem uma jurisdição constitucional, da qual o Tribunal Constitucional é o instrumento mais evoluído, não há que falar em supremacia do direito, menos ainda em controle de constitucionalidade, nem, rigorosamente, em verdadeiro direito constitucional. Mais, o Tribunal Constitucional, assumindo explicitamente sua natureza política, está viabilizando e conduzindo, diante de nosso olhar atônito de juristas mais maduros, neste momento da evolução da Supremacia do Direito, o delicadíssimo trânsito do ‘Rechtsstaat’ para o ‘Verfassungsstaat’. É a cultura jurídica ocidental em seu supremo esforço de aproximar, quase identificando, a axiologia da Constituição com o essencial da axiologia jurídica, incessantemente renovada no filosofar cotidiano do direito enquanto experiência concreta da razão prática.¹⁹

Contudo, questão importante a ser verificada diz respeito com a *accountability*²⁰ dos Tribunais Constitucionais. Estarão eles sujeitos, também, a algum tipo de controle, social, institucional ou político?

A *accountability* pressupõe algum tipo de prestação de contas. *In casu*, o Tribunal Constitucional, em hipóteses de equívocos ou omissões em seus julgados, ou na tomada de suas decisões e posições, normalmen-

¹⁸ FERRERES COMELLA, Victor. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. *Paper* apresentado em Congresso de Direito Constitucional. Madri, 2004, p. 31.

¹⁹ SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 110.

²⁰ O quadro de demandas políticas abarcadas pelo Judiciário é visto na sociologia jurídica a partir da noção de ‘*accountability social*’. A ‘*accountability*’ pode ser definida como a capacidade (e, ao mesmo tempo, a obrigação) dos funcionários públicos ou agentes políticos de responder pelos seus atos perante à sociedade, a partir da informação e publicidade dos mesmos. Quer dizer, a noção de *accountability* tem estreita relação com a administração estatal, executada institucionalmente (por meio dos poderes públicos) ou por organizações de natureza diversa, como as agências e ouvidorias. A *accountability* vertical refere-se a uma relação de desiguais, seja sob a forma do mecanismo do voto (controle de baixo para cima) ou sob a forma do controle burocrático (de cima para baixo). Já a *accountability* horizontal pressupõe uma relação entre iguais, por meio do mecanismo de ‘*checks and balances*’, ou seja, da mútua vigilância entre os poderes públicos.

te não justifica à sociedade as razões para tanto, ou deixa transparecer alguma crise interna porventura existente.

Em alguns casos, suas decisões levam a manifestações públicas, massivamente partidárias, contrárias ao seu poder decisório ou à sua própria autoridade sobre demandas políticas. Já em outras situações o Tribunal nunca é contrariado, nem quando profere posicionamentos extremamente duvidosos, tendo em vista sua imagem social como autoridade máxima inquestionável – um simbolismo sacro, como refere GARAPON²¹.

Há, pois, num plano institucional, uma certa ausência de controle sobre a atividade do Tribunal Constitucional. O que podemos encontrar é, talvez, um pacto político entre o Tribunal e os demais poderes estatais, no sentido de, mutuamente, procurarem fiscalizar suas ações a partir da linearidade de tomada de decisões. Nunca se viu, por exemplo, o Parlamento alemão desrespeitar a autoridade do Tribunal Constitucional, e vice-versa, nem o Tribunal Constitucional espanhol tentar sobrepor-se à autoridade do Rei Juan Carlos.

Socialmente, o controle é mínimo, tendo em vista o grau de especialização do Tribunal Constitucional, muitas vezes inatingível pelo cidadão comum. Dita especialização remete ao que GIDDENS chamou de “sistema perito”, quer dizer, cria mecanismos de desencaixe que fornecem “garantias” de expectativas para a sociedade, gerando a confiança social de que o Tribunal Constitucional não erra e efetivamente funciona:

Para a pessoa leiga, repetindo, a confiança em sistemas peritos não depende nem de uma plena iniciação nestes processos nem do domínio do conhecimento que eles produzem. A confiança é inevitavelmente, em parte, um artigo de “fé”. [...] Há um elemento pragmático na “fé”, baseado na experiência de que tais sistemas geralmente funcionam como se espera que eles o façam.²²

Sobre a ausência de controle visível sobre o Tribunal Constitucional, importante referir a observação de GILMAR MENDES:

É que as decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a invocação de um direito superior que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um ór-

²¹ GARAPON, Antoine. Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 29/31.

²² GIDDENS, Anthony. As Conseqüências da Modernidade. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 36.

Parte III – Antropologia Jurídica e História do Direito

ção direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual *correção* da jurisprudência de uma Corte Constitucional somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda. Essas singularidades demonstram que a Corte Constitucional não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática num eventual risco para a democracia.²³

Quer dizer, a ausência de controle político sobre as Cortes Constitucionais pode resultar num totalitarismo, o que seria, sim, o declínio da democracia constitucional, e o retorno ao antigo Estado sem valores da Segunda Guerra. É possível, pois, a existência de um Tribunal Constitucional totalitário, a partir do momento em que rompe o consenso democrático e passa a querer direcionar os assuntos de Estado sem os demais poderes políticos²⁴ – pior, tentando subjugar-los à obrigatoriedade de suas decisões.

Apesar destes riscos, o Tribunal Constitucional é fruto, pois, da especialização institucional política das democracias contemporâneas. Avocou para si a função de instância última no arranjo institucional, em um plano superior juntamente do Chefe de Estado, deixando ao Governo e ao Parlamento a criação e concretização das leis ou atos legislativos, eivados de critérios e de ideologias políticas que filtrem as necessidades sociais existentes; à Administração a execução de medidas urgentes e próximas aos reclames sociais; e, por fim, ao Judiciário, o papel importante e fundamental de resolução dos litígios particulares, observando a legislação em conformidade com a Constituição²⁵.

Conclusão

Serão os Tribunais Constitucionais indispensáveis? Não. Contudo, verifica-se, em razão da sua função simbólica na atual democracia, uma necessidade da existência de um Tribunal Constitucional nos países que possuem uma técnica apurada de controle de constitucionalidade,

²³ MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 08.

²⁴ Autores como LEE EPSTEIN alertam para o risco do Tribunal Constitucional russo tomar decisões totalitárias (EPSTEIN, Lee. The role of Constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. Law and Society Association Review, 2001, p. 28).

²⁵ SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Porto Alegre: 2000, p. 56 e 59.

razão pela qual a maioria dos países da União Européia conceberam esta instituição. E, nesse sentido, a estrutura mais apropriada é a dualista, ou seja, a que propugna uma divisão entre jurisdição constitucional e ordinária, e a que garante a natureza política do Tribunal Constitucional.

A necessidade de diferenciação entre as jurisdições constitucional e ordinária é uma exigência da democracia constitucional contemporânea? Sim. Como vimos, trata-se, em verdade, de uma evolução histórico-política no sentido de reconhecer que o direito orienta-se teleologicamente e, por isso, assumindo a forma de ordenamento jurídico estatal, deve respeitar níveis de competência, definidos por sua própria essência. Contudo, no Brasil, deve-se primeiro superar a profunda crise socio-político-institucional vivida hoje, para assim chegar à consecução de diferentes jurisdições para o nível mais elevado e mais concreto do ordenamento jurídico.

O Tribunal Constitucional, enfim, representa o que GARAPON referia-se à função jurisdicional: “Ao recriarem um mundo, ao reorganizarem o mundo, como fazem na sala de audiências, os homens repetem o ato inaugural da cultura. “Reorganizam o caos, dando-lhe estrutura, formas e normas” (grifamos)²⁶. **O mundo recriado pelo Tribunal é aquele sem a guerra; o caos deixado pelo totalitarismo é reorganizado a partir da defesa da Constituição e observação de seus valores; e o instrumento, a jurisdição constitucional.**

²⁶ GARAPON, Antoine. Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p. 46.

Referências

EPSTEIN, Lee. *The role of Constitutional Courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government*. Law and Society Association Review, 2001.

FEREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. Paper disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>. Acesso em 17/01/2008.

FERRERES COMELLA, Victor. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Paper apresentado em Congresso de Direito Constitucional. Madri, 2004.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REYES, César I. Astudillo. *Reflexiones sobre los sistemas locales de justicia constitucional en México*. Ponencia presentada al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, del 9 al 14 de febrero, en la Ciudad de México, disponible en www.juridicas.unam.mx.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão de poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

_____. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: 2000.

WEBER, Max. *Económica y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz. *A judicialização da política no Brasil*. In: WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

PARTE IV

Violência, Cultura e Direito

A MISERICÓRDIA, A PUNIÇÃO E A JUSTIÇA

Vicente de Paulo Barretto*

Introdução

Inquirir sobre o significado da justiça, para além da teoria do direito e da prática judicial, requer considerar acerca de valores que se encontram nos espaços teológico e filosófico. Algumas indagações preliminares, que procuram situar em que medida a justiça humana, ao julgar violações, encontra-se ou não imbuída do que os teólogos denominam de misericórdia, têm sido feitas desde a remota Antiguidade, até os dias atuais. Uma sociedade onde a virtude da misericórdia participa do sistema judicial é também mais justa? Pode alguma instituição ser justa e misericordiosa ao mesmo tempo? Não é a misericórdia uma virtude individual? Qual a relação, portanto, entre a misericórdia e a justiça, e como ela repercute no sistema punitivo, é a indagação subjacente à teoria da justiça contemporânea.

A mais recente delas encontra-se no documento pontifício intitulado *Deus, misericórdia e justiça* de autoria do papa Francisco (Bula de Proclamação *Misaericordia vultus*, 11/04/2015). Neste documento o sumo pontífice procura situar como a misericórdia dom divino traz consigo marcas que contribuem para alterar e humanizar a punição. Retira da punição o seu caráter vingativo e nos induz a envolver o ato de julgar e punir com o manto da misericórdia e, com isto, situar os direitos humanos, como categoria moral e jurídica no sistema legal. Para o pontífice, a misericórdia é a lei fundamental que mora no coração de cada pessoa, quando vê com olhos sinceros o irmão que encontra no caminho da vida. Esse encontro faz com que o homem se ache imbuído do sentimento de compreensão em face do outro, mesmo daquele que violou uma norma.

O papa Francisco detalha o que se entende por misericórdia, no texto de sua homilia. Onde não há misericórdia não há justiça e muitas vezes hoje o povo de Deus sofre um julgamento sem misericórdia. Refletindo sobre uma passagem do Evangelho, Francisco fala de três juizes: uma mulher inocente, Susana, uma pecadora, a adúltera, e uma pobre viúva necessitada: “Todas as três, de acordo com alguns Padres da Igreja, são figuras alegóricas da Igreja: a Santa Igreja, a Igreja pecadora e a Igreja necessitada”. “Os três juizes são maus” e “corruptos”, observa o Papa: há

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA, decano da Escola de Direito da UNISINOS.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

o julgamento dos escribas e dos fariseus que levam a mulher adúltera a Jesus. “Eles tinham dentro do coração a corrupção da rigidez”. Sentiam-se puros, porque observavam “rigorosamente a lei”. “A lei diz isso e se deve fazer isso”:

“Mas esses não eram santos, eram corruptos, corruptos, porque a rigidez deste gênero só pode avançar numa vida dupla, e esses que condenavam essas mulheres, depois, iam procurá-las, em segredo, para se divertir um pouco’. Os rígidos são hipócritas: eles têm vida dupla. Aqueles que julgam, pensamos na Igreja - todas as três mulheres são figuras alegóricas da Igreja - aqueles que julgam com rigidez a Igreja têm vida dupla. Com a rigidez, nem mesmo se pode respirar”.

Depois, há os dois juízes idosos que chantageiam uma mulher, Susana, para que se conceda, mas ela resiste: “Eram juízes viciosos - sublinha o Papa - tinham a corrupção do vício, neste caso, a luxúria. Diz-se que quando se há esse vício da luxúria com os anos se torna mais feroz, mais ruim. “Enfim, há o juiz interpelado pela pobre viúva. Este juiz “não temia a Deus e não se preocupava com ninguém: não lhe importava nada, apenas se importava consigo mesmo”: Era “um homem de negócios, um juiz que com o seu trabalho de julgar fazia negócios”. Era “um corrupto de dinheiro, de prestígio”. Esses juízes - observou o Papa -, o empresário, o vicioso e o rígido, “não conheciam uma palavra, eles não conheciam o que fosse a misericórdia”:

“A corrupção os distanciava da compreensão da misericórdia, de serem misericordiosos. E a Bíblia nos fala que na misericórdia se encontra o justo do juízo. E as três mulheres – a santa, a pecadora e a necessitada, figuras alegóricas da Igreja - padecem desta falta de misericórdia. Hoje também o povo de Deus quando encontra estes juízes, é julgado sem misericórdia, seja no civil, seja no eclesástico. E onde não há misericórdia não há justiça. Quando o povo de Deus se aproxima voluntariamente para pedir perdão, para ser julgado, quantas vezes, encontra um destes”.

Encontra os viciados, que “são capazes de tentar abusá-los”, e este “é um dos pecados mais graves”: encontra “os mercadores”, que “não dão oxigênio àquela alma, não dão esperança”; e encontra “os rígidos que punem nos penitentes aquilo que escondem na própria alma”. “Isso – diz o Papa – se chama falta de misericórdia”:

A palavra misericórdia vem do latim significando compaixão, piedade e é formada por duas palavras *miser* – miserável, faminto, despossuído de tudo – e *cordia*, declinação de *cordis* – coração. É antônimo de soberbo, arrogante, pois refere-se a um coração cordial simples, desprovido de arrogância. A aceitação do outro como um igual a si mesmo, que fundamenta a ideia da dignidade humana, baseada na ideia de reci-

proximidade na igualdade entre duas pessoas (Kant, 2009: Ak 434- 435), serve como critério valorativo das relações sociais. Para Levinas (1991:202), a possibilidade da ordem social irá nascer dessa igualdade que se objetiva na comunidade, na minha relação com o outro e com os outros. Como escreve Levinas: “minha relação com o outro, como o próximo, dá sentido às minhas relações com os outros. Todas as relações humanas enquanto humanas *procedem* do desinteresse”. Esta concepção de dignidade humana, gerada no coletivo das relações sociais é que irá servir como o alicerce axiológico do estado democrático de direito, alicerce que no campo jurídico se expressará nos direitos humanos.

A inter-relação entre as pessoas acha-se, necessariamente, imbuída de valores a serem expressos através da prática de virtudes, entre as quais destaca-se a virtude da misericórdia. A misericórdia é, como define Lalonde (1962: verb. *Grace*), um dom gratuito que apaga uma pena; na linguagem dos teólogos é um favor divino dado a criaturas que não têm este direito. Na linha do perdão, do esquecimento, encontram-se, também, palavras que expressam ideias semelhantes: indulto e anistia; perdão e clemência. A palavra misericórdia vem do latim e significa compaixão, piedade, sendo formada por duas palavras *miser* – miserável, faminto, despossuído de tudo – e *cordia*, declinação de *cordis* – coração. É antônimo de soberbo, arrogante, pois refere-se a um coração cordial simples, desprovido de arrogância. A misericórdia, que perpassa ou não a ação dos homens, implica em ter compaixão, que significa aceitar, compreender e padecer junto com o outro, ter compaixão (*miser*) do outro. Traz consigo um sentimento de dor e solidariedade com alguém que sofre.

A misericórdia é uma virtude individual que exerce o papel de agente humanizador das relações sociais, principalmente, quando perpassa o processo de punição e justiça. Quando a consideramos como uma virtude, devemos atentar que esta, consiste numa determinada disposição no agir (Aristóteles, *E.N.* 1107 a), que poderá expressar-se na decisão de um juiz. Essa disposição de perdoar o crime ou minorar a punição irá se objetivar em duas formas laicas, o indulto e a anistia.

O documento pontifício torna-se relevante para a reflexão ético-filosófica e jurídica, porque aponta, independentemente do seu significado teológico, uma nova e inspiradora análise crítica para a teoria da justiça contemporânea. Tratam-se de breves indicações de Francisco, que retoma uma temática por diversas vezes por ele enfatizada e nos abrem alguns caminhos para uma renovadora reflexão sobre o crime, o castigo e a liberdade, caminhos estes que o texto papal chama de “caminho – mestre a percorrer”. Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva que reveste a teoria da justiça e a aplicação de penalidades pela autoridade judicial de

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

conteúdos e valores, antes morais do que jurídicos, que se encontrariam consagrados na ideia da misericórdia.

A teoria da justiça contemporânea parece defrontar-se com a dificuldade de considerar a virtude da misericórdia, como elemento integral na aplicação da punição com justiça. Essa questão pouco tem sido referida na obra de jurisconsultos, porque é considerada como comportamento moral digno de elogio, mas algo ocasional, que proporciona um bem-estar psíquico naquele que pune, e um alívio físico para o punido. Quais são as condições, no entanto, para o exercício apropriado da misericórdia, qual a medida, em face do caso concreto, da aplicação da misericórdia e quando um juiz deve, ao lado da temperança, da prudência e do bom senso julgar, com misericórdia? Se é que o juiz deva obrigatoriamente ser misericordioso e em que casos. Essas perguntas têm permanecido ignoradas pela teoria da justiça contemporânea, o que se evidencia pela falta de argumentos racionais que expliquem e justifiquem a diminuição ou mesmo a não aplicação da punição para além do sistema legal positivo.

A punição, considerada pelos escolásticos como a necessária privação de um bem pelo indivíduo infrator, por falta de uma reflexão ético-filosofica consistente, vêm sofrendo transformações conceituais, que se caracterizaram pela separação entre o ato punitivo e a culpa. Esta última, conceito que deita as suas raízes no cerne da moralidade, tornou-se desvinculada de sua característica, antes moral do que jurídico-positiva, e passou a ser determinada em função do estabelecido na lei positiva. Nesse sentido, a culpa constituiu-se num conceito estritamente positivo, pelo qual se estabelecem as relações entre um ato classificado como delituoso e a sua previsão legal. Tipifica-se o ato e, em consequência, aplica-se uma pena prevista em lei.

Ocorreu, assim, a perda do conteúdo moral da punição e, em consequência, da justiça, como fundamento das relações sociais. Desde a conhecida definição de punição, dada por Grotius, no século XVII (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis* – mal de paixão, infligido em virtude de uma má ação), a punição encontra-se atribuída ao exercício do poder estatal, o que permitiu a desvinculação da pena, nos séculos seguintes, de qualquer conotação propriamente moral. A justificativa e a execução da punição passou a ser considerada como atribuição da soberania a ser exercida de acordo com a vontade do soberano, nos regimes absolutistas, ou em obediência ao estabelecido na lei positiva no estado de direito.

A diferença entre a punição imposta pela vontade do soberano absoluto e a punição encontrada no estado democrático de direito reside na constatação de que no primeiro regime não se argui a natureza da punição, ao passo que no segundo, ela é antecedida por uma indagação

propriamente ético-filosófica. Esse tipo de indagação é que irá legitimar o sistema punitivo no quadro de um estado democrático de direito. Para que se possa, então, consagrar uma ordem jurídica em que a punição expresse um valor fundante da própria sociedade é necessário que se responda à pergunta: por que punir?

A busca da punição justa encontra-se emaranhada em diferentes níveis valorativos e normativos. Para que se possa superar essas limitações conceituais, alguns poucos filósofos e juristas procuram critérios legitimadores da aplicação da misericórdia na prática judicial, a ser considerada como instrumento que supere o reducionismo do direito positivo. Esses autores partem da constatação de que os contextos em que usualmente se recomenda misericórdia são diversos e variados originam-se dos impasses encontrados na aplicação do direito sem outras considerações além daquelas objetivadas no texto positivo da lei. Assim, sustentam que é mais apropriado, por exemplo, falar-se da misericórdia no julgamento de um homicídio do que em relação a outro, porque homicídios diferenciam-se intrinsecamente, seja pela violência, seja pelas circunstâncias. Encontra-se essa diferença preliminar, quando consideramos o assassinato, resultante da paixão do momento, logicamente diferenciado daquele que foi planejado e perpetrado friamente.

Considerar esses dois tipos de homicídios com igual gravidade e aplicar penalidades idênticas seria uma injustiça. O homicídio premeditado é considerado pior do que o espontâneo em virtude de o criminoso, no primeiro caso, ser mais responsável do que no segundo. E quando a lei não estabelece essa diferença de tratamento, cabe ao juiz decidir a causa praticando a virtude da misericórdia, como critério último na construção de uma solução justa.

No universo jurídico essa virtude poderá se expressar em algumas previsões legais e na prática estará perpassada por valores mais morais do que legais. Torna-se, portanto, relevante, que no exame das relações da misericórdia com a punição e a justiça, consideremos que são palavras com significado semelhante, mas que podem expressar conceitos que se situam em patamares epistemológicos diferenciados.

O perdão, portanto, é uma categoria geral que expressa o ato concreto de esquecer, ou apagar da memória social, uma violação da ordem legal, por meio de institutos jurídicos, o indulto e a anistia. Vale aqui abrir um parêntese: perdoar está ligado a esquecer; mas devemos esquecer tudo? O perdão exige o reconhecimento do mal causado, da culpa, do arrependimento e da intenção de reparação. Podemos esquecer o massacre do Carandiru? O indulto e a anistia são duas faces de uma mesma moeda, pois expressam o perdoar de uma pena imposta, seja na

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

sua forma individual – o indulto-, seja na sua forma coletiva – a anistia. A Constituição brasileira estabelece no seu art. 84, na competência privativa do Presidente da República, conceder indultos e comutar penas, sendo causa extintiva da punibilidade, de acordo com o art. 107, II do Código Penal.

Estabelecidos os parâmetros referenciais do ato de julgar, suas formas institucionais e como pode a virtude da misericórdia contribuir para a justiça, torna-se necessário responder à pergunta basililar que perpassa todos os sistemas jurídico: “por que punir?”. Na cultura jurídica, encontramos dois grupos de teorias que justificam a aplicação da punição: as teorias retributivistas, que consideram o ato definido pela lei como crime e que como tal exige punição, independentemente de suas circunstâncias; e, as teorias utilitaristas que sustentam o princípio de que se deve atentar para as consequências futuras da punição e esta somente justifica-se quando for condição para a manutenção da ordem social, ou, quando, efetivamente, assegura o interesse social. (Rawls, 1969: 107).

Em consequência, avaliar criticamente os diferentes sistemas punitivos pressupõe, antes de tudo, a distinção entre as moralidades, que são necessariamente circunstanciais, contingentes e relativas, e a moral, como conjunto de valores que apontam para uma universalidade do ser humano. (Julien, 2009; 2001). Nessa perspectiva é que se pode situar a natureza dos direitos humanos e constatar em que medida essa categoria de direitos, cerne do estado democrático de direito, e a sua irmã teológica, a misericórdia, (Gearty,2006) têm um papel central na teoria da justiça contemporânea.

O texto pontifício evidencia como se tornou premente no século XXI uma reavaliação etico-filosofica da temática da justiça, que possa responder aos desafios crescentes da violência, da corrupção e da violação sistemática dos direitos humanos. Quando vivemos no Brasil e no mundo um momento em que a prática do crime transforma-se quase em eixo em torno do qual gira toda uma sociedade, as respostas dadas por alguns filósofos, juristas e cientistas sociais têm sido frágeis e inconsistentes. A resposta em diferentes nações e culturas oscila entre um maniqueísmo grotesco, em que a punição converte-se em vingança diante das violações da ordem legal, ou então, a defesa, como sustentam ilustres juristas e cientistas sociais, da violação da lei como o símbolo da libertação do indivíduo das garras do Estado. Ambos argumentos consideram, em última análise, que a ação do Estado e a punição aplicada ao criminoso é má em si mesma.

Em todas essas manifestações filosóficas ou jurídicas o tema da justiça acabou sendo esvaziado do seu sentido. Usada mais como adjetivo qualificativo, especialmente nos meios jurídicos e políticos, a palavra justiça tornou-se uma senha para os bem-pensantes, o que junto com o uso da palavra dignidade humana e direitos humanos, para usar a expressão de Schopenhauer (1965:100), constituem o “shibboleth dos moralistas de cabeça-oca” da contemporaneidade. Trata-se do recurso que justifica e permite que pelo seu uso o autor torne-se considerado na sociedade como probo, íntegro, progressista, comprometido com a justiça social.

Esse esvaziamento do conteúdo moral da ideia de justiça ocorreu no processo de estabelecimento do estado moderno, quando o conceito de justiça foi substituído pela ideia do direito positivo. Essa substituição representou a grande contribuição de Hobbes para a tradição moderna dos direitos individuais, como escreve Costas Douzinas (2009:83). A partir de então, ocorreu uma inversão de enfoque conceitual na filosofia do direito: do conceito de justiça, priorizado pela filosofia antiga, passa-se a privilegiar o conceito de direito como fonte a partir da qual se fará o estabelecimento de uma ordem jurídica e de um governo, supostamente justo.

Nesse ponto nevrálgico, encontra-se a ruptura do pensamento político moderno com o da Antiguidade. Não se determina mais o direito das partes litigantes com uma medida objetiva, mas sim com a ideia do direito subjetivo que passa a constituir o critério básico com o qual se julga o litígio. Douzinas (2009:85), a propósito, enfatiza que a ontologia da Modernidade encontra-se assentada no conceito de natureza humana, contrariamente ao pensamento político aristotélico, para o qual a legitimidade última de uma lei seria extraída da própria natureza. Mais do que simplesmente conhecê-la, domar a natureza e recompô-la de acordo com a conveniência humana será um tópico fundamental da agenda filosófica moderna, sendo o próprio homem a força natural a ser dominada no campo político.

O processo de construção de uma ordem jurídica que procura solucionar os conflitos sociais no quadro da justiça, que se objetiva na punição, necessita, no entanto, que esteja imbuído de valores que se encontrem para além da lei positiva. Nesse momento, é que se impõe a consideração da misericórdia como a manifestação de um valor moral, que irá atribuir ao processo de fazer justiça uma dimensão que supera o direito antigo, estabelecido nas tradições aristocráticas da força, dos laços de sangue, da coragem e da vingança. Qual o tipo de lei, pergunta François Ost, devemos recorrer para solucionar esses ancestrais tipos de ordem jurídica? (Ost, 1999:119).

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

A superação do direito antigo pode ser constatada na cultura helênica e no pensamento filosófico. Na tragédia grega vamos encontrar, principalmente, nas *Eumênides*, o relato do apaziguamento dos ódios e conflitos que marcaram as duas primeiras tragédias da *Oréstia* de Ésquilo, e onde se procurou representar o surgimento, por entre as forças humanas descontroladas de uma hipotética idade das trevas, de um sistema de normas.

O foco da política e do direito moderno não será, entretanto, a ideia do Bem, como queria Platão, ou uma forma de justa medida, como propunha Aristóteles. Hobbes pensará na legitimidade e eficiência das instituições que salvaguardam os direitos individuais e, principalmente, a ordem social. A ordem e o direito somente podem ser mantidos sob a chancela de uma autoridade soberana, única capaz de proporcionar segurança aos membros do Estado.

Em que medida, no entanto, a misericórdia pode inserir-se na relação entre a punição e a justiça, enquanto a primeira situa-se no terreno da espiritualidade e a punição é o instrumento de sua realização no terreno “prático-prático” da ordem política e da justiça? Em outras palavras, terá a misericórdia um papel determinante na qualificação da justiça, elevando-a a uma categoria moral superior a simples e primitiva vingança? E não será para isto necessário considerarmos a misericórdia como condição para a realização de uma punição justa?

Antes de mais nada é necessário chamar a atenção para o fato de que quando se fala em misericórdia não estamos falando de uma manifestação frágil e débil da pessoa, mas algo que, e esta parece ser a tese que perpassa o pensamento de Francisco, deita as suas raízes na ordem divina e repercute diretamente no fortalecimento dos laços sociais.

Na tradição filosófica, diferentes autores debruçaram-se sobre o tema das relações entre a misericórdia e a justiça. Para Platão (*Apologia*, 34c), a misericórdia, ou nas suas palavras, a compaixão pelo acusado, impediria o juiz de proferir uma sentença justa. Aristóteles sustenta o contrário, sendo o primeiro autor a definir a misericórdia. Na *Retórica*, (1385b), mostra como a misericórdia nasce da experiência do sofrimento por outra pessoa, que de alguma forma nos afeta em virtude de nós mesmos podermos padecer deste mesmo mal. Como escreve Kasper, Aristóteles ao mostrar o destino do herói na tragédia grega suscita em nós “compaixão (*éleos*) e medo (*phóbos*), levando assim á purificação interior (*ká-tarsis*) do espectador”.(Kasper, 2015:37),

O tema da misericórdia, no entanto, não fica restrito ao espaço da tradição judaico-cristã, mas, como descortina o estudo na contemporaneidade de civilizações arcaicas, constituiu-se em patamar valorativo co-

numa a diferentes épocas e culturas. Não se trata de uma criação da cultura do Ocidente, mas de um critério moral que perpassa culturas e sistemas jurídicos os mais diferenciados. Na China Imperial, no século IV a.C., podemos encontrar o mesmo tipo de indagação, feita na mesma época, pelos filósofos gregos, a respeito da fundamentação moral das instituições humanas. Assim, Mencius, filósofo chinês do século IV a.C. nos textos reunidos sob o título de *Mencius* (2003), mostram essa identificação entre o tema da justiça e sua necessária justificativa moral. Por sua importância, Mencius foi depois de Confúcio o mais importante e influente pensador chinês, que contribuiu na sociedade de sua época para responder às mesmas perguntas basilares que se faziam os filósofos helênicos.

Sobre a natureza da misericórdia, Mencius vincula-a ao que chama das quatro incipientes “tendências do coração” humano (*Mencius*, 2003:II. A. 6 e VI. A. 6): “o coração da misericórdia”, que é o germe da benevolência; “o coração da vergonha”, que é o germe do dever; “o coração da cortesia e da modéstia”, que é o germe da observância das normas sociais; “o coração do certo e do errado”, que é o germe da sabedoria. (Mencius, II. A.6) O “coração da misericórdia” faz com que consideremos o sofrimento alheio como insuportável, sendo o mais forte motivo para que o homem aja moralmente.

A ação moral irá manifestar-se, assim, de duas formas: em primeiro momento, no exercício da benevolência e, em segundo, pela tendência do coração humano de escolher entre o certo e o errado. O coração do certo e do errado tem um duplo significado para Mencius: primeiro, refere-se à aprovação do certo e do errado pelo coração humano. Esse processo vem embestado pela percepção de que quando falhamos em fazer o que é certo, não deixamos de considerar que podemos desaproveitar a nossa decisão, que vem acompanhada de um sentimento de vergonha. É necessário assinalar, como enfatizamos mais autorizados intérpretes do pensamento de Mencius, que na sua obra o homem não é considerado bom em si mesmo, mas sim que tem o germe da moralidade em si mesmo (Lau,2004:XIX). O que aponta para considerar-se a ação moral como uma manifestação da autonomia e da liberdade do homem, o que irá permitir a responsabilização por seus atos. A ideia central da compreensão do ser humano, como agente moral, aquele que tem liberdade, autonomia e, portanto, suscetível de ser responsabilizado, estabelece os limites dos critérios últimos da pena e do castigo, a serem aplicados em cada caso.

A mesma linha de raciocínio encontra-se em Aristóteles, quando trata da questão da equidade, como uma forma superior de justiça, ao reconhecer que a aplicação pura e simples da lei não garante a aplicação de uma pena justa (*Ética a Nicomaco*, V, 14, b15-35). Precisamente, por

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

ser a equidade a aplicação da lei aos casos não previstos, torna-se importante o recurso a valores e critérios acima do sistema positivo de leis. Mas Aristóteles não nos diz qual o agente poderá qualificar a sua proposta e não fornece matéria argumentativa substantiva que sustente a solução desse tipo de problema. Isto vai acontecer no pensamento medieval e moderno, principalmente como consequência da influência do cristianismo e sua ideia central de pessoa humana.

Assim, Tomas de Aquino ao tratar da justiça escreve que no sistema jurídico pode haver o que ele chamou de “um relaxamento” da justiça através de uma certa forma de doação. Deus agiria como misericordioso, quando ultrapassasse a própria justiça. Considera, então, que “a misericórdia não suprime a justiça, mas é, de certa maneira a plenitude da justiça. É o que se diz na Carta de Tiago: “A misericórdia exalta o julgamento acima dele próprio” (*Suma Teológica*, q. 21, art.III). Vemos, então, como o ato misericordioso não se reveste de fragilidade ou aceitação da violação, mas se constitui como uma etapa necessária na aplicação da punição, irá se expressar na qualificação moral do julgamento.

As situações traumáticas que o século passado reservou para número significativo de populações, quando se perpetraram atos de violência e destruição, jamais imaginadas pela mente humana, aparecem como pesadelos de diferentes formas. Na vida pessoal e na imaginação pública de comunidades afetadas por atos degradantes da condição humana, o passado retorna de forma ameaçadora e angustiante, mesmo para aqueles que não viveram experiências e tempos sombrios. Parece, no entanto, que se torna imperioso retomar o tempo passado e ajustar aquilo que nos parece descontrolado, como se pela ação de hoje pudéssemos consertar os crimes e loucuras de ontem. Neste contexto, é que se insere a questão do esquecimento e do perdão, o que nos permite dimensionar a verdadeira medida da misericórdia no ato de julgar e punir. Como escreve François Ost, o esquecimento encontra-se antes do direito e o perdão acha-se para além do direito; existe mesmo um cinismo no esquecimento, enquanto que no perdão, ao contrário, manifesta-se um excesso do sublime e mesmo da graça. (OST, 1999:136).

Como então podemos determinar em que medida a misericórdia constituiu-se num referencial legitimador da aplicação da punição, que se expressa juridicamente na forma do perdão no quadro de uma ordem jurídica justa? Para tanto, podemos nos socorrer da lição de Paul Ricœur (1995), que desenvolve uma lógica antropológica rigorosa e permite assim explicar as relações íntimas entre a misericórdia, a punição e a justiça.

Para a compreensão do papel da misericórdia na aplicação da punição, como condição mesma de assegurar a justiça, podemos, inicial-

mente, recuperar o entendimento de Paul Ricœur sobre as funções do ato de julgar (1995). Ricœur sustenta que o ato fundamental, que evidencia o estabelecimento da justiça numa sociedade, ocorre quando se retira dos indivíduos o direito e o poder de fazer justiça por suas próprias mãos (1995:190). A institucionalização da punição, que passa a ser atribuída e exercida pela autoridade pública, resulta de um processo que Ricœur considera o cerne do ato de julgar no estado de direito. Assim, acentua Ricœur(1995:195), estabelece-se uma justa distância entre a cólera privada e pública, e a punição imposta pelo poder judiciário. Ao institucionalizar a busca da justiça, através da punição, Ricœur considera que podemos considerar quatro aspectos neste processo de superação da justiça primitiva, a justiça do dente por dente, olho por olho. Essa institucionalização implica na consideração de que a justiça será resultado de uma triangulação do contencioso humano. Para tanto, o processo judicial irá pressupor três agentes: o “eu”, autor da demanda; o “outro” objeto da demanda; e um “ele” que se explicita na instância do juiz, que chama as partes a verbalizar as suas pretensões.

Uma segunda distinção, escreve Ricœur, refere-se à finalidade do ato de julgar, que teria uma finalidade a curto prazo e outra a longo prazo. A primeira afirma que o ato de julgar significa decidir com vistas a colocar um termo na incerteza, encontrada numa relação humana; mas não basta esta solução, uma segunda distinção, faz com que o sistema jurídico seja qualificado como estado de direito, que estabelece uma dupla escala de crimes e sanções, segundo uma regra de proporcionalidade, que permite estabelecer com a maior precisão possível o ato delituoso numa escala de infrações, o que nos remete ou projeta a contribuição do julgamento à paz pública (Ricœur, 1995:185-195).

O terceiro momento, na expressão de Ricœur (1995: 196) constituiu-se “no componente essencial que fornece à estrutura inteira o seu título, a saber o *debate*”. A função do debate consiste em conduzir a causa em pauta de um estado de incerteza ao estado de certeza, a ser estabelecido através do processo oral e contraditório entre atores participantes o autor, o acusado e o juiz.

O quarto componente da estrutura do processo é a sentença, quando se estabelece legalmente a culpabilidade. Nesse momento, o acusado torna-se culpado, muda o seu estatuto jurídico, mudança resultante “da única virtude performativa da palavra que *diz* o direito[...] e que produz múltiplos efeitos: põe fim a uma incerteza; ela estabelece para as partes do processo a justa distância entre vingança e justiça; enfim – e talvez sobretudo – ela reconhece como atores aqueles mesmos que cometeram o delito e que vão sofrer a pena” (Ricœur, 1995: 197). Neste senti-

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

do, o julgamento representa a aceitação por ambas as partes de que a sentença não é um ato de violência, de vingança, mas o reconhecimento de direitos respectivos, entre iguais.

Quatro momentos, portanto, irão diferenciar a justiça da vingança: o primeiro momento caracterizou-se pelo exercício da vingança como instrumento de acerto de contas interindividual; o segundo, quando se estabeleceu o papel do poder público na aplicação da sanção punitiva aplicada ao infrator pelo poder público, momento em que a manifestação individual é substituída pela manifestação de uma vontade coletiva; o terceiro momento, por sua vez, irá caracterizar a justiça como o caminho para o restabelecimento da capacidade cívica ou jurídica perdida; e o quarto momento a consagração da sentença como “a suspensão da vingança” (Ricœur, 1965:197). A punição deixa de ser uma vingança pessoal ou uma manifestação institucional e ganha legitimidade na medida em que a lei é aplicada com a pretensão de reinserir o infrator na sociedade.

O sistema jurídico do estado democrático de direito pressupõe essa radical diferenciação entre vingança pessoal e justiça institucional, estabelecida pela penalização estatal. Em outras palavras, no âmbito maior da misericórdia irá encontrar-se a junção entre a necessidade da punição do infrator com o papel restaurador da justiça. Como sustenta Delmas-Marty (1994), o processo e a sentença irão restituir uma capacidade humana fundamental, a de que a pessoa é detentora de direitos cívicos e jurídicos fundamentais. A consideração desses direitos, no entanto, não pode ficar restrita ao texto da lei positiva, mas deve ser qualificada pela ótica moral da misericórdia, que significa aceitar o outro como si mesmo, dotado de uma dignidade própria, a dignidade de todo o ser humano.

Existe uma relação tensionada entre a ideia de perdão, fruto da misericórdia, e as diversas formas jurídicas da sanção, da reabilitação, da graça e da anistia, isto porque o perdão não nasce na ordem jurídica, não se acha restrito ao direito positivo, pois, como escreveu Tomás de Aquino, é uma forma superior de justiça. Ricœur argumenta que o perdão escapa do direito, tanto por sua lógica como por sua finalidade. Nele encontramos uma lógica própria que se opõe à lógica da equivalência própria da justiça. Somente a vítima poderá exercê-lo, pois ele se sobrepõe à ordem jurídica e mostra como a justiça é humana e não pode ser erigida como um julgamento dogmático-positivo final. A misericórdia e através da sua manifestação jurídica, o perdão, participam do processo judicial, que visa a realização do que Aristóteles chamou de equidade. Uma justiça superior que se diferencia e descola da ordem jurídica positiva para atender a valores morais que a credencia e legitima.

A ordem jurídica no estado democrático de direito tem, assim, um papel peculiar, pois nasce das circunstâncias em que surgiu a sociedade humana, quando o homem encontrava-se preso em relações de força. Essas relações, que teve na vingança a sua primitiva manifestação, são progressivamente rompidas ou institucionalizadas pelo advento do direito e, principalmente, dos direitos humanos, pois a ordem jurídica irá limitar com a força a própria força, que quando não se acha limitada estabelece o reino do terror e da violência. Nesse momento é que se torna possível, mesmo para aquele que foi punido ou reconheceu a sua culpa, admitir a validade e a legitimidade do direito.

A misericórdia surge, então, como limitadora dos efeitos do direito puro e da força destruidora. Isto resulta de um certo sentimento humano, que permite perceber uma verdade mais alta do que a lógica rígida das causas e efeitos, tanto no plano do direito, como no das relações sociais. Podemos, assim, considerar as relações do direito com a misericórdia em função do papel primordial da ordem jurídica, que é a de restabelecer a igualdade rompida e para isto aplicando a punição. A forma de restabelecer a igualdade, rompida pela violação da ordem jurídica, não se restringe ao âmbito da aplicação da punição legalmente prevista, mas sim torna-se possível na medida em que o sopro da misericórdia possa contribuir para tornar o direito mais humano e justo.

No livro de Karl Jaspers, sobre a culpa alemã na Segunda Guerra Mundial, encontramos dois tipos de consideração a respeito da aplicação da justiça, que permitem explicar em que medida o sistema legal termina por não realizar a justiça plena. Isto porque toda a legislação humana, quando aplicada, na obediência rígida do direito posto, encontra-se carregada de imperfeições e injustiça. Ainda que possa empregar a força ao punir o vencido, o vencedor usa a clemência, seja por sentido prático, porque os vencidos podem lhes ser úteis, seja por magnanimidade, porque ao deixar livres os vencidos, exalta o sentimento que tem do seu poder e de sua moderação; ou então, porque em consciência, ele se submete às exigências de um direito natural válido para todos os homens, de acordo com o qual o vencido na guerra ou o criminoso não pode ser privado dos seus direitos. (JASPERS,1948). Apesar do direito, a misericórdia tende a abrir o espaço de uma justiça não legalizada.

O papel da misericórdia, que não se encontra, e nem pode definir-se, no texto positivo da lei, caracteriza-se porque quando é aplicada serve também como parte da punição, quando a lei “é muito inflexível e pouco sofisticada” (Smart, 1969:217). Por essa razão, pode-se afirmar que o juiz ao aplicar o rigor da lei e não se inspira na misericórdia, não está sendo justo, mas injusto. Mas em que medida o juiz pode e deve ser mise-

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

ricordioso para assegurar uma punição justa, tendo em vista os ditames da ordem jurídica? Em que consiste a verdadeira misericórdia nos casos judiciais?

Ao se falar em misericórdia deve-se ter presente que quando julgamos sob a prisma da misericórdia não punimos de acordo com o que é justo penalmente, mas sim considerando que se torna preferível evitar o sofrimento infligido pela pena, quando justificado moralmente. Para construirmos essa racionalidade inerente no processo de julgar é importante acentuar a diferença entre “perdoar” e julgar com misericórdia. Quando perdoamos consideramos que a ofensa ou a violação não tem importância, quase como se não tivesse existido. No entanto, quando a misericórdia participa do ato de julgar, reconhece-se que houve uma violação grave da ordem legal e que uma punição apropriada e justa deve ser utilizada para a correção do desequilíbrio provocado pela violação. Como escreve Smart (1969: 218), apesar dessas considerações de caráter geral, nos casos de reais atos de misericórdia, em que a misericórdia traz um bem em si mesma, torna-se bastante claro que não se justifica em todos os casos e que em alguns seria mesmo imoral.

Pode a misericórdia ser imoral? Tome-se o caso de um estupro recorrente, cuja pena poderia ser leve ou mesmo condenado à detenção. Julgar neste caso, observando o critério da misericórdia ao aplicar a pena prevista em lei, seria justo ou cometeríamos uma injustiça em relação às vítimas? Duas razões apontam para que se considere este ato de julgar imoral: em primeiro lugar, porque daria ao estupro uma impressão de que o seu crime não foi, afinal de contas, tão grave; em segundo lugar, sendo a punição diminuída, a decisão colocaria em risco toda a comunidade. Em outras palavras, não se pode ser misericordioso à custa dos outros, pois isto constituiria uma negação do principal motivo da misericórdia, ou seja, evitar o sofrimento. A misericórdia torna-se injustificada se ela provoca sofrimento em outra pessoa, quando prejudicial ao bem estar social, viola a autoridade da lei ou quando é claro que o ofensor não se arrependeu.

Outra dificuldade no caso da aplicação da misericórdia encontra-se na busca da justiça em crimes equivalentes. Assim, por exemplo, considere-se o caso Eichmann, julgado e condenado à morte em Israel e o de outro funcionário nazista que responde a crimes com a mesma gravidade em Frankfurt. A justiça pressupõe a mesma pena para ambos e não a condenação à morte de Eichmann e a aplicação da pena de quinze anos de prisão na Alemanha. A questão central encontra-se na constatação de que “não interessa a maldade dos homens e quanto foi terrível o crime, parece que não se pode discriminar um do outro.” (Smart, 1969:220).

Considerando-se os exemplos onde a misericórdia é justificada na aplicação da pena, verificamos que esses casos podem ser muito reduzidos. Na maioria dos casos em que um sentimento moral nos leva a considerar a misericórdia como elemento necessário para a aplicação de uma pena justa, ocorre não porque o criminoso merece, mas porque torna-se necessário se pretendemos atender exigências que outros deveres sociais se impõem. Isto acontece quando o sofrimento de uma pessoa inocente encontra-se indiretamente envolvida na aplicação da pena. Impõe-se ao julgador considerar as exigências da inflexibilidade da lei e como ela pode ser corrigida pela misericórdia, que é empregada como uma justiça moral.

Esses questionamentos provocam, como vimos acima, duas categorias de respostas nas teorias da pena no que se refere às relações entre a misericórdia e a punição. O primeiro grupo de teoria é formado pelas teorias utilitaristas; o segundo pelas teorias retributivistas. Algumas considerações na aplicação da misericórdia, permitem a diferenciação entre os dois tipos de justificativa da penalização e evidenciam as dificuldades em sua aplicação prática.

Para que se possa examinar essas duas justificativas teóricas da pena, e como a misericórdia teria um papel nesse contexto, tomemos um exemplo para que se considere como as duas teorias do direito responderiam. Suponhamos que há trinta anos Ivan roubou da firma de Carlos, onde trabalhava, uma grande soma de dinheiro. Carlos pouco tempo depois morre sem ter conhecimento do roubo. Ivan com dor de consciência enviou a quantia roubada para a polícia, explicando as circunstâncias do roubo, mas não se identificando. A sua vida depois do roubo e do arrependimento transcorreu normalmente, até que, trinta anos depois, Ivan foi identificado como o ladrão e processado. O juiz decidiu julgar, considerando a evidência do comportamento do acusado e o significado moral da passagem do tempo, e decidiu registrar o fato nos documentos de Ivan.

Qual seria a posição do utilitarista diante do caso? O juiz ignorou a acusação, ainda que reconhecesse ter Ivan merecido uma condenação, como determinava a pura interpretação do texto legal. O utilitarista teria então duas razões para justificar a decisão. A primeira, a de que a decisão final seria uma recompensa pelo comportamento redimido de Ivan durante trinta anos; a segunda, a de que é mais branda a decisão porque evita sofrimento e somente uma pessoa insensível não aceitaria este argumento, tendo em vista o comportamento exemplar do acusado. A posição utilitarista traz consigo, entretanto, uma peculiar ideia de misericórdia. Se a punição, a de condenar de acordo com a pena legal, não tem um propósito, então a questão de penalizar não tem nenhuma importân-

cia e, em consequência, não cabe considerar a misericórdia como elemento a ser considerado no ato de julgar. Como escreve Smart (1969:224), o utilitarista não tem escolha, pois deve recomendar uma ação que produz o maior bem, e se isto significa impor uma certa pena, ele não pode decidir pautado na misericórdia, penalizar menos do que se encontra previsto no texto legal.

A ideia de misericórdia somente ganha algum sentido na percepção retributiva da punição. O retributivismo sustenta que um crime implica em determinada punição, mas que existem outros tipos de consideração moral que permitem ou impelem a julgar com misericórdia. Essa possibilidade origina-se na perspectiva multi-princípiosológica do retributivismo, que considera o crime como intrinsecamente mal e como tal exige uma reparação. O argumento central do retributivismo reside na afirmação de que temos o dever de evitar o sofrimento desnecessário, mas a punição merecida não pode ser considerada um sofrimento desnecessário.

No caso do Ivan, que se mostrou durante a vida um cidadão probo e honesto e que o seu crime pode ser esquecido, o retributivismo sustenta que a recuperação não é razão suficiente para ignorar o ato. Um crime é um crime e, portanto, merece punição. O que a passagem do tempo modifica a visão retributivista e a torna mais consequente do que a utilitarista é o fato de que o criminoso arrependeu-se de fato e, portanto, seria injusto puni-lo porque na verdade ele se tornou uma outra pessoa, diferente do que era na época do crime. Parece então claro que o tempo não é por si mesmo fundamento para a clemência. Uma mudança significativa de identidade certamente justificaria. (Smart, 1969:227).

Mas esta mudança não justificaria o emprego de uma medida de clemência, isto porque o real criminoso não mais existe, pois transformou-se em outra pessoa e não teríamos a quem atribuir o ato de misericórdia. Da mesma modo, que não cabe ser misericordioso com quem não pode ser responsabilizado por seu crime, por exemplo, uma pessoa que não tinha conhecimento do que estava fazendo ou não conseguiu se conter. Podemos, assim, considerar que o ato de misericórdia ou clemência aplica-se somente nos casos em que, no âmbito jurídico, ocorre um conflito entre a culpa legal e a culpa moral.

Consideram-se, então, duas perspectivas na análise da ideia de misericórdia ou clemência. O exercício da misericórdia é um ato simples que procura evitar, em função de critérios e valores que se encontram fora da ordem jurídica, uma punição dura que o sistema legal impõe ao criminoso. Em outras palavras, a misericórdia permite que se evite no final das contas a injustiça.

Restam alguma perguntas que, por sua radicalidade, permitem situar a misericórdia no quadro da punição e da justiça. Pode-se perdoar um pedófilo? Um cleptomaníaco? Um *serial killer*? Perdoar não é esquecer como quer a lei positiva, mas deixar gravado na memória o ato criminoso, que foi punido *cum grano salis*, com parcimônia, prudência, consideração para com o outro. Trata-se sim de buscar a justiça, a virtude do meio entre o ato justo e o injusto, de punir considerando precisamente outros valores que não os estritamente consagrados no texto da lei positiva. A misericórdia depende dessa vinculação de valores – respeito à pessoa – às condições individuais do infrator, o que não significa qualquer leniência ou ignorância da necessidade de aplicação da lei.

A outra perspectiva considera a misericórdia como um ato de benevolência reduzindo ou excluindo a punição, que decide impor uma punição menor do que a merecida. Procuramos, assim, responder à provocação de Francisco: quando se justifica a misericórdia e a clemência? A misericórdia como virtude e, portanto, motor do perdão, do indulto e da anistia permite que tenhamos uma leitura mais sofisticada do texto da lei. Isso porque ao aplica-la, obedecemos às exigências de outras obrigações, além das propriamente legais. Podemos então concluir que o tema da misericórdia e da clemência se constitui no núcleo da reflexão ético-filosófica e a teoria do direito, pois nele convergem as perenes indagações sobre as relações da moral e do direito, do justo e do injusto, da punição e dos seus limites.

Referências

- ARISTÓTELES. *Éthique à Nicomaque*. Trad. J. Tricot. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1990.
- COSTAS DOUZINAS. *O Fim dos Direitos Humanos*. Trad. Luzia Araujo. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un droit commun*. Paris: Seuil, 1994.
- GEARTY, Conor. *Can Human Rights Survive?* Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- GROTIUS, Hugo. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* (cap. XVII, l. 1). Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Réus, 1925.
- JASPERS, Karl. *La Culpabilité allemande*. Paris: Éditions de Minuit, 1948.
- JULIEN, François. *Fundar a moral. Diálogo de Mêncio com um filósofo das Luzes*. Trad. Maria das Graças de Souza. São Paulo: Discurso Editorial, 2001.
- _____. *O diálogo entre as culturas. Do universal ao multiculturalismo*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad., introd. e notas de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial e Editora Barcarolla, 2009.
- KASPER, Walter. *A Misericórdia, condição fundamental do evangelho e chave da vida cristã*. São Paulo: Edições Loyola, 2015.
- LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1962.
- LAU, D. C. *Introduction Mencius*. London: Penguin Books, 2004.
- LEVINAS, Emmanuel. *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*. Paris: Le livre de poche, 1991.
- MENCIUS. *Mencius*. Trad. D. C. Lau. London: Penguin Books, 2004.
- OST, François. *Le Temps du Droit*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1999.
- RAWLS, John. "Two concepts of rules", in *The Philosophy of Punishment, A Collection of Papers edited by H B ACTON*. London: Macmillan and Co, 1969.
- RICŒUR, Paul. *Le juste*. Paris: Editions Esprit, 1995.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *On the Basis of Morality*. Indianapolis: Hackett, 1966.
- SMART, A. "Mercy" in *The Philosophy of Punishment, A Collection of Papers edited by H B ACTON*. London: Macmillan and Co, 1969.
- AQUINO, Tomas de. *Suma Teológica*. Trad. Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

CRIMINOLOGIA CULTURAL: algumas proposições

Álvaro Filipe Oxley da Rocha*

Sumário: Introdução. 1 Criminologia Cultural: as origens. 2 Algumas proposições em Criminologia Cultural. Conclusão. Referências.

Introdução

A Criminologia Cultural busca colocar o crime em seu contexto cultural, o que implica em ver tanto o crime como as organizações de controle como produtos culturais, os quais devem ser lidos a partir dos significados que carregam. Além disso, a Criminologia Cultural procura aclarar a dinâmica entre dois elementos-chave nessa relação: a ascensão e o declínio desses produtos culturais. O que se busca é focar a contínua geração de significados que surgem: regras são criadas ou quebradas, em uma constante interação entre iniciativas moralizantes, inovação moral e transgressão. Em razão da complexidade desse foco, a Criminologia Cultural é essencialmente interdisciplinar, e se utiliza de uma grande variedade de ferramentas de análise, que se inicia com uma interface direta, não apenas com a Criminologia, a Sociologia e o Direito Penal, mas com perspectivas e metodologias advindas dos estudos culturais, midiáticos e urbanos, filosofia, teoria crítica pós-moderna, geografia humana e cultural, antropologia, estudos dos movimentos sociais, e abordagens de pesquisa ativa.

Entretanto, no sentido destacado por Hayward (2007, p.102), é bastante grande o complexo de inter-relações e homologias que ligam crime e cultura, as quais têm sido, ao longo dos anos, uma grande fonte de inspiração para os criminologistas. Entretanto, apesar de esse complexo haver possibilitado a existência de alguns dos trabalhos fundamentais da Criminologia¹, a trajetória do chamado “foco cultural”, nessa disciplina, tem passado por fases alternadas de interesse e de esmorecimento, por parte de seus estudiosos. O que resulta dessa dinâmica é que, hoje, aproximar-se desse conhecimento significa tomar ciência de uma disciplina na qual se cruzam e competem muitos paradigmas teóricos e ideológicos. Isso se torna ainda mais perceptível no que concerne à

* Professor no PPGCCRIM da Faculdade de Direito da PUC-RS, Pós-doc em Criminologia na Kent University, UK.

¹ Destaca-se como exemplo, nesse sentido, a obra sociológica clássica de Émile Durkheim.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

relação entre crime e cultura. Há pouco mais de uma década, porém, iniciou-se uma retomada da tradição cultural, com o surgimento de um fluxo mais consistente de trabalhos, que gravitam em torno de um movimento intelectual conhecido como Criminologia Cultural², no qual se destacam os trabalhos de Ferrell e Sanders (1995); Ferrell (1999); Banks (2000); Presdee (2000); Hayward e Young (2004); Ferrell et all. (2004), além de outros autores, que embora não se intitulem criminologistas culturais, muito têm colaborado nesse sentido, pelo que serão referidos ou citados, oportunamente.

Nas palavras de Hayward (2007, p. 103), “a responsabilidade da criminologia cultural é manter ‘girando o caleidoscópio’ sobre as maneiras pelas quais pensamos sobre o crime, e mais importante, sobre as respostas jurídicas e sociais à quebra de regras”. Deve-se destacar ainda que, apesar dos avanços já produzidos no desenvolvimento do pensamento criminológico (ou “imaginação criminológica”), a Criminologia Cultural está trabalhando para estabelecer mais firmemente suas trajetórias e métodos. Contraditoriamente, essa busca pode ser seu ponto fraco, mas também pode ser seu ponto mais forte, dado que a mesma procura ser menos um paradigma definitivo, e mais uma matriz de perspectivas sobre o crime e o controle da criminalidade (FERRELL, 1996, p. 396), o que evita a centralização e a limitação das propostas conhecidas.

1 Criminologia Cultural: as origens

Em seus primeiros desenvolvimentos, nos Estados Unidos, a Criminologia Cultural se apresentava mais como uma referência operacional de pesquisa, ligada aos estudos de imagem, significados e interações entre crime e controle, especialmente voltada para as estruturas sociais emuladas, e às dinâmicas de experiência relacionadas às subculturas ilícitas, à criminalização simbólica das formas culturais populares, a construção mediadas do crime e dos temas ligados ao seu controle, além das emoções incorporadas à coletividade, as quais moldam o significado do crime. A Criminologia Cultural, entretanto, ganhou força no Reino Unido, onde se procurou introduzir uma estrutura mais consistente em sua base teórica (O’BRIEN, 2005, p.605). O nome “Criminologia Cultural”, em acordo com O’Brien e Yar (2008) pode ser visto como uma designação para um determinado número de interesses criminológicos, situados na confluência entre “crime” e “cultura”, tomados em seu sentido mais difundido.

² “Cultural Criminology”, em inglês (Nota de Tradução).

Sobre as relações entre crime e cultura, Ferrell (2007, p. 139) estabelece alguns parâmetros, afirmando que nas sociedades contemporâneas a intersecção entre atos criminosos e dinâmica cultural está inserida na vida diária, e que muitas das formas do crime emergem de subculturas, moldadas por convenções sociais de significado, simbolismo e estilo. Essas subculturas, então, devolvem intensamente ao grupo social experiências coletivas e emoções que definem as identidades de seus membros e reforçam o “status” social marginalizado dos mesmos. Destaca que, ao mesmo tempo, aqueles que se encarregam de empreendimentos culturais, como música popular, fotografia artística, filmes e programas de televisão, com frequência são acusados de promover comportamento infracional ou mesmo criminoso, e comumente enfrentam denúncias e inquéritos policiais, além de processos, em nome da moralidade coletiva. Hoje todos esses fenômenos, desde identidades criminosas, controvérsias populares, campanhas para o controle de crimes, experiências de vitimização, são casa vez mais oferecidas e exibidas para o consumo público. Além disso, segundo o autor, todos esses fenômenos ganham forma dentro de um grande universo de mediação, no qual subculturas criminosas se apropriam das imagens populares, e criam suas próprias formas de comunicação mediada; líderes políticos iniciam campanhas públicas de criminalização e pânico sobre o crime e os criminosos, e os cidadãos tem consumido o crime diariamente, como notícias e entretenimento. Em razão disso, afirma Ferrell, os criminologistas, hoje, entendem que uma consciência crítica da dinâmica cultural das sociedades modernas é necessária, se quisermos entender até mesmo algumas das dimensões mais fundamentais dos fenômenos do crime e do controle da criminalidade³.

A Criminologia Cultural foi inicialmente desenvolvida por Jeff Ferrell e Clinton Sanders (1995). Essa abordagem pode ser, entretanto, rastreada no passado, até escolas sociológicas e criminológicas bem anteriores. O próprio Ferrell refere a “nova criminologia” dos anos setenta (TAYLOR, 1973) e, em particular, a Escola de Estudos Culturais de Birmingham (HALL, 1978). Os mesmos antecedentes são também referidos por outros autores, como Presdee (2000), o qual também desenvolve aspectos relacionados aos clássicos da Sociologia, em especial os trabalhos de Karl Marx, Émile Durkheim, Talcott Parsons e Robert Merton. Ao mesmo tempo, Hayward e Young (2004) avançam no que se refere à antropologia social e a sociologia urbana de Jonathan Raban e Michel de

³ Optamos por não ocupar o reduzido espaço de um artigo para expor as definições e controvérsias em torno das definições de crime e cultura, o que implicaria em longas incursões laterais em Sociologia, Filosofia e Direito Penal.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

Certeau. Esses desenvolvimentos, e em especial as referências aos precursores intelectuais, convenceram Ferrell (1996, p.396) a sugerir que a criminologia cultural “é menos um paradigma definitivo do que uma matriz emergente de perspectivas”, preocupadas com representações, imagens e significados do crime.

É importante notar que muitos criminologistas atuais pesquisam as relações entre dimensões de cultura e crime, mas sem se considerar criminologistas culturais. Esse dado não facilita a tarefa de produzir uma definição de criminologia cultural. Entretanto, pode-se citar Rafter (2000), que tem pesquisado o crime apresentado nos filmes de Hollywood, e também McLaughlin (2005), que esboçou as construções populares do típico policial inglês, o “bobby”, na Inglaterra do pós-guerra, enquanto Winlow e Hall (2006) investigaram cuidadosamente a cultura da violência na chamada “economia noturna”. Todos esses trabalhos e autores levam muito a sério a noção de cultura na pesquisa do crime e do controle da criminalidade, embora nenhum deles se intitule abertamente como criminologistas culturais. Além disso, algumas abordagens criminológicas, que se afirmam lançar luz sobre o crime e o controle da criminalidade, como as teorias das atividades de rotina (COHEN, 1979) e a teoria do controle, são abertamente rejeitadas pelos criminologistas culturais.

O que se busca destacar, até aqui, é que as características de preocupação ou compromisso com a análise das relações entre crime e cultura não são suficientes para uma definição satisfatória de criminologia cultural, visto que seu objetivo, na realidade, não se insere em nenhuma tradição, e se define, no mais das vezes, mais pelo que combate do que por aquilo que apoia. Os seus adeptos rejeitam, particularmente, a criminologia administrativa, a prevenção situacional do crime e a teoria da escolha racional. Destaca-se Presdee (2000, p. 276) que acusa a criminologia administrativa de ser apenas uma “fábrica de dados”, que nada mais faz do que produzir estatísticas que são “demandadas e devoradas” por seus chefes políticos. Hayward e Young (2004, p. 262) afirmam que tal criminologia desenvolve “teorias doentes e análises retrógradas, geralmente seguidas de resultados inconclusivos”. Deve-se destacar que muito dessas hostilidades e críticas sobre escolas e teorias conhecidas indica que a Criminologia Cultural parece se posicionar mais como uma abordagem política do que analítica ao entendimento do crime e do controle da criminalidade. Basta citar Ferrell et al. (2004, p. 296), onde o mesmo afirma que o ataque da Criminologia Cultural contra a “chatice”⁴ da criminologia “empírico-abstrata”, deriva mais da “política de seus métodos e teorias”, do que de seu objeto em si mesmo.

⁴ *Boredom*, no original (NT).

Para fins de localização temporal, mas também como um bom exemplo da proposta da Criminologia Cultural, destaca-se a obra “Crimes of Style”⁵, de Jeff Ferrell (1996), na qual o autor relata sua experiência entre os grafiteiros de Denver, Colorado (USA), movimento no qual o pesquisador se inseriu, especialmente entre o grupo de grafiteiros conhecidos como “Syndicate”. A obra aponta algumas das fontes culturais do estilo “hip-hop” de grafite, as conexões e distinções entre grafite e a arte “oficial” e a de vanguarda. Descreve as reações das autoridades e da mídia locais ao grafite, e conclui com uma análise política do grafite como forma de resistência sub-cultural, um contraponto de estilo às imposições de autoridade, uma ação irreverente contra a inércia do conformismo, e uma fuga dos canais convencionais de autoridade e controle. Desse modo, os grafiteiros não são apresentados como vândalos, antissociais ou inconvenientes, e sim como indivíduos de estilo criativo, os quais aceitam se arriscar a sofrer sanções legais, a fim de expressar sua individualidade artística. Ferrell afirma que o sentido do grafite é menos depredar a paisagem urbana ou marcar território, com seus símbolos coloridos, e muito mais uma busca subcultural pela “adrenalina da criação ilícita”, um desafio e uma celebração da imensa ilegalidade do ato de escrever, no sentido da transgressividade presente nessa ação. Essa última referência destaca uma das principais características da Criminologia Cultural: um forte interesse pelo primeiro plano, ou pelo momento “experencial” do crime; nesse sentido, a criminologia Cultural se preocupa com o “sentido localizado da atividade criminosa” (FENWICK, 2004, p. 385), ou com os “quadros interpretativos, lógicas, imagens e sentidos através dos quais e nos quais o crime é apreendido e realizado (KANE, 2004, p. 303). O interesse no “sentido localizado”, e nos “quadros interpretativos” pode ser referido à obra de Jack Katz, “Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil” (1988)⁶. Nessa obra, o autor estabelece uma distinção entre o que chama de “emoções morais” (humilhação, arrogância, desejo de vingança, indignação, etc.) espregando no primeiro plano do crime, e “condições materiais” (especialmente gênero, etnicidade e classe social) como antecedentes do crime. O argumento central de Katz é o de que uma criminologia que procura entender os crimes “normais”, - agressão, assalto, coação, rufianismo, e assim por diante - deve prestar especial atenção às recompensas morais e emocionais que essas ações fornecem para aqueles que as cometem. Com frequência, esses crimes não são simplesmente explicáveis a partir de

⁵ Em português, “Crimes de Estilo”, ainda sem tradução/ edição em língua portuguesa (NT).

⁶ Em português, “Seduções do Crime: Atrativos Morais e Sensoriais na Prática do Mal”, também ainda sem tradução/versão em língua portuguesa (NT).

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

eventuais recompensas materiais, destacando-se especialmente a violência doméstica, incluindo homicídio. Ao contrário, tais crimes surgem no contexto de profundas necessidades emocionais e sensoriais, e é somente pela apreensão dessas profundas sensações que variações nos fatores antecedentes podem ser explicadas: por exemplo, por quê os homens cometem mais crimes do que as mulheres, por quê algumas pessoas que vivem na pobreza se voltam para o furto e os assaltos, mas não outras, e por quê existem variações na participação étnica em diferentes tipos de crimes. Para Ferrell, esse foco no primeiro plano das sensações ligadas ao crime, leva a atenção da criminologia para longe das colunas de estatísticas, que mostram propositalmente a extensão do “problema do crime”, e a leva (a criminologia) para as “imediatas e incandescentes integrações entre risco, perigo e habilidade que moldam a participação nas subculturas desviantes e criminosas” (FERRELL, 1996, p. 404). Finalmente, o autor escreve que o foco no primeiro plano do crime serve para “resgatar o empreendimento criminológico de uma criminologia aprisionada no edifício da racionalização científica e da objetivação metodológica” (FERRELL, 2004, p. 297).

Um outro importante avanço para a Criminologia Cultural, que deve ser citado, foi o produzido por Stephen Lyng (1998), o qual juntou o conceito de ação-limite⁷ ao interesse pelo primeiro plano do crime. Esse conceito é utilizado para descrever o comportamento de risco voluntário. Embora não tenha sido desenvolvido, pelo menos inicialmente, para os interesses da Criminologia Cultural, esse conceito tem sido aceito para significar a ligação entre comportamentos criminais e desviantes na aceitação voluntária de riscos em esferas de atividade mais convencionais como, no caso do autor, o para-queda. A ação-limite está referida à experiência subjetiva que decorre da prática de atividades que contenham riscos pessoais inerentes: essa seria uma forma de “ação proposital, baseada no emocional e no visceral”, e na “excitação imediata”, que provém da ação arriscada, em si mesma (FERRELL, 2001, p. 178). Embora aparentemente restrita à experiência subjetiva e ao significado da aceitação de riscos, Lyng e seus colegas argumentam que tais significados estão sempre relacionados a um contexto subcultural: os participantes aprendem o significado do seu comportamento pela interação com outros, engajados nas mesmas atividades. Além disso, eles desenvolvem distintas estruturas lingüísticas e simbólicas: códigos específicos, imagens e estilos, pelos quais comunicar e entender suas experiências. Desse

⁷ “*Edgework*”, no original. Usamos “ação-limite”, na falta de uma correspondência direta em português (NT).

modo, o sentido de correr riscos está invariavelmente relacionado às “comunidades de significados mediados e representações coletivas” (Idem, p. 179) . Portanto, uma psicologia social do comportamento de risco estará relacionada aos estilos subculturais, símbolos e valores do grupo ao qual aqueles que se arriscam estão referidos, no qual, por sua vez, ambos se baseiam para desafiar a cultura mais ampla, na qual eles estão situados.

Por esse ponto de vista, destaca-se que uma das mais importantes preocupações da Criminologia Cultural é estabelecer em que medida o comportamento desviante ou criminoso desafia, subverte ou resiste aos valores, símbolos e códigos da cultura dominante. Nesse sentido, a preocupação em investigar as subculturas desviantes, nos termos precisos de desafios e resistências que elas oferecem, é a principal linha divisória entre a Criminologia Cultural e aquelas criminologias que levam a cultura a sério, mas não representam o desvio como desafio e resistência. É preciso ter presente que a idéia segundo a qual subculturas desviantes desafiam a cultura dominante não implica que elas o façam de maneira consciente ou direta. Embora Ferrell, em especial, tenha se dedicado à detalhada exploração dos grupos “outsiders”⁸, incluindo grafiteiros, anarquistas urbanos, e grupos distintos de catadores de lixo, alguns criminologistas culturais estão mais preocupados em expor o contexto cultural e social no qual esses grupos de “outsiders” agem. Nesse sentido, é relevante a obra de Jock Young, cujo interesse em Criminologia Cultural é descrever como “as intensas emoções associadas à maioria dos crimes urbanos está relacionada a problemas significativos e dramáticos da grande sociedade” (2003, p. 391), que o mesmo descreve como se constituindo de insegurança, pessoal e econômica, numa combinação de inclusão cultural e exclusão social, e perda das identidades conhecidas (baseadas em classes sociais), através das quais se pode compreender coletivamente o mundo social. Embora esses problemas não possam ser tomados em si mesmos como causas diretas do crime, eles fornecem as condições de possibilidade, nas quais o crime e a transgressão se desenvolvem. Numa cultura que promete prazeres imensos e liberdade para todos, pelos meios de comunicação de massa, a realidade da marginalização econômica e da exclusão social, conduzem a sensações generalizadas de humilhação. Em contrapartida, segundo o autor, é a experiência de humilhação que fundamenta uma parte significativa do crime, na contemporaneidade. Ao descrever criminosos violentos e

⁸ Essa palavra inglesa, de uso consagrado em português, tem originalmente o significado de “estranho” ou “forasteiro” (NT).

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

usuários de drogas, Young (idem, p. 408) afirma que estes “transgressores são movidos por energias de humilhação”. Da mesma forma, Hayward (2004, p. 165) também procura ligar insegurança e exclusão aos problemas do crime, argumentando que muitas formas de crime e desvio são respostas psicológicas às experiências de impotência e marginalização vividas pelos pobres do meio urbano. Hayward e Young (2004, p. 266), ao deslocar o foco da discussão do indivíduo para o grupo, propõem que “é através das quebra de regras que os problemas subculturais procuram solução”. Em outras palavras, formas de crime e desvio são os sinais visíveis de problemas coletivos profundos: os criminosos aprendem a quebrar regras no contexto de subculturas específicas, que mais tarde aparecem precisamente como respostas aos grandes problemas coletivos. Por essa via, esses autores procuram ligar os sentimentos individuais de impotência e exclusão aos estilos subculturais, códigos e valores que caracterizam de forma central o trabalho de Ferrell, Lyng e outros autores.

2 Algumas proposições em Criminologia Cultural

Ferrell (2007, p. 141) destaca que, entre as muitas interseções entre crime e cultura, portanto entre as principais referências da Criminologia Cultural, podem ser destacadas cinco, que aparentemente apresentam os “insights”⁹ mais significativos para a compreensão da complexa dinâmica social, dentro da qual a prática criminosa e o controle da criminalidade tomam forma. São elas: 1) subcultura e estilo; 2) ação-limite, adrenalina e compreensão criminológica¹⁰; 3) cultura como crime; 4) crime, cultura e exibição pública; e finalmente, 5) mídia, crime e controle da criminalidade. Apresentaremos a seguir, de forma condensada, cada um desses pontos.

Quanto à relação entre subcultura e estilo, o autor (2007, p. 142) afirma que muito dos objetos que os criminologistas estudam é organizado e definido por subculturas criminosas, que fornecem um repositório de habilidades, do qual seus membros obtém o “aprendizado” que lhes permitirá ter sucesso em ações criminosas, como por exemplo, o uso correto das ferramentas adequadas para furto de veículos ou de residências, ou o manejo de armas e técnicas para a violência efetiva.

⁹ Não há tradução direta para o português. Poder-se-ia utilizar as palavras “compreensão”, ou “achado”, que não carregam, entretanto, um efeito dinâmico, mais próximo do metafórico “estalo” mental da compreensão súbita, como na sensação da descoberta, o clássico “eureka” (achei!) dos gregos (NT).

¹⁰ “*Criminological verstehen*”, ou “compreensão criminológica”; em inglês e alemão no original (NT).

Destaca, entretanto, que o mais importante é que essas subculturas criam um “ethos” coletivo, que pode ser descrito como um conjunto de valores e orientações (ou ‘regras’), que definem o comportamento criminosos de seus membros como adequado, ou mesmo louvável. Nesses meios sociais também surgem as contraculturas criminosas, cujo estilo de vida se opõe e conflita com os conceitos convencionais de legalidade, moralidade e realização. Na maioria dos casos, essas orientações e valores vêm incorporados no estilo que distingue cada subcultura, a qual convencional o modo de vestir, comportar-se, uso de códigos lingüísticos muitas vezes incompreensíveis aos estranhos e rituais diários criados para definir os limites da adesão. Esses aspectos, porém, vão muito além da simples associação, criando verdadeiras comunidades simbólicas, que definem para seus membros o sentido da criminalidade, muito mais do que o crime em si mesmo.

Ainda sobre essa relação, dois aspectos importantes se destacam, segundo esse autor; primeiro: a difusão desses símbolos subculturais, exibidos na vida diária de seus membros, em atividades como dança e música, como no “hip-hop” americano, em comportamento social e roupas, e em suas marcas pictóricas nas ruas, não soaria também como um “convite” a uma maior vigilância e controle por parte das autoridades? Entretanto, como se trata, na verdade, de marcas de estilo e identidade subculturais, seria adequada a utilização desses símbolos como indicadores de criminalidade? Segundo, seria adequado que os símbolos de estilos de subculturas ilícitas, a partir da difusão midiática, e da apreensão desses símbolos por grandes empresas, sejam largamente utilizados para a venda de produtos no mercado, especialmente para o público jovem? Ao mesmo tempo, deveriam pais e autoridades escolares se preocupar com o fato de os jovens começarem a usar roupas, linguagem e produtos culturais associados a subculturas criminosas (FERRELL, 2007, p. 143)?

No que se refere à noção de ação-limite, adrenalina e compreensão criminológica, o autor refere que, além dos aspectos antes citados, as vidas dos engajados em atividades criminosas também é moldada por algo mais: uma variedade de experiências coletivas intensamente significativas e emocionais. Ao examinar uma ampla gama de atividades criminosas, desde brigas de rua a incêndios criminosos, esses criminologistas perceberam que os criminosos com frequência aceitam o perigo e os altos riscos que acompanham essas ações. Ao invés de evitar esses riscos, ou vê-los como uma infeliz consequência de seus atos, eles passam a desfrutá-los, a ponto de, regularmente, afirmarem estar “viciados” em experiências perigosas, ou na “adrenalina” do crime.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

Essas afirmações contrariam a ideia psicanalítica de “desejo de morte”, e sugerem, no discurso dos agentes, a referência simbólica e de linguagem, vivida e dividida pelos membros dessas subculturas. Com o fim de estender as possibilidades da pesquisa, o autor propõe uma revisão dos métodos criminológicos, que segundo o mesmo, não podem ficar apenas na organização de dados estatísticos e de questionários. Afirmando que métodos como esses não podem penetrar nos significados transacionados das experiências vivas de primeiro plano. Ao contrário, fazem-se necessários métodos que coloquem os criminologistas tão perto quanto possível do imediatismo dos fatos e das situações criminosas.

Indo além da pesquisa de campo convencional, a proposta seria a aproximação, no sentido da obtenção da chamada “compreensão criminológica”, um entendimento profundo, e até mesmo emocional, das perigosas experiências que definem a criminalidade, como uma forma de obter “insights” criminológicos inacessíveis à pesquisa convencional. Trata-se de assumir riscos que trazem ao criminologista-pesquisador desafios relativos às convenções sobre “objetividade” da pesquisa científica, sobre criminologia como “sociologia” do crime e do controle da criminalidade, e também traz desafios envolvendo moralidade e legalidade. Entretanto, segundo o autor, se o significado do crime é em grande medida construído no momento de sua experiência, de que outra maneira podem os criminologistas investigá-lo e entendê-lo? Finalmente, o autor pergunta se existem tipos de crime que não sejam moldados pela ação-limite e pela excitação. E caso existam, como diferenciar essa suposta categoria de crimes, daqueles definidos pela ação-limite? Ainda mais, pergunta se existiriam limites sobre a pesquisa entre criminosos, orientada pela compreensão criminológica, e se existem tipos de crime para os quais não se deveria procurar uma compreensão emocional; e se existem, qual seria a razão que fundamenta uma suposta negativa.

Sobre a cultura como crime, o autor principalmente sobre as questões que se relacionam à ação da mídia. Referindo o conceito de cultura pelo seu significado de complexo de imagens e símbolos, o autor refere todos os agentes ligados à produção desse ambiente cultural midiático, ou seja, artistas, músicos, fotógrafos, cineastas e diretores de televisão, por exemplo. Muitos deles produzem e se relacionam com o que se identifica como “alta cultura”, filmes, música, fotografia, etc., que é apreciada pelas elites instruídas, surge em museus galerias de arte, etc. Outros se dedicam às chamadas formas populares da cultura, com programas de televisão, filmes comerciais, música popular, etc, em geral referidas como “cultura popular”. Mas não importando em que nível atuem, nunca eles estão livres de terem seus produtos redefinidos como

criminosos, e serem, conforme a época, acusados de disseminar obscenidades, pornografia, violência, estimulando o comportamento social criminoso, influenciando, especialmente os jovens, a cometer estupros, consumir drogas, cometer assaltos, homicídios ou suicídios, ou, ainda, a cometer crimes copiando¹¹ ou imitando os conteúdos disseminados pela mídia. Em alguns casos, as acusações apenas circulam, em outros, chegam a se tornar queixas, inquéritos e processos judiciais. Todo esse processo mobiliza empreendimentos morais, movimentos de indivíduos ou grupos sociais, para redefinir o que surge na cultura como crime, os quais, no entanto, ocupam os mesmos espaços de mídia (especialmente a televisão) pelo qual se veicularam os conteúdos considerados indutores da criminalidade. Ferrell (2007, p. 147) se propõe um caso, como pergunta: se num processo judicial alguém é acusado por um crime, e a defesa alega ter sido o mesmo provocado por excessiva exposição a imagens violentas, transmitidas pela mídia, quer dizer, que o acusado simplesmente imitou o que viu, e desse modo não seria pessoalmente responsável, que tipo de prova se poderia usar para apoiar essa alegação? E que prova se poderia apresentar em contrário? Ao mesmo tempo, que diretrizes poderiam ser desenvolvidas para amenizar o potencial dano decorrente de imagens violentas transmitidas pela mídia, contrariando valores humanísticos de liberdade de expressão? A mídia deveria ser limitada, a partir das preocupações sobre seus danos sociais em potencial?

Ao procurar relacionar “crime, cultura e exibição pública”, o autor estabelece que os meios de comunicação de massa produzem e expõem um número incontável de imagens relacionadas a crime e controle da criminalidade diariamente, para o consumo público. mas essa não é a única maneira pela qual os temas da criminalidade são exibidos na sociedade contemporânea: eles também são exibidos como parte da movimentação social das interações diárias, como parte do ambiente construído dentro do qual a vida da sociedade continua. Nesse sentido, uma série de outros elementos são exibidos, relacionados ao crime: objetos públicos depredados, pessoas maltrapilhas e maltratadas, crianças abandonadas, lixo, paredes sujas, janelas quebradas. Essas considerações inspiraram o modelo das janelas quebradas (WILSON, 2003), utilizado por grupos políticos conservadores para exigir e justificar ações duras contra mendigos, sem-tetos, grafiteiros e outros grupos visíveis, relacionados aos crimes contra a “qualidade de vida” nas áreas urbanas, concentrando-se

¹¹ O crime que decorre da imitação de conteúdo midiático é chamado “*copy-cat crime*”, em inglês (NT).

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

na ação policial na vida diária. O autor considera (2007, p. 150), que a fim de melhor pensar sobre essa relação, seria útil questionar, ao nos movermos em nosso ambiente urbano, quantos símbolos relacionados ao crime, controle da criminalidade ou vitimização são identificáveis? E como interpretamos os mesmos no sentido de nossa segurança ou vulnerabilidade? E como se pode esperar que variem as interpretações das pessoas sobre esses símbolos, com base em seu gênero, orientação sexual, classe social, idade ou origem étnica?

Finalmente, o autor procura relacionar mídia, crime e controle da criminalidade. Destaca que na sociedade contemporânea, a mídia detém a preponderância sobre o crime e o controle da criminalidade. Desse modo, para compreender temas como o apoio público à disseminação das empresas de segurança privada, ou as preocupações sobre a criminalidade no dia-a-dia, as várias formas dos meios de comunicação de massa devem ser examinadas. E desse exame, segundo o autor, resulta um padrão significativo: a mídia de massa transmite não apenas não apenas informação, mas emoção. Tanto nas notícias quanto em programas de entretenimento, a mídia superenfatiza, com regularidade, o crime de rua, muito mais do que os crimes empresariais; focaliza a criminalidade entre estranhos, mais do que a violência doméstica, a criminalidade violenta mais do que os crimes não-violentos e silenciosos contra a propriedade. Enquanto parte desses padrões de sensacionalismo resulta em parte da manipulação política da mídia, e confiança da mídia nas fontes oficiais, eles parecem ser conduzidos, em sua maior parte, pela busca obsessiva da mídia por altos índices de audiência, maior venda de jornais e revistas, e aumento de lucros financeiros. Entretanto, quaisquer que sejam suas fontes, o efeito cumulativo dessas distorções permanece claramente político; eles regularmente ampliam e agravam o medo público do crime, estabelecem inapropriadamente agendas públicas punitivas, visando o controle da criminalidade, e preparam o público para a crise seguinte de pânico moral, sobre o crime e a criminalidade. Não é nenhuma surpresa que o objeto dessas ações, indivíduos e grupos criminosos e criminalizados, também participem do processo interminável de negociação mediada. Esses grupos, por exemplo, “gangs” de rua, “skinheads”, grafiteiros e outros, com frequência possuem websites, construídos para apresentar seus próprios pontos de vista sobre crime e sociedade, ou produzem vídeos de suas ações criminosas, no mesmo sentido. Essa disputa em torno da “verdade” sobre o crime, justifica as crises de pânico moral e os movimentos de “empreendedorismo” moral, administradas pela mídia, que envolve o público, e media a negociação sobre o significado do crime em si mesmo. Essas negociações necessitam,

segundo o autor, de mais pesquisa criminológica, pois são de extremo relevo para a compreensão das mudanças na sensibilidade social.

Nessa linha, então, surge a questão sobre o que pode ser feito para corrigir as distorções da mídia de massa, e a superdramatização dos temas do crime. Além disso, seria adequado a criminosos e grupos criminalizados a produção de seus próprios websites e vídeos? Deveria haver limites para esses tipos de mídia ilícita? Finalmente, o autor observa:

As interseções entre crime e cultura estão hoje emergindo como uma área extremamente relevante da crise política e moral da sociedade contemporânea. É nele que os temas fundamentais da identidade humana e da justiça social estão sendo contestados. O objetivo da vigilância e do conhecimento dos perfis criminosos, o equilíbrio entre livre expressão e o potencial de danos sociais, a negociação dos limites que separam arte e obscenidade, o papel adequado das várias formas de mídia no controle da sociedade contemporânea, todos esses temas tomam forma na interseção entre crime e cultura. Por essa razão, a análise da relação entre crime e cultura não é um mero exercício intelectual abstrato; ela antes de tudo, um exercício de cidadania engajada e ativismo informado (FERRELL, 2007, op. cit., p. 153).

O autor, desse modo, reafirma o papel político do estudo científico da criminalidade, assumido pela Criminologia Cultural. Não se trata apenas de rever e reconstruir o pensamento e metodologia criminológicos, mas de estabelecer parâmetros para avanços reais, levando em consideração o conhecimento sociológico, mas sem se afastar da realidade social contemporânea, por mais caótica que a mesma se apresente. Trata-se de um posicionamento pouco convencional da tradição das ciências sociais, mas que entretanto, parece se justificar, hoje, pelo avanço lento de outras metodologias, em contraste com a forte demanda por respostas consistentes das ciências sociais, sobre os problemas objetivos do crime e do controle da criminalidade.

Conclusão

A Criminologia Cultural vem se apresentando como uma arena nova, emocionante e politicamente carregada, para a pesquisa e a teoria criminológicas, em seu ambiente de origem. E também que ela pode ser vista, em alguns sentidos, como um ramo da criminologia crítica, na medida em que muitas vezes procura, como esta, avançar na ligação do mundo do desvio e da criminalidade com a imensa pressão social e

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

econômica enfrentada pelos pobres urbanos, nas sociedades contemporâneas. Por outro lado, da leitura de seus críticos, fica evidente que ainda persistem questionamentos sobre em que medida as noções de subcultura, subversão e transgressão fornecem pontos de referência adequados para explicar o comportamento desviante e criminoso.

Entretanto, como antes afirmado, essa referência de análise está em desenvolvimento, e por sua postura mais flexível, acreditamos que merece ser conhecida, acompanhada e desenvolvida entre nós. Para finalizar, lembramos que a Criminologia Cultural foi e segue sendo desenvolvida a partir da realidade social na qual se inserem seus autores, e visando essa mesma realidade, não podendo seus avanços e questionamentos serem simplesmente transpostos, para a obtenção de análises adequada à realidade social brasileira. É necessário estudar, comparar e revisar seus conceitos e instrumentos cuidadosamente, para esse objetivo. Portanto, é nesse sentido que o presente artigo também se constitui em um convite, aos leitores e pesquisadores interessados, no sentido de buscar o aprofundamento dessa referência, e os modos pelas quais os conceitos, posicionamentos e métodos da Criminologia Cultural podem se tornar referências valiosas e/ou de auxílio na produção e operacionalização de instrumentos de análise adequados ao contexto brasileiro de estudos criminológicos.

Referências

COHEN, L. and FELSON, M. Social Change and Crime Rates Trends: a Routine Activity Approach. *American Sociological Review*, n. 44, p. 588-608, 1979.

FENWICK, M. New Directions in Cultural Criminology. *Theoretical Criminology*, n. 8 (3), p. 377-386, 2004..

FERRELL, J. e SANDERS, C.R. (eds). *Cultural Criminology*. Boston MA: Northeastern University Press, 1995.

_____. *Crimes of Style: Urban Graffiti and the Politics of Criminality*. Boston, MA: Northern University Press, 1996.

_____. et all. Edgework, Media Pratices and Elongation of Meaning: A Theoretical Ethnography of The Bridge Day Event. *Theoretical Criminolog*, n. 5 (2), p. 177-202, 2001.

_____. et all. *Cultural Criminology Unleashed*. London: Glasshouse Press, 2004.

_____. *Crime and Culture*. In: HALE, Chris, et all. *Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007.

HALL, S. et all. *Policing the Crisis: Mugging, the State, and Law, and Order*. London: Macmillan, 1978.

HAYWARD, K.J. *The City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: Cavendish, 2004.

_____. (eds) *Cultural Criminology: some notes on the script*. *Theoretical Criminology*, n. 8 (3), 2004.

_____; YOUNG, Jock. *Cultural Criminology*. In: MAGUIRE, Mike et all. *The Oxford Handbook of Criminology*: London/New York: Oxford University Press, 2007.

KANE, S.C. The Unconventional Methods of Cultural Criminology. *Theoretical Criminology*, n. 8 (3), p. 303-321, 2004.

KATZ, Jack. *Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil*. New York: Basic Books, 1988.

LYNG, Stephen. Dangerous Methods: Risk Taking and Research Process. In: FERRELL, J. and HAMM, M.S. (eds). *Ethnography at the Edge: Crime, Deviance and Field Research*, Boston: Northeastern University Press, 1998.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

McLAUGHLIN, E. From Reel to Ideal: the Blue Lamp and the Popular Cultural Construction of the English 'Bobby'. *Crime, Media, Culture*, n. 1(1), p. 11-30, 2005.

O'BRIEN, M. What's Cultural about Cultural Criminology? *British Journal of Criminology*, n. 45 (5), p. 599-612, 2005.

O'BRIEN, M.; YAR, M. *Criminology: the Key Concepts*. London: Routledge, 2008.

PRESDEE, M. *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. London: Routledge, 2000.

RAFTER, N. H. *Shots in the Mirror: Crime Films and Society*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

TAYLOR, I., et al. *The New Criminology*. New York: Harper & Row, 1973.

WILSON, J.Q. and Kelling, G. 1982. Broken Windows: The Police and Community Safety. *Athlantic Monthly*, p. 29-38, mar. 2003.

WINLOW, S.; HALL, S. *Violent Night: Urban Leisure and Contemporary Culture*. Oxford: Berg, 2006.

UMA ANTROPOLOGIA DO CRIME: Pierre Legendre e o caso Lortie

Gerson Neves Pinto^{1*}

“Matar sem ser chamado de homicida. Penso que é primeiramente a isto que estamos confrontados quando se trata de situar o ato de matar na humanidade.”

Pierre Legendre, *Le crime du caporal Lortie*².

O presente texto versa sobre a tese estabelecida pelo jurista e psicanalista Pierre Legendre³ em sua obra *Le crime du Caporal Lortie – Traité sur Le Père*. (O crime do cabo Lortie- Tratado sobre o Pai) segundo a qual “todo homicídio é um parricídio”, onde o crime é sempre um atentado ao princípio de razão, princípio este sobre o qual se fundamenta a subjetivação humana.

Nesta obra, o autor aborda o conceito de paternidade por um viés negativo: o que acontece quando a função do Pai não funciona? O caso que nos é ali apresentado é a experiência vivenciada desta deficiência. Trata-se de um jovem militar do Quebec que, em maio de 1984, invade o prédio da Assembléia Nacional do Quebec e desfere vários disparos sob o olhar de inúmeras pessoas. Qual é o mecanismo que explica que um homem tire a vida de outras pessoas, sem um motivo aparente? Evidentemente, sempre ficamos perplexos diante de tais casos.

Segundo Legendre, tal ato testemunha primeiramente a fragilidade da «construção humana». Para ele, os seres humanos constituem-se em dois momentos. Um primeiro momento na ordem biológica, um segundo na ordem institucional, momento no qual se constitui o trabalho complexo

* ¹ Possui doutorado na École Pratique Des Hautes Etudes -Sorbonne, Paris. Professor do PPG-Direito da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

² P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, Paris, Fayard, 1989. P. 17 : « Tuer, sans être appelé meurtrier. Je pense que c’est d’abord à cela que nous sommes confrontés, lorsqu’il s’agit de situer la mise à mort dans l’humanité ».

³A obra do jurista francês Pierre Legendre é abundante, ela abrange notadamente uma série de *Leçons* cuja uma mais conhecida é a *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, Paris, Fayard, 1989. Mas escreveu também entre outras : *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique*, Paris, Jouve, 1964 ; *L’Amour du censeur. Essai sur l’ordre dogmatique*, Paris, Le Seuil, 1974, *L’empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels, Leçons II*, Paris, Fayard, 1983; *L’Inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident, Leçons IV*, Paris, Fayard, 1985; *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l’État et du Droit, Leçons VII*, Paris, Fayard, 1988; *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, Paris, Fayard, 1992.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

da instituição do sujeito humano. Um dos pontos essenciais desta ordem institucional é o princípio da paternidade, pois é da sua implantação que depende em grande parte o resultado final.

Essas considerações de Legendre nos remetem ao que Alain Supiot nos diz, ao fazer referência particularmente às sociedades ocidentais, afirmando que «a referência a Deus desapareceu do Direito das pessoas, sem que desaparecesse a necessidade lógica de referir todo o ser humano a uma Instância garantidora de sua identidade».⁴ Podemos ver isso na tradição do Direito Civil, esta instância terceira foi já manifestada por uma dupla figura, Deus e o Estado, em verdadeira fusão, colocados como uma unidade, antes de serem completamente secularizados.

Alain Supiot nos explica que «para tornar-se um sujeito dotado de razão, o ser humano deve ter acesso a um universo de símbolos pelo qual ele mesmo e as coisas que o rodeiam tomem uma significação»⁵. É neste universo que se constrói o discurso simbólico, a palavra, oferecendo uma visão comum do mundo em uma sociedade dada e tendo como função de dar um sentido à existência dos indivíduos. Com efeito, segundo Supiot, «este acesso ao sentido supõe que cada criança aprenda a falar e a se submeter ao "Legislador da língua»⁶. Muito próximo desta afirmação de Supiot sobre o caráter inexorável dos limites na espécie humana, o jurista-psicanalista Pierre Legendre, ao se referir à noção de «limite», utiliza habitualmente a letra «L» maiúscula (Limite), indicando assim que ela se situa num plano simbólico e não num plano concreto, como bem vimos em Supiot. Esta noção de Limite se refere ao complexo de Édipo, um dos primeiros conceitos de Freud, enquanto um conceito necessário à diferenciação dos indivíduos. Esta noção faz particularmente referência à separação do ser humano com a Totalidade, através do meio concreto do conflito entre gerações. Pierre Legendre nos lembra assim que o direito, na medida em que estabelece lugares a partir de categorias genealógicas, faz o papel de Limite simbólico entre as gerações. Citemos a passagem na qual Legendre discute a lenda de Édipo:

⁴ Ibid.pg. 48 : « (l)a référence à Dieu a disparu du Droit des personnes, sans que disparaisse la nécessité logique de référer tout être humain à une Instance garante de son identité». (Tradução nossa).

⁵ Alain SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, pg. 40 « pour devenir un sujet doué de raison, l'être humain doit accéder à un univers de symboles au sein duquel lui-même et les choses qui l'entourent prennent une signification » .

⁶ Ibid : « cet accès au sens suppose que chaque enfant apprenne à parler et se soumette donc au "Législateur de la langue" » .

A partir daí, uma questão se coloca para nós – por que a confusão dos lugares e das gerações é assassina? É preciso responder: porque tal confusão implica a pretensão da identidade impossível, já que ninguém pode pretender ocupar todos os lugares ao mesmo tempo e anular as gerações. O crime contra os deuses dá conta exatamente disso: seria atentar contra a ordem divina. O homem se pretende mais forte do que os deuses na medida em que mesmo os deuses respeitam o princípio de filiação para não se confundirem. Em poucas palavras eu diria que se trata de uma tendência a loucura, ou eu diria: o incesto reivindica a onipotência. É disso que se trata.⁷

A questão do incesto, segundo a perspectiva psicanalítica, é analisada no nível das instituições e se situa no centro das montagens da subjetividade humana. Um dos pontos essenciais desta ordem institucional para Legendre é o princípio da paternidade, pois é da sua implantação que depende em grande parte o resultado final. Deste modo, podemos afirmar com Legendre que uma das faces da subjetivação do humano é “a construção institucional do princípio da Razão”⁸. No caso do cabo Lortie, o mecanismo de reprodução do sujeito falante não funcionou corretamente e resultou em uma enorme confusão pois que o princípio de paternidade foi pervertido: o pai de Lortie era tirânico e incestuoso. É neste ponto que encontramos, segundo Pierre Legendre, as origens de sua loucura, tal como sucedeu em sua passagem ao ato no atentado contra o Parlamento do Québec.

Existe uma diferença essencial entre as sociedades humanas e aquelas que chamam de sociedades dos animais, assim chamadas tão somente por antropomorfismo. Ao grupo animal, qualquer que seja ele, falta um elemento fundamental: a linguagem. O animal vive no universo não do signo, mas do sinal. Basta citar a famosa passagem da Política de Aristóteles⁹ onde ele evoca o homem como « animal político » para algu-

⁷ Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident (Leçons IV)*, Paris, Fayard, 1985, p. 77. Id, p. 78: De là, une question se pose à nous: pourquoi la confusion des places et des générations est-elle meurtrière ? Il faut répondre : parce qu'une telle confusion implique la prétention à l'identité impossible, nul ne pouvant prétendre occuper toutes les places à la fois et annuler les générations. Le crime contre les dieux en rend compte exactement : ce serait attenter à l'ordre divin, en ce sens que, les dieux eux-mêmes respectent le principe de filiation afin de ne pas se confondre, l'homme serait plus fort que les dieux. En termes plats, j'évoquerai la pente vers la folie, ou je dirai : l'inceste revendique la toute-puissance. C'est de cela qu'il s'agit. (Tradução nossa).

⁸ Ibid. pg. 27

⁹ Aristóteles, *A Política*, 1253^a5-15. “Assim, o homem é um animal político, mais num nível mais elevado do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz. Estes são apenas a expressão de sensações agradáveis ou desagradáveis, de que os

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

mas linhas depois, especificar que a noção não se aplica às abelhas, pois que elas não possuem a linguagem do signo. Esta é a lógica da construção do homem enquanto que animal falante/político, para retomar a definição aristotélica.

Uma das principais consequências deste fato é que no caso dos animais não existe a passagem do tempo e logo, não há nenhuma apreensão da memória, da história. Uma outra consequência importante, é que somente encontramos “instituição” no domínio do humano. Todavia, disso não se segue o tipo de crítica que conduz a ilusão ainda muito ativa e presente entre nossos contemporâneos segundo a qual se toda a instituição é humana e, pois, histórica, podemos fazer qualquer coisa com o homem. Ora, a obra de Legendre vem contradizer esta crença. Por exemplo, se o tabu do incesto é uma instituição, estaria ele destinado a desaparecer? É exatamente contrário a tal representação que se situa Pierre Legendre: segundo ele, a humanidade coincide com o interdito do incesto e do parricídio, que são as duas faces inseparáveis da mesma instituição. E nisto, mais uma vez, ele se aproxima do ensino de Freud em seu livro Totem e Tabu.¹⁰

O interdito do incesto e da morte na figura do parricídio não significa que necessariamente não ocorra o crime, como todos nós sabemos através de nossa atualidade judiciária. O desejo incestuoso não foi abolido, ele continua a retornar e trabalhar o sujeito. No entanto, a maioria dos sujeitos não passa jamais ao ato criminoso, como se uma barreira os impedisse. Para Pierre Legendre esta barreira tem um nome: é a construção cultural de uma imagem fundadora, em virtude da qual toda a sociedade define seu próprio modo de racionalidade, isto é, sua atitude frente à questão humana da causalidade na ação humana, aquilo que, desde os gregos, chamamos de imputabilidade ou culpabilidade. Esta construção, nos diz Legendre *produz um certo tipo de instituições, uma política da causalidade, de onde provém esta montagem do interdito que nós chamamos no Ocidente de Estado e o Direito*.¹¹ O que acontece é que quando este princípio falha ou funciona inadequadamente, as barreiras desabam ou caem: neste caso, nada poderá impedir o desejo inconsciente de aflorar. É desta forma que podemos explicar certos crimes. Sobretudo quando

outros animais são, como nós, capazes. A natureza deu-lhes um órgão limitado a este único efeito; nós, porém, temos a mais, senão o conhecimento desenvolvido, pelo menos o sentimento obscuro do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto.”

¹⁰ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. RJ, Imago, 1980.

¹¹P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*, pg. 47 : « Cette construction produit un certain type d'institutions, une politique de la causalité, dont procède ce montage de l'interdit que nos appelons en Occident l'État et le Droit ». (Tradução nossa)

se trata de um crime como o do caso do cabo Lortie. Este crime foi um ato individual na medida em que as consequências de sua produção reenviam aos conflitos que tem sede na individualidade do sujeito.

É por isso que se pode encontrar sua explicação no distúrbio mental de seu autor. Neste sentido, Pierre Legendre mostra que o princípio de paternidade é a garantia do acesso à Razão, isto é, a garantia da não loucura. Ora o princípio da paternidade se traduz, em primeiro lugar, pelo estabelecimento do limite e, desta forma, passa pela Lei. Para escapar à loucura, que ameaça todo ser humano, a única via é a submissão à lei.

Deste modo, quando o princípio de paternidade não ocorrer, a loucura aparece. É neste sentido que a eventual falha do processo de instituição significa que o acesso à Razão não é adquirido de ofício: ele deve ser construído para cada novo sujeito, o que significa que a cada geração o risco de falhar se reproduz. Desconhecer o mecanismo de construção do ser humano, promover a sua dessubjetivação (*désubjectivation*¹²) é tornar incompreensível a ideia de crime. Esta construção do humano passa pela noção de culpabilidade a qual estabelece uma ponte entre a ordem social da normatividade e a ordem normativa do sujeito. Este princípio que comanda o acesso à razão é o que Pierre Legendre chama “a representação do Pai”:

Quando um homem torna-se pai ele não está subjetivamente automaticamente no lugar de pai diante de seu recém nascido, ele deve conquistar este lugar em renunciando a seu próprio estatuto de filho(...) ele deve morrer para a sua condição de filho para ceder-la ao seu filho. Contrariamente as aparências, isso não é simples. Tal movimento de balança só pode acontecer se seu pai já havia ele lhe cedido o seu próprio lugar de filho e assim por diante. Ora, isso só pode acontecer e o lugar do pai somente pode ser operante se o Terceiro social, enquanto garantidor de toda a troca de palavras se declara, quer dizer, enuncia o que é a verdade deste lugar em colocando em cena precisamente a imagem institucional do pai.¹³

¹² Ibid., pg. 54.

¹³ Ibid. pg. 67: «Lorsqu'un humain devient père, il n'est pas *subjectivement* en place automatique de père vis-à-vis du nouveau venu, il doit conquérir cette place en renonçant à son propre statut d'enfant. (...) Il doit mourir à sa condition d'enfant pour le céder à son enfant. Contrairement aux apparences, cela ne va pas de soi; une telle bascule ne peut s'accomplir que si déjà son père lui avait cédé sa propre place, et ainsi de suite. Or cela ne peut se faire et la place du père ne peut être opérante que si le Tiers social, en tant que garant de toutes les paroles échangées, se déclare, c'est-à-dire énonce ce qu'est la vérité de cette place en mettant en scène précisément l'image institutionnelle du Père». (Tradução nossa).

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

O conceito de filiação ocupa assim um lugar central no pensamento de Pierre Legendre. Segundo ele, o acesso à razão na humanidade é inseparável da ordem das filiações, notadamente e principalmente graças ao interdito do incesto que assegura a diferenciação entre os lugares do filho e do pai, da filha e da mãe, etc.

Para Legendre, o desafio primordial da filiação é o da possibilidade de uma permutação simbólica, onde vemos uma permuta dos lugares de filho ao de pai, isto é, que o pai seja reconhecido como aquele que também renunciou ao seu estatuto de filho. A genealogia, pois, não funciona por acumulação de lugares, mas ao preço de perdas, por permutação simbólica do sujeito através dos lugares juridicamente designados, do pai, da mãe, do filho, etc., sobre a base da relação edipiana,¹⁴ como nos afirma Legendre:

Compreendemos melhor o que é um pai, como função e como princípio, quando colocamos o pai como sendo ele mesmo um filho – um filho que subjetivamente tem o trabalho de conquistar a condição de pai em benefício de seu próprio filho. A operação não é nada evidente e nós sabemos doravante, pela psicanálise e pela simples observação social, que ela se transforma algumas vezes em colapso com efeitos em cadeia, em grande ou pequena escala.¹⁵

O crime do cabo Lortie nos mostra este colapso e a incapacidade do pai de Lortie de dar provas a seu filho daquilo que todo o pai enquanto homem está desprovido, ou seja, não mostra sob nenhuma circunstância o princípio do limite, da perda que constitui a pedra angular do princípio de razão. Ao contrário, no curso do processo, Lortie descreve seu pai como aquele homem que no exercício de seu poder parental impunha aos filhos um terror exorbitante com requintes de crueldade e abusos de toda ordem, inclusive sexuais:

[Lortie] foi introduzido na vida por um ser humano brutal, isto é, por um genitor no qual não se tinha produzido a permutação, um indivíduo não marcado pelo limite- de uma certa maneira um pai fora da Lei. ... Qual foi o jogo de Lortie pai, se o compararmos com o mecanismo da Referência fundadora? É o jogo violento e totalitário de alguém que ignora todo o limite. Caso extremo de sujeito-rei: chamemos este pai, sem hesitação, o *Pai da horda primeva* descrito pelo mito freudiano.¹⁶

¹⁴ Ibid., pg. 91.

¹⁵ Ibid. pg.. 35-36: « on comprend mieux ce qu'est le père, comme fonction et comme principe, lorsqu'on pose le père comme étant lui-même un fils – un fils qui subjectivement est au travail de conquérir la condition du père au bénéfice de son propre fils. L'opération n'est pas évidente et nous savons désormais, par la psychanalyse et par la simple observation sociale, qu'elle se transforme parfois en déroute avec effets en chaîne, à petite ou grande échelle.». (Tradução nossa).

¹⁶ Ibid. pg.. 92 : « introduit à la vie par un homain brute, c'est-à-dire par un géniteur pour qui n'avait pas joué la permutation, un individu non marqué par la limite – d'une certaine façon

Exatamente para prevenir este tipo de frustração na aplicação do princípio de paternidade que como vimos, gera o que Legendre chama de *crime genealógico*¹⁷, o direito ocidental das filiações repousa, desde a época romana, sobre um conceito maior: a presunção de paternidade na figura do “pai simbólico”. A evolução das sociedades contemporâneas tende a negar este conceito. A colocação em questão da noção romana clássica de presunção de paternidade se inscreve segundo Pierre Legendre na revolução cientificista e é assim que o cientificismo colocou em circulação um outro conceito – o do pai biológico. Esta elaboração era desconhecida até os recentes desenvolvimentos da biologia e sobretudo da genética. O novo direito tende a se edificar sobre o conceito de “pai biológico”. O “pai simbólico” seria deste ponto de vista uma pura ficção, no sentido de um erro e não de uma ficção jurídica. Para Legendre somente existe paternidade simbólica, pois a noção de presunção da paternidade exclui por princípio a ideia de pai biológico.

Não devemos nos equivocar sobre a noção de presunção de paternidade: não se trata simplesmente do reconhecimento do fato que a paternidade não é jamais certa a priori, ou seja, que o processo de causalidade que é a base da reprodução do sujeito não é transparente, mas sobretudo que a paternidade é uma abstração, que tem muito pouco a ver com o processo fisiológico. Ora a noção de “pai biológico” destrói tal construção conceitual, de tal forma que quando hoje falamos de “pai biológico”, estamos falando do “verdadeiro” pai, por oposição àquele que seria o convencional ou artificial., e que seria por consequência um “falso” pai.

Do ponto de vista da tradição jurídica ocidental, o pai adotivo não é um “falso” pai, ele não é menos verdadeiro do que o genitor: pois o pai é aquele que a Lei designa como tal, que ele seja adotivo ou não.

Para concluir, pensemos no declínio da função paterna em nossos dias, e em suas consequências para a psicopatologia da nossa vida cotidiana. Pois enfim, a questão do crime, para o pensamento crítico do Direito, não é uma peça isolada, nem um acontecimento específico. A este respeito, podemos nos remeter a Jean Pierre Lebrun, autor de “Um mundo sem limites”¹⁸. Nesta obra, Lebrun coloca em relevo, segundo Lacan, que essencialmente, o que chamamos de “humano”, é um ser de linguagem, e é isso o que o especifica, e por este fato, ele está implicado em uma perda

un père hors Loi. ... pg. 130 : Quel fut le jeu de Lortie père, si on le rapporte au mécanisme de la Référence fondatrice ? ... C'était le violent et totalitaire de quelqu'un ignorant toute limite. Cas extrême de sujet-Roi ; appelons ce père, sans hésiter, le *Père de la horde* décrit par le mythe freudien.». (Tradução nossa).

¹⁷ Ibid, pg. 129 : « *crime genealógico* ».

¹⁸ LEBRUN, Jean Pierre. *Um mundo sem limites*. Ed. Companhia de Freud, 2004.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

do gozo absoluto, imediato, total (o que conhecemos, em nossa sociedade, como busca de prazer a todo preço e imediato). A inscrição na linguagem marca para sempre no sujeito o limite. O simples fato de falar distribui os lugares e faz com que não nos enganemos na cadeia das gerações. Podemos mesmo considerar que o complexo de Édipo não é universal, mas não podemos dizer o mesmo quanto ao interdito do incesto, e sabemos que os interditos de cada cultura, em sua especificidade se organizam a partir desta interdição primeira.

Além disso, este declínio da função paterna, do qual nos fala Lebrun, está no cerne do mal-estar de nossa cultura contemporânea, e atualiza o que Freud preconizou em seu texto de 1926. Neste trabalho, ao qual inicialmente Freud pensou em dar o título de “A felicidade e a cultura” para em seguida substituí-lo por “A infelicidade na cultura” para finalmente decidir-se pelo título de *O mal-estar na cultura*,¹⁹ ele nos advertia já de início que o progresso da cultura comporta uma contrapartida, um preço a pagar, que é uma “perda da felicidade”. Toda a empreitada desta obra, é a de mostrar de onde vem esta perda, qual seria seu fundamento estrutural. Para explicá-lo, Freud introduz um novo conceito: o supereu da cultura, cuja função limitadora é salientada ali como fundamental para a perda da plenitude ilusória dos sujeitos, a perda do gozo sem limites, e estaria na essência do mal-estar dos sujeitos na cultura.

Em nossos dias, caberia interrogarmos então a metamorfose dessa instância psíquica reguladora do laço social. Pois é uma realidade de nosso mundo contemporâneo, o imperativo que a cultura coloca aos sujeitos incessantemente: não tenha limites!! Imperativo cujo cumprimento traz consigo uma necessária e trágica opacidade ou anulação da alteridade.

¹⁹ FREUD, Sigmund, *O Mal-estar na Civilização*. Rio de Janeiro, Imago, 1980.

Referências

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*. In *Obras Completas*. Trad. Jaime Salomão, Ed. Standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1980. Vol XIII.

_____. *Psicologia de Grupo e Análise do Eu*. In: *Obras Completas*. Trad. Jaime Salomão, Edição Standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1980. Vol. XVII.

_____. *O Mal-estar na Civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1980.

LACAN, Jacques, *De la Psychose Paranoïaque dans ses Rapports avec la Personnalité*. Paris: du Seuil, 1975.

_____. *Introduction Théorique aux Fonctions de la Psychanalyse en Criminologie*. In: *Écrits*. Paris: du Seuil, 1971.

LEBRUN, Jean Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem outro*. Tradução Procopio Abreu. Rio de Janeiro: Campo Matêmico, 2008.

_____. *Um mundo sem limites*. Rio de Janeiro: Ed. Companhia de Freud, 2004.

LEGENDRE, Pierre, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels* (Leçons II). Paris: Fayard, 1983

_____. *Sur la Question Dogmatique en Occident*. Paris: Fayard, 1999.

_____. *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le père, Leçons VIII*. Paris: Fayard, 1989.

_____. *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États, Leçons VI*, Paris: Fayard, 1992.

_____. *Le Dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie, traduits et présentés par Anton Schütz, Marc Smith, Yan Thomas, Leçons IV, suite. éd.* Paris: Fayard, 1988.

_____. *Poder genealógico do Estado*. In: ALTOÉ, Sonia (Org.). *Sujeito do direito, sujeito do desejo: direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 2004.

_____. *Le Désir Politique de Dieu- études sur le Montage de l'État et Du Droit*. Paris: Fayard, 1988.

_____. *L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident* (Leçons IV). Paris: Fayard, 1985.

OST, François, *Le temps du droit*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1999.

SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS DEFINIÇÕES CONCEITUAIS DE CRIME POLÍTICO E DE TERRORISMO

Anderson Vichinkeski Teixeira*

Sumário: Introdução. 1. Das origens do crime político às teorias para sua conceituação. 2. O crime político na Lei de Segurança Nacional. 3. Terrorismo e crime político: diferenças e aproximações. Referências.

Introdução

O conceito de crime político apresenta diversas implicações possíveis, seja no âmbito doutrinário, jurisprudencial ou mesmo legislativo. A doutrina pátria, como veremos melhor a seguir, associa tal noção a contextos políticos específicos, colocando como bem jurídico tutelado categorias amplas, como “interesses jurídicos da nação”, por exemplo. A jurisprudência constitucional brasileira tem, historicamente, buscado não empregar a referida expressão, deixando-a para situações que envolvam direitos de estrangeiros, especificamente sobretudo refugiados ou exilados políticos. Já no âmbito legislativo, a tentativa de positivação mais objetiva ocorreu com a polêmica Lei de Segurança Nacional.

Diante de todas essas possíveis implicações, pretendemos analisar neste ensaio a viabilidade de aproximar crimes de terrorismo com crime político, uma vez que, no Brasil, seguindo tendência mundial, encontra-se em curso tentativas de criminalização e de uma melhor tipificação do terrorismo. Assim, em um primeiro momento, analisaremos as origens do conceito de crime político e seus desdobramentos conceituais. Em seguida, passaremos para um breve exame do referido conceito na Lei de Segurança Nacional. E, por fim, buscaremos marcar alguns traços distintivos entre crime político e terrorismo.

1 Das origens do crime político às teorias para sua conceituação

O marco inicial de utilização da noção de crime político é talvez impossível de ser precisado. Trata-se de expressão que é correlata ao

* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: www.andersonteixeira.com

desenvolvimento das civilizações humanas. No entanto, para uma melhor compreensão, recorde-se René Garraud, em sua obra clássica, quando refere que existiriam três fases:¹

(1) fase bárbara ou fetichista, em que todo ato contra a tribo ou organização política ou ainda religiosa seria considerado punível com o exílio ou a pena de morte;

(2) fase despótica, caracterizada pela definição de crime de lesa-majestade, i.e., todo e qualquer ato atentatório ao poder real;

(3) fase política, em que os crimes de lesa-majestade tornam-se crimes contra a segurança do Estado.

Dessa classificação surge a atual distinção entre crimes contra a segurança interna e crimes contra a segurança externa do Estado, restando, porém, ambas categorias sempre presentes no conceito geral de crime político.²

Todavia, é sobretudo com Cesare Beccaria que a fase atual, tida como liberal, do crime político ganha forma. Os antigos delitos de lesa-majestade e a cominação de pena de morte para muitos deles levaram Beccaria a questionar a própria legitimidade da pena capital e a vagueza do conceito de “delitti di lesa maestà”, pois “A mera tirania e a ignorância, que confundem as palavras e as ideias mais claras, deram esse nome a crimes de natureza inteiramente diferentes, tornando assim os homens, como em milhares de outras ocasiões, vítimas de uma palavra.”³

As dificuldades de sistematização acerca da categoria crime político foram muito influenciadas por posturas como a de Francesco Carrara, um dos principais penalistas europeus, que afirmava ser a tipificação de tais crimes produto de vontades políticas – muitas vezes partidárias – hegemônicas em dado momento histórico. Assim, seriam intromissões da política no meio jurídico, tornando impossível o seu devido enquadramento nas tradicionais categorias penais.⁴

¹ Cf. GARRAUD, René. *Traté théorique et pratique du droit penal français*. 2^a ed. Paris: Larose & Forcel, 1913, pp. 253-256.

² Cf. GARRAUD, René. *Op. cit.*, p. 256.

³ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Feltrinelli, 2003, p. 79.

⁴ Cfr. CARRARA, Francesco. *Programma del corso di Diritto Criminale*. Vol. 7. Lucca: Giusti, 1867, 3925-3927.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

No que concerne à natureza jurídica do crime político, embora não exista consenso doutrinário sobre o tema, podemos apontar três teorias como as principais existentes:

(1) *Teorias objetivas*: concentram as atenções no bem jurídico tutelado. Giovanni Impallomeni ressaltava que esta espécie de crime se voltava contra os poderes dos Estados ou suas bases sociais.⁵ Na Itália, após sua Unificação, o Código Penal de 1889, chamado de Código Zananderlli, em homenagem ao Ministro da Justiça da época, concebia o crime em si como um ato com implicações políticas. Já os crimes especificamente políticos vinham previstos com penas mais gravosas, no Livro Segundo, Título I, “Dos delitos contra a segurança do Estado”. Ressalte-se que a preocupação política não fica apenas limitada a este Título I, pois no Título II, “Dos delitos contra a liberdade”, a primeira forma de liberdade protegida era a “liberdade política”; somente depois aparecem a liberdade de culto, liberdade individual etc. O exemplo do Código Zananderlli é muito ilustrativo em relação às teorias objetivas, porque se trata de uma espécie de Código amplamente norteado pela proteção de bens jurídicos de cunho político, de natureza estatal ou que envolvam interesses sociais personificados nos poderes públicos.

(2) *Teorias subjetivas*: em geral, analisa-se o delito político a partir de quem o comete ou de quem o sofre. Associa-se a isto, fundamentalmente, o motivo que move o autor do delito. Ou seja, sendo por um motivo nobre, a reprovabilidade da conduta deveria ser menor; sendo por um motivo vil ou subversivo, a reprovabilidade deveria ser maior. Cesare Lombroso foi um dos principais defensores dessa teoria, figurando inclusive como um dos pensadores a dedicar maior atenção ao tema do crime político. Em obra clássica escrita juntamente com Rudolfo Laschi, em 1885, para o I Congresso de Antropologia Criminal, muitos dos caracteres de maior relevo da Escola Criminológica de Lombroso restam presentes quando ambos sustentam ser o delito político um ato de violência de minorias contra as condições políticas estabelecidas pela maioria, ou mesmo quando tal ato se constituía em uma tentativa de mudar os costumes e modos de pensar da maioria.⁶ Recordam os autores o

⁵ Cf. IMPALLOMENI, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Penale*. Torino: UTET, 1911, p. 225.

⁶ Cfr. LOMBROSO, Cesare; LASCHI, Rudolfo. *Il delitto politico e le rivoluzioni*. Torino: Bocca Editori, 1890, p. 26-27.

caso do julgamento de Sócrates: propor uma nova ideia de *nomos* e, com isso, subverter a juventude foi considerado à época um típico delito político.⁷ Em outras palavras, o bem jurídico ofendido pode ter sido a vida ou o patrimônio, como, por exemplo, no caso de homicídio ou furto, respectivamente, mas a sua motivação converterá dada conduta em um comportamento de maior reprovabilidade, pois constituiria um crime político. Inversamente, como dito há pouco, caso a conduta delitiva seja movida por razões nobres, podendo até mesmo pretender uma revolução, seria então de menor reprovabilidade, pois o “vero delitto politico” não passaria de uma mera rebelião sem pretensões maiores ou mesmo sem condições reais para tanto.⁸ O subjetivismo dessa teoria é tão elevado que, ao versarem sobre “A geografia do delito político”, afirmam o que segue: “Em suma, nos países muito quentes e nos países muito frios é mínima a evolução do crime político.”⁹ Já nos países de calor temperado/moderado, a maior energia nos músculos e na mente favoreceria o desenvolvimento social e político, sobretudo para fins revolucionários.¹⁰

(3) *Teoria mista*: combinando aspectos das duas teorias precedentes, a teoria mista é aquela que goza de maiores partidários, em especial desde o pós-Segunda Guerra Mundial. Nelson Hungria ilustra com propriedade o conceito de crime político a partir da teoria mista: “são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais.”¹¹ Ainda com base na doutrina brasileira, Heleno Fragoso ressalta a necessidade de que o fim político, mais especificamente, o fim atentatório à segurança do Estado esteja presente.¹² No entanto, retrocedendo um pouco no tempo, veremos, como bem recorda Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho, que foi Eugenio Florian, possivelmente, o primeiro a “delinear uma teoria mista no preciso sentido do termo, consignando que na exata definição de delito político ao bem ou interesse jurídico o-

⁷ Cfr. LOMBROSO, Cesare; LASCHI, Rudolfo. *Op. cit.*, p. 29-30.

⁸ Cfr. LOMBROSO, Cesare; LASCHI, Rudolfo. *Op. cit.*, p. 377.

⁹ LOMBROSO, Cesare; LASCHI, Rudolfo. *Op. cit.*, p. 42. (tradução livre)

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 166.

¹² Cf. FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 35.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

fendido deve obrigatoriamente associar-se o fim político.”¹³ Segundo o próprio Florian, na noção de delito político “devem se associar os critérios do bem ou do interesse jurídico e do fim político.”¹⁴

Paralelamente às teorias existentes, duas classificações costuma ser feitas em relação aos crimes políticos.

A primeira classificação toma como referência a ofensa à soberania (interna ou externa) do Estado:

(1) Crimes políticos internos: são cometidos contra a segurança interna do Estado, contra suas principais instituições públicas ou contra o regime político instituído.

(2) Crimes políticos externos: são cometidos contra a integridade territorial do Estado, contra seus caracteres típicos de soberania externa ou contra a própria existência do Estado como unidade político organizada.

Já a segunda classificação, notadamente influenciada pela obra do espanhol Luis Giménez de Asúa, considera toda a amplitude conceitual da noção em tela, separando-a dos crimes comuns e dividindo-a em crimes políticos *lato sensu* e crimes políticos *stricto sensu*. Dada sua generalidade aqueles incluiriam, além destes, crimes anarquistas, crimes sociais e crimes terroristas.

Giménez Asúa¹⁵ concebia os crimes políticos *stricto sensu* com três subcategorias:

(1) crimes políticos puros: voltados contra a estrutura do Estado e sua organização fundamental.

(2) crimes políticos complexos: são os que se dirigem, com a mesma conduta e contemporaneamente, contra a estrutura do Estado e outros bens jurídicos comuns.

¹³ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, Vol. 771, 2000, p. 428. (p. 421-447)

¹⁴ FLORIAN, Eugenio. *Tratatto di Diritto Penale*. 3 ed. Milano: Vallandi, 1926, p. 387. (tradução livre)

¹⁵ Cf. ASÚA, Luis Giménez. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 187.

(3) crimes políticos conexos: são os delitos-meio utilizados para atingir o fim político ou viabilizar a consumação do crime político puro.

Prado e Carvalho ressaltam que a distinção entre os crimes políticos complexos e os conexos “reside no fato de que naqueles prepondera o elemento subjetivo – o fim ou motivo que impulsiona o agente –, enquanto estes têm em sua essência um limite objetivo, qual seja, a ‘atrocidade dos fatos perpetrados’.”¹⁶

2 O crime político na Lei de Segurança Nacional

Momento histórico importantíssimo no desenvolvimento da tipificação do crime político no Brasil pode ser visto com a Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170 de 1983). Produto, antes de tudo, do conflito ideológico entre EUA e URSS no pós-Segunda Guerra Mundial, os países que compunham o eixo ideológico dos EUA, mais especificamente, o Brasil, passaram a adotar legislações repressivas a qualquer ideologia diversa da ideologia dominante. Assim, a Guerra Fria introduziu no Brasil a doutrina da segurança nacional, que, segundo salientou Carlos Canedo Gonçalves da Silva:

[...] pode-se dizer que ela parte de diversos conceitos de guerra para chegar à conclusão acerca da necessidade de se estabelecer uma política ‘consistente e global’ de segurança nacional, contra os inimigos, que podem ser ‘externos’ ou ‘internos’, estes sempre identificados, embora nunca bem definidos, com as diversas formas usadas pelo movimento comunista internacional para infiltrar-se no país.¹⁷

Como bem recordou Fragoso, com a referida lei buscou-se “mudar o centro de gravidade dos crimes contra a segurança do Estado, definindo certas ações que, ao ver do legislador, atingem certos objetivos nacionais.”¹⁸ No entanto, o mesmo Fragoso admite que o que acabamos vendo foi a Lei de Segurança Nacional ser aplicada, com o beneplácito dos tribunais, para “perseguir operários, jornalistas, estudantes e religiosos por fatos que nada têm a ver com a segurança do Estado.”¹⁹

¹⁶ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Op. cit.*, p. 432.

¹⁷ SILVA, Carlos. A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 106.

¹⁸ FRAGOSO, Heleno. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. In: *Jornal Folha de São Paulo*, 21 de abril de 1983, p. 34.

¹⁹ *Ibidem*.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

No Título II da LSN estão previstas condutas notoriamente associáveis à noção de crime político, como, por exemplo:

Art. 8º - Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único - Ocorrendo a guerra ou sendo desencadeados os atos de hostilidade, a pena aumenta-se até o dobro.

Art. 9º - Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país.

Pena: reclusão, de 4 a 20 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade.

Art. 10 - Aliciar indivíduos de outro país para invasão do território nacional.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Ocorrendo a invasão, a pena aumenta-se até o dobro.

Art. 11 - Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente.

Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.

Art. 12 - Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, sem autorização legal, fabrica, vende, transporta, recebe, oculta, mantém em depósito ou distribui o armamento ou material militar de que trata este artigo.

Art. 13 - Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - com o objetivo de realizar os atos previstos neste artigo, mantém serviço de espionagem ou dele participa;

II - com o mesmo objetivo, realiza atividade aerofotográfica ou de sensoramento remoto, em qualquer parte do território nacional;

III - oculta ou presta auxílio a espião, sabendo-o tal, para subtraí-lo à ação da autoridade pública;

IV - obtém ou revela, para fim de espionagem, desenhos, projetos, fotografias, notícias ou informações a respeito de técnicas, de tecnologias, de componentes, de equipamentos, de instalações ou de sistemas de processamento automatizado de dados, em uso ou

Perspectivas do Discurso Jurídico: novos desafios culturais do século XXI

em desenvolvimento no País, que, reputados essenciais para a sua defesa, segurança ou economia, devem permanecer em segredo.

Veja-se que a modalidade culposa era admitida nos seguintes casos: “Art. 14 - Facilitar, culposamente, a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13, e seus parágrafos. Pena: detenção, de 1 a 5 anos.”

Todavia, em crimes como os abaixo arrolados a amplitude da base de incidência da norma penal tornava cada tipo em si praticamente um tipo penal em aberto:

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;

II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;

III - de guerra;

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.

§ 2º - Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui:

a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo;

b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda.

§ 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.

Art. 23 - Incitar:

I - à subversão da ordem política ou social;

II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

III - à luta com violência entre as classes sociais;

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Art. 24 - Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

Art. 25 - Fazer funcionar, de fato, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

Surgia somente no art. 20 da Lei de Segurança Nacional uma previsão que gerava dúvidas sobre se tratar ou não de tipificação do terrorismo:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

A ausência de uma definição acerca do que são “atos de terrorismo” geraria uma ofensa ao princípio constitucional da legalidade penal (art. 5, XXXIX, da Constituição). Prado e Carvalho destacam que, embora seja latente a ausência de definição do que seriam “atos de terrorismo”, para grande parte da doutrina da época o referido art. 20 estaria a tipificar adequadamente o crime de terrorismo.²⁰ Atualmente, parece ser incontestável que não existe na legislação brasileira o tipo penal “terrorismo”.

Entretanto, para uma melhor compreensão deste conceito passemos ao item seguinte.

3 Terrorismo e crime político: diferenças e aproximações

Definir terrorismo tem sido tarefa árdua para todos que tentam fazê-lo. Dois grandes problemas surgem: (1) diferenciar práticas de guerras ou simplesmente criminosas de práticas de terror e (2) definir o que torna alguém um terrorista. Na tentativa de abordar estes e outros problemas de maior relevo, relembremos alguns dos conceitos mais utilizados de terrorismo.

Antes disso, vale recordar que a palavra em si “terrorismo” decorre do latim *detertere* (deter, afugentar, amedrontar) combinado com *terrere* (terrificar).

Walter Laqueur define terrorismo como “o uso da violência por parte de um grupo para fins políticos, normalmente dirigido contra um governo, mas por vezes contra outro grupo étnico, classe, raça, religião ou movimento político. Qualquer tentativa de ser mais específico está voltada

²⁰ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Op. cit.*, p. 442.

ao fracasso, pela simples razão de que não há um, mas muitos terrorismos diferentes.”²¹ Outra definição possível, que pode ser considerada clássica, já que toma o Estado como ponto de referência, é a de terror dada por Luigi Bonanate: “o instrumento de emergência a que um governo recorre para manter-se no poder.”²² Abrindo bem mais a perspectiva do que Laqueur e Bonanate, Noam Chomsky utiliza o termo terrorismo para referir “a ameaça ou o uso de violência para intimidar ou coagir (geralmente para fins políticos).”²³

Uma noção mais completa de terrorismo foi dada por Antonio Cassese. O jusinternacionalista italiano decompôs o conceito segundo seus principais elementos estruturantes:²⁴

- (1) Os atos cometidos devem ser penalmente relevantes para a maior parte dos sistemas jurídicos nacionais.
- (2) Os atos criminosos devem ser destinados a coagir um Estado, uma organização internacional ou um ente não estatal, como uma empresa multinacional, difundindo o terror entre a população civil com a ameaça ou o uso de ações violentas.
- (3) Os atos criminosos devem ser cometidos por razões políticas, religiosas ou ideológicas, ao invés de razões econômicas.

Todavia, Danilo Zolo critica essa definição de Cassese, acusando-a de ser adequada somente aos povos ocidentais.²⁵ A dificuldade está na impossibilidade de universalizar um conceito que não inclui o terrorismo de Estado, ou seja, coloca o terrorista como, necessariamente, um indivíduo isolado ou pertencente a um grupo de indivíduos. Zolo recorda que uma das principais reivindicações árabes é o reconhecimento do terrorismo praticado pelos Estados como também uma forma de terror.²⁶ Na tentativa de apresentar a sua definição, Zolo sustenta que, por terrorismo, devemos entender também os atos que “as autoridades políticas e militares de um Estado, usando armas de destruição em massa, valem-se da sua

²¹ LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 46. (tradução livre)

²² BONANATE, Luigi. Terrorismo político. In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Giuseppe (orgs.). *Dicionário de política*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1986, p. 1242.

²³ CHOMSKY, Noam. In: SHAFRITZ, Jay M. et al., *Almanac of Modern Terrorism*. Nova Iorque: Facts on File, 1991, p. 264.

²⁴ Cf. CASSESE, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milão: Feltrinelli, 2008, pp. 177-184.

²⁵ ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*. Reggio Emilia: Diabasis, 2009, p. 29.

²⁶ ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*, cit., p. 30.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

supremacia militar para agredir um outro Estado ou nação, e para difundir o terror e massacrar civis e militares.”²⁷ Ou seja, o terror é um recurso ao qual indivíduos isolados, grupos ou Estados podem recorrer.

Tornando os olhos para a legislação brasileira, vemos que o crime político constitui *categoria mais abrangente* do que o terrorismo, pois deve buscar um fim político (elemento teleológico) e atentar contra órgão, poder ou estrutura do Estado (elemento objetivo; i.e., deve buscar lesionar um bem jurídico tutelado próprio do Estado). No entanto, Fragoso (1981, p. 95) destacava que “a estrutura do crime de terrorismo, a razão de ser da norma penal, e assim as formas de terrorismo previsto na lei de segurança nacional, são e sempre foram crimes políticos. É justamente deste ponto que parte toda a discussão acerca da caracterização dos atos de violência urbana.” Ou seja, inevitavelmente, um ato de terrorismo será um crime político.

O grande ponto a se ter em mente é que o ato de terrorismo constitui momento último, violência extrema, de um agente ou grupo contra determinada ordem político-social. O enquadramento dado pela autoritária e pessimamente sistematizada Lei de Segurança Nacional, bem como por novos projetos de leis que, frequentemente, emergem no debate político, gera a terrível ameaça de confundir atos de violência urbana com atos de terrorismo. Veja-se que a partir de qualquer uma das definições que arrolamos acima – a título ilustrativo, mas também argumentativo – torna-se impossível pensar atos de violência urbana, como depredação de patrimônio, por exemplo, como ato terrorista.

Tal equívoco, além de ser um impropriedade jurídica brutal, pode culminar em situação análoga à da Lei de Segurança Nacional: tipos penais em aberto e definíveis de acordo com cada caso concreto! A subversão completa da ordem instituída, a ameaça a um inteiro grupo social, entre outras agressões de maior profundidade no seio social, são sim atos notadamente terroristas.

²⁷ ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*, cit., p. 34.

Referências

ASÚA, Luis Giménez. *Princípios de Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Feltrinelli, 2003.

BONANATE, Luigi. Terrorismo político. In: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Giuseppe (orgs.). *Dicionário de política*. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1986.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di Diritto Criminale*. Vol. 7. Lucca: Giusti, 1867.

CASSESE, Antonio. *Il sogno dei diritti umani*. Milão: Feltrinelli, 2008.

CHOMSKY, Noam. In: SHAFRITZ, Jay M. et al., *Almanac of Modern Terrorism*. Nova Iorque: Facts on File, 1991.

FLORIAN, Eugenio. *Tratatto di Diritto Penale*. 3 ed. Milano: Vallandi, 1926.

FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRAGOSO, Heleno. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. In: *Jornal Folha de São Paulo*, 21 de abril de 1983, p. 34.

GARRAUD, René. *Traté théorique et pratique du droit penal français*. 2ª ed. Paris: Larose & Forcel, 1913.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

IMPALLOMENI, Giovanni. *Istituzioni di Diritto Penale*. Torino: UTET, 1911.

LAQUEUR, Walter. *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

LOMBROSO, Cesare; LASCHI, Rudolfo. *Il delitto politico e le rivoluzioni*. Torino: Bocca Editori, 1890.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, Vol. 771, 2000, pp. 421-447.

SILVA, Carlos. A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ZOLO, Danilo. *Terrorismo umanitario*. Reggio Emilia: Diabasis, 2009.

A CONFIABILIDADE DA PROVA ORAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL E OS DANOS CAUSADOS PELAS FALSAS MEMÓRIAS

Antônio Miller Madeira *

Sumário: Introdução. 1 A prova penal como meio de construção do convencimento do julgador. 1.1 (Não) Confiabilidade da prova testemunhal. 2 Memória e falsas memórias. 2.1 Falsas memórias e os danos da prova testemunhal. 2.2 Transcurso do tempo como fator de perda de informações. 3 Redução de danos na prova testemunhal. 3.1 Entrevista cognitiva como método de interrogatório mais eficaz. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente estudo tem por objetivo uma análise da prova testemunhal e das causas de contaminação do seu resultado, em especial as falsas memórias. Muitos são os fatores que podem ocasionar interferências e comprometer a confiabilidade da prova oral, como a deficiência técnica, o método de entrevista, a repercussão na mídia ou simplesmente a falha na memória do entrevistado.

A reconstrução dos fatos sempre será imperfeita, pois se trata de investigar o passado no presente, resultando daí uma nova versão histórica. Portanto, a busca pela (utópica) verdade real não pode ser vista como um fim dentro do processo, mas sim como um elemento tangencial, que pode ou não ser alcançado, e, caso o seja, é consequência da busca pela convicção do juiz através das teses propostas pela defesa ou acusação.

Ao invés disto, o processo penal deve ser visto com o propósito de convencer o julgador das teses propostas pela defesa ou acusação, sem que isso, necessariamente, corresponda a um ideal de “verdade”. Nesse contexto, onde o objetivo é a busca pelo convencimento do juiz, a prova tem um papel decisivo, sendo o elemento através do qual as partes buscam atingir esse convencimento.

No sistema jurídico penal brasileiro, a prova testemunhal possui grande importância. Isso decorre do déficit estrutural das polícias, bem como do próprio Poder Judiciário, o que, muitas vezes, inviabiliza a utilização de técnicas para a colheita de provas periciais. Como resultado, a prova oral acaba sendo o meio de prova mais utilizado pelo Judiciário

* Bacharel em Direito pela Universidade Ritter dos Reis; Especializando em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; Especializando em Direito Penal e Advocacia Criminal pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico.

brasileiro, principalmente nos crimes que não costumam deixar vestígios, quando a palavra da vítima e testemunhas são o único elemento de prova embasando a denúncia.

Em que pese a citada importância da prova oral, a legislação penal é omissa quanto aos métodos a serem utilizados na entrevista para a sua obtenção. Além disso, se por um lado a prova testemunhal merece especial destaque em nosso atual sistema processual penal, por outro lado não parece existir o mesmo *status* no que tange ao procedimento utilizado para a sua produção, que gera resultados superficiais e, muitas vezes, de pouca confiabilidade.

Muitos são os fatores que podem contaminar a prova testemunhal, como o método de entrevista utilizado, por exemplo, bem como a repercussão midiática por que passam muitos crimes de grande repercussão, gerando uma “sentença condenatória antecipada”, com o aval de toda a população que assiste o desenrolar da investigação pela perspectiva de um “terceiro parcial” (telejornais, revistas etc.).

Pesquisas sobre a memória demonstram as dificuldades no armazenamento e recuperação das informações. Os detalhes visualizados sobre um determinado fato são mais nítidos e facilmente acessados pela testemunha poucos minutos após a sua ocorrência. Horas após os fatos parte da informação já estará perdida, e, quanto mais tempo transcorrer até a entrevista, maior a probabilidade de traços da memória estarem perdidos ou inacessíveis.

As falsas memórias são lembranças que o agente acredita serem verdadeiras; porém, são resultado de interferências no seu processo mnemônico, que gerou uma lembrança falsa. Esse é o maior dano para a prova testemunhal: a crença do agente na veracidade das falsas memórias, enquanto não passam de distorções da realidade, o que torna a sua verificação e comprovação muito mais complexas do que uma mentira.

A garantia constitucional do devido processo legal deve ser interpretada de forma ampla, de tal sorte que não apenas o processo seja visto como garantia constitucional, mas também que este processo seja célere e balizado pelos princípios e garantias constitucionais e garantindo-se, também, a qualidade da prova, em especial a oral.

Desta forma, através de uma análise interdisciplinar, deve-se buscar soluções capazes de minimizar as interferências sofridas pela prova oral, visando à melhora da sua qualidade e quantidade de informações obtidas durante a entrevista, garantindo-se, assim, a utilização da prova testemunhal sem mitigar as garantias constitucionais que devem nortear o processo penal.

1 A prova penal como meio de construção do convencimento do julgador

A finalidade do processo penal é a reconstituição de um fato histórico (crime) através da prova produzida, sendo que “a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita”.¹ A prova é um meio de convencimento do julgador, uma vez que este nada sabe,² desconhece por inteiro os fatos antes que sejam levados a juízo, e, através dos discursos das partes e das provas carreadas aos autos, busca a reconstrução fática, para que, diante da tese que o convencer, aplicar a sentença ao caso concreto.

A prova é o elemento central da persecução no Direito Processual Penal brasileiro. É por ela que o juiz toma conhecimento – e convencimento – dos fatos, pois, antes de ter contato com os elementos carreados aos autos, nada sabe. Cabe a ele, através dos elementos e provas trazidos aos autos, a reconstrução dos fatos:

Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como define JACINTO COUTINHO, a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto. Daí porque o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova. Logo, a prova para ele é sempre indireta.³

Sendo a sentença fruto do convencimento pessoal do juiz, e a prova o elemento com que as partes buscam obter esse convencimento, ela é o instrumento pelo qual busca-se auferir credibilidade na reconstrução dos fatos conforme as versões apresentadas pela acusação e defesa.⁴ A prova se torna o foco do processo, sendo o objetivo primário das partes a produção de provas favoráveis à tese apresentada, de forma a deslegi-

¹ LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). Rio de Janeiro: 2006, p. 278.

² Importante salientar, que o juiz deve exercer a sua função como um terceiro imparcial, e, a partir da atividade recognitiva, julgar o caso concreto. Portanto, em tese, o magistrado não saberia dos fatos antes do oferecimento da denúncia, entretanto, o juiz que atua na fase pré-processual é o mesmo da instrução, razão pela qual o juiz toma ciência dos fatos durante a fase investigativa, sendo, portanto, relativo o sentido da expressão “nada sabe”.

³ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 518.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu J; DI GESU, Cristina C. As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF. 2008, p. 4335. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/06_191.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2012.

timar as provas apresentadas pela parte contrária, cabendo ao juiz a escolha por uma das hipóteses apresentadas.⁵ Não seria demais dizer que as garantias e princípios constitucionais no âmbito do Direito Penal foram criados com o propósito de regular a produção de provas, com o objetivo de evitar abusos e freando a máquina estatal na persecução criminal.

Dentro do Direito Processual Penal brasileiro, diante da precariedade da fase investigativa policial, temos que o meio probatório de maior importância (e mais utilizada, sendo, inclusive, em muitos casos, o único elemento utilizado como convicção pelo juiz) é a prova testemunhal, ao mesmo tempo em que é o mais manipulável e pouco confiável⁶, suscetível a falhas e contaminações, justamente por depender da memória humana, que é limitada e influenciável, além de ser corroída pelo tempo, pois os fatos acontecidos no passado não serão vistos e reproduzidos da mesma forma pelo seu narrador, que a cada dia sofre perdas de informações presenciadas, podendo apresentar versões diferentes para um mesmo fato.

Sobre a finalidade do processo penal e o papel da “verdade” na relação processual, Aury Lopes Jr. explica que a “verdade” não pode ser um fim dentro do processo, sendo ela contingencial. Desta forma, a sentença não precisa corresponder exatamente aos fatos como acontecidos no passado para que se legitime o poder do juiz, decorrendo a legitimidade da sua decisão do processo regido sob a égide da ampla defesa e do contraditório, bem como das regras do devido processo legal e dos princípios e garantias constitucionais.⁷

1.1 (Não) Confiabilidade da prova testemunhal

Guilherme de Souza Nucci conceitua testemunha como sendo “a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade.”⁸ Todavia, em que pese o compromisso e

⁵ GIACOMOLLI, Nereu J; DI GESU, Cristina C. As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF. 2008, p. 4335. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2012.

⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 399.

⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 561.

⁸ DE SOUZA NUCCI, Guilherme. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 458.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

imparcialidade citados, na maioria das vezes não é possível uma prova testemunhal isenta de contaminações que comprometem a sua qualidade.

As deficiências técnicas, humanas e metodológicas acabam por inviabilizar a utilização de outros meios de prova, restando, não raro, apenas a prova testemunhal como elemento de convicção para o julgamento. Por esta razão, deve-se privilegiar o estudo acerca dos fatores de contaminação deste meio de prova, bem como dos possíveis métodos para sua redução, visando uma prova testemunhal com maior qualidade e confiabilidade.⁹

De acordo com Antonio Scarance Fernandes, a prova testemunhal, muitas vezes, é essencial para a verificação da autoria do delito. O processualista cita três características do testemunho: a oralidade, a objetividade e a retrospectiva, que devem ser observadas durante a obtenção da prova, bem como o princípio do contraditório, razão pela qual a prova testemunhal produzida na fase pré-processual não pode ser utilizada como elemento de convicção pelo juiz.¹⁰

Importa, para o presente estudo, a noção de que a prova testemunhal depende da memória e da capacidade de evocá-la pelo homem; portanto, está sujeita à falibilidade humana. Inúmeros fatores externos e internos do processo podem influenciar na prova testemunhal, contaminando-a de forma a alterar a percepção dos fatos pelo entrevistado. Assim, a qualidade da prova testemunhal depende não só da capacidade de percepção e da memória do entrevistado, como também da quantidade de fatores que estão exercendo influência no momento da entrevista.¹¹

A prova testemunhal visa resgatar na memória da testemunha os elementos presenciados por ela, exercendo uma atividade recognitiva destinada ao juiz, para que ele passe a ter conhecimento dos fatos. A fragilidade deste meio probatório, aliada às interferências externas, pode alterar a percepção da realidade, gerando falsas memórias.¹²

Merleau-Ponty compara a testemunha a um pintor ao afirmar que “falta ao olho condições de ver o mundo e falta ao quadro, condições para representar o mundo.”¹³ Interpretando a afirmação do autor, Aury Lopes Jr. explica:

⁹ GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina C. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. 2010. Capturado na internet. Disponível em:

<<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acessado em: 09 ago. 2012.

¹⁰ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

¹¹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 399.

¹² DI GESU, Cristina C. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 72.

¹³ MERLEAU-PONTY, Maurice, 1969 apud LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 656.

Isso porque, ensina o autor, a ideia de uma pintura universal, de uma totalização da pintura, de uma pintura inteiramente realizada, é destituída de sentido. Ainda que durasse milhões de anos, para os pintores, o mundo, se permanecer mundo, ainda estará por pintar, findará sem ter sido acabado.

Isso não significa – explica MERLEAU-PONTY – que o pintor (ou a testemunha, em nosso caso) não saiba o que quer, mas sim que ele está aquém das metas e dos meios... até pela impossibilidade de apreensão do todo.¹⁴

De acordo com Enrico Altavilla, o limiar da nossa consciência pode sofrer influências externas, alterando as nossas percepções e sensibilidade, bem como o nosso estado de emoção, sendo que estas alterações podem gerar lacunas e alterações na prova testemunhal.¹⁵ O fato de ter presenciado um delito, por si só, gera alterações no estado emocional da testemunha, comprometendo a sua capacidade de observação.

Como consequência, temos que o resultado da prova testemunhal obrigatoriamente sofre variações conforme o locutor, de acordo com a sua capacidade de expressar e se fazer compreender.¹⁶ Aury Lopes Jr. conclui que “tudo isso faz com que a objetividade do testemunho seja ilusória e a ‘verdade’ alcançada no processo não seja mais do que aproximativa, uma possibilidade de que aquilo que ao final foi decidido corresponda ao que ocorreu no passado.”¹⁷

2 Memória e falsas memórias

Ivan Izquierdo define a memória como “a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações.”¹⁸ É por meio da aquisição que gravamos as informações e geramos as lembranças. Quando acessamos estas informações, estamos exercendo a evocação, que nada mais é do que a lembrança, a recuperação da memória consolidada.

No processo de retenção, as informações presenciadas estão suscetíveis a deformações pelo transcurso do tempo e por novas informações presenciadas, alterando a precisão e gerando distorções nas memó-

¹⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 656.

¹⁵ ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária. Coimbra: Ceira, 1981, p. 23-24.

¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 657.

¹⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 657.

¹⁸ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 9.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

rias. Isso ocorre porque a aquisição de informações posteriores ao episódio pode gerar a incorporação da nova informação sobre a anterior, dificultando ao indivíduo distinguir a informação original da incorporada.¹⁹

O processo pelo qual armazenamos a memória, para que mais tarde possa ser evocada – acessada – é chamado de consolidação.²⁰ Tanto no processo de aquisição, como na formação e na evocação, inúmeros fatores afetam e modelam as memórias. A forma como lembraremos um determinado evento é relativa, pois depende não só da nossa capacidade perceptiva, como, também, da interferência sofrida por fatores externos. A nossa emoção é dos principais reguladores das nossas memórias.²¹

Sobre nossas memórias e suas deformações, Ivan Izquierdo afirma que sofremos perdas de informações que são descartadas por nossa memória, e, ainda, com o transcurso do tempo, incorporamos detalhes de outras memórias, mentiras e variações que acabam alterando as lembranças.²² É natural, portanto, que a lembrança armazenada hoje possa não ser a mesma evocada daqui a um ano.

Distinguindo-se as lembranças da realidade, afirma Ivan Izquierdo que “a Memória da rosa não nos traz a rosa; a dos cabelos da primeira namorada não a traz de volta, a voz do amigo falecido não nos recupera o amigo.”²³ A memória nunca será exatamente igual à realidade. Ela é aproximativa, e sofre variações de pessoa para pessoa.

Como explica Cristina Di Gesu, durante o processo de consolidação da memória é possível que o nosso cérebro faça alterações nos eventos presenciados, criando distorções nas lembranças consolidadas. Assim, a cada evocação a nossa memória pode incluir ou excluir informações.²⁴

De todas as experiências que passamos durante nossa vida, armazenamos apenas uma pequena parcela das informações; a maior parte é perdida instantes após a aquisição. Apenas uma pequena parte de tudo aquilo que aprendemos e lembramos fica armazenado em nossas memórias remotas.²⁵

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu J; DI GESU, Cristina C. As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF. 2008, p. 4336. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf>. Acesso em: 02 maio 2012..

²⁰ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 27.

²¹ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 12.

²² IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 15-16.

²³ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 17.

²⁴ DI GESU, Cristina C. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 82.

²⁵ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 30.

Isso demonstra a fragilidade da consolidação das informações que armazenamos na memória, pois a grande maioria dos detalhes e informações é perdida, sendo que, em casos onde a aquisição da memória se deu durante um evento traumático, fica ainda mais comprometida a consolidação destas memórias, em razão das deformações exercidas pelos fatores exógenos.²⁶ Ainda, existem aquelas lembranças que o nosso cérebro inconscientemente escolhe não lembrar, evitando-se recordações de situações desagradáveis.²⁷

A memória está sujeita à falibilidade e às imperfeições humanas. São inúmeros os agentes externos que podem atuar de forma a prejudicar o processo de aquisição e de evocação das memórias. Nossas memórias não são cópias fidedignas dos fatos tais como aconteceram na realidade, pois a nossa percepção das informações sofre distorções no momento de consolidação da memória.²⁸

Essas interferências sofridas durante o processo mnemônico possuem as causas mais diversas, podendo ocorrer pelas situações mais cotidianas e triviais, em razão de alterações no estado emocional do indivíduo, pois a ansiedade, o estresse, o cansaço, a desatenção, são fatores que interferem e moldam as lembranças. As interferências causadas pelas oscilações nos estados de ânimo e emocionais do agente influenciam diretamente na qualidade e capacidade do processo de consolidação da memória.²⁹

Para relembrarmos, ou seja, acessarmos uma memória (evocação), “o cérebro deve recriar, em instantes, memórias que levaram horas para ser formadas.”³⁰ Dai porque é natural que existam falhas nesse processo. Diante de todos os fatores apresentados a que está sujeita a falibilidade da memória, um dos principais, mais graves e difíceis de ser identificados são as falsas memórias, pois, diferentemente da mentira, que é ato consciente e premeditado, o agente de fato acredita que a falsa memória corresponda a um evento verdadeiro; ele não possui a consciência da criação da lembrança falsa.³¹

Lilian Milnitsky Stein e Giovanni Kuckartz Pergher explicam que “Algumas falsas memórias são geradas espontaneamente, como resultado do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas. Estas são as chamadas falsas memórias

²⁶ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 30.

²⁷ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 9.

²⁸ ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária. Coimbra: Ceira, 1981, p. 44.

²⁹ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 63-65.

³⁰ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 57.

³¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 665.

espontâneas ou auto sugeridas (Brainerd & Reyna, 1995).” Podemos dizer que “Em linhas gerais, as falsas memórias referem-se ao fato de lembrarmos de eventos que na realidade não ocorreram.”³², sendo que o agente efetivamente acredita na falsa lembrança, ele não consegue distinguir a memória verdadeira da falsa.

O surgimento de falsas memórias pode resultar, também, da sugestão externa de uma informação falsa, acidental ou deliberadamente fornecida ao agente, que de alguma forma é compatível com o evento presenciado. O agente, inconscientemente, passa a alterar suas recordações nos moldes da sugestão da falsa informação, alterando suas memórias, resultando em falsas memórias implantadas ou sugeridas.³³

2.1 Falsas memórias e os danos da prova testemunhal

A gravidade das falsas memórias – e o que as torna mais graves do que as mentiras – é a crença do agente na sua veracidade, tornando-as mais difíceis de serem identificadas e comprovadas do que as mentiras, pois “Diferenciar lembranças verdadeiras de falsas é sempre muito difícil, ocorrendo apenas quando se consegue demonstrar que os fatos contradizem às (falsas) lembranças.”³⁴

Elizabeth F. Loftus, cita um caso real dos danos experimentados pela indução de falsas lembranças em Nadean Cool, uma ajudante de enfermagem de Wisconsin. Em 1986 ela procurou ajuda terapêutica de um psiquiatra para superar um evento traumático sofrido por sua filha. O psiquiatra utilizou hipnose, entre outras técnicas, visando resgatar um suposto abuso que Nadean teria sofrido. Através deste processo, ela foi convencida de ter participado de um culto satânico, de comer bebês, ser estuprada, ter sexo com animais e ser forçada a assistir o assassinato da sua amiga de oito anos, bem como de que ela teria tido mais de 120 personalidades.³⁵ Nadean conseguiu perceber que as recordações, supostamente experimentadas por ela eram falsas, foram implantadas pelo psiquiatra.

³² STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kucartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v.14, n.2, 2001, p. 353.

³³ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kucartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v.14, n.2, 2001, p. 354.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v.1, p. 668.

³⁵ LOFTUS, Elizabeth F. Criando Memórias Falsas. In: *Scientific American* September 1997, vol. 277, p. 70-75. Tradução disponível em: <<http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>>. Acessado em: 05 ago. 2012.

Os estudos de Elizabeth F. Loftus visam demonstrar os efeitos de distorção a que estão sujeitas as lembranças logo após a sua aquisição. Instantes após uma testemunha ter presenciado um determinado fato, caso ela seja exposta a informações novas e incorretas sobre ele, suas lembranças acabarão sendo distorcidas. As informações falsas acabam sendo incorporadas na memória em formação, alterando significativamente a memória do agente, ocasionando a formação de falsas memórias. Isso ocorre porque as sugestões externas acabam misturando-se às memórias passadas, gerando lembranças falsas, sem que o agente consiga lembrar-se das informações originais.³⁶

Tendo em vista a carga emocional envolvida no presenciar de um crime, a possibilidade da geração de falsas memórias, ou de perda significativa do conteúdo das informações presenciadas, é ainda maior. Nessas situações, a mente humana tende a armazenar a emoção do evento presenciado, deixando passar despercebidos detalhes importantes que poderiam ser relatados no processo.³⁷

Existem crimes em que o agente está mais suscetível à ocorrência de falsas lembranças; como explica Aury Lopes Jr., “é nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória.”³⁸ Existem, também, depoimentos mais suscetíveis à ocorrência de falsas lembranças, como o depoimento infantil, tendo em vista que as crianças são mais vulneráveis à sugestão e suscetíveis a interferências externas na sua entrevista, pois elas tendem a buscar corresponder às expectativas do entrevistador.³⁹

Ponto nevrálgico durante o depoimento pessoal são a técnica e a linguagem utilizadas pelo entrevistador, que podem ajudar na preservação ou na violação da memória do entrevistado.⁴⁰ O interrogatório, quando realizado com pouca técnica, produz uma prova de pouca qualidade, carente de elementos substanciais que efetivamente auxiliem no desenvol-

³⁶ LOFTUS, Elizabeth F. Criando Memórias Falsas. In: Scientific American September 1997, vol. 277, p. 70-75. Tradução disponível em: <<http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>>. Acessado em: 05 ago. 2012.

³⁷ LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, Notadez n.25, abr./jun. 2007, p. 62.

³⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 667.

³⁹ LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. Revista de Estudos Criminais, Sapucaia do Sul, Notadez n.25, abr./jun. 2007, p. 65.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 672.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

ver do processo, e até mesmo gerar lembranças ou confundir os acontecimentos.

Portanto, deve-se buscar uma melhor qualidade técnica da prova obtida através do depoimento e reconhecimento pessoais, visando uma diminuição – pois a exclusão completa seria utópica – de falhas, bem como aumentando a qualidade e quantidade de informações.

2.2 Transcurso do tempo como fator de perda de informações

A prova testemunhal sempre estará sujeita à falibilidade humana e às limitações neurológicas da nossa memória; por isso, um procedimento para a realização da tomada de depoimentos de forma rápida e através da técnica apropriada pode ajudar na melhora da qualidade e diminuição da perda de informações.

O processo mnemônico pelo qual é efetuada a consolidação da memória sofre interferências e perdas com o transcurso do tempo. Isso ocorre tanto por fatores externos quanto por fatores naturais, pois a memória não registra todas as informações, apenas aquelas que “julga” necessária, sendo que fatores emocionais podem alterar essa percepção.

Nesse sentido, Nereu Giacomolli e Cristina Di Gesu explicam que:

É claro que o “ideal” seria a colheita e a análise da prova totalmente despida dos riscos endógenos (internos) e exógenos (externos) ao processo. Contudo, isso se distancia da realidade atual, em razão das constantes interações, influências externas, internas, temporais e espaciais. Inclusive, a própria memória e a imaginação poderiam trair a idéia de representação exata do acontecimento. Nesse sentido, a percepção de um determinado evento está eivada de interpretações, ou seja, de conhecimentos prévios e de interferências prováveis sobre aspectos da situação não percebida e não atendida por completo.⁴¹

Ainda, corroborando a justificativa para uma colheita da prova testemunhal em um curto espaço de tempo, Lilian Stein cita a Teoria da Deterioração quanto à perda da memória em decorrência do tempo. Segundo a teoria, com o passar do tempo, as memórias vão perdendo intensidade, tornando-se cada vez mais fracas, até o momento em que se per-

⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina C. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. 2010. Capturado na internet. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acessado em: 09 ago. 2012.

dem por completo.⁴² Quanto mais tempo se leva para acessar uma determinada memória, maior a probabilidade de perda de informações.

A autora cita também a Teoria da Interferência como fator de esquecimento. A diferença entre a Teoria da Deterioração e a Teoria da Interferência é que esta afirma que as lembranças sofrem interferências por outras memórias, ocasionando a perda de informações.⁴³

Aliadas ao transcurso do tempo, informações externas podem ajudar a contaminar as memórias, gerando alterações e perdas de informações:

A informação enganosa tem o potencial de invadir nossas recordações quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos ou vemos a cobertura da mídia sobre algum evento que podemos ter vivenciado nós mesmos. Depois de mais de duas décadas explorando o poder da informação enganosa, pesquisadores aprenderam muita coisa sobre as condições que fazem as pessoas suscetíveis à modificação da memória. As recordações são mais facilmente modificadas, por exemplo, quando a passagem de tempo permite o enfraquecimento da memória original.⁴⁴

Independentemente da teoria adotada, o fato é que a memória efetivamente sofre alterações com o tempo, daí porque é tão importante a discussão sobre a otimização do tempo visando à qualidade da prova testemunhal, pois as memórias não são arquivos fáceis de acessar a qualquer hora e sempre contendo todas as informações. Diferentemente, cada vez que olhamos para a memória ela está diferente, e, quanto mais demos a acessar essas lembranças, maior a possibilidade de perda de informações vitais para o processo penal.

A solução parece simples. Encurtar o prazo entre o acontecimento dos fatos e os depoimentos das testemunhas. Mas, na prática, não é tão simples assim. Em que pese o art. 400 do Código de Processo Penal⁴⁵ prever o prazo para a audiência de instrução de 60 dias no procedimento

⁴² PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Psicol. USP* vol.14 nº.1, São Paulo, 2003, p. 129-155. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 08 ago. 2012.

⁴³ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Psicol. USP* vol.14 nº.1, São Paulo, 2003, p. 129-155. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 08 ago. 2012.

⁴⁴ LOFTUS, Elizabeth F. Criando Memórias Falsas. In: *Scientific American* September 1997, vol. 277, p. 70-75. Tradução disponível em: <<http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>>. Acessado em: 05 ago. 2012.

⁴⁵ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm Acesso em 13 nov. 2012.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

ordinário, não existe punição processual para o seu descumprimento, bem como a própria estrutura precária do Judiciário não favorece o encurtamento do prazo, inclusive por falta de espaço nas pautas das audiências.

Encurtar o intervalo entre o acontecimento do fato delituoso e a obtenção da prova testemunhal favorece a diminuição de influências externas e a formação de falsas memórias. Entretanto, deve-se estabelecer o prazo suficiente para evitar interferências na prova testemunhal, sem acelerar demais o processo a tal ponto que sejam atropeladas as garantias e princípios constitucionais.⁴⁶

Deve-se privilegiar a produção de uma prova testemunhal com qualidade, com o máximo de informações possíveis, encurtando o espaço de tempo entre os fatos e o depoimento das testemunhas. Entretanto, é necessário ponderar-se a celeridade, de forma que ela não mitigue princípios e garantias constitucionais.

Assim, é necessário que o processo seja julgado dentro de um prazo razoável, sem atropelar o andamento necessário de maturação do processo, até mesmo para o convencimento do juiz, que deve formular a sua convicção diante dos fatos e provas, para o que é necessário tempo. O tempo corre contra e a favor do deslinde “justo” do processo. Cabe a análise de quais momentos e quais prazos são o suficiente para privilegiar a produção probatória sem esquecer-se das garantias constitucionais e o período razoável necessário à maturação para o julgamento do processo.

Do mesmo modo, o processo não pode perdurar eternamente, sob pena de carregar uma enorme insegurança jurídica, como eternizar a punição do acusado que está sendo submetido ao respectivo ritual, que por si só já macula a imagem da pessoa. Cristina Di Gesu comenta a impossibilidade de conferir a qualidade necessária à prova testemunhal quando muitos atos são reunidos em um único momento processual, sendo que “um dos principais inconvenientes, muito embora se viabilize a duração máxima para a designação da instrução, diz respeito à perda da qualidade da colheita de prova, devido à reunião de muitos atos processuais em uma só audiência.”⁴⁷

Claro que deve haver celeridade, a fim de garantir-se a qualidade da prova produzida. Entretanto, um prazo muito exíguo poderá gerar um atropelamento dos princípios e garantias constitucionais que devem servir de objetivo dentro do processo penal.

⁴⁶ GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina C. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. 2010. Capturado na internet. Disponível em:

<<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acessado em: 09 ago. 2012.

⁴⁷ DI GESU, Cristina C. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145.

3 Redução de Danos na Prova Testemunhal

Nas palavras de Guido Della Valle:

A função cognoscitiva, quer tenha como conteúdo a realidade exterior ou os fenómenos [sic] da vida psíquica, é sempre de natureza mediata e indirecta [sic]. Na verdade, o objecto [sic] só se torna matéria possível de conhecimento através dos trâmites da actividade [sic] psíquica, e, por conseguinte, anulando-se como tal e adulterando-se, visto que a consciência, longe de ser o reflexo passivo do exterior, é de natureza essencialmente dinâmica e tem um inesgotável poder criador, que necessita, sem dúvida, da excitação empírica, do limite exterior, para exercer a sua função e produzir o acto [sic] psíquico como tal, mas apesar disso é sempre irredutível à realidade externa, de que não pode ser deduzida, e que ela deveria, simplesmente, revelar e representar.⁴⁸

O trecho supratranscrito transmite bem a ideia de fragilidade da memória e, portanto, da pouca confiança que se pode atribuir à prova testemunhal. Tendo isso em mente, visando minimizar os danos que uma prova testemunhal fraca pode causar, deve-se buscar alternativas ao procedimento atualmente utilizado para a sua produção. Aqui se faz imprescindível a comunicação do Direito com outras áreas do conhecimento, pois o Direito, sozinho, não basta para solucionar esse problema.

Lógico que buscar soluções em outras áreas do conhecimento por si só não poderá ajudar a minimizar esse problema; é necessária, também, uma melhora na qualidade técnica, bem como investimento em tecnologia para melhorar os métodos de investigação e os procedimentos do processo penal. Assim, visando uma melhoria na qualidade da prova produzida, *v. g.*, deve-se buscar uma diminuição do tempo entre a data do fato e a entrevista; utilização de tecnologia durante a entrevista, como a gravação dos depoimentos; treinamento adequado para o profissional responsável pela entrevista; utilização de técnicas específicas para a produção da prova testemunhal, como a entrevista cognitiva.

A gravação da entrevista é um método que busca o aproveitamento de 100% do material fornecido pelo entrevistado, pois suprime a possibilidade de perda de informações pelo tempo ou a transcrição do depoimento. Sua utilização, principalmente na fase pré-processual, permitiria ao juiz acesso em tempo real aos detalhes do depoimento prestado perante a autoridade policial momentos após a ocorrência dos fatos.⁴⁹ Os

⁴⁸ DELLA VALLE, 1905 apud ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Coimbra: Ceira, 1981, p. 20.

⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina C. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. 2010. Capturado na internet. Disponível em:

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

benefícios para o desenvolvimento do processo são muitos, principalmente pelo fato de que permitiria ao juiz avaliar, também, o método de entrevista utilizado, se as perguntas elaboradas pelo entrevistador foram tendenciosas de forma a contaminar a prova produzida, tornando-se mais facilmente perceptível a ocorrência de falsas memórias, pois seria possível um confronto direto entre todas as possíveis versões apresentadas pelo entrevistado e os elementos exógenos que (possivelmente) interferiram no processo de evocação da memória.

Ainda, considerando que o juiz atuante na fase pré-processual é o mesmo que atuará na instrução, a gravação da entrevista permitiria ao magistrado uma avaliação do seu próprio método de entrevista, visando à correção de imperfeições técnicas, bem como analisando possíveis divergências nas informações prestadas.

Diante da importância da prova testemunhal é imprescindível o investimento em técnicas de redução dos danos causados durante a sua produção. Assim, deve-se primar pela qualidade técnica e quantidade de dados fornecidos na entrevista. A utilização da EC auxilia na produção da prova testemunhal com qualidade, minimizando a possibilidade de indução por parte do entrevistador, bem como visa evitar a ocorrência de falsas lembranças.

3.1 Entrevista cognitiva como método de interrogatório mais eficaz

Visando reduzir a interferência externa na prova testemunhal, que é uma das causas que estimulam a ocorrência de falsas memórias, a Entrevista Cognitiva (EC) é uma alternativa ao atual método (livre) para tomada de depoimentos. A EC visa a maximização da quantidade e da qualidade da prova testemunhal produzida, ou seja, não só se propõe a garantir uma prova mais confiável, com menor índice de interferência sobre as memórias do entrevistado, como visa à obtenção de uma maior quantidade de detalhes e informações que podem ser de extrema importância para o processo.⁵⁰

Conforme explica Cristina Di Gesu, a utilização de técnicas inadequadas acaba restringindo a quantidade de informações obtidas na prova testemunhal. A utilização de perguntas fechadas – as quais o entrevistado

<<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acessado em: 09 ago. 2012.

⁵⁰ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo-Comportamental: Do Âmbito Forense à Clínica. Revista Brasileira de Terapias Cognitivas. Rio de Janeiro, v.1, n.2, 2005. Disponível em:

< http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1808-56872005000200002&script=sci_arttext>. Acessado em: 07 mai. 2012.

responde de forma sucinta, com poucas palavras – tem maior tendência a induzir a resposta do entrevistado.⁵¹

Visando a minimização dos danos na prova testemunhal, que é frágil, estando sujeita a interferências, a escolha de um método eficaz de entrevista é imperativo. Cristina Di Gesu alerta sobre a falta de técnica dos profissionais encarregados pela entrevista na fase pré-processual.⁵² De fato, inexistente uma preocupação por parte destes profissionais quanto ao aspecto psicológico do testemunho. O método utilizado na entrevista acaba sendo inconstante, e, do mesmo modo, a prova produzida é instável e inconfiável.

Grande diferencial deste método de entrevista é que a EC “Além de estar fundamentada em teorias e pesquisas acerca da memória e da cognição em geral, a EC é alicerçada em conhecimentos sobre a dinâmica social e comunicação interpessoal.”⁵³ A EC é estruturada em sete etapas: a) estabelecimento de *rapport* e personalização da entrevista; b) explicação dos objetivos da entrevista; c) relato livre; d) questionamento; e) recuperação variada e extensiva; f) síntese e g) fechamento.⁵⁴

De forma sucinta, podemos explicar em que consiste cada etapa como:

- a) estabelecimento de *rapport* e personalização da entrevista: na fase inicial o objetivo é que o entrevistado fique despedido de qualquer tipo de ansiedade ou nervosismo, que podem influenciar no resultado da entrevista. Assim, o entrevistador busca demonstrar imparcialidade com os fatos a ser debatidos, evitando demonstrar qualquer tipo de pré-julgamento e opção por alguma das teses (defesa ou acusação);

⁵¹ DI GESU, Cristina C. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170.

⁵² DI GESU, Cristina C. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

⁵³ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo-Comportamental: Do Âmbito Forense à Clínica. Revista Brasileira de Terapias Cognitivas. Rio de Janeiro, v.1, n.2, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1808-56872005000200002&script=sci_arttext>. Acessado em: 07 mai. 2012.

⁵⁴ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo-Comportamental: Do Âmbito Forense à Clínica. Revista Brasileira de Terapias Cognitivas. Rio de Janeiro, v.1, n.2, 2005. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1808-56872005000200002&script=sci_arttext>. Acessado em: 07 mai. 2012.

- b) explicação dos objetivos da entrevista: o objetivo aqui é a delimitação do objetivo da entrevista, visando uma maior cooperação por parte do entrevistado;
- c) relato livre: é a fase onde começa o acesso às memórias do entrevistado. O objetivo é o entrevistado voltar ao contexto em que ocorreram os fatos, de modo que ele consiga se imaginar naquela situação novamente, para que possa ter uma percepção ampla das suas lembranças;
- d) questionamento: é o momento em que o entrevistador passa a efetuar questionamentos ao entrevistado, visando o aumento da quantidade de detalhes sobre as informações trazidas por ele na etapa 3. Nesta fase é importante a técnica de questionamento utilizada pelo entrevistador, pois ele não pode passar a conduzir o depoimento, de forma a satisfazer suas convicções pessoais, mas sim exercer um aprofundamento nas informações do entrevistado;
- e) recuperação: variada e extensiva: neste ponto o entrevistador utiliza técnicas para fazer com que o entrevistado relate os fatos de diversos pontos de vista – por exemplo: de trás para frente – para que assim o entrevistado seja capaz de trazer novos elementos para a entrevista que podem ter passado despercebidos nos relatos anteriores;
- f) síntese: é elaborada uma síntese utilizando-se as palavras do entrevistado. Assim, lhe é oportunizada a análise do seu próprio depoimento, para que seja possível corrigir detalhes e acrescentar informações que passaram despercebidas;
- g) fechamento: é o encerramento da entrevista, onde o entrevistador procura agradecer a colaboração do entrevistado, demonstrando a importância da sua ajuda para o desenvolvimento do processo.

A utilização da EC através da aplicação correta das suas etapas garante uma prova testemunhal com uma quantidade maior de informações, bem como com risco menor de falsas memórias. Cristina Di Gesu salienta que, apesar das vantagens na utilização desta técnica, existem, também, inconvenientes, dentre os quais “destacam-se o custo temporal

e a complexidade, pois a aplicação da técnica além de requerer um lapso temporal maior do que o comum, necessita o treinamento dos entrevistadores”,⁵⁵ gerando um alto custo financeiro de investimentos para a sua implantação.

Ainda, Nereu Giacomolli e Cristina Di Gesu apontam para a inviabilidade prática da utilização da EC no atual modelo Processual Penal brasileiro, pois a reunião de diversos atos (declarações do ofendido, oitivas de testemunhas, acareações, etc.) em uma só audiência não garante a possibilidade de utilização da EC em razão do curto prazo para tantos procedimentos em um único ato.⁵⁶ A adoção de uma audiência uma privilegia a duração razoável do processo, mas acaba inviabilizando a utilização de técnicas apropriadas para a entrevista dos envolvidos.

Em que pese o elevado custo para a implantação da EC, tanto financeiro quanto temporal, necessitando de uma verdadeira remodelagem na estrutura processual atual, o benefício compensa. A utilização da EC visa garantir eficácia ao processo penal, evitando-se (ou ao menos diminuindo a possibilidade de) uma acusação baseada em uma prova fraca, com depoimentos contaminados, ou seja, o seu benefício de buscar evitar um erro judicial vale o custo necessário para a sua utilização.

Conclusão

De fato, são evidentes os danos causados pela má qualidade da prova oral obtida. Técnicas ineficientes, entrevistas parciais e o longo transcurso de tempo até a obtenção da prova são fatores que geram interferências, alterando o conteúdo da prova e prejudicando a sua confiabilidade, resultando em uma prova testemunhal frágil e facilmente contaminada.

Todavia, a impossibilidade técnica de produção de outros elementos probatórios, torna impossível a não utilização da prova oral, gerando uma dependência do processo penal na neste meio de prova, o que explica a sua grande importância para o sistema jurídico penal brasileiro. Assim, deve-se buscar alternativas para a redução das suas interferências.

A prova oral depende da memória humana, estando, portanto, sujeita a falhas. O processo mnemônico sofre distorções e alterações em razão da contaminação por fatores exógenos, comprometendo a sua con-

⁵⁵ DI GESU, Cristina C. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171.

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina C. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. 2010. Capturado na internet. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acessado em: 09 ago. 2012.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

fiabilidade. A geração de falsas memórias é fenômeno recorrente, porém de difícil identificação dentro do processo, isso porque – diferentemente da mentira – o agente não altera a realidade de forma consciente, pois acredita, de fato, na falsa lembrança.

Não é possível a utilização de um método capaz de eliminar as distorções e interferências sobre a prova oral, mas é possível minimizar esses danos. É necessário o investimento em recursos de aperfeiçoamento técnico dos profissionais envolvidos na produção da prova oral, visando à melhora na qualidade e aumento da quantidade de informações obtidas.

Ainda, é imprescindível uma melhora estrutural da Polícia e do Poder Judiciário, possibilitando a utilização de outros meios de prova, investigações policiais de qualidade, com o auxílio de novas técnicas e tecnologias, alterando-se a cultura de apoio do processo penal na prova oral.

Sendo assim, a utilização da entrevista cognitiva, conforme proposto, é uma alternativa capaz de melhorar a qualidade da prova oral. O procedimento da EC visa uma entrevista imparcial, que não induza as respostas do entrevistado, evitando-se os danos causados por interferências exógenas, bem como diminuindo a possibilidade de geração de falsas memórias. Sua utilização, além da melhora na qualidade, procura aumentar a quantidade de informações obtidas por meio da prova oral, através de uma entrevista que auxilie a recordação dos fatos pelo entrevistado.

Dessa forma, em que pese a carência estrutural e falta de recursos da Polícia e Judiciário, é imperiosa a busca por alternativas e utilização de novas técnicas que visem uma melhora da prova oral, bem como a produção de outros meios de prova. A inserção de tecnologia e treinamento técnico devem ser implementados para que se possa atingir uma melhora na qualidade da prova oral, aumentando a sua credibilidade como elemento de prova.

Referências

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. Coimbra: Ceira, 1981.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 13 set. 2012.

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI GESU, Cristina C. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu J; DI GESU, Cristina C. *As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília – DF. 2008. Disponível em:
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2012.

GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina C. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. 2010. Capturado na internet. Disponível em:
<<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acessado em: 09 ago. 2012.

IZQUIERDO, Ivan. *Memórias*. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LOFTUS, Elizabeth F. Criando Memórias Falsas. In: *Scientific American*, vol. 277, p. 70-75, 1997. Tradução disponível em: <<http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>>. Acessado em: 05 ago. 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. V. 1.

LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, Notadez n. 25, p. 59-70, abr./jun. 2007.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: 2006. V. 1.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Psicol. USP*, vol.14 nº.1, São Paulo, p. 129-155, 2003. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000100008&lng=en&nrm=iso&lng=pt>. Acesso em: 08 ago. 2012.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo-Comportamental: do Âmbito Forense à Clínica. *Revista Brasileira de Terapias Cognitivas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, 2005. Disponível em:
<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1808-56872005000200002&script=sci_arttext>. Acessado em: 07 mai. 2012.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kucrartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001.

DIREITO E OS ESTRANGEIROS: fronteiras entre os sistemas penitenciários brasileiro e japonês

Letícia Núñez Almeida^{*}
Nathan Bueno Macêdo^{**}
Carolina Dutra Normey^{***}

Sumário: Introdução. 1 Estrangeiros e a legislação brasileira. 2 Fronteiras legislativo-penitenciárias entre o Brasil e o Japão. 3 Estrangeiros/imigrantes e o sistema penitenciário brasileiro. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente estudo é parte do Projeto de pesquisa “Fronteiras Nipo-brasileiras”, a qual tem como objetivo investigar as proximidades e distâncias entre as culturas brasileira e japonesa, especialmente no que diz respeito às Políticas Públicas e aos Direitos Humanos. Nesse sentido, o trabalho visa abordar a temática que envolve os direitos dos estrangeiros, o sistema penitenciário brasileiro e as relações internacionais.

Os estrangeiros e imigrantes são hoje objeto de discussão internacional na mídia internacional em razão da crescente mobilidade humana em torno do mundo, segundo Ventura (2010), uma em cada 33 pessoas vive, atualmente, num país diferente do qual nasceu. A aceleração dos deslocamentos humanos transformou-se em um tema dos Estados, os quais buscam regular a situação dos que vêm de outros países, regra geral, sob dois enfoques, ou são aceitos como trabalhadores regulares, quando são chamados de imigrantes, ou permanecem na condição de estrangeiros, não raro irregulares. É o que ocorre na experiência brasileira, o Brasil permanece com uma postura que estigmatiza os estrangeiros, como explica Ventura (2010), se por um lado a condição de trabalhador evoca direitos humanos (como os direitos sociais, políticos e culturais garantidos pela constituição), por outro, o rótulo de estrangeiro traz estranhamento, preconceito e hostilidade. Como defende a autora:

^{*} Doutora em Sociologia, USP, Coordenadora do Laboratório de Estudos e Pesquisas Internacionais e de Fronteiras- Lepif, Professora de Direito da Unipampa.

^{**} Bacharel em Relações Internacionais, Pesquisador e tradutor do Lepif.

^{***} Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil.

No mundo desenvolvido, porém, cristalizaram-se os mitos de que estrangeiros pobres ou são delinquentes, ou surrupiam o mercado de trabalho dos nativos, ambos desmentidos de modo recorrente por incontáveis estudos sem eco. A franca ascensão da percepção do imigrante como estrangeiro (no sentido de estranho ou adversário) foi agravada pela obsessão securitária que sucedeu aos atentados de 11 de setembro. (VENTURA, 2010, p. 1)

Nesse caminho, pretende-se abordar como o aparato jurídico brasileiro regula a situação dos estrangeiros no Brasil, com foco na temática penal, até se chegar às relações internacionais entre Brasil e Japão sobre condenações penais e a realidade do sistema penitenciário brasileiro. O recorte empírico se justifica pelo fato de os japoneses serem uma das maiores populações de imigrantes do Brasil e, por outro lado, os brasileiros, serem o terceiro maior número de presos estrangeiros no Japão, situação que demanda outras diretrizes por parte das políticas públicas japonesas, as quais, diferente do que ocorre no Brasil, buscam fornecer dignidade e cidadania aos seus presos. Inclusive dando a eles a escolha de voltar a sua terra natal.

Nesse contexto, busca-se analisar como se dá essa relação entre aparatos jurídicos em relação ao grupo social dos detentos estrangeiros, no que diz respeito ao papel dos Estados. Observa-se que há um vazio na Lei de Execução Penal Brasileira de 1984¹ em relação aos estrangeiros, estes que por sua vez possuem sua situação jurídica regulada pela Lei 6815 de 19 de agosto de 1980, chamada de Estatuto do Estrangeiro, e ainda pelos tratados bilaterais firmados entre o Brasil e os demais Estados. Tais legislações muitas vezes não dão conta da realidade, por falta de políticas públicas para implementá-las, como é o caso da situação dos presos, brasileiros e estrangeiros, no sistema carcerário brasileiro, este hoje com 607.373 presos, nos quais quase a metade não foi julgado, colocando o Brasil, entre as nações com maior número absoluto de encarcerados no mundo (FBSP, 2015). O aumento crescente da população carcerária do Brasil estende-se e cria outras fronteiras, como as com o Japão, o qual possui um dos maiores números de presidiários brasileiros fora do Brasil. E os japoneses? Há mais japoneses no Brasil do que brasileiros no Japão, entretanto esses dados não se refletem nas prisões brasileiras.

Nesse caminho, busca-se analisar essa rede complexa que envolve legislações como a Lei de Execução Penal, o Estatuto do Estrangeiro, observando suas particularidades. Depois será analisado o tratado internacional firmado entre o Brasil e o Japão em relação à reciprocidade de

¹ LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

extradição de presos, assim como as políticas públicas penitenciárias e as relações internacionais, propondo que uma das lentes possíveis seria a mesma que sustenta a criação de um Direito Internacional da Migração.

1 Estrangeiros e a legislação brasileira

*Solo voy con mi pena
Sola va mi condena
Correr es mi destino
Para burlar la ley
Perdido en el corazón
De la grande babylon
Me dicen el clandestino
Por no llevar papel*

*Argelino clandestino
Nigeriano clandestino
Boliviano clandestino
Mano negra ilegal²*

Segundo estudiosos sobre o tema das migrações, hoje há cerca de 200 milhões de migrantes em circulação no mundo, são números bastante expressivos, que levam a necessidade de criar leis e regulamentos nos Estados com o intuito de proteger os nacionais assim como os estrangeiros (CORSINI, 2015). Consequentemente cada vez mais comum se tornam as relações no âmbito civil, empresarial e social entre pessoas domiciliadas em Estados distintos ou ainda com nacionalidades diferentes. Nesse sentido, a Convenção de Haia (1930), da qual o Brasil é signatário, estabelece em seu art.1º:

Cabe a cada Estado determinar por sua legislação quais são os seus nacionais. Essa legislação será aceita por todos os outros Estados, desde que esteja de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade. (HAIA, 1930, p. 1)

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 garante nos seus Direitos Individuais o Princípio da Igualdade entre nacionais e estrangeiros, desde que este sejam residentes no país, assim diz a Carta Magna no seu artigo 5º Caput:

² Trecho da música “Clandestino” de Manu Chao.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...). (BRASIL, 1988, p. 2)

Ainda na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5^o, inciso XV, é garantida a liberdade de trânsito em território nacional, sem qualquer restrição ao estrangeiro, segundo o texto constitucional: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;” (BRASIL, 1988, p. 3).

A Lei que trata das questões atinentes aos temas de Direito Internacional Privado no Brasil é a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (LINDB)³, a qual normatiza os temas ligados à “lei no espaço e no tempo”, buscando solucionar os possíveis conflitos em todos os ramos do Direito. Entretanto, é omissa quanto aos direitos e deveres dos Estrangeiros no Brasil, estes regulados pela Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro,

O Estatuto do Estrangeiro veio para normatizar as relações interjurisdicionais, pois abrange o comportamento daqueles que tem nacionalidade brasileira e estrangeira, regulando as possibilidades de permanência no País dos estrangeiros, assim como os limites que devem ser respeitados para tal, garantindo também direitos a estes mas também deveres e sanções, já que a LINDB delimita-se em tratar temas de Direito Internacional Privado. Como ensina Pontes de Miranda:

O Direito Privado Nacional, quando tem de ser obedecido ou aplica-se fora das fronteiras e o Direito Estrangeiro, quando se obedece ou aplica-se dentro do território nacional, constituem conteúdo de certas regras de obediência e aplicação, ao conjunto dos quais se deu o nome de Direito internacional Privado. (In GARCEZ, 2001, p. 8).

O Estatuto visa garantir a segurança nacional, a organização institucional, os interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem como defender o trabalhador nacional, como descreve o artigo 2º: “Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.” (ESTATUTO DO ESTRANGEIRO, 2015, p. 1).

³ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

Pode-se observar na introdução do texto que a legislação não visa proteger o estrangeiro, e sim, à segurança nacional. Outros pontos importantes nesse sentido estão ligados à segurança e à permanência do estrangeiro/imigrante no Brasil, como quando um estrangeiro comete um delito; permanece de forma ilegal no território brasileiro; quando possui bens no Brasil; os tipos de vistos que o estrangeiro pode obter para ingressar no País. Estabelece o Estatuto que é passível de expulsão o estrangeiro que atentar contra a segurança ou ordem política/social, atingindo a moralidade ou ainda a economia popular. Será expulso também se praticar fraude para obter sua permanência no Brasil, entregar-se à vadiagem ou à mendicância, e por fim desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.⁴ A Lei de Execução Penal de 1984 não aborda o tema dos estrangeiros, acredita-se que os legisladores, dentre infinitas possibilidades, ou partiram da premissa que os temas atinentes aos estrangeiros seriam todos supridos pelo Estatuto já existente, ou negligenciaram essa temática acreditando que os estrangeiros deveriam ser tratados da mesma forma que os os brasileiros. Seguindo a linha do próprio Estatuto que não protege o indivíduo, e sim, a segurança nacional, como se os estrangeiros fossem uma ameaça ao Estado-nação.

Nesse sentido, cabe ao Presidente da República de forma exclusiva através de Decreto optar pela expulsão de um estrangeiro, como também revogá-la. No artigo 69 do Estatuto de Estrangeiro fica regrado que corresponde ao Ministro da Justiça decretar a prisão por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e se necessário poderá ainda prorrogá-lo por igual prazo. Há casos em que não se procederá a expulsão, estes estão elencados no artigo 75 do mesmo Estatuto, quais sejam, se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira, ou quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; tenha filho brasileiro que esteja sob sua guarda ou dependa dele financeiramente. Há ainda os parágrafos desse dispositivo que determinam que não constituirá impedimento para a expulsão a adoção ou reconhecimento de filho brasileiro após o fato que motivar a expulsão.

A expulsão, em tese, não é uma sanção, mas uma medida de caráter administrativo, utilizada para a proteção do Estado como manifestação de sua soberania, visando sua proteção. Ainda nesse caminho, tem-se a extradição, que será concedida quando o governo requerente fundamentar-se em tratado, ou ainda quando o Brasil prometer reciprocidade.

⁴ Idem 6.

Não será extraditado o estrangeiro que esteja respondendo ou já houver sido condenado ou absolvido no território brasileiro pelo mesmo fato. Para que o estrangeiro seja extraditado, deverá preencher alguns requisitos, como por exemplo, ter sido o crime cometido em território nacional, existir sentença final de pração de liberdade.

Poderá mais de um Estado requerer a extradição de um indivíduo, tendo a preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não retirar-se de forma voluntária do País no prazo fixado em regulamento, será deportado como regula o artigo 57 e seguintes do Estatuto. Poderá ainda ficar até 60 dias recolhido podendo ser prorrogado por igual prazo, enquanto não se efetivar a deportação por ordem do Ministério da Justiça. Ainda quanto à deportação, em seu artigo 62, fica determinado em havendo indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade do estrangeiro, o mesmo será expulso, podendo regressar ao País apenas se ressarcir o Tesouro Nacional.

Em se tratando de refugiados, pessoas que em razão de fundados temores de perseguição racial, religiosa política ou ainda criminal no seu País de origem, procura asilo ou refugio em outro Estado. Tal condição é regulada pela Lei número 9.474/97, que determina que não usufruirão dessa qualidade aqueles que tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, contra a humanidade, hediondo ou ainda atos terroristas (MALHEIROS. 2009). O Brasil recebe estrangeiros na condição de asilados políticos conforme o artigo 28 do Estatuto do Estrangeiro, porém estes ficarão sujeitos além dos deveres que lhe forem impostos pelo Direito Internacional, aos que o Governo brasileiro lhe fixar.

Em relação à permanência existem alguns tipos de visto que poderá um estrangeiro obter no território brasileiro, quais sejam, de trânsito, de turista, temporário, de cortesia, oficial e diplomático. Há hipóteses que o visto não será concedido, estabelecidos no artigo 7^o da lei supra citada, como por exemplo menores de 18 anos desacompanhados do responsável legal ou sem autorização; pessoa considerada nociva à ordem pública ou aos interesses nacionais, pessoa já expulsa do País, salvo expulsão revogada, condenado ou processado em outro País por crime doloso, passível de extradição segundo a Lei nacional ou ainda que não satisfaça as condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

Quanto aos direitos e deveres do estrangeiro, este goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros garantidos pela Carta Magna, com algumas particularidades como por exemplo o estrangeiro que se encontra no País com visto de turista, de trânsito ou temporário é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao temporário é vedado ainda estabe-

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

lecer-se com firma individual ou exercer cargo ou função de administrador. Já o estrangeiro com visto cortesia só poderá exercer atividade remunerada em favor do Estado, como estabelece o artigo 104 da lei aqui tratada. No que tange as vedações, estas estão elencadas no artigo 106, proibindo o estrangeiro de ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, empresa jornalística, de televisão ou rádio, obter concessão ou autorização para a pesquisa, exploração das jazidas, minas e demais recursos minerais.⁵

Atualmente, a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado aprovou em Julho de 2015 o projeto da nova lei brasileira de imigração que virá substituir o Estatuto do Estrangeiro de 1980 (Lei 6.815), hoje totalmente ultrapassado, pois foi implementado durante a ditadura militar, refletindo os anseios da época que basicamente limitavam-se a segurança nacional, tratando muitas vezes os estrangeiros como elementos nocivos à soberania (RICHARD, 2015). Acredita-se que a nova lei, quando promulgada, será um avanço na proteção aos direitos humanos, pois promove a condição de igualdade entre os estrangeiros e os nacionais, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança, assim como culturais e econômicos. Estabelecendo que o imigrante é toda a pessoa, nacional de outro País ou apátrida, que transite, trabalhe ou resida nesse estabeleça temporário temporária ou definitivamente no Brasil, excluindo o turista.

Em suma, precisa-se continuar avançando para adequar a legislação que temos a realidade da sociedade motivando a integração e a promoção e garantia dos Direitos Humanos dos estrangeiros e imigrantes no Brasil. Nesse sentido, alguns acordos internacionais vêm sendo firmados no intuito de estabelecer diretrizes e proteger os estrangeiros ao redor do mundo, uma dessas experiências é o Tratado entre o Brasil e Japão. Tal instrumento legal visa regular e garantir os direitos dos indivíduos que estão cumprindo penas nos sistemas penitenciários brasileiro e japonês. pois os paradigmas são outros devendo o direito atender as ânsias da sociedade, a qual será abordado no próximo ponto.

⁵ Vale destacar que há exceções formuladas por meio das relações internacionais, como por exemplo, quanto aos portugueses, para os quais o gozo de direitos e obrigações é estabelecido na Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses foi firmado em 07 de Agosto de 1971, permitindo que portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal, gozem de igualdade de direitos políticos, ao contrário dos estrangeiros que não podem exercer atividade de natureza política direta ou indiretamente.

2 Fronteiras legislativo-penitenciárias entre o Brasil e o Japão

O principal Tratado entre a República Federativa do Brasil e o Japão⁶ sobre a transferência de pessoas condenadas foi firmado em 2014, tal documento com concepções de cooperação entre o Brasil e o Japão, mostra uma ruptura no paradigma japonês de política de não extradição caso um indivíduo estrangeiro cometesse algum delito em território nipônico. Tal ruptura pode revelar interesse do Japão em relação ao crescente aumento da população carcerária brasileira que pode afetar em algum grau uma parcela da comunidade japonesa no Brasil que possa cometer uma contravenção e/ou uma manobra de realocação de parte da população carcerária de origem estrangeira em seus respectivos Estados de origem. Para uma melhor compreensão do tratado em questão faz-se necessário compreender alguns pontos-chaves entre o Brasil e o Japão, ou seja, é indispensável discorrer sobre os *dekasseguis* e a participação brasileira na criminalidade japonesa para assim compreender a análise sobre os objetivos e possíveis resultados do tratado em questão.

O termo *dekassegui* é formado pela junção de dois kanjis⁷ que juntos significam trabalhar fora: Deru (出る - verbo sair) e Kasegu (稼ぐ - verbo trabalhar). O fenômeno *dekassegui* iniciou-se na década de 1980, sendo que o Japão passava por um momento glorioso em sua economia e isso motivou os descendentes de japoneses que moravam no Brasil a migrar no Japão buscar melhores condições de vida. Naquele período, o Japão passava por uma expansão industrial em grandes proporções e com um número limitado de japoneses aptos a oferecer suas mãos de obra para realizar tarefas árduas. Com isso, os brasileiros de ascendência japonesa que se aventuraram naquele período em busca de trabalho, foram facilmente inseridos no mercado de trabalho. Porém, os trabalhos disponíveis eram trabalhos que faziam parte de um grupo denominado pelos japoneses de 3K. *Kitanai* (汚い - sujo), *kiken* (危険 - perigoso) e *kitsui* (きつい - penoso) eram os tipos de empregos que os primeiros *dekasseguis* exerciam. Somado ao fato da dificuldade do governo japonês conseguir aglutinar de maneira socialmente saudável essa nova parcela de imigrantes que se reflete nos dias atuais na participação dos *dekasseguis* nos crimes ocorridos no Japão.

⁶ Tratado disponível no endereço:

<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2014-3/tratado-entra-republica-federativa-do-brasil-e-o-japao-sobre-a-transferencia-de-pessoas-condenas/>. Acessado em: 18 set. 2015.

⁷ Ideogramas da escrita japonesa, derivados da língua chinesa.

Apesar de ser visível a participação dos brasileiros nas taxas dos crimes japoneses, é extremamente difícil e árduo elencar pontos que possam de fato influenciar na faceta reversa, ou seja, a atuação dos japoneses presentes nas taxas dos crimes brasileiros. Tal contraste é percebido ao se comparar ao número de crimes cometidos por brasileiros, sendo o segundo maior grupo de imigrantes que cometem tais crimes, frente a inexistência de dados de japoneses que tenham cometido crimes no Brasil (MAEDA, M. 2014). Tal contexto justifica a análise do tratado, tendo em vista que ele regula a vida dos *dekasseguis* e imigrantes brasileiros, em conjunto com a Lei de Execução Penal e o Estatuto do Estrangeiro. Buscando compreender até que ponto há uma real eficiência nos aparatos jurídicos frente a uma manutenção de dignidade do indivíduo no processo de ressocialização dos detentos estrangeiros e brasileiros.

No *Tratado entre a República Federativa do Brasil e o Japão sobre a Transferência de Pessoas Condenadas* observa-se que um dos objetivos que ficam explícitos no início do seu texto é justamente a promoção da justiça e a reabilitação social de pessoas condenadas, ressaltando que a cooperação entre ambos os Estados é basilar para a obtenção de objetivo. Em razão da possibilidade da transferência para seu país de origem, o estrangeiro que estiver privado de sua liberdade tem a possibilidade de cumprir a pena em sua sociedade de origem. Criando duas funções diferentes para os Estados signatários, o de Estado sentenciador e Estado administrador, conforme o texto original citado abaixo:

Artigo 1º

Para fins do presente Tratado:

(...)

d) “Estado sentenciador” significa a Parte na qual a pena foi imposta à pessoa que pode ser ou foi transferida; e

e) “Estado administrador” significa a Parte para a qual a pessoa condenada pode ser ou foi transferida, para fins de cumprimento de pena.

(TRATADO, 2014, p.1)

Nesse sentido, pode-se observar que o Japão irá, na maioria das vezes, segundo o tratado, desempenhar um papel de Estado sentenciador, tendo em vista que a taxa de condenações de estrangeiros provenientes é relativamente alta e em contrapartida, não há registros ou dados no Brasil de japoneses condenados. Com elevado número de brasileiros condenados no Japão (sendo a segunda maior população estrangeira presa no Japão)⁸ o Brasil corriqueiramente, de acordo com o tratado, assumirá o

⁸ De acordo com dados da Agência Nacional de Polícia do Japão referentes ao primeiro semestre de 2014 disponíveis no Notícias Alternativa (Portal de notícias voltado para brasileiros residentes no Japão).

papel de Estado administrador, devido ao fato abordado anteriormente da discrepância entre os criminosos japoneses e brasileiros (MAEDA, 2015).

Conforme os arts.12,13 e 15 do tratado abaixo:

Artigo 12

Apenas o Estado sentenciador tem o direito de decidir sobre qualquer recurso interposto para revisão da sentença.

Artigo 13

O Estado administrador deverá cessar a execução da pena tão logo que seja informado pelo Estado sentenciador de qualquer decisão ou medida que tenha como efeito retirar da pena a sua natureza executória.

Artigo 15

(...)

2. As despesas resultantes da aplicação do presente Tratado serão pagas pelo Estado administrador, com exceção das despesas efetuadas exclusivamente no território do Estado sentenciador. (TRATADO, 2014, p. 3)

A teoria Realista das Relações Internacionais parte da premissa de que os Estados são atores egoístas dentro do Sistema Internacional, que por sinal é anárquico, ou seja, sua estrutura sem uma entidade supranacional que rege as relações internacionais. Sendo assim, cada Estado busca maximizar seu poder para assim garantir sua própria proteção, através de barganhas e outras relações (NOGUEIRA, J. P. & MESSARI, N. 2005). Considerando a ótica da corrente teórica Realista o poder de barganha é uma ferramenta que se faz necessária em relações bilaterais ou multilaterais entre os Estados que envolvam discrepância no equilíbrio de poder.

A partir dessa concepção, pode-se observar que a ideia do tratado que remonta ao período de 2005, percebe-se que nos artigos questão demonstram uma possível ferramenta do seu poder de barganha. Tal conclusão deve-se ao fato de que um dos fatores que promoveu o interesse japonês na elaboração do tratado fora justamente a alta taxa de brasileiros fugitivos no território nipônico (BARBIERI, 2015), colocando em evidência o posto de Estado sentenciador que o Japão assume, inclusive em relação aos casos já sentenciados, como demonstra o art. 17 que estabelece a sua vigência retroativa:

Artigo 17

(...)

2. Este Tratado será aplicável à execução de penas impostas antes ou depois de sua entrada em vigor. (TRATADO, 2014, p. 3)

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

Neste momento nota-se a importância da decisão do condenado em relação a sua transferência. Como mostra o art. 3º à seguir:

Artigo 3º

1. A pessoa condenada poderá ser transferida nos termos deste Tratado somente sob as seguintes condições:

(...)

e) se a transferência for consentida pela pessoa condenada;

(TRATADO, 2014, p. 1)

Dessa forma, tendo em vista que na maioria dos casos o apenado será brasileiro, o Estado sentenciador será o Japão e o Estado administrador será o Brasil, surge a dúvida de até que ponto o tratado terá efetividade. Sendo que o sistema carcerário japonês oferece maior conforto e “oportunidades” para o detento, enquanto no Brasil considera-se que o sistema penitenciário está absolutamente falido (MACHADO, A. ET AL, 2013). Assim, no próximo ponto, apresentar-se-á a situação dos estrangeiros/imigrantes no Brasil a partir da sua relação com o sistema penitenciário.

3 Estrangeiros/imigrantes e o sistema penitenciário brasileiro

Havendo a diferença entre estrangeiros e imigrantes, deve-se ressaltar que o estrangeiro é todo indivíduo que possua uma nacionalidade de um outro Estado enquanto o imigrante é todo indivíduo estrangeiro que permaneça em um determinado Estado que não seja o seu de origem por questões acadêmicas, profissionais, financeiras, políticas, familiares, etc. Em 2013 o número de estrangeiros presos no sistema penitenciário brasileiro era de 3,3 mil detentos, representando uma fatia de 0,63% da população carcerária no mesmo período de acordo com Departamento Penitenciário Nacional- DEPEN.

No Brasil não há uma separação expressiva dentro do sistema carcerário entre detentos estrangeiros e brasileiros, sendo que apenas 9% das unidades prisionais dispõe de celas exclusiva para estrangeiros, estes sofrendo nas mesmas condições degradantes e nos mesmos ambientes apertados, evidenciando assim uma das falhas do Brasil na gerência dos detentos estrangeiros. Dados de um relatório produzido pelo *Grupo de Trabalho Pessoas Estrangeiras Privadas de Liberdade* apontaram as principais dificuldades elencadas pelos estrangeiros presos no Brasil, que estão disponíveis no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Sistema de Informações Penitenciárias- Infopen referentes ao período de 2014. Essas dificuldades são:

- a) dificuldade de obtenção de livramento condicional e de progressão de regime;
- b) dificuldade em receber visitação e manter contato com a família;
- c) carência à assistência consular;
- d) dificuldades relacionadas à barreira linguística;
- e) falta de acompanhamento jurídico;
- f) desconhecimento das regras disciplinares e do processo de execução penal.

O Conselho Nacional de Justiça conjuntamente com o Ministério da Justiça implantaram o Sistema de Cadastro Nacional de Presos Estrangeiros que está hospedado no site do Ministério da Justiça e sendo gerido pelo Departamento de Estrangeiros- DEEST tem criado mecanismos para reunir os principais dados sobre o estrangeiro como suas informações pessoais, seus delitos, tramitação penal entre outras informações do Brasil⁹. Entretanto, não se sabe como esses dados estão sendo cadastrados e se estes estão sendo aproveitados para ajudar os estrangeiros que cumprem pena no Brasil.

De acordo com o portal Jus Brasil, MACHADO e NETO afirmam que o crime mais habitual cometido por estrangeiros é o tráfico de drogas, regularmente nas condições de mulas, correspondendo a cerca de 90% dos delitos. De 109 nacionalidades diferentes como Bolívia, Nigéria, Paraguai, Peru, Espanha, Angola, Colômbia, África do Sul, Portugal, etc (MACHADO, V. G. e NETO, P. M. R. 2014).

Por ser um país de dimensões continentais, com climas variados, considerado multiétnico e com uma história de imigrações fomentadas pelas economias dos séculos XIX e XX, atualmente o Brasil abriga cerca de 940 mil imigrantes permanentes, com uma taxa expressiva de estrangeiros provenientes da Europa; tais como Portugal que colonizara inicialmente o Brasil, Itália com seus imigrantes vindos para trabalharem nas lavouras de café na região Sudeste e Sul e Espanha e por fim o representante asiático Japão, um dos nossos focos nesta pesquisa (LIMA, R. 2013).

Nesse contexto, o Japão é o segundo país com o maior número de imigrantes no Brasil, entretanto, não há registros de japoneses presos nas nossas penitenciárias, sendo colocados na categoria da raça amarela todo detento de origem asiática, o único dado encontrado até aqui é no ano de 2012 havia 2.314 detentos da raça amarela (PNUD, 2015). Confirmando o que se vêm sendo dito da dissociação do sistema penitenciário

⁹ Endereço do site: <http://presosestrangeiros.mj.gov.br>

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

com os grupos sociais, suas etnias culturais, mesmo observando o ponto anterior deste trabalho no que se trata o *Tratado entre a República Federativa do Brasil e o Japão sobre a Transferência de Pessoas Condenadas*, vemos que há uma dificuldade enorme do Brasil em mensurar corretamente a sua nacionalidade dos estrangeiros aqui presos.

Como já descrito, as relações entre o Japão e o Brasil são muito íntimas e isso se reflete inclusive nas questões migratórias cujo o maior grupo de imigrantes no Japão são de brasileiros e a maior comunidade japonesa no mundo se encontra no Brasil. E ainda assim, não foram encontrados nenhum registro ou dado que evidencie um detento de nacionalidade ou ascendência japonesa durante a pesquisa. A deficiência de mensuração dos estrangeiros em nosso sistema penitenciário, dificulta a análise da real eficácia do tratado, demonstrando a necessidade de investimento público em cadastros que separem seus detentos por nacionalidade, possibilitando um aprofundamento do estudo.¹⁰

Considerações finais

*Aqui sou povo sofrido
lá eu serei fazendeiro
terei gado, terei sol
o mar de lá é tão lindo
natureza generosa
que faz nascer sem espinho
o milagre da rosa.¹¹*

A migração entre países é uma temática essencialmente multidisciplinar, objeto de estudo de disciplinas como a Antropologia e a História, os processos migratórios ainda são pouco investigados pelas ciências jurídicas no Brasil. Os deslocamentos humanos são questões atinentes aos Estados, são eles os responsáveis por garantir os direitos humanos universais aos indivíduos estrangeiros que chegam aos seus territórios, grande parte das vezes em busca de trabalho e mais qualidade de vida. Como acontece com os japoneses, nacionalidade escolhida para ser o objeto empírico deste estudo, assim como com os imigrantes italianos, bolivianos, alemães, árabes, chineses entre outros.

¹⁰ Pretende-se, no decorrer na continuação do Projeto de pesquisa “Fronteiras Nipo-brasileiras”, investigar esses dados junto à Embaixada do Japão em Brasília, DF.

¹¹ Trecho da música “Sonho Imigrante” de Milton Nascimento.

Nesse sentido, apresentou-se como a legislação brasileira regula de forma simplificada a complexa temática da migração, considerando o estrangeiro como uma ameaça à segurança nacional, ao invés de protegê-lo, priorizando o que poderia ser chamado de uma segurança humana. Há muitos anos esse tema é uma demanda ao Estado brasileiro, mas assim como acontece com outras situações que envolvem grupos marginalizados, não é uma agenda prioritária. O Estatuto do Estrangeiro não protege, pelo contrário, rotula e classifica os estrangeiros, não raro a situação de irregularidade dos que imigrantes é confundida com a delinquência ou a criminalidade. Ao contrário dessa conjuntura, o Japão demonstra interesse em preservar os seus imigrantes, buscando preservar a dignidade dos brasileiros, dando a possibilidade jurídica para que esses, que tendo fracassado no seu objetivo de trabalhar e melhorar de vida no Japão, possam retornar para perto da sua família de forma digna. Acredita-se que isso pouco ocorre¹², tendo em vista que as penitenciárias japonesas fornecem condições de vida que jamais teriam no Brasil, inclusive ensinando o japonês aos presos. Diferente da experiência brasileira, na qual não há se quer o julgamento quase metade dos presidiários, ou seja, cerca de trezentos mil pessoas estão presas no Brasil sem sentença, dizendo em outras palavras, cerca de trezentos presidiários no Brasil são inocentes, pois ainda não foram condenados. Nessa paisagem, o tratamento aos estrangeiros é igual ao dado aos nacionais, é um tema de acesso à justiça.

Por outro lado, o Tratado entre Brasil e Japão elucida não só a necessidade de diálogo entre os países, mas também indica que os processos migratórios devem ser objeto da política externa e interna do Brasil, pois se trata das relações diplomáticas entre os Estados. O que ocorre é que a ausência de legislações atualizadas e ações governamentais faz com que os imigrantes, os estrangeiros, os refugiados etc. contem com as ONGs e Instituições do terceiro setor, estas que contam com os sistemas de proteção internacional, assim como com a solidariedade, e até mesmo a simpatia, internacional. Segundo Jubilut et al (2010),

O que ocorre é, muitas vezes, a ausência ou insuficiência de normas para solucionar as possíveis incoerências entre as normas de diversos campos, velando-se pela primazia dos direitos humanos no contexto das migrações. Além disso, essa ausência ou insuficiência normativa reflete na lacuna de mecanismos domésticos de proteção específicos, ou mecanismos domésticos que simplesmente permitam alcançar uma situação de regularidade dos imigrantes. (JUBILUT ET AL, 2010, p. 2)

¹² Como já foi dito, pretende-se continuar investigando essa temática, verificando dados em outras instituições para além das penitenciárias.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

Nesse caminho, acredita-se que a situação atual dos estrangeiros, assim como o debate sobre a necessidade de desenvolvimento de novos mecanismos legislativos e políticos de proteção aos imigrantes são parte do que os internacionalistas denominam de “Direito Internacional de Migração” (CHOLEWINSKI; PERRUCHOUD; MACDONALD, 2007). Segundo Jubilit (2010), a doutrina internacionalista tem demonstrado, nos últimos tempos, um esforço para sistematizar as normas de proteção internacional aplicadas às diferentes situações de migração, agrupando-as sob a nomenclatura Direito Internacional de Migração. Explica a autora que trata-se da compilação das normas que usualmente são consideradas como parte do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional dos refugiados, do direito internacional humanitário, do direito internacional do trabalho, do direito internacional econômico e do direito internacional penal.

Em que pese o sugerido ramo do direito internacional seja objeto de uma série de críticas, como o risco de generalizar situações específicas de diferentes países e grupos étnicos, como explica Jubilit (2010),

Há, pois, que se indagar a respeito da autonomia deste sugerido novo ramo do direito internacional, e do risco de se considerar as situações de migrantes forçados - tais como os refugiados e as pessoas forçadamente deslocadas, classicamente diferenciados dos migrantes (econômicos) em função das necessidades e demandas particulares derivadas de perseguições ou outras violações sérias, de que decorrem fortes obrigações jurídicas dos Estados de protegê-los - como sujeitas a um genérico direito internacional da migração.(JUBILUT ET AL, 2010, p. 3)

Propõe-se que tal disciplina pode ser um caminho profícuo para o aprofundamento dos estudos dessa temática que ao mesmo tempo é do Estado, é interna, é externa e diz respeito aos Direitos Humanos Universais. Dessa forma, crê-se que por meio do entendimento da relevância da migração para o direito, tanto internacional público quanto privado, podem-se abrir novas possibilidades de análise e de compreensão das Relações Internacionais. Afinal, as políticas externas também devem ter como fim o bem-estar da população, e esta é heterogênea e multiétnica. Talvez a Migração como ramo de um Direito entre Estado, abra espaço para que seja possível debate sobre qual o impacto das relações internacionais e dos tratados e convenções nas políticas públicas brasileiras.

Assim, o estudo aqui apresentado é um processo investigatório em aberto, a proposta é repensar ideias e situações sócio jurídicas por meio de perguntas que pretendem instigar alguns pontos delicados tanto do ordenamento jurídico brasileiro, das políticas públicas e das relações internacionais, apresentando questionamentos sócio jurídicos, algumas hipóteses e a intenção de continuar pesquisando sobre o tema.

Referências

ALVES, E. M. P. *Justiça penal no Japão: severa ou não?* Disponível em: <<https://eduardompa.wordpress.com/2012/11/24/justica-penal-no-japao-severa-ou-nao/>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

BARBIERI, A. *Acordo de cooperação entre Brasil e Japão, na área penal, é aprovado pela Câmara.* Disponível em: <<http://www.ipcdigital.com/brasil/acordo-de-cooperacao-entre-brasil-e-japao-na-area-penal-e-aprovado-pela-camara/>>. Acesso em: 02 nov. 2015

BATISTA, A. S. Estado e controle nas prisões. *Cadernos CRH*, vol. 22, n. 56, p. 399-410, 2009.

BELTRÃO, K. I., & SUGAHARA, S. (2006). Permanentemente temporário: dekasseguios brasileiros no Japão. *Revista Brasileira de Estudos de População*, vol. 23, n. 1, p. 61-85, jan.-jun. 2006.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Estatuto do estrangeiro. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.html>. Acesso em: 02 out. 2015.

BRASIL. *Lei 6.815, 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

CARVALHO, E. G. F. Os direitos (fundamentais) dos estrangeiros na execução penal, desde o paradigma neoconstitucionalista. *Revista Liberdades*, 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/10/artigo2.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

CNJ. *Órgãos criam banco de dados sobre estrangeiros presos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58349-orgaos-criarao-banco-de-dados-sobre-estrangeiros-presos>>. Acesso em: 09 ago. 2015.

CONVENÇÃO de Haia, 1930. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/protocolo-especial-relativo-a-apatrida-1930.html>>. Acesso em: 31 out. 2015.

CORSINI, Leonara. *O Brasil e a nova Lei de Estrangeiros*. Disponível em: <<http://www.revistaglobalbrasil.com.br/?p=19>>. Acesso em: 20 out. 2015.

DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN: junho de 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública, Ano 9*, 2015. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf> Acesso em: 20 out. 2015

GOMES, L. F. e BUNDUNKY, M. C. *Brasil: campeão mundial em crescimento de preso*. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-campeao-mundial-em-crescimento-de-presos/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

GARCEZ, Jose Maria Rossani. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

Parte IV – Violência, Cultura e Direito

JUBILUT, L. L.; MENICUCCI, S. APOLINÁRIO, O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista de Direito GV*, São Paulo, vol. 6 n. 1, jan./jun. 2010.

LIMA, R. *Exclusivo: os números exatos e atualizados de estrangeiros no Brasil*. Disponível em: <<http://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

LOURENÇO, L. C. e GOMES, G. L. R. (Org.). *Prisões e punições no Brasil contemporâneo*. Salvador: Editora EDUFBA, 2013.

MACHADO, V. G. e NETO, P. M. R. Presos estrangeiros no Brasil e o problema da seletividade penal. *Derecho y Cambio Social*, n. 35, 2014.

MACHADO, A. E. B., SOUZA, A. P. R., SOUZA, M. C. Sistema penitenciário brasileiro-origem, atualidades e exemplos funcionais. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 10, n. 10, 2013.

MAEDA, M. *Crescem crimes de menores brasileiros*. Disponível em: <<http://www.alternativa.co.jp/Noticia/View/33742/Crescem-crimes-de-menores-brasileiros>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

MAEDA, M. *Japão: brasileiros cometem 1.108 crimes*. Disponível em: <<http://www.alternativa.co.jp/Noticia/View/33695/Japao-brasileiros-cometem-1108-crimes>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

MALHEIROS, Emerson. *Manual Direito Internacional Privado*. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZA, D. O direito humano à mobilidade: dois textos e dois contextos. *REMHU*, Brasília, v. 23 n. 44, jan.-jun. 2015.

MTJR PENAL. *O sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/1597224/artigo%20sistema%20prisional%20brasileiro%20pseudonimo%20mtjr%20penal.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2015

NOGUEIRA, J. P. & MESSARI, N. *Teorias das Relações Internacionais - Correntes e debates*. [s.l.]: Editora Campus, 2005

PNUD. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2015.

RIBEIRO, J. F. S. *Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14291/regime-disciplinar-diferenciado-rdd>>. Acesso em: 12 out. 2015.

RICHARD, Ivan. *Comissão do Senado aprova lei que atualiza o Estatuto do Estrangeiro*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-07/senado-aprova-lei-de-migracao-que-reve-legislacao-da-epoca-da-ditadura>>. Acesso em: 31 out. 2015.

TRATADO entre a República Federativa do Brasil e o Japão sobre a Transferência de Pessoas Condenadas. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/2014-3/tratado-entr-a-republica-federativa-do-brasil-e-o-japao-sobre-a-transferencia-de-pessoas-condenas/>> Acesso em: 02 out. 2015.

VENTURA, D. & ILLES, P. *Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração?* Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>> Acesso em: 20 out. 2015.

RESENHAS

SOBRE O IMPACTO SOCIAL DO HISTORICISMO

Wagner Silveira Feloniuk*

Sumário: Introdução. 1. A Força das ideias. 2. Historicismo para Strauss. 3. Alcance do historicismo descrito por Strauss. 4. O limite da força das ideias. Referências.

1 A Força das ideias

Apresento o pensamento de Leo Strauss e reflito, nesta resenha, sobre suas conclusões a respeito da intensidade da força política e social do historicismo. Especificamente, tratamos da possibilidade de obras filosóficas e políticas modernas poderem exercer uma influência tão grande sobre a realidade como afirmado pelo autor, ao invés de serem elementos relevantes em um conjunto de outros fatores culturais também influentes.

Não é discutida a existência do fenômeno descrito como historicismo, também não são negadas as características apontadas por Strauss - é criticado o patamar de impacto do fenômeno. É defendido que o comportamento humano pode ser influenciado decisivamente por ideias, mas que esse é um fenômeno com limites mais atenuados que o descrito por Strauss. Ele é majoritariamente determinado por uma pluralidade de elementos atuando em conjunto: cultura, economia, história, instituições, religião, diversas ideias e ideais políticos e filosóficos.

* Doutorado em Direito com dois votos de louvor (2013-2016, bolsa CAPES), Mestrado Acadêmico (2012, bolsa CNPq), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais com láurea acadêmica (2006-2010) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor das pós-graduações da Verbo Jurídico, Instituto de Desenvolvimento Cultural, de Advocacia de Estado e Direito Público da UFRGS, ex-professor de Direito do IPA/RS (2014). Editor-Executivo da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS (B4) e da Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (B2), membro do Conselho Editorial da Revista E-Civitas (B4), da Revista Brasileira de Direitos Humanos da Lex Magister (B3), das editoras científicas DM e RJR. Ex-Editor-Executivo da revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (2012-2016, B2). Ex-Membro do Conselho de Pós-Graduação do PPG-Dir./UFRGS (2012 e 2014-2015), Comissão de Pós-Graduação do PPGDir./UFRGS (2013), Conselho da Unidade da Faculdade de Direito da UFRGS Suplente (2014) e da Corregedoria-Geral da Justiça do TJ/RS (2009-2016, servidor público). Autor dos livros "A Constituição de Cádiz: Análise da Constituição Política da Monarquia Espanhola de 1812" e "A Constituição de Cádiz: Influência no Brasil". Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: Supremacia do Direito e Direito e Filosofia. Membro da Associação Nacional de História, da Associação Brasileira de Editores Científicos, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Membro Pesquisador do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. Áreas de Pesquisa: Direito Constitucional, História do Direito, Teoria do Estado. E-mail: wagner@feloniuk.com.

Resenhas

Outro fato defendido é que as escolas de pensamento são um fruto da sociedade que as cerca, em função da conjuntura imposta pela realidade. Conclusões desligadas de seu momento político e social dificilmente teriam potência para motivar, sozinhas, a mudança de pensamento de uma sociedade inteira. Strauss poderia defender melhor o historicismo definindo-o como um fato social a ser explicado por suas teorias. No entanto, fazer o contrário, e derivar diretamente das ideias de autores políticos e filosóficos criticados consequências tão profundas é digno de reflexões.

Strauss não afirma que a potência do historicismo independa completamente de outros fatores sociais - ele liga sua própria existência e evolução a eles, como à história das Revoluções Liberais¹. No entanto, o autor se afasta de uma descrição ideal em nossa opinião. Ele afirma haver uma potência grande demais no fenômeno. É possível ler em sua obra o seguinte: "*At any rate, historicism is not just one philosophic school among many, but a most powerful agent that affects more or less all present day thought*"². A frase não está deslocada de algum contexto que a abrande, ela parece sintetizar a importância do fenômeno para o autor.

2 Historicismo para Strauss

O historicismo para Strauss é uma escola de pensamento que, em última análise, afirma não haver uma diferença fundamental entre a filosofia e a história³. O movimento substituiu as perguntas de filosofia política clássica, que eram sobre qual seria o melhor e o pior regime⁴, envolvendo noções materiais de bom e mau, e valores para o que seria algo bom⁵. As perguntas com conteúdo valorativo foram substituídas por outro enfoque, relacionado à história e a uma ciência social desprovida de valores absolutos.

O historicismo passaria a condicionar as questões políticas ao estudo histórico e, apenas com ele, tenta responder as questões atuais e futuras sobre quais as melhores decisões para a política. As perguntas da

¹ STRAUSS, Leo. *The Three Waves of Modernity in An introduction to political philosophy: ten essays by Leo Strauss*. Detroit: Wayne State University Press, 1989, p. 88-94.

² Tradução livre. "De qualquer forma, o historicismo não é apenas uma escola de pensamento entre muitas, mas um poderoso agente que afeta mais ou menos todo o pensamento atual". STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History in What is Political Philosophy? And other studies*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 57.

³ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 57.

⁴ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 69-70

⁵ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy? in What is Political Philosophy? And other studies*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 10.

filosofia clássica sobre o melhor regime estariam relegadas ao campo da não ciência e já não seriam aceitas. Todos os conceitos sobre as coisas políticas estariam condicionados historicamente, seriam relativos a uma época e ao seu povo⁶ - sobre eles não poderiam haver juízos peremptórios de valor, não haveria um conteúdo de valor universal.

A filosofia política clássica é rejeitada como não científica - essa seria uma característica central do positivismo - e que Strauss diz irremediavelmente se transformar em historicismo⁷. O Positivismo de Comte colocava a ciência como a forma mais alta de conhecimento, por meio de sua busca de dados verificáveis de como ocorriam os fenômenos, e não a preocupação da teologia ou da metafísica do "porquê" eles ocorriam. Modificado por outras escolas (utilitarismo, evolucionismo, neokantismo), o historicismo foi além, e culminou hoje em uma diferenciação fundamental entre fatos e valores⁸. Feita a diferença, o historicismo afirma a impossibilidade de a ciência fazer juízos de valor e, portanto, ela deveria se afastar deles⁹. A consequência sobre a filosofia política foi negar sua essência, ao menos no sentido clássico, em que ela era fundamentada em juízos de valor na busca do melhor regime¹⁰.

O historicismo, então, nega os juízos de valor feitos pelos filósofos políticos clássicos - trata esses julgamentos como o resultado de uma conjuntura histórica. Um valor intrínseco e universal das experiências humanas não é cogitado porque valorar não é mais necessário¹¹. As ciências sociais modernas são partes fundamentais para alcançar os fins sociais pretendidos, mas quais seriam esses fins sociais é algo excluído da cogitação - seria uma discussão que exigira valores desligados da ciência e cujo consenso universal seria inalcançável pela razão humana¹².

A filosofia do passado não procurava entender a si própria como um produto histórico, o historicismo passou a tentar entender ela apenas assim, historicamente. A busca deixou de ser "entender os pensadores do passado como eles se entenderiam" mas, sim, dentro da sua realidade histórica¹³.

No campo das perguntas da política, a pergunta sobre o melhor regime é substituída pela pergunta do regime do futuro. Todas as pergun-

⁶ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 58-60.

⁷ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?*, p. 25; e STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1953, nota de rodapé 3, p. 10.

⁸ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 55-57.

⁹ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?*, p. 18.

¹⁰ STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?*, p. 27-40.

¹¹ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 23-24.

¹² STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?*, p. 18-23.

¹³ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 67-68.

tas e respostas estariam historicamente condicionadas à situação em que ocorreram¹⁴. Todas as tentativas de respostas dadas pela filosofia no passado são desconsideradas em troca de um exame da situação histórica de determinado assunto ou lugar¹⁵. Os questionamentos e pensamentos do homem seriam, então, históricos, e sempre apenas isso¹⁶.

3 Alcance do historicismo descrito por Strauss

Apresentado o historicismo na visão do autor, as considerações feitas aqui ao pensamento de Strauss iniciam buscando evidências de que ele vê influências sociais extremamente amplas nesse fenômeno. O historicismo, como descrito, não seria defendido por alguns grupos, mas estaria afetando todo o comportamento do Ocidente. Essa é uma tarefa mais difícil de ser realizada.

A influência do historicismo sobre a sociedade é apresentada de maneira menos fundamentada nas obras, apesar das afirmações de sua influência ampla, e a maior parte das críticas de Strauss se volta aos efeitos do pensamento historicista. Ao contrário da descrição teórica da escola de pensamento, afirmações sobre os efeitos práticos dele sobre a sociedade são feitas poucas vezes. Os exemplos do autor sobre essa influência são quase sempre a respeito dos cientistas sociais - um grupo pequeno e específico da sociedade, incapaz representar o todo.

As principais evidências sobre a crítica aqui traçada são encontradas na introdução da obra *Natural Right and History*. Ali é o local onde há mais afirmações sobre o historicismo influenciando a cultura da sociedade. Os três momentos mais importantes seguem abaixo:

Pergunta o autor, a respeito da Declaração de Independência, que invocava o Direito Natural para fundamentar os direitos dos norte-americanos:

The nation dedicated to this proposition has now become, no doubt partly as a consequence of this dedication, the most powerful and prosperous nation on the earth. Does this nation in its maturity still cherish the faith in which it was conceived and raised? Does it still hold those "truths to be self-evident?"¹⁷

¹⁴ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 69-70.

¹⁵ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 70-71.

¹⁶ STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History*, p. 72; e, STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 25-26.

¹⁷ Tradução livre: "A nação dedicada a essa proposição se tornou agora, sem dúvida em parte como consequência dessa dedicação, a mais poderosa e próspera nação da terra. Essa nação, em sua maturidade, ainda mantém a convicção na qual ela foi concebida e erguida? Ela ainda

E continua dizendo que acredita na resposta negativa. Para ele, *"What was a tolerably accurate description of German through twenty-seven years ago would now appear to be true of West thought in general"*¹⁸. O pensamento germânico significa a perda do significado "humanidade" e "direito natural" em seus traços originais da filosofia clássica, e a adoção de uma visão de senso histórico¹⁹. Assim, não apenas o pensamento historicista teria se tornado dominante para Strauss, mas o autor defende que os Estados Unidos estariam rapidamente perdendo elementos importantes de sua tradição em função dessa escola de pensamento. Essas são as noções que nos parecerem dignas de reflexão quanto ao alcance da escola historicista. Os Estados Unidos continuam com suas características culturais e aqueles valores continuam sendo defendidos com mais intensidade lá do que em outros países com tradições diferentes. E, até mais importante, se os Estados Unidos parecem estar rumando para uma situação de menos defesa de sua Constituição e seus valores originais, afirmação que demanda provas empíricas, parece improvável que o grande responsável seja uma única escola de pensamento acadêmico, e não um conjunto de fatores sociais de diferentes matizes.

A segunda asserção de relevo coloca em dúvida o consenso da sociedade norte-americana sobre o historicismo, mas afirma sua influência indubitável entre os cientistas de maneira geral. Escreve Strauss:

*Whatever might be true of the thought of the American people, certainly America social science has adopted the very attitude toward natural right which, a generation ago, could still be described, with some plausibility, as characteristic of German thought. The majority among the learned who still adhere to the principal of the Declaration of Independence interpret these principal not as expressions of natural right, but as an ideal, if not as an ideology or a myth*²⁰.

mantém aquelas "verdades como auto-evidentes?" STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 1.

¹⁸ Tradução livre: "O que era uma descrição toleravelmente correta da Alemanha há vinte e sete anos iria agora parecer verdade para o pensamento do Oeste em geral". STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 2.

¹⁹ STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 1-2.

²⁰ Tradução livre: "Qualquer que seja a verdade no pensamento das pessoas norte-americanas, certamente a Ciência Social norte-americana tem adotado uma atitude muito específica diante dos direitos naturais que, uma geração atrás, poderia ainda ser descrita, com alguma plausibilidade, como característica do pensamento germânico. A maioria dentre os letrados que ainda aderem ao mais importante da Declaração de Independência interpreta esse principal não como uma expressão de Direito Natural, mas como um ideal, caso não seja como uma ideologia ou um mito". STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, p. 2.

Resenhas

Sobre a segunda passagem, o contraponto mais fácil de ser traçado, e de menor qualidade, à existência desse movimento acadêmico tão amplo é o próprio papel Strauss e outros cientistas que o apoiavam, que discordam do movimento, e têm grande repercussão. No mínimo, havia uma crítica profunda a essa nova geração que ele descreve. No entanto, é possível encontrar movimentos de larga escala que envolvem acadêmicos que mantêm os valores que Strauss afirma estar deixando de existir e buscam sustentar eles intocados em seu sentido, independentes de alterações posteriores. Tais movimentos tem influência ampla também na sociedade e na atuação estatal, com defensores que alcançar maior ou menor influência dependendo da conjuntura política, mas não deixaram de produzir novas teorias e serem aceitos e amplamente defendidos. No Direito, pode ser citado o movimento originalismo, que afetou bastante as decisões da Suprema Corte e que Antonin Scalia, um de seus grandes precursores, trata da seguinte forma:

It is the one that we espouse: original meaning, as opposed to original intention (which devolves into trying to read the minds of enactors or ratifiers). This brand of originalism—as opposed to the search for historical intent, which we renounce—holds sway with many respected scholars today. We hardly endorse all that these scholars have said, but we believe it to be imperative that the term originalism be reclaimed so that rational discourse about what it broadly represents may take place²¹.

A última e mais significativa passagem para afirmar a crítica de que Strauss superestima a influência do historicismo é a que afirma que o ideal de toda a sociedade norte-americana está mudando em uma direção que só poderia ser explicada por essa escola de pensamento. Diz Strauss, concluindo sobre os efeitos disso: *“And since the ideal of our society is admittedly changing, nothing except dull and slate habit could prevent us from placidly accepting a chance in direction of cannibalism.”*²² Essa afir-

²¹ Tradução livre: "Este é o que nós defendemos: *significado original*, em oposição à intenção original (o que leva à tentativa de ler as mentes dos elaboradores ou favoráveis). Essa linha de originalismo - oposta à busca da *intenção* original, à qual nós renunciemos - guarda aceitação com muitos pesquisadores respeitados atualmente. Nós dificilmente ratificamos tudo o que esses pesquisadores disseram, mas nós acreditamos ser imperativo que o termo originalismo seja reapropriado para que o discurso racional sobre o que ele realmente representa possa ter seu lugar". SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. Reading Law. Interpretation of legal Texts. Thomson/West: [s.l.] 2012.

²² Tradução livre: "E, visto que o ideal de nossa sociedade está certamente mudando, nada exceto o maçante e velho hábito pode nos prevenir de aceitar placidamente uma alteração na direção do canibalismo". STRAUSS, Leo. Natural Right and History, p. 3.

mação foi precedida da afirmação de que hoje vigora a ideia de que não há critérios aceitáveis para distinguir os valores das sociedades modernas daquelas que ainda cometem o canibalismo. Nesse ambiente, critica Strauss, canibalismo seria defensível como qualquer outro modo de vida.

Consideradas essas passagens, parece que, para Strauss, o poder do historicismo vai muito além da influência sobre os cientistas sociais que os adotam ou algumas parcelas da sociedade. E essas são as afirmações mais evidentes de uma ideia implícita que perpassa as suas obras que tratam do historicismo, positivismo ou direitos naturais. Ao longo das obras, Strauss passa a ideia do historicismo como um movimento negativo para o avanço da sociedade que está afetando o Ocidente como um todo²³. Em contraponto a essa ideia, vemos no Ocidente um conjunto de sociedades plurais, no qual diferentes ideais são defendidas e na qual não foi alcançada nenhuma hegemonia - em favor do historicismo descrito ou de qualquer outra corrente de pensamento.

Até mais do que os poucos trechos escritos pelo autor, a crítica se volta à ideia geral de que é esse fenômeno descrito que tem condições de alterar o comportamento do Ocidente todo. Se ele estiver sendo modificado, é por um conjunto de fatores e ideias, a serem estudados com ajuda a história, sociologia e outros ramos das ciências. Apenas as ideias e argumentos dos assim chamados historicistas não teriam essa força.

4 O limite da força das ideias

Explicações com forte tendência à um elemento podem não ser capazes de explicar comportamentos sociais complexos - ideias influenciam, mas ao lado muitos outros fatores. Em alguns eventos, como revoluções particularmente ideológicas, é possível afirmar que ideias alcançam um patamar de influência muito grande. No entanto, mesmo nesses casos, que duram pouco tempo, a "potência" dessas ideias dependeu do estado da sociedade em que surgiram, suas necessidades e objetivos.

Em segundo lugar, o estudo do impacto do historicismo precisa ser justificado com fatos que superam a apresentação do fenômeno em si. Mostrar com grande clareza o pensamento historicista não mostra, por si, uma adesão ampla da sociedade a eles. Essa demonstração é um segundo passo, que utiliza ferramentas distantes da filosofia política, e se apoia

²³ É criticável a posição de Strauss em afirmar apenas na introdução a influência do historicismo sobre a sociedade e não desenvolver isso com cuidado e profundidade em outro momento da obra. Essa é uma afirmação que pode ser debatida, mas ela precisa ser fundamentada e posta em discussão com evidências objetivas, não pode ser apenas uma impressão passada pela obra.

Resenhas

possivelmente em estatísticas, pesquisas de campo, estudos sobre a atuação concreta de políticos e magistrados. Essa abordagem é feita por muitos pesquisadores de grande repercussão, especialmente Habermas, e parece mostrar, sobretudo, o quanto é rica e matizada a sociedade, influenciada por muitos fatores.

Mesmo se a sociedade atual estiver perdendo seus valores e mantém sua estrutura apenas por hábito - como diz Strauss - seria por um conjunto de fatores. Aquilo que Strauss denomina historicismo possivelmente tem seu lugar nos campos de reflexão e alguma influência sobre o comportamento, mas ele não é *"a most powerful agent that affects more or less all present day thought"*, capaz de mudar as sociedades e fazer o Ocidente acreditar que na vida prática, o "canibalismo" descrito por Strauss é tão aceito quanto qualquer outra conduta.

Referências

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law*. Interpretation of legal Texts. Thomson/West: [s.l.] 2012.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1953.

STRAUSS, Leo. *Political Philosophy and History in What is Political Philosophy? And other studies*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

STRAUSS, Leo. *The Three Waves of Modernity*. In: An introduction to political philosophy: ten essays by Leo Strauss. Detroit: Wayne State University Press, 1989.

STRAUSS, Leo. *What is Political Philosophy?* In: What is Political Philosophy? And other studies. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

BABEL: entre a incerteza e a esperança

Luiz Gonzaga Silva Adolfo*
Mériam Kielbovicz**

Em um formato de amplo diálogo, *Babel: entre e incerteza e a esperança* aponta os presentes impasses do capitalismo globalizado, analisando os perigos do enfraquecimento da democracia e o papel da esperança que ainda busca resistir aos efeitos das complexas transformações que indivíduo e sociedade atravessam hoje.

O autor Zygmunt Bauman é um sociólogo polonês que ocupou por vinte anos o cargo de professor emérito da Universidade de Leeds, na Inglaterra. Nesta obra, ele adota uma percepção de mundo realista e não propõe a “volta ao passado”. Emprega termos, como “liquefação” ou “fluidez”, com os quais, metaforicamente, procura descrever o acelerado processo de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, que acredita caracterizar os tempos atuais.

Ezio Mauro, o segundo autor, é jornalista e escritor, nascido na Itália. Trabalhou por mais de 40 anos nas principais redações de seu país, sendo premiado e reconhecido pela dedicação ao ato de transmitir a notícia de forma única pelos locais por onde passou. Ainda, foi correspondente internacional e dirigiu os importantes periódicos italianos, *La Stampa* e *La Repubblica*.

Transcrevendo pontos de suma importância para a atualidade, esses autores discutem a legitimidade da existência de uma ética na pós-modernidade, com a insegurança trazida pela tecnologia e com a fase crítica em que a política se encontra, elementos que formam o sentimento de incerteza e desabrigo da sociedade.

Dentre essa compilação de informações e opiniões acerca do atual momento de crises, guerras e atentados que a sociedade do século XXI enfrenta, ao longo de 150 páginas, organizadas em três capítulos, os escritores discorrem sobre acontecimentos que vão do surgimento do *homo sapiens* até atingir o homem global.

Ademais, em uma trajetória linear que se origina no nascimento da linguagem e vai até o ato de dizer, mas não falar nada, a tecnologia e as

* Doutor em Direito pela UNISINOS (2006). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). E-mail: <gonzagaadolfo@yahoo.com.br>.

** Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravataí/RS). E-mail: <m.kielbovicz@hotmail.com>.

Resenhas

redes sociais dão armas com alta munição para soldados despreparados, com sede de justiça e com colete a prova de conhecimento. Insta salientar que, em um colóquio enriquecido de compreensões complexas e trazendo à baila grandes filósofos, sociólogos, dentre os principais pensadores destas e de todas as gerações, o livro ora contemplado faz-se como um roteiro de autoavaliação do mundo moderno.

No capítulo um, “Num espaço desmaterializado”, o leitor é levado a compreender que a visão da incerteza que faz o apostador jogar na loteria é a mesma que o eleitor deposita nas urnas eleitorais. Esse jogo de adquirir/votar em algo incerto, mas em que se tem a esperança de ganhar o prêmio, mostra a existência de um monopólio do Estado e a consequente apatia política: ao final, somente a banca logra o êxito na aposta.

Esta analogia é uma forma de exemplificar as conjunturas atuais em que os autores citam a Europa. Entretanto são cediças as tensões econômicas, financeiras, políticas, institucionais e culturais, por todo o continente: hoje, ninguém está imune a quaisquer dessas deficiências hodiernas.

Não obstante buscarem verificar, ao início, o centro do problema, esse não é encontrado! Ora, e a democracia? Sim, pode-se grifar tal instituto, pois, dentre seus mecanismos de sobrevivência, os autores ressaltam que ela não é autossuficiente, pois, se analisada com uma pequena lupa, aliás, a olho nu, pode-se verificar que a crise está ali, porquanto se apresenta desprovida de pensamentos, em um limbo vazio e líquido.

Igualmente, defendem a ideia de que o governo tem o papel de trazer a segurança para o povo, deve garantir policiamento ativo, punição ao infrator e tranquilidade ao “homem de bem”; todavia, alertam que existe um distanciamento entre o governante e o cidadão, pois o preço pago por estar, ou achar que está, protegido é o fim da privacidade. Com tudo sendo codificado, lembram que as senhas se tornam a forma de ingresso que norteia a vida cotidiana, mas que não há como controlar quem tem o acesso a essas informações ora ditas seguras.

Na reflexão a que a obra induz, de modo preciso, as eleições se tornam um momento crucial na sociedade, épocas de campanhas e promessas de uma vida melhor, fé em possíveis mudanças na economia, na saúde e na educação do país. Assim, ao depositar nas urnas os números escolhidos, o cidadão estará assinando um cheque em branco ao indicado. Infelizmente, nos dias atuais, já não se busca o melhor, opta-se pelo menos pior, o que configura um real afastamento entre o candidato e o eleitor.

Diante dessa incomunicabilidade política, certas frases – como “não discuto sobre política” –, demonstrando o fim da paixão e o início da

indiferença e repúdio pelo mau trabalho realizado pelos candidatos que se elegem, tornaram-se comuns entre os cidadãos. Tais declarações são compreensíveis, já que não há como discutir e opinar sobre algo que se desconhece: não se busca mais compreender esse eixo da sociedade e o que se encontra é a “ignorância eleitoral”. Ser desinteressado sobre esse assunto passou a ser tido como algo positivo.

Em outros tempos, a escolha era obrigatória – lado A ou lado B, democrata ou republicano, esquerda ou direita –, tratava-se de uma separação compulsória, pois dali partia a premissa de quem era o seu representante e quais eram suas escolhas frente aos problemas da comunidade. Contrariamente, hoje, a neutralidade política é vista como uma qualidade do eleitor, pois o cidadão prefere se abster dos assuntos públicos; no entanto, quando não se discute, nada se pode modificar, sendo somente aceito o que é imposto.

John Major, em sua “Carta do Cidadão”, sustenta que aquele que ouve e aceita tudo o que lhe é dito, faz-se como um correto indivíduo, que irá ser um cliente dos serviços oferecidos pelo Estado. Todavia, tal fornecimento de migalhas não cessa a fome da coletividade, que se depara com inanição de bons representantes e ausência de adequados planejamentos para a solução das adversidades atuais.

Dessa forma, os líderes foram substituídos por celebridades, e a popularidade e a fama estão tomando o lugar da reputação e das boas ideias. Assim, em vez de os indivíduos serem os fios condutores, tudo lhes é transmitido por *wi-fi* e inicia-se a degeneração das informações. Logo, passam a enxergar por um buraco de fechadura, de onde só é visto o que convém; já o que está escondido atrás só é conhecido por quem possui a chave – os governantes.

Ainda, em tempos de inseguranças, a frustração do mau voto só vem após as eleições, quando o eleitor se depara com escândalos políticos, inflações e guerras pelo poder. Nesse momento, inicia-se a pró-ativação do eleitor que, por meio das redes sociais, com armamento pesado que seja disponibilizado para todos, adota a ideia ilusória de que as opiniões rebuscadas, copiadas e coladas possuem alguma valia, porém é evidente que cada comentário, curtida e compartilhamento não passam de um vazio que faz eco dentro de um *post* ou *twite*.

Essa incapacidade de criar uma consolidada opinião não é mais questionada, uma vez que todos entendem sobre tudo, mesmo sendo notada a limitação de argumentos – muitas vezes nulos –, mas que conseguem atingir milhões de espectadores que estão aguardando ansiosos por frases sem nexo e tornando, assim, um pensamento de Platão uma gene-

Resenhas

rosa afirmação: ser notado e reconhecido é uma necessidade humana dita como fundamental. Mas até que ponto isso seria algo positivo? Não seria.

Se, no capítulo um da obra, os autores observaram as possíveis ramificações das crises atuais e, ainda, buscaram ilustrar a sociedade hodierna como sendo rica em tecnologia e pobre em opiniões, no capítulo dois, a problemática ganha traços mais precisos. Sob o título de “Num espaço social em transformação”, afirmam que o homem carece da política, mas que o atual problema é sua má aplicação e fiscalização por parte da população acomodada com a situação.

Nesse viés, denunciam que a classe paupérrima se vê desamparada no que tange à delegação por seus direitos. Bauman e Mauro explicam que não existem mais representantes dos pobres na política, ninguém mais luta por eles; porém é esse segmento da sociedade que, realmente, comparece em número expressivo nas urnas. Assim sendo, as elites produzem e reproduzem a mídia, estão à frente de grandes meios de comunicação adquiridos pelos menos escolarizados e, ao absorvem tais produtos, fazem disso um dogma absoluto.

Nesse sentido, comparam a política contemporânea com um corpo sem alma, que não possui valores, sendo resultado de um momento crítico, pois o maior desafio da modernidade é viver sem ambição e não ficar desiludido com o que lhe é proporcionado. De plano, é curial observar a transformação dos governantes em ditadores de comportamento e pensamento, aliás, onde está a democracia? Não está.

O consumidor de hoje é o antigo cidadão, e tudo é consumo. Vê-se, portanto, que as datas comemorativas se moldaram nessa concepção consumerista. Assim, o varejista vende o produto para o “Dia dos Pais”, o “Natal”, não importa, o essencial é adquirir, tirar foto, postar e pronto, fazer o *check-in* da data. Nota-se que o abraço e as palavras foram substituídos pela postagem e pela legenda – se não está na rede, não aconteceu!

Destarte, esta competição de quem foi mais “curtido” nas redes sociais alcança outro momento, a luta de egos na política – sim, importa não esquecer a política – a imagem pública mudou de nomenclatura, nunca houve tanta exaltação da beleza estética de um candidato, a “boa imagem” é um requisito para a vitória. Inicia-se, desse modo, a participação dos marqueteiros, uma profissão glorificada que torna o profissional quase mais importante que o próprio candidato.

Campanhas políticas viram shows, grandes eventos. E é de se perguntar se, por sua vez, os eleitores são as atrações principais. A resposta, por óbvio, é não! Eles são espectadores, sedentos por diversão e prontos para assistirem a debates que se tornam *reality shows*, uma transmissão

ao vivo de discussões e ofensas, o que não passa de um momento de propagação de ideias sem relevância.

Eis aí uma nova rede de consumo: o eleitor/consumidor, o político/produto, o voto/ingresso. E, para quem se poderão reclamar os vícios e falhas do produto, ou seja, do governante? A eles mesmos. Mas que tipo de autorregulação pode funcionar assim? A resposta é nenhum. E é sabido que não há esperança de melhorias quando o cidadão vira um cliente que acaba por barganhar seu voto e que somente aceita os discursos corrompidos em forma de *talk show*.

Em suma, a sociedade se encontra numa vicissitude de existência, porquanto todos querem se sentir desobrigados. Criam a concepção de sentar, assistir e aplaudir ao que for proporcionado. Mas que tipo de cobranças podem ser feitas por consumidores que estão satisfeitos com esse tipo de mercadoria? E para quem reclamar dos eleitores? Eles também são parte, grande parte até, do problema instaurado na política.

O capítulo três da obra, “Solitários interconectados”, é mister porque faz uma ligação entre o que foi dialogado e os traços e características daquele corpo rascunhado no princípio da obra. Então, consegue-se enxergar que os indivíduos se transformam, realmente, em “solitários interconectados”, pois, como uma moeda de troca, a liberdade fora cambiada pela informação fornecida pelos meios tecnológicos.

Com esse exato cenário, pode-se concluir que a capacidade de estudar, de entender e de definir, dentre as tantas características do ser humano, foram supridas pelo vazio *high-tech*. Assim, o mundo real tornou-se virtual, e a existência passou a ser definida por um perfil: se não está na rede, então não existe. Se antes era preciso escolher entre esquerda ou direita, liberal ou conservador, hoje tudo irá depender de qual página é curtida, quem seguir e o que compartilhar. Os heróis são digitais. Glória aos *youtubers*, *hackers* e políticos, sim, sempre eles!

Mais. Depreende-se que os momentos vividos são breves, rasos em uma imensidão de informações fornecidas que são captadas e reenviadas, mas inexistente um processamento daquilo que se tem. Assim, as opiniões embasadas e as novas teorias param no momento em que não se pensa mais. Para que criar se é possível somente reproduzir? A sociedade virou uma rede cibernética de um enorme nada.

Dentre os diversos ensinamentos de Max Weber, a obra cita um estudo sobre a racionalidade instrumental que diagnosticou a racionalização como a característica fundamental da sociedade ocidental, sendo ela entendida como uma “regularização da ação humana” na busca de certos fins específicos. Em apreço com o que foi discutido pelos autores, pode-se

Resenhas

concluir que se está diante de uma não racionalização dos atos e ações humanos.

Cumpra destacar que a ansiedade de saber o amanhã e a ambição de possuir a ideia, ainda que falsa, de conhecer tudo, podendo, assim, opinar sobre qualquer coisa, mesmo que não se tenha o mínimo de ciência acerca do que se discute, tornam o homem dominado por uma máquina, por um novo mundo que não tem limites de acesso ou controle do que é falado. Igualmente, o que se diz de forma inapropriada ou errônea não é fiscalizado, e isso irá desencadear o surgimento de uma terra sem lei, aliás, a Internet já se tornou esse local.

Ao logar seus dados na rede, tudo o que o indivíduo pensar, agir e vir estará *on-line* e disponível para todos. E lembra-se que ninguém mais consegue permanecer *off-line*: vive-se em dois mundos, mas o que não se percebe é que um está dominando o outro, fazendo com que se permaneça escravo por opção. Em dada passagem do texto, os escritores trazem à reflexão o problema da falta de importância atribuída ao que é factual, a busca pelo significado das palavras, das histórias, o que gera uma reação em cadeia de desinteresse por tudo o que tem um conteúdo significativo.

Como se observa, é tênue a linha que liga estes dois universos – o real e o virtual –, pois, com um toque ou um clique, é possível ficar conectado com o que está acontecendo, sem precisar sair do lugar. Todos estão ligados por uma rede imaginária, onde o toque na pele foi trocado pelo toque na tela. Nessa concepção, o ganhador do Prêmio Nobel de Física, André Gein, demonstrou a existência de uma sociedade global que ostenta um ciclo de coevolução, sendo, atualmente, assinalada pela presença de identidades fluidas e relações efêmeras de uma cultura cultivadora do individualismo e da valorização da superficialidade.

Desse modo, não existem mais fatos isolados e, considerando-se que a linha que separa os territórios é imperceptível, na Internet, as fronteiras não possuem alfândega ou qualquer tipo de fiscalização de quem entra ou sai. Um exemplo é a guerra da Síria, que é noticiada ao vivo, comentada simultaneamente e, aliás, é nesse mesmo ambiente que os grupos participantes divulgam seus vídeos e chamadas que chegam em segundos a todos.

Em linha semelhante, em 2015, ocorreu um momento trágico, dentre tantos que vêm sendo divulgados, envolvendo uma publicação da caricatura de Maomé, e tendo como resultado a sede do jornal *Charlie Hebdo*, em Paris, atacada por extremistas, em um evidente descompasso entre o limite da vida humana e uma opinião mal interpretada. Como uma imagem vale mais que mil palavras, como é costume dizer-se, nesse caso, gerou inúmeras reações, pois não existe uma verdade absoluta, mas deve-

ria haver uma filtração desse livre acesso a tudo, para coibir esta verdadeira guerra de opiniões a que se assiste diariamente.

Surgem, assim, diversas teorias e, novamente, mensagens e notícias vazias sobre o tema focado, tendo em vista que ocorreram interpretações distintas a respeito de uma mesma imagem. A livre expressão foi substituída pela livre opinião, e quem não aceitar isso terá que pagar com a própria vida, uma lástima! Esse medo que cerca qualquer tipo de crime, como o mencionado, irá banir o pouco que sobrou dos que buscam indicar algo que não seja vazio. Os pensadores foram removidos e continuarão sendo preteridos, querendo-se ou não.

Se o artista não pode expressar o que pensa, se o formador de opinião se calar, estar-se-á diante de um silêncio oprimido por aquele que, com um *post*, acredita estar mudando o mundo. No início do ensaio, foram mencionadas as armas, a falta de preparação de soldados, agora se compreende a ponderação dos autores. Diante do quadro analisado, vê-se que o ser humano está exposto a uma lavagem cerebral, chegando à maior crise que pode existir, à falta de liberdade.

Para findar seus pensamentos elogiáveis a cada momento de leitura, o diálogo que elucida *Babel: entre a incerteza e a esperança* traz como conclusão uma opinião de Bauman e Mauro em forma de conselho: “diálogo!” Contudo, eles advertem que é importante que seja um diálogo sério, sem lavagem cerebral ou qualquer atitude extremada, que se recupere a fala como uma munição para findar a possível terceira guerra mundial – o fim da real comunicação.

Concluindo, este livro, ao mesmo tempo desafiador e aberto aos questionamentos, é repleto de manifestos a respeito da transformação do ser humano moderno, este que saiu das cavernas e hoje vive no mundo cibernético. A linguagem, antes gesticulada, agora é digitada; as palavras estão sendo substituídas por *emoticons*. Os homens estão perdendo a essência do real, e os valores estão invertidos, o que está influenciado, diretamente, a vida cotidiana.

Na era do *Pokémon Go*, *Facebook* e *Whatsapp*, quem se conhece de verdade? Ninguém! Ora, e os milhões de amigos e seguidores nas redes? Piada.

Pode-se dizer que tudo é digital. Bauman e Mauro conseguem criar *links* entre fatos que estão ocorrendo e estudos de pensadores que inovaram os conceitos hoje conhecidos. Mario Vargas Lhosa, com sua obra “A Civilização do Espetáculo”, encontra guarida em “Babel”, pois traz a mesma ideia de se estar diante de um circo, onde cada indivíduo é um telespectador sedento por um show político que já possui roteiro e desfecho, mas a que se continua a assistir.

Resenhas

A forma como ocorre a conversa dos escritores, com a ligação das ideias e opiniões, mostra como uma troca de *e-mails* que estivesse acontecendo em tempo real, conduzindo uma discussão embasada e com conteúdo, poderia ser muito boa e produtiva. O ideal seria que todas fossem assim. Dignos de apreço são os momentos em que o sociólogo e o jornalista mostram seus pontos de vista sobre o mesmo fato, demonstrando os vários lados de uma mesma conversa, mas com algo escasso na sociedade atual, conhecimento.

Com base nos outros escritos de Bauman sobre a modernidade líquida, consegue-se entender que a teoria da liquidez se enquadra neste seu mais novo ensaio. Seria possível denominar este livro como a tecnologia líquida, a política líquida, ou, ainda, o mundo líquido. Discorrer sobre acontecimentos recentes, como o atentado no jornal parisiense *Charlie Hebdo*, traz um breve período de ponderação: onde está o limite do cartunista em desenhar a imagem de Maomé e a manifestação, dita repressível, dos terroristas islâmicos? Não existe.

A obra tem por objetivo discutir eventos recentes em nossa sociedade, a fim de instigar os personagens desses “shows” a questionamentos, como se é verdade que tudo é consumo, se é recomendável aceitar o comportamento atual dos políticos, se uma opinião vazia tem valia. As respostas estão demonstradas ao longo do próprio texto; entretanto, ao mergulhar nessas perguntas, sai-se da leitura com concepções e indagações próprias, momento importante que merece exaltação.

Em tempos de *impeachment* da Presidente, insta destacar o cenário das políticas brasileira e mundial. Sim, deve-se discutir sobre “mensalão”, “lava jato” e outros casos que vêm sendo descobertos e tratados pelas autoridades, porém com julgamentos e palavras vazias que já não merecem mais guarida. Importa não aceitar a ignorância, e fazer a escolha do candidato com base em propostas, e não, em partidos, mas sempre tomando o partido do país.

Abster-se de assuntos que direcionam o presente e o futuro é dizer “amém” para as rezas, os discursos cheios de falácias e acusações. Exija-se uma nova nação para a próxima geração, mas é preciso que cada um saiba como se posicionar, fazer a diferença e, para isso, usar da sua inteligência, atividade essa já quase em extinção. Insta lembrar que as mudanças vêm das escolhas que se fazem. Porém, se não se estiver feliz com o governo, será preciso mover-se, mas não viver de fazer “memes” da própria desgraça!

Cabe ainda, indicar uma sinopse da história “Torre de Babel” que é descrita em Gênesis 11:1-9. Depois do dilúvio, Deus ordenou à humanidade: “Sede fecundos, multiplicai-vos e enchei a Terra”. No entanto, a hu-

manidade decidiu fazer exatamente o oposto. Os homens de então assim se expressaram: “Vinde, edifiquemos para nós uma cidade e uma torre cujo topo chegue até aos céus e tornemos célebre o nosso nome, para que não sejamos espalhados por toda a terra”.

Com o objetivo distorcido, construíram uma grande cidade para que todos se congregassem lá e decidiram edificar uma torre gigantesca como um símbolo do seu poder, para fazer um nome para si. Novamente, poder! Essa passagem bíblica diz respeito à comunicação entre povos que pertenciam a uma linhagem de rebeldes e ímpios com características de orgulhosos e soberbos, com uma postura que desagradava a Deus.

Observe-se que se está criando, novamente, uma Torre de Babel e, uma vez que não é mais aceito o desconhecido, a sede por dominar tudo é o que tem tornado o povo cego. Não serão mais aceitas as opiniões distintas das que se tem, e a ideia de poder é o que tem feito as guerras acontecerem, não havendo mais limites para definir os objetivos por que lutar. Indo ao encontro do que Zygmunt Bauman e Ezio Mauro escreveram, pode-se concluir que o que precisa ser (re)descoberto é o respeito entre culturas, pessoas e convicções. Por essa razão, a reflexão que a obra traz convida o leitor a conhecer as demais publicações desses autores, as quais evidenciam a coesão do pensamento atual e um olhar peculiar para o que hoje se tem como moderno.

Referências

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016

O PEQUENO PRÍNCIPE E A QUESTÃO DA INVISIBILIDADE

Camila Paese Fedrigo^{*}

Luiz Hasse^{**}

O primeiro código de leis escritas, o célebre Código de Hamurábi, estabelecia claramente que a lei tratava de forma diferente os homens conforme a sua classe social. Apenas no século XVIII, o que é historicamente muito recente, o conceito de igualdade jurídica começou a ser elaborado, com as mudanças trazidas ao mundo ocidental pelas revoluções burguesas, em especial a Francesa, que representavam os anseios de uma classe social pela abolição da ideia de que circunstâncias de nascimento estabelecessem privilégios legais e sociais.

No entanto, mesmo a igualdade jurídica tendo sido um grande avanço no que se chama hoje de democracia, transparece em todos os códigos de leis já elaborados pelo homem uma aparente impossibilidade: a de conferir voz a todos os grupos humanos e atender aos anseios por justiça – palavra que pode ter várias interpretações – de acordo com a percepção e sensibilidade de cada sujeito. Individual e social.

Se por um lado pode-se dizer que a realização plena dessa tarefa é impossível, é notória a inabilidade da lei, mesmo quando pressupõe igualdade entre todos os sujeitos humanos, de posicionar-se contra o fenômeno da invisibilidade social.

Tal como o camponês do conto tétrico sobre as portas da lei n'Ó Processo de Franz Kafka, o sujeito social invisível não consegue se apropriar do direito que, em tese, está ali para servir a todos. Essa dificuldade em ser visto e ouvido, essa aparente impotência do sujeito perante um mundo legal que lhe aparenta ser insensível, é realidade vivida por idosos, marginalizados sociais – por questão de gênero, orientação sexual, étnica, econômica ou mesmo filosófica – e, em especial, as crianças.

O Pequeno Príncipe foi escrito e ilustrado por Saint-Exupery, que se fez narrador da estória, a qual começa com a pane de um avião que deixa o piloto preso no meio do deserto do Saara. Como não possuía passageiro algum com ele, empreendeu o piloto o difícil papel do conserto

^{*} Advogada. Pós-graduanda em Direito Constitucional e Administrativo. Pós-graduanda em Direito do Trabalho. Bacharelado em Direito, pela Universidade de Caxias do Sul.

^{**} Escritor. Professor de História. Licenciatura Plena em História, pela Universidade de Caxias do Sul.

do motor. Passada a primeira noite, adormecera nas areias do deserto, e fora acordado por uma criança, que lhe pede: “Desenha-me um carneiro”.

Os personagens da estória são de pleno simbolismo: o rei, que pensava que todos eram seus súditos, mas na verdade nunca tinha ninguém por perto; o contador, que se dizia muito sério, mas não tinha tempo para sonhar. Ademais, havia o geógrafo, que se dizia sábio, mas nada sabia além da geografia do próprio país; o bêbado, que bebia para esquecer a vergonha que sentia por beber; a raposa, a rosa e a serpente.

O Pequeno Príncipe vivia num planeta do tamanho de uma casa, que tinha três vulcões. O orgulho da rosa, que também vivia no mundo d’O Pequeno Príncipe, arruinou a tranquilidade e levou-o a uma viagem que finalmente o trouxe à Terra, onde encontrou a raposa que o levou a começar descobrir as coisas importantes da vida: o amor, a amizade e o companheirismo.

O Pequeno Príncipe é, talvez, a melhor obra a retratar o tema da invisibilidade infantil. De um mundo adulto surdo e cego à existência de outro mundo de valorações e significações. Temos a história de um príncipezinho – um senhor de seu próprio pequeno mundo – que perambula por um universo que lhe parece totalmente indiferente, repleto de adultos ocupados de atividades que lhe são estranhas e onde suas demandas – representadas no conto pela busca do retorno ao seu planeta e manutenção da segurança de sua rosa – não tem a menor importância.

Ao longo do conto, temos figuras que representam perfeitamente a indiferença adulta e que transmitem uma ideia de como o mundo positivo – o mundo da lei, da cultura oficial, dos assuntos de Estado, dos assuntos financeiros – pode ser insuficiente para atender, talvez até mesmo para perceber, a necessidade daqueles seres cuja existência não foi levada em conta na elaboração deste mundo.

Mesmo com a pretensão de universalidade, um sistema de leis está circunscrito por um sistema de valores, e estes valores são sempre os valores de um determinado sujeito histórico e social. Portanto, se é difícil crer na objetividade de um valor de fato universal, também é difícil crer na existência de uma lei que não seja também parcial e ideologicamente derivada dos sujeitos para os quais aqueles valores existem.

A criança não tem voz. O mundo é governado por adultos e os adultos fazem as leis. Mesmo leis de proteção à infância são leis elaboradas por adultos. Membros de outras categorias às quais se pode atribuir invisibilidade tem mais condições de se organizar, demandar por suas necessidades e, em certa medida, deixarem de ser invisíveis. Mas a criança é o sujeito invisível por excelência, que sempre necessitará que um adulto fale por ela e interceda a seu favor. Prova disso é que é difícil ainda

Resenhas

hoje a aceitação geral da ideia de que castigos físicos às crianças devam ser aceitos, como se fosse menos indigno castigar fisicamente uma criança – um ser sob todos os aspectos mais frágil – que castigar fisicamente um adulto. No entanto, se alguém sugerisse que a punição física a adultos – numa relação de trabalho, por exemplo – devesse deixar de ser crime, com certeza não causaria tanto escândalo.

Juridicamente, é uma obra que nos mostra uma profunda mudança de valores, que ensina como nos equivocamos na avaliação das coisas e das pessoas que nos rodeiam, apenas por seu valor econômico, e esses julgamentos nos levam à solidão.

Ademais, mostra-se interessante a passagem do livro em que a postura do rei assemelha-se à questão da eficácia social da norma jurídica – essa, para ter eficácia necessita estar de acordo com os comportamentos e anseios de uma sociedade ou grupo social. Ou seja, de nada resolve um direito cuja norma é discrepante da conjuntura social.

Não pensamos mais na vida social como um *locus* no qual pode o ser humano se desenvolver de acordo com suas capacidades, mas sim um *Admirável Mundo Novo*, em que todos que nascem são condicionados a seguir certos “tipos de vida”, contrariando o texto de Saint-Exupéry:

- Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar – replicou o rei.- A autoridade se baseia na razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, todos se rebelarão. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis. (SAINT-EXUPÉRY, 1975, p.38)

Em uma de suas viagens, o Pequeno Príncipe chega ao quarto planeta, no qual encontra o empresário, homem que de tão preocupado em “contar suas estrelas”, não dá-se conta da inutilidade do que faz. É o mesmo que o homem que acumula dinheiro e invisibiliza as crianças e as minorias menos favorecidas, em prol de seu lucro.

O Pequeno Príncipe possuía, acerca de coisas serias, ideias muito diferentes do que pensavam as “pessoas grandes”:

- Eu – disse ele, ainda – possui uma flor que rego todos os dias. Posso três vulcões que revolvo toda a semana. Porque revolvo também o que está extinto. A gente nunca sabe! É útil para meus vulcões, é útil para minha flor que eu os possua. Mas tu não és útil às estrelas... (SAINT-EXUPÉRY, 1975, p.47)

O direito deve ser algo útil na sociedade, não bastando que o Estado e as instituições sejam regulamentadas e devidamente julgadas. O

direito deve servir para amparar, sobretudo, as minorias, abrindo novas possibilidades. Impende ressaltar que o “assunto sério” para o estudo do Direito não deve se restringir às leis, sentenças, mas tudo aquilo que é “adulto”.

A falta de eficácia do direito em contemplar a necessidade do sujeito invisível por dignidade também está inserida num contexto social complexo. Não é apenas o direito que falha. O direito, sendo um produto da sociedade e dos homens que nela habitam, falha enquanto falha o próprio tecido social na manutenção da dignidade de todos os seres que nela habitam.

Os resultados da ignorância acerca do sujeito invisível e do descaso em atender sua demanda por dignidade, resulta em duas possibilidades que também podem ser explicadas por metáforas encontradas no livro.

A primeira possibilidade é o desaparecimento social cada vez mais intenso – a morte, digamos, assim – em que o sujeito invisível desenvolve um sub-tecido social no qual está inserido e ao qual se retira, não integrando mais a coletividade da sociedade, a não ser nas circunstâncias em que é forçado. O príncipezinho aceita o alívio que a serpente lhe propõe e volta para o seu planeta, do qual não retorna mais.

A segunda possibilidade é a contínua negligência com determinada classe de sujeitos resultar em convulsão social. Caso ao qual podemos atribuir a aplicabilidade da metáfora dos baobás: são arbustos pequenos e inofensivos no início, mas que, se não se lhes dá atenção, transformam-se em árvores que devoram o planeta.

Observamos isso no caso de uma geração de crianças que, negligenciadas ou econômica ou afetiva ou pedagogicamente, tomam conta de ruas e *shoppings* e saídas de escola onde, apesar da imaturidade emocional, empregam a capacidade física e intelectual que já tem para atos de delinquência umas contra as outras e contra os adultos, suprimindo a necessidade de afirmação social através do emprego de violência.

No entanto, se a dialética nos revela algo, é que o campo da solução é justamente o palco do problema. Apercepção ampliada que a ciência hoje tem do tema da invisibilidade já manifesta na busca de soluções.

Em algum lugar do deserto há um poço. E o essencial é invisível aos olhos.

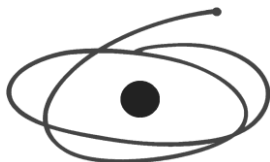
Referências

SAINT-EXUPÉRY, Antoine. *O pequeno príncipe, com aquarelas do autor*. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Agir, 1975



FAPERGS

Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul



C A P E S

