

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM
NORMA SUELI PADILHA
ANTONIO CARLOS WOLKMER

COORDENADORES

**TEORIA E HISTÓRIA
DO DIREITO
HOMENAGEM
AOS 50 ANOS
DO PPGD/UFSC**

VOLUME III



MATRIOSKA
EDITORA

**TEORIA E HISTÓRIA
DO DIREITO
HOMENAGEM
AOS 50 ANOS
DO PPGD/UFSC**

VOLUME III

Conselho Editorial

Alvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga, Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP

Alysson Leandro Mascaro, Universidade de São Paulo – USP

André Araújo Molina, ESMATRA – MT

Angela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins – UFT

Armando Luiz da Silva, Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC

Carmem Lúcia Costa, Universidade Federal de Goiás – UFG, Campus Catalão

Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba

Fernando Rovira Villademoros, Universidade de la Empresa (UDE) – Uruguai

Fernando Fita, Universidad de Valencia – Espanha

Flávio Leão Bastos Pereira, Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo

Lucas Gonçalves da Silva, Universidade Federal de Sergipe – UFS

Marcelo Lamy, Universidade Santa Cecília – UNISANTA, Santos – SP

Motauri Ciocchetti de Souza, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Norma Sueli Padilha, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Óscar Requena Montes, Universitat Rovira i Virgili, Espanha

Reginaldo de Souza Vieira, Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc

Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia – UFBA

Sandra Mara Campos Alves, Fiocruz/Brasília-DF

Sandra Regina Martini, Universidade UNIRITTER, Rio Grande do Sul

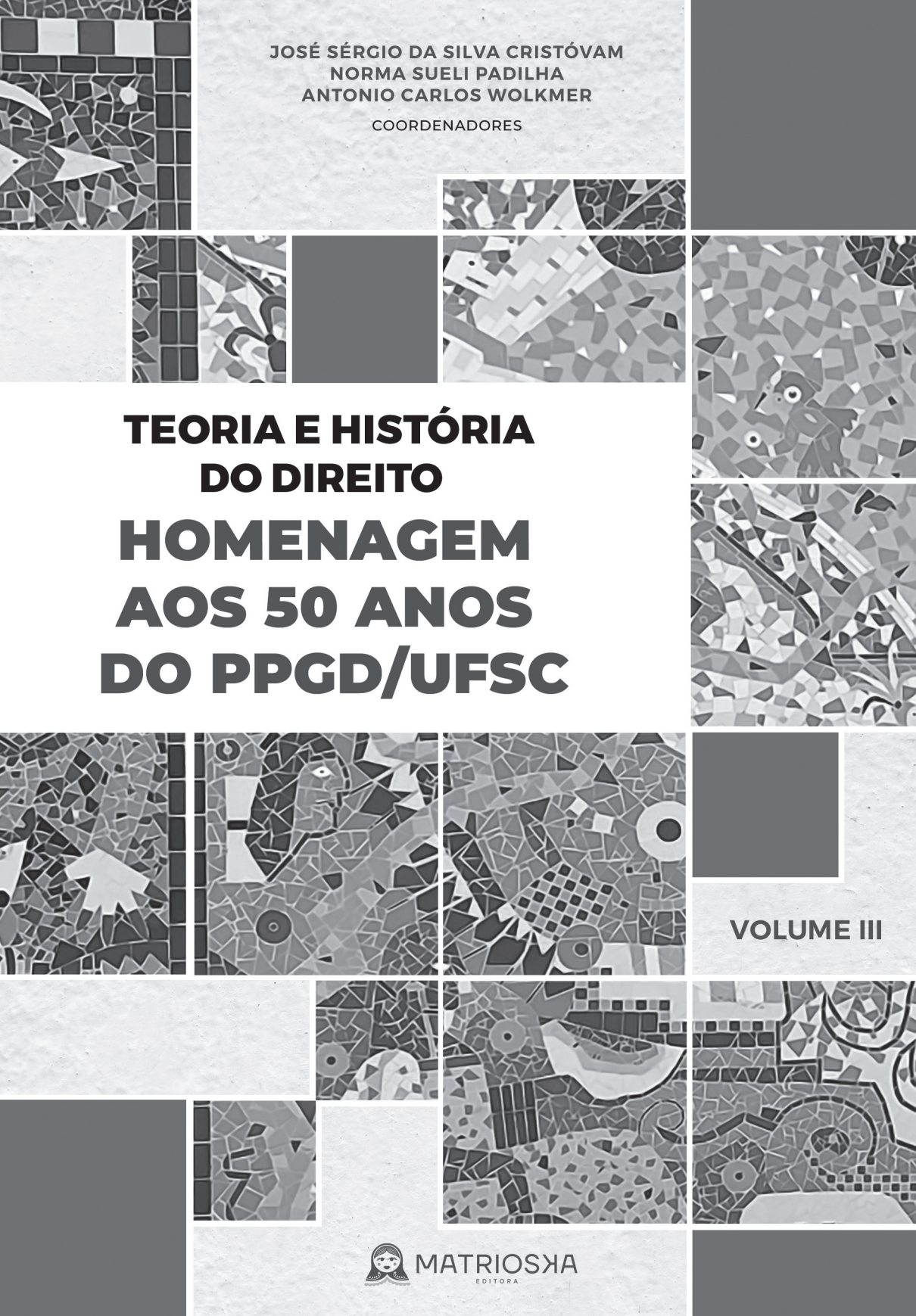
Sérgio Salomão Schecaira, Universidade de São Paulo – USP

Sonia Francisca de Paula Monken, Universidade Nove de Julho – Uninove, São Paulo

Thereza Christina Nahas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP COGEAE

Viviane Coelho de Sellos Knoerr, Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba

Viviane Gonçalves Freitas, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG



JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM
NORMA SUELI PADILHA
ANTONIO CARLOS WOLKMER
COORDENADORES

**TEORIA E HISTÓRIA
DO DIREITO
HOMENAGEM
AOS 50 ANOS
DO PPGD/UFSC**

VOLUME III



MATRIOSKA
EDITORA

©2022, José Sérgio da Silva Cristóvam, Norma Sueli Padilha,
Antonio Carlos Wolkmer
(coord.)

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia, poderá ser reproduzida ou
transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos,
fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Publisher – Editorial: Luciana Félix
Publisher – Comercial: Patrícia Melo
Copidesque e preparação de texto: Luísa L. S. de Souza
Revisão: Equipe Matrioska Editora
Editoração e capa: Marcelo Correia da Silva

Matrioska Editora
Atendimento e venda direta ao leitor:
www.matrioskaeditora.com.br
contato@matrioskaeditora.com.br
facebook.com/matrioskaeditora
instagram.com/matrioskaeditora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Teoria e história do direito [livro eletrônico] :
homenagem aos 50 anos do PPGD/UFSC : volume 3 /
organização Antonio Carlos Wolkmer, José Sergio
da Silva Cristovam, Norma Sueli Padilha. -- 1.
ed. -- São Paulo : Matrioska Editora, 2022.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-86985-52-8

1. Programa de Pós-Graduação em Direito -

Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC) -
História I. Wolkmer, Antonio Carlos. II. Cristovam,
José Sergio da Silva. III. Padilha, Norma Sueli.

23-145870

CDD-379.898164

Índices para catálogo sistemático:

1. Programa de Pós-Graduação em Direito :
Universidade Federal de Santa Catarina :
História 379.898164

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Impresso no Brasil
2022

Coordenadores

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor Adjunto de Direito Administrativo na Graduação, Mestrado e Doutorado da UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Professor invitado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC), membro efetivo da Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA) y de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA). Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS) e da Red de Derecho Administrativo Contemporaneo (REDAC).

Norma Sueli Padilha

Professora Permanente do Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do PPGD/UFSC (2019/2022). Professora Adjunta da UFSC. Possui Pós-Doutorado pelo IFCH da Universidade Estadual de Campinas e Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa: Meio Ambiente, Trabalho e Sustentabilidade – GPMETAS/UFSC. Gerente Editorial da Revista Sequência Estudos Jurídicos e Políticos do PPGD/UFSC. Membro honorário do CONPEDI. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Ganhadora do Prêmio Jabuti 2011, categoria Direito, com a obra: Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro.

Antonio Carlos Wolkmer

Professor Emérito do CCJ/PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor titular (aposentado) do Centro de Ciências

Jurídicas, de 1991 a 2015. Exerceu a função de Coordenador do curso de pós-graduação em Direito no período de 2007 a 2011. Foi sub-coordenador do PPGD, em duas gestões, de 2002 a 2006.

Autores

Clèmerson Merlin Clève

Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR. Professor Titular de Direito Constitucional da UniBrasil. Pós-graduado em Direito Público pela Université Catholique de Louvain - Bélgica. Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Autor de diversas obras jurídicas. Foi Procurador do Estado do Paraná e Procurador da República. Sócio fundador do escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados, em Curitiba.

Cristina Foroni Consani

Professora Adjunta no Departamento de Filosofia da UFPR e Professora Permanente do PPG em Filosofia da UFPR. Pesquisadora do CNPq. Doutora em Filosofia e Mestre em Direito pela UFSC. E-mail: cristina.foroni@ufpr.br

Dilsa Mondardo

Graduada e Mestre em Direito pela UFSC. Prestou serviços no CPGD/UFSC, de 1976 a 1996.

Eneá de Stutz e Almeida

Doutora em Direito pela UFSC, Mestre em Direito pela UERJ, Graduada em Direito pela UERJ. Professora Associada da Faculdade de Direito da UnB, atuando na graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito, nos campos da História do Direito e da Justiça de Transição. Atualmente ocupando a vice-coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UnB (PPGD/UnB). Ex-Conselheira da Comissão de Anistia. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Justiça de Transição, vinculado ao PPGD/UnB. E-mail: eneatestutz@gmail.com

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Doutora em Psicologia Social e Cultura, com ênfase em Estudos de Gênero e Feminismos; Doutora em Direito, Política e Sociedade; Mestra em Direito, Estado e Sociedade, todas as titulações pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Direito da UFSC; Coordenadora do Dispolítica: Núcleo de Pesquisas em Direitos, Subjetividades e Política (CNPq/UFSC). Coordenadora de pesquisas e ações de extensão e analista de práticas discursivas. Email: grazyab@gmail.com

João dos Passos Martins Neto

Professor Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro da Academia Catarinense de Letras Jurídicas. Autos dos livros *Introdução à Filosofia Política de Thomas Hobbes* (Conceito Editorial, 2015, 3ª ed), *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos* (Revista dos Tribunais, 2003) e *Fundamentos da Liberdade de Expressão* (Insular, 2008).

José Alcebiades de Oliveira Junior

Doutor em Direito - área de concentração Filosofia do Direito e da Política - pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC (1985). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo (1978). Professor permanente 30hs. do PPGD-URI Santo Ângelo, Mestrado e Doutorado, desde março de 2018. Professor Colaborador do PPGD-UFRGS, Mestrado e Doutorado. Professor Titular aposentado da UFRGS. Professor Titular por Concurso Público de provas e títulos realizado na UFSC, em 1994. E-mail: alcebiadesjunior@terra.com.br

Josiane Rose Petry Veronese

Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da UFSC. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do Nejusca – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade. Integra a Academia de Letras de Biguaçu/SC, com a Cadeira nº 1, a RUEF (Rede Universitária para o Estudo da Fraternidade) e a Red Iberoamericana para la Docencia e Investigación en Derechos de la Infância. E-mail: jpetryve@uol.com.br

Leilane Serratine Grubba

Doutora em Direito (PPGD/UFSC) e Mestre em Direito (UFSC). Mestre em Ciências Humanas (UFFS). Graduada em Direito (CESUSC). Docente da

Escola de Direito, do Mestrado em Direito e do Mestrado em Psicologia da Atitus Educação. E-mail: leilane.grubba@atitus.edu.br

Luana Renostro Heinen

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina com período sanduíche na Université Paris-Ouest Nanterre la Défense. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do SOCIODIR - Núcleo de Estudos em Sociologia e Direito e do LITERAR - grupo de estudos de Direito e Literatura. Membro do Instituto de Memória e Direitos Humanos da UFSC (IMDH/UFSC). E-mail: luana.heinen@ufsc.br

Paulo Roney Ávila Fagundez

Paulo Roney Ávila Fagundez é advogado, Procurador do Estado de Santa Catarina aposentado, foi professor da UFSC, tem doutorado em Direito e pós-doutorado em direitos especiais pelas Universidades Lusíada de Lisboa e do Porto. Possui formação em Psicanálise e é poeta, com obras publicadas. E-mail: pauloroney58@gmail.com

Rogério Gesta Leal

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, na graduação, mestrado e doutorado. E-mail: gestaleal@gmail.com

Sergio Cademartori

Doutor em Direito. Professor dos Programas de PGD da Unilasalle e da UniFG. E-MAIL: sucademartori@gmail.com

Vera de Araujo Grillo

Professora aposentada do PPGD/UFSC. Doutora e Mestre em Direito pela UFSC.

Vera Regina Pereira de Andrade

Professora Titular de Criminologia da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Doutora em Direito pelo PPGD-UFSC. Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná.



APRESENTAÇÃO

Teoria e história do Direito: momentos de uma trajetória de 50 anos

Antonio Carlos Wolkmer

Em seu exitoso e consagrado processo evolutivo de 50 anos, o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC (PPGD), iniciado em 01 de outubro de 1973, foi credenciado pelo Conselho Federal de Educação em 1978, priorizando no decorrer de sua implantação a formação de profissionais para o Magistério Superior e para a pesquisa avançada, visando a mais alta produção científica no país. Ao resgatar a memória daqueles que marcaram o curso com sua presença, no passado e no presente, tanto de docentes, quanto de discentes, sobressaem nesta homenagem alguns de seus pioneiros e continuadores na gestão do PPGD, desde sua instalação, na pessoa do Prof. Acácio Garibaldi S. Thiago, e aos que competentemente o sucederam, como os professores Paulo Henrique Blasi, Luis Alberto Warat, Leonel Severo Rocha, César Luis Pasold, Ubaldo C. Balthazar, Olga Maria Boschi de Oliveira, Orides Mezzaroba, Antonio Carlos Wolkmer, Luis Otavio Pimentel, Arno Dal Ri Jr e toda uma dedicada e eficiente geração mais recente. Desde seus primeiros intentos norteadores, oficializou-se a materialização de duas

grandes direções: “Instituições Jurídico-Políticas” e “Teoria e Filosofia do Direito”, tendo sido agregado, posteriormente, “Relações Internacionais”.

O reconhecimento e a consolidação do Mestrado na área da Pós-graduação no sul do país — diferenciando-se dos outros centros tradicionais, como São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Pernambuco — abriu o caminho para o seu Doutorado, em 1984, alcançando seu credenciamento em 1988, com a instituição de duas áreas de concentração: a) Direito do Estado; b) Filosofia do Direito e da Política. Assim, tanto seu Mestrado quanto seu Doutorado terão como perfil, a busca inovadora e transformadora por um viés político-epistemológico crítico, social e interdisciplinar.

A par da relevância nacional da formação e produção produzido pelas áreas do “Direito, Estado e Sociedade”, e “Relações Internacionais”, não menos importante foi a trajetória da “Filosofia e Teoria do Direito”, enriquecida, mais tarde, nesse espaço de reflexão crítica e conhecimentos alternativos, pela “História do Direito”.

Ora, a existência da “Filosofia e Teoria do Direito” foi marcada profundamente pela presença saudosa de Luis Alberto Warat, figura extraordinária, criativa e inspiradora, mestre-pensador que desenvolveu uma epistemologia crítica do Direito, de base semiológico-discursiva, norteando e projetando nacional e internacionalmente o PPGD ao longo de décadas, bem como formando e influenciando com sua vasta obra¹, toda uma geração de profissionais, pesquisadores e docentes no país, muitos dos quais, de alunos, que tornaram-se professores com ingresso no PPGD, como Leonel Severo Rocha (Filosofia do Direito), José Alcebíades de Oliveira Jr. (Teoria e Filosofia do Direito), Sergio U. Cademartori (Teoria do Direito e Garantismo, em forte diálogo com Luigi Ferrajoli), Vera Regina Pereira de Andrade (Criminologia Crítica), Jeanine Nicolazzi Philippi (Teoria do Direito e Psicanálise), e na esteira desta tradição, representando a geração mais jovem, mais recentemente, Luana R. Heinen (que tem trabalhado principalmente com Teoria e Sociologia do Direito).²

¹ A propósito, vale consultar alguns de seus trabalhos, como: WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto alegre: Síntese 1979; _ *A Pureza do Poder*. Florianópolis: Ed. UFSC 1983; _ *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984; _ *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1994–1997. 3 v. Significativo foi, igualmente, sua criação, em 2003, da Revista *Contradogmáticas*, que serviu como órgão de divulgação e interlocução de suas ideias com seus alunos e colegas professores.

² Não se poderia esquecer a significativa contribuição e colaboração para a área da Teoria e Filosofia do Direito do Prof. Luiz Fernando Coelho, lotado na Pós-Graduação do Direito da UFPR, mas, que atuou no nosso PPGD no final dos anos 1970 e ao longo dos anos 1980. Trabalhava com temas históricos e filosóficos, alicerçado em vasta cultura, aproximando da teoria Crítica, Hermenêutica e Lógica Jurídica. Suas obras foram muito utilizadas no PPGD, com destaque para: *Teoria da Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1974; _ *Introdução Histórica à Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977; _ *Lógica Jurídica e Interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; _ *Teoria Crítica do Direito*. Curitiba: Ed. HDH, 1986.

Já os estudos históricos do Direito nascem no PPGD com as pioneiras pesquisas, de teor histórico-sociológicas do Prof. Osni de Medeiros Régis, que, embasado em inesgotável erudição de conhecimentos jurídicos, introduziu nas disciplinas “Sociologia Jurídica” e “História das Instituições Jurídicas” os ensinamentos humanistas, o apreço pela cultura clássica e as leituras profundas por diferentes países. Foi inconfundível como personalidade pública e educador do Direito em Santa Catarina. Assim, se deve ao Prof. Osni de M. Régis os primeiros cuidados com o ensino dos estudos históricos e sociológicos no Curso de Pós-Graduação em Direito. Igualmente, não podendo esquecer sua receptividade e atenção para estimular a “Sociologia Jurídica”, que depois foi retomada e levada adiante por Edmundo de Lima Arruda Jr.

Com sua aposentadoria, e ingressando como professor no CCJ, assumi esse indelével e rico legado, quando em abril de 1993, mediante Concurso Público, no Departamento de Direito Público e Ciência Política do CCJ/UFSC, tornei-me professor titular em “História das Instituições Jurídica”. Na sequência, pude assumir a “História do Direito”, pela primeira vez no Curso de Direito, em face de uma reforma curricular, que implantava e tornava obrigatória essa disciplina, separando-a do Direito Romano, abrangendo ambos os períodos diurno e noturno. Tratava-se de uma titularidade muito honrosa e significativa, pois abarcava a responsabilidade de inaugurar uma nova perspectiva, dando autonomia absoluta para a História do Direito, colocando-a como independente e encaminhando-a para desafios desbravadores e para a sua internacionalização. Foi todo um esforço de definir novos horizontes agora, com o mergulho para uma nova etapa, ou seja, o desafio de aproximar e dialogar, a partir da cultura jurídica clássica para uma historicidade política, comprometida profunda e socialmente com os horizontes da identidade latino-americana.

Ao longo de duas décadas (1993–2015), em um cenário acadêmico no país, onde apenas encontrava aproximações com José Reinaldo Lima Lopes (USP), enquanto condutor da “História do Direito”, tomava como fontes a cultura e a historicidade latino-americana, alguns ventos desafiadores da Escola dos Anais e determinados aportes dialéticos advindos de autores como Antonio Manuel Hespanha. Nesse contexto de inserção e participação no Instituto Brasileiro de História do Direito e de contatos com historiadores na América Latina foi se consolidando, no ensino e na pesquisa, uma profunda guinada de ruptura no âmbito da história e da historiografia jurídicas.

Natural nesse processo, a produção de obras históricas,³ nascidas na inspiração e na motivação de discussões no PPGD, onde se delineava e dei-

³ Para constatar, há que se ver: WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; __ História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1998; __ Direito e

xava escrito, na época, de forma muito impactante, uma profunda ruptura paradigmática, buscando “*a renovação crítica da historiografia no Direito, nascida e articulada na dialética da produção da vida material e das relações sociais concretas. Trata-se de pensar a História do Direito — no que se refere à sua evolução histórica, suas ideias e suas instituições — a partir de uma reinterpretção das fontes do passado sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e de uma reordenação metodológica, em que o fenômeno jurídico fosse descrito sob uma perspectiva desmitificadora*”. Através de novos conceitos, categorias e instituições, a meta era repensar uma outra história, aquela nem sempre “*escrita, traduzida e interpretada (a história dos vencidos*”, dos subalternos, dos colonizados e periféricos), no interregno da cotidianidade, direcionada para uma Nova História, “*fundada na inquietude e no engajamento de uma geração de juristas imbuídos pela força da crítica, da transgressão, do inconformismo e da postura libertária*” (WOLKMER, 1996).

É nesse quadro que se pode avançar com o aumento e o fortalecimento da área nos primórdios dos anos de 2000, com o ingresso no PPGD, em 2004, através de bolsa PRODOC do CNPq, do Prof. Arno Dal Ri Jr., vindo de um doutorado em Milão e um pós-doutorado em Paris. Em um primeiro momento suas contribuições foram em torno da História do Direito Penal, depois passando à História da Ciência do Direito Internacional, como algumas incursões na Cultura Jurídica da Idade Média, com um forte teor antiformalista, tomando em conta autores como Santi Romano, Paolo Grossi, Jean-Louis Halpérin e Raoul Van Caenegem.⁴ A partir de 2014 começou a ministrar no Mestrado do PPGD “História da Cultura Jurídica”. Com o apoio de antigos alunos, muitos, presentemente, no Magistério Superior, criou e, desde então, tem coordenado o *Jus Commune* – Grupo de pesquisas Interinstitucional de História da Cultura Jurídica - CNPq/UFSC.⁵

Justiça na América Indígena. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; _ Síntese de uma História das Ideias Jurídicas. Da Antiguidade Clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

⁴ De suas diversas obras na área, cabe destacar: DAL RI JR., Arno. Estado e seus Inimigos. Revan: Rio de Janeiro, 2006; _ História do direito penal entre Medievo e Modernidade. Belo Horizonte: Del-Rey, 2015, organizado com Ricardo Sontag; _ História do Direito Penal: Confins entre direito penal e política na modernidade jurídica. Florianópolis: Habitus, 2020, organizado com Diego Nunes. Responsável também por traduções de obras: Santi Romano (“O Ordenamento jurídico”. Florianópolis: Boiteux, 2008), de Paolo Grossi (“Mitologias jurídicas da modernidade”. 2.a ed. Florianópolis: Boiteux, 2007), e de Giuseppe Zaccaria (“A compreensão do direito”. São Paulo: Singular, 2017).

⁵ Agradeço aqui as informações obtidas junto ao Prof. Arno Dal Ri Jr., em 04/12/2022.

Igualmente, nessa evolução, aparece Airton L. Cerqueira Leite Seelaender com sua chegada em 2006, tendo feito doutorado na Universidade de Frankfurt sob a orientação de Michael Stolleis e exercido a presidência do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD, 2005–2007). Sua incorporação se realizou como professor de Prática Jurídica para em seguida ser credenciado para o PPGD para a História do Direito Público, permanecendo até sua transferência para a UnB.⁶

Importa lembrar ainda na seara de estudos históricos, José Isaac Pilati, professor titular, que exerce as funções de Diretor do Centro de Centro de Ciências Jurídicas e ocupa a presidência da renomada Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Passou a lecionar e orientar trabalhos em Direito Romano, desde a primeira década dos anos 2000. Notável incentivador e tradutor de estudos clássicos latinos e da tradição jurídica romanística. Fundou e conduziu o Grupo de Estudos em latim e fontes do Direito Romano *Jus Dicere*, inscrito no CNPq. Ativo participante de inúmeros Congressos Internacionais de Direito Romano na América Latina e na Europa.⁷

Na sequência, Thais Luzia Colaço, professora originária do Curso de História da UFSC, que, após formar-se em Direito (Graduação e Pós-Graduação), transferiu-se para o CCJ e para o PPGD, passando a dedicar-se, lecionar e orientar temas relacionados à cultura jurídica antropológica das minorias étnicas nas comunidades tradicionais latino-americanas. Criou, em 2006, e coordenou até a sua aposentadoria na UFSC, o Grupo de Pesquisa de Antropologia Jurídica (GPAJU).⁸

Não menos importante a considerar na esteira dessa tradição de estudos históricos de perfil mais flexível e promissor, é o que se faz em tempos hodiernos, contemporaneamente, naqueles que ontem eram alunos e que hoje estão, direta ou indiretamente, representando a área, como principalmente Diogo Nunes, com sua condução da História do Direito Penal e integrante ativo do Grupo *Jus Commune*, capitaneado pelo Prof. Arno

⁶ Sua produção em artigos é importante, em português e alemão, mas, aqui, seria oportuno lembrar, como co-organizador: SEELAENDER, Airton L.C.L.; FONSECA, Ricardo M. História do Direito em Perspectiva. Curitiba: Juruá, 2008.

⁷ Ver: JUSTINIANO I. Digesto de Justiniano: livro segundo – Jurisdição. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Editora da UFSC, 2013; __ Republicanismo, Cidadania e Jurisdição: aspectos históricos e metodológicos de uma Rede de pesquisa centrada nas fontes romanas e no resgate constitucional do coletivo e da participação. In: Republicanismo, cidadania e jurisdição [recurso eletrônico]: volume I / [Organizadores]. SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; PILATI, José Isaac; VIEIRA, Reginaldo de Sousa. Criciúma, SC: UNESC, 2020

⁸ COLAÇO, Thais L. O direito nas missões jesuíticas da América do Sul. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). Fundamentos de história do direito. 10ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, v. 1, p. 481–514; __. COLAÇO, Thais L. Elementos de antropologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Dal Ri Jr, e, podendo ser mencionado ainda Caetano Dias Correa, com seu enfoque historicista do Direito e Religião.

Desde há muito com as novas demandas em circulação da produção científica no país, as readaptações necessárias, a aposentadoria natural de professores e a passagem de alguns para a condição de colaboração, desenvolveu-se fragilidades na área da Filosofia e Teoria do Direito, originando em 2009, uma reforma curricular nos rumos do PPGD, que absorveu o crescimento e o fortalecimento do grupo de pesquisadores em estudos históricos, reordenando a área como Filosofia, Teoria e História do Direito. Entretanto, o enfraquecimento de temas jusfilosóficos com a perda de laços com docentes mais antigos e a ausência maior de pesquisadores impulsionaram novas mudanças em 2015, reconfigurando a estrutura do programa, com a manutenção (Direito, Estado e Sociedade), atualizações (Direito Internacional e Sustentabilidade) e mudanças no campo jusfilosófico, sociológico e histórico com a nova designação, agora, para Teoria e História do Direito.

Em suma, na comemoração dos 50 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, o nosso programa tem uma história consolidada que foi construída através de um processo de avanços, realizações e conquistas, sempre com a participação e o esforço de um privilegiado corpo acadêmico, de docentes e discentes que marcaram épocas, mas que foi se renovando com as novas gerações ao longo de suas cinco décadas. Este também é o momento para resgatar em suas memórias, o papel que representou no cenário nacional e internacional, face ao conceito que soube desfrutar entre os maiores centros de ensino e pesquisa de pós-graduação no Direito. O ano de 2023 marca as festividades desta trajetória que foi exitosa em suas metas desde sua fundação em outubro de 1973, ou seja, na proposta da produção científica de alta qualidade, aprofundamento e inovação dos conhecimentos, aprimoramento jurídico para o profissional participar da vida nacional consoante as transformações sociais, da formação técnica, científica e cultural de mestres e doutores para o exercício consciente do magistério superior, e, por fim, de estimular a reflexão crítica e a pesquisa transformadora, que buscou consolidar o Direito como espaço da liberdade e da justiça social, delineando a identidade que atravessou esses 50 anos!

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Teoria e história do Direito: momentos de uma trajetória de 50 anos	IX
<i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	

CAPÍTULO 1

Luis Alberto Warat: o mestre mágico na ilha da magia	1
<i>Dilsa Mondardo</i>	

CAPÍTULO 2

Uma outra história do Direito: desde a perspectiva descolonial	18
<i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	

CAPÍTULO 3

A construção de garantias para o Direito de Acesso	36
<i>Sergio Cademartori</i>	

CAPÍTULO 4

A natureza filosófica e jurídica dos direitos fundamentais sociais	61
<i>Rogério Gesta Leal</i>	
<i>José Alcebíades de Oliveira Junior</i>	

CAPÍTULO 5

A criminologia no ensino do direito e no PPGD-UFSC: importância, legado, memórias, desafios	79
<i>Vera Regina Pereira de Andrade</i>	

CAPÍTULO 6

O Nejusca e o núcleo de pesquisa direito e fraternidade no âmbito dos 50 anos do PPGD/UFSC	97
<i>Josiane Rose Petry Veronese</i>	

CAPÍTULO 7

O absolutismo na filosofia de Hobbes..... 119
João dos Passos Martins Neto

CAPÍTULO 8

Teorias críticas do direito: insurgências feministas..... 135
Grazielly Alessandra Baggenstoss

CAPÍTULO 9

É o fim do Direito? 152
Paulo Roney Ávila Fagundez

CAPÍTULO 10

A distopia literária como aviso de incêndio: o autoritarismo do presente 169
Luana Renostro Heinen

CAPÍTULO 11

Conhecimento em Direito: crítica feminista para uma epistemologia situada..... 189
Leilane Serratine Grubba

CAPÍTULO 12

A Lei de Anistia Política (Lei 6.683/79): a natureza jurídica da lei e a construção de uma memória democrática 211
Eneá de Stutz e Almeida

CAPÍTULO 13

Presidencialismo e a Democracia 236
Vera de Araujo Grillo

CAPÍTULO 14

O republicanismo como forma de (re)construção da esfera pública: limites e possibilidades..... 246
Cristina Foroni Consani

CAPÍTULO 15

Autoritarismo, governabilidade e democracia no Brasil contemporâneo..... 263
Clèmerson Merlin Clève

Luis Alberto Warat: o mestre mágico na ilha da magia

Dilsa Mondardo

Luis Alberto Warat, um professor universitário, cuja vida de intensidades afetivas e itinerâncias acadêmicas nos deixou um vasto legado de lições, a serem aprendidas e reaprendidas a qualquer tempo porque ele as concebeu e ensinou sempre muito à frente do seu tempo. A jornada desse mestre mágico, muito querido e inesquecível, poderia ser descrita e escrita por muitos e diferentes vieses, dadas as peculiaridades e o alcance de seu pensamento brilhante, que impactou a colegas docentes e alunos que o seguiram em vida e tantos outros que o encontraram no pensamento deixado em suas inúmeras e preciosas obras e na memória de quem ombreou com ele os espaços “mambembes” do convívio waratiano. Testemunha que sou da chegada e trajetória de Warat pelo CPGD/UFSC, muitas histórias poderiam ser contadas, com requintes de poesia, com a leveza de anedotas pontuais, com a seriedade dos argumentos e teorias profundamente sustentadas. E mais, com as gratas lembranças de inúmeros e indescritíveis encontros, em sala de aula, nos corredores, em bares, ao ar livre, reunindo os alunos, dos quais tenho claras e doces lembranças e que não ousaria aqui nominá-los porque seriam um livro à parte. Falar do Professor Warat é sempre um prazer imenso, mas também

um desafio porque o pensamento dele sempre traz a surpresa do alcance dos conceitos, bem como da sua capacidade de romper com verdades e paradigmas postos.

Instigada pela convivência cotidiana com Warat nos espaços do CPGD e na qualidade de aluna do Mestrado resolvi escrever minha dissertação tendo como objetivo dissecar os novos conceitos introduzidos por ele no ensino acadêmico, entre os anos de 1970 e 1982. Esse trabalho, intitulado **20 anos rebeldes: o Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat**, foi publicado em 1999, contando com apresentação escrita pelo próprio Warat.

Ao receber o convite para participar da obra do CPGD/UFSC, em comemoração aos 50 anos de sua existência, emergiu das minhas memórias o registro feito naquele livro e que vale a pena revisitar, reler, recortar e assim prestar justas homenagens, não somente àquele que deixou sua marca profunda na forma de pensar e falar do Direito e sobre o Direito, bem como manifestar gratidão profunda ao então Coordenador do CPGD, Paulo Henrique Blasi. Na pessoa desses dois Professores registro aqui o meu afeto a todos os professores, alunos e alunas com os quais convivi na minha jornada de vinte anos no CPGD/UFSC e de quem guardo lembranças de tantas histórias compartilhadas e múltiplos aprendizados, acadêmicos, mas, sobretudo, experiências de vida e amorosidades waratianas. Para tanto reproduzo um fragmento daquela apresentação, no qual o próprio Warat nos conta como e a que veio para o CPGD. Em seguida trago um excerto do meu livro, justamente aquele em que são descritas, pontualmente, as “memórias de Warat na Ilha da Magia”.

Cheguei à Universidade Brasileira para viver um exílio dourado (pela acolhida que recebi e não pela dor de ser arrancado de minhas raízes: uma ferida que nunca cicatriza). Primeiro em Porto Alegre, na UNISINOS, para continuar, seis meses depois, no Curso de Direito e no Mestrado em Filosofia na Universidade Federal de Santa Maria. [...] O curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC estava passando por um momento crítico e a Capes recomendou minha contratação. Durante o desenvolvimento das III Jornadas da ALMED, em Santa Maria, recebi o convite do Professor Paulo Henrique Blasi (Coordenador) e do Professor Osvaldo Ferreira de Melo, para incorporar-me à Pós-Graduação, sediada em Florianópolis. Quando cheguei à ‘Ilha da Magia’ a reação ao meu trabalho foi ambivalente. Existia uma velha guarda de juristas catarinenses que se mostraram bastante inquietos diante de um discurso que consideravam explosivo e excessivamente desestabilizador. Algumas de minhas denúncias daqueles tempos resultam, hoje,

absolutamente naturais e pacificamente aceitas por todos (como por exemplo, minha denúncia da inexistência de tipos penais fechados). Foi uma época em que era muito difícil mostrar aos juristas seus próprios limites com a lei. Na Pós-Graduação em Direito de Florianópolis aprofundei, num jogo de deslocamentos em planos simultâneos, as mesmas problemáticas que inaugurei em Santa Maria. Tive o prazer histórico de ser o criador de várias disciplinas que nunca haviam sido lecionadas no Brasil (podendo-se atribuir a muitas delas um ineditismo ainda muito maior). Inventei as seguintes disciplinas: Metodologia do Ensino e da Pesquisa do Direito - Linguística; Teoria da Argumentação Jurídica; Direito e Psicanálise (mundialmente inédita); Ecologia Política e Direito; Epistemologia Jurídica; Teoria crítica e Dogmática Jurídica (além do período analisado pela Professora Mondardo, inventei a matéria de Filoestética e Direito). Uma série de disciplinas sem fronteiras nítidas, quebrando a lógica de seus planos e desarticulando a narrativa clássica de seus campos temáticos. (MONDARDO, 2000, p. 14-15)

Memórias na Ilha da Magia: Os professores Blasi e Lisboa convidaram Warat para vir a Florianópolis por duas razões, entre outras: para enriquecer, com seu *curriculum vitae*, o programa acadêmico do CP'GD e porque, após palestras e cursos neste programa por convite do Professor Ferreira de Meio, ficou claro que o Mestrado em Direito de Santa Catarina dele precisava para atingir sua principal meta, renovar o pensamento jurídico, oxigená-lo, enfim, buscar maiores fundamentos teóricos com o intento de aproximar o jurídico e o político. (MONDARDO, 2000, p. 51-67)

Os primeiros contatos com o Mestrado em Direito da UFSC foram sísmicos. De um lado, por suas propostas inovadoras acerca do papel da Filosofia do Direito, das novas formas de fazer Filosofia do Direito: por outro pela quebra do formalismo nas relações institucionais. Surpreendia a todos com seu jeito de chegar, abraçando-os; com sua proposta de quebra do monopólio do saber, ou seja, por sua proposta democrática, descontraída e aberta de ensinar. Em pouco tempo, conseguiu conquistar a todos com sua descontração. Entretanto, muitos professores e alunos continuavam receosos da mensagem “prudentemente subversiva” para o tempo que corria. Em parte pela ação diplomática de Blasi, por suas atitudes firmes, nunca Warat viu censuradas as suas propostas de trabalho. Nas entrevistas que ele informalmente me concedeu, deixou nítido o reconhecimento que tinha para com aquele, por sua importância no desenvolvimento de um trabalho inovador no CPGD/UFSC. Blasi talvez tenha sido para Warat

um dos poucos juristas de cunho tradicional abertamente receptivo aos sinais do novo. Nesse momento, Basi foi tão professor que permitiu a outro professor extrapolar o instituído. Em seu percurso acadêmico, Warat se encontrou com muitos professores que se mostravam à procura do novo, embora por momentos se tornassem falsificadores dessa procura, por temerem que o poder fosse deslocado. E Blasi, principalmente, ao contrário, ponderado, mas profundamente sensível e aberto, soube entender a mensagem do mestre, a coerência interna de suas propostas e sua profundidade, apesar dos gestos aparentemente provocativos e escandalosos — “surrealistas” —, ao estilo de Breton, às vezes acompanhavam os momentos didáticos de Warat. Paulo Blasi estava consciente de que sabia gerar o equilíbrio institucional do “furação” Warat e contê-lo e seus excessos.

Warat possuía sólida formação em Filosofia, Semiologia e Teoria Jurídica. Dominava uma informação, que àquela época não circulava no Brasil. Ele conhecia intimamente os fundamentos teóricos do que questionava. O desnudamento das forças alienantes, das vozes que constituíam os mandatos institucionais do saber estabelecido do Direito, o famoso “senso comum teórico dos juristas” — expressão criada por Warat —, era feito do interior desses mandatos, com extremada competência. Blasi sabia que o novo professor, como filósofo, era um “genial artista”. Do ponto de vista do que entendia significar, essa expressão do então Coordenador do CPGD referia-se a que ele se comportava como poderia ter-se comportado Picasso se tivesse sido um filósofo do Direito, como tantos outros que tiveram o privilégio de conviver com suas ideias. Como Picasso, com seus touros expostos no Museu Sofia, vai mostrando que a verdadeira arte não é compor, mas ao revés, é a decomposição. Warat quis sempre transmitir, ensinar seus alunos a pensar filosoficamente com eles, inscrevendo o pensamento numa sucessão, num vendaval ininterrupto de acontecimentos poéticos. Enfim, Blasi, porque soube ver a importância disto, permitiu a Warat um espaço para as verdades como momentos poéticos. As verdades à margem do cartesianismo, as verdades no processo de sua própria recriação.

Blasi sabia, ademais, que Warat, como filósofo, tentava convencer seus alunos a levar adiante uma vida filosófica, sabia que quantos se engajassem na sua proposta tinham consciência de que a vida lhes estava doravante aberta. Levar uma vida filosófica seria, no fundo, convidá-los a um exercício do pensamento: criar novidades nos conceitos. E esta é a marca que Blasi queria imprimir ao Mestrado em Direito da UFSC... e conseguiu. Sua opinião ficou gravada no prefácio da obra *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*:

É valiosíssima a contribuição de Luis Alberto Warat às letras jurídicas, traduzida em inúmeras obras, onde se projeta sua cultura e inteligência, voltada aparentemente para a meditação sobre temas da maior importância e atualidade. Nelas deixa clara a sua inquietude, a sua preocupação, a sua agudeza profunda na abordagem dos assuntos mais polêmicos no campo do Direito, provocando a meditação, convidando ao estudo, ensejando discussão pela mensagem inovadora, pela reflexão amadurecida, pela transcendência dos assuntos que expõe. A mocidade do Professor Warat, aliada ao dinamismo de seu espírito pesquisador, dão-nos não somente a esperança, mas a certeza de que muito dele ainda se espera no campo da pesquisa jurídica, cujos problemas estão desafinado a argúcia dos pensadores.(WARAT, 1979)

Warat, em suas obras, perseguiu, por meio de uma fabulosa colagem de saberes, Teoria da Linguagem, Psicanálise, Estética, uma nova maneira de ser intelectual do Direito. Não estava preocupado com a questão do passado ou do futuro da Teoria Jurídica. O que pretendia era colocar a questão de suas transformações: ensinou a pensar o sentido do devir, a ética desse devir, lição dos modos em que o jurista não seja indigno daquilo que lhe aconteça.

À imagem de uma modernidade jurídica massiva e única, Warat opõe uma abundância de abalos, de devires secretos, íntimos, menores, que se entrecruzam para fazer da singularidade do pensamento um princípio de expressão. Para convidar assim a um exercício do pensamento que permitiria, como já afirmei, “criar novidades nos conceitos”. Tratar-se-ia, não de ensinar a raciocinar, mas de tomar o conceito como objeto de criação. Blasi e Ferreira de Melo souberam, como poucos na época, entender e apostar nessa imagem aberta de razão. Sem o prestígio e o peso acadêmico de ambos, o princípio da lógica waratiana não poderia ter acontecido com tanta liberdade na Ilha da Magia.

Na área do Direito, Warat é um pensador absolutamente singular. Não se encontra quem tente indagar, explorar caminhos e propostas de uma multiplicidade cambiável de práticas e inventividade de conceitos; esta é a sua marca quase registrada. A lógica da inventividade dos conceitos tem uma variedade de representantes em outros territórios do saber: Nietzsche, Barthes, Foucault, Deleuze, Guattari. Assim como entre os pintores, acontece entre os escritores, mas não é comum no campo do Direito porque venceu a lógica positivista. Pode-se dizer que aqueles que trabalharam próximos a Warat nunca abandonaram seu apreço pelas atrações cognitivas. E o misterioso é que tenha conseguido, no CPGD, um espaço que leva sua marca, sem que por isso se haja produzido continuadores dessa atitude. Muitos de seus alunos reconhecem que ninguém

continua o mesmo depois de ter sido aluno dele. Porém, ninguém procura, ninguém “se atreve” a reproduzir essa atitude. Alguns se frustram em imitá-lo e começam a tentar negá-lo. Contudo existem outros que, se bem não optaram em desenvolver para si o sentido e a lógica do que é pensar criticamente, geraram níveis de cumplicidade que permitem visualizá-los como sujeitos dialeticamente integrados, podendo se dizer que, com Warat, consegue-se gerar novos conceitos, simultaneamente filosóficos e não filosóficos, operando fluxos heterogêneos de inovações ao pensamento histórico do Direito e, a partir dele, refazer sua trajetória sem negá-lo, mas incorporando a abertura do novo. Eis aqui a riqueza dessa cumplicidade, entre todos, armando um grupo de feiticeiros.⁹

Warat não faz discípulos, faz cúmplices. Isto é algo que deve ser levado em consideração e indagado: qual o valor e a diferença entre formar discípulos e formar cúmplices? Na distinção entre um e outro pode ser encontrado um dos traços mais notáveis e originais de sua proposta pedagógica. Esse mestre nunca usou a sala de aula para a submissão, para contar com repetidores de seus discursos, mas com cúmplices para retomar os vínculos do saber com a vida, como a única arma afetivo-intelectiva para superar a crise de civilização que encerra o segundo milênio da cultura cristã-ocidental. Sobre a relação mestre-discipulo Luciano Zajdsnajder afirma que (e Warat concorda com ele):

Os sistemas de ensino buscam institucionalizar e assim controlar certas formas de relacionamento humano e social que os precederam e que os irão suceder. Essas formas de relacionamento têm sido as que mantêm entre si o treinador e o treinado, o professor e o aluno, o mestre e o discípulo... Quando se comparam as relações que se estabelecem entre aquele que aprende e aquele que ensina, nos três tipos definidos, verifica-se que as relações vão se tornando mais pessoais desde o treinamento até a relação mestre-discípulo, que é pessoalíssima... A relação mestre-discípulo envolve não uma simpatia, mas um amor... O objeto comum por que têm amor o mestre e o discípulo é a liberdade... O mestre ensina a liberdade... A liberdade é a efetuação do movimento adequado... Não existe liberdade no momento, mas apenas no movimento... A relação entre mestre e discípulo é absolutamente cheia de riscos. (ZAJDSNAJDER, 1977, p. 123-134)

Sem dúvida a cumplicidade tem um componente de magia que pode seduzir muitos a se aproximarem de Warat. Porém quando a magia revela a dimensão

⁹ Freud chamava de feiticeira à epistemologia por entender que a instância epistemológica era o lugar da iniciação.

de incerteza e incompletude que encerra como proposta, fogem por não terem estrutura psicológica para viverem e sustentarem as incertezas à margem da ficção da plenitude. A questão da cumplicidade é sempre um vínculo ad hoc de amor, estabelecido entre o professor e o aluno para que este último possa citar seus próprios campos problemáticos, duvidando das certezas do mestre. Apostar na cumplicidade — e não na relação de disciplipulo — é apostar no valor potencializador e não na castração, na incompletude, na falta. A relação de cumplicidade exige a presença de um mestre “castrado” em suas certezas.

A pedagogia tradicional pretende a transmissão de um saber rigorosamente completo. A pedagogia waratiana baseia-se na atitude de mostrar que a plenitude é impossível, que o efeito dessa plenitude não é outra coisa que a ideologia funcionando no interior da própria educação, a plenitude como dimensão ideológica da pedagogia. Algo na esfera do Direito ultrapassa as questões meramente pedagógicas para situar-se no lugar da própria gramática de produção de sentido do Direito, porque, para ele, a plenitude da expressão pedagógica é um fluxo de crenças que reforçam o credo juricidista da completa significação do Direito. Por essa razão, entendia que, ao questionar as atitudes de onipotência e de consciência dos professores e dos filósofos do Direito, também se estaria gerando um processo que serviria para que se desaprendesse a perfeição das significações jurídicas. Warat assinala que:

Domina na Filosofia do Direito um saber de antepassados, construído por noturnas rondas ao aristocrático cemitério das erudições à toa: teorias que descobrem novos ocos, classificações e divisões que envelhecem as misérias e os horrores de uma dominação exterminadora, raciocínios que se auto-satisfazem na caça desapiadada das contradições alheias, respostas dadas para tapar um buraco exclusivamente discursivo e pôr a tampa numa panela velha e barulhenta que ferve e referve para ninguém. Teia de teias, mandarins feridos pela diferença, embalsamadores que convidam a uma inacabável cópula em um céu que exige ordem e obediência, utopistas canônicos que se deleitam acreditando em suas próprias fantasias de controle. Gaiolas de luz construídas para atender exclusivamente satisfações mentais. Vocabulários encarcerados de uma teoria geral obstinada em produzir generalidades abstratas e eunucos políticos... Uma razão morta que serve bem a um certo tipo de filósofo do Direito, muito mais preocupado em atender suas mesquinhas pessoais que em transformar a sociedade. (WARAT, 2004, p. 399-400)10

¹⁰ O texto *Diatribes de Amor contra os Filósofos sentados — imagens do cemitério* foi escrito em 1988, mas pode ser encontrado no Volume II da Coleção Warat, publicado em 2004.

E afirma com mais ênfase:

A Teoria Geral e a Filosofia do Direito, aparentemente destinadas a combater as deformações, o enganoso realismo das categorias universais, terminam disputando com o juridicismo clássico uma mesma postura perante o saber e as prerrogativas de um laço inabalável com o passado das ideias.

No fundo uma complexa negação do envelhecimento – nada prematuro – dos conceitos que sustentam a versão clássica do Direito. Um programa contra a deteriorização, baseado em categorias que também se foram deteriorando sem legar ao Direito uma nova identidade, embaralhamentos estéticos que permitiram dissimular o tecido já morto de um sistema de crenças. Sulcos e rugas receberam cuidados externos que ajudaram a restaurar a capacidade epidérmica e melhoraram “o metabolismo” de algumas práticas discursivas alienantes. Os produtos, filosoficamente remoçados, da cultura jurídica, não conseguiram recuperar nenhuma juvenil ousadia... Crenças que se correspondem, com séculos de intervalo, do mirante da mais alta torre do observatório dos sacerdotes: um nicho de mármore que alberga o sentido cifrado que governa, até agora, uma irrefreável invasão simbólica. Cintilações temáticas, relutantes ao novo e a todas as formas de criatividade não vigiadas pela erudição consagrada: uma forma muito respeitada de pertencer a um cemitério. Para isto basta tornar-se afetivamente amorfo, abandonar-se às correntezas de um passado mal elaborado, resvalando com o rio dos saberes, que negam as cumplicidades mágicas. Desta maneira cede-se à imperceptível inclinação de renunciar à vida, cobijando transparências perfeitas, embasando desejos de um saber que os ignora. (WARAT, 2004, p. 399-400)

Esses fragmentos, dentre incontáveis textos, sintetizam as ideias de Warat (e todos os alunos que com ele conviveram no CPGD podem muito bem retornar a esse tempo e até visualizar os cenários, as vestimentas e os componentes de grupos em que tais falas e diálogos transcorriam). E quero acrescentar outra importante afirmação (feita ao acaso, pelos espaços de aulas): *“A princesa [sic] que me prometeram meus mestres cumpriu novecentos anos e já aposentou sua paixão. Deu no que deu: uma utopia que fracassou, ignorando que a vida é política, que a vida é criatividade transformadora.”*

Em suma, a concepção de prática filosófica como insessante criação de conceitos, de ideias, de imagens, termina por ser identificável às concepções que Warat tem do ensino. É impossível diferenciar o professor do

filósofo. Os professores copiadores, não criativos, repetitivos, não seriam professores. Para ele a sala de aula é sempre um momento coletivo de reelaboração singular e original de pensamentos, inclusive de pensamentos alheios, que encontrariam em cada aula uma fala que os renova. No ato de ensinar há sempre uma tentativa de libertar a vida daquilo que a aprisiona. Nesse sentido, a criatividade do ato pedagógico é muito mais resistir aos aprisionamentos e às alienações da vida que comunicar de modo racional e afastado da vida. E, neste ponto, suas aulas eram um sistema de coordenadas e de dinamismos que servem para pensar que não é outra coisa do que se orientar no pensamento.

Warat trouxe para o CPGD da UFSC um estilo diferente de trabalhar com os alunos. Criou, construiu e ministrou um grande leque de disciplinas, que não figuravam em nenhum Mestrado em Direito no país. Disciplinas que, aliadas à organização, seriedade e solidariedade de muitos professores, quando de seus encontros semanais, contribuíram para um repensar de ideias, levando o Mestrado em Direito da UFSC a se transformar no melhor do Brasil. Criar e inovar foram as características do vínculo de Warat com o CPGD ao longo dos anos em Santa Catarina. Na década dos anos 1980 criou disciplinas como: *Teoria crítica e dogmática jurídica*; *Direito e ecologia política*; *Pesquisas em Direito e psicanálise* e *Pesquisas em Filosofia do Direito e da Política*.

A linha de Política Jurídica (tutelada pelo professor Osvaldo Melo) perpassava as diferentes disciplinas, mesmo aquelas que, por sua natureza, enfatizavam a descrição e interpretação de textos legais. Essa legislação foi submetida à crítica e os professores envolvidos estiveram à frente de várias divisas da reforma legislativa. A contribuição de Warat à Política Jurídica (invocando Deleuze e Guattari), não foi nem da ordem da criação dos conceitos, nem da ordem da invenção dos personagens, mas foi uma contribuição para alguns traços diagramáticos do plano de imanência da Política jurídica. (DELEUZE, 1992, p. 101)

Pouco depois da chegada de Warat em Santa Catarina, chegou também o Professor José María Gómez, que acrescentou ao Mestrado uma gama de reflexões orientais da Filosofia Política. Encontrando-se em Florianópolis, os dois formaram uma dupla marcante na história do Programa do CPGD, porque construíram uma relação importante entre suas posturas, tanto no âmbito institucional, quanto no trânsito existencial cotidiano. Warat transformava sua casa num apêndice do CPGD (quem não lembrará...?), espaço onde se aprofundavam as relações interpessoais entre professor e alunos.¹¹

¹¹ Na casa de Warat era frequente reunirem-se para discussão e debate em torno dos temas-objeto de estudos das disciplinas do Mestrado: Leonel Severo Rocha, Iara Ilgenfritz, Gisele Cittadino, Elza Pereira da Cunha, Dirce Dione Bravo, Magnólia Azevedo, Rosângela Lunerdeli, José Afonso do Nascimento, Erinalva M. Ferrera, José María Gómez (entre outros, inclusive esta que escreve).

Foi um período muito particular porque se conseguiu alcançar um complexo ponto de equilíbrio entre afetos e a releitura do saber. O grupo soube jogar com os limites, com as entradas e saídas dos afetos, reconhecendo não ser fácil entender uma proposta existencial de percepção do quanto os afetos estimulavam o surgimento da vontade de saber dos alunos. O que se conseguiu, então, foi uma ruptura muito interessante com os espaços de sala de aula. Construiu-se um grupo operativo, um coeso grupo de trabalho que, sem negligenciar os afetos, se havia imposto a tarefa de tentar ouvir as vozes silentes e opressivas das instituições jurídicas, incluídas as do próprio Curso. Talvez tenha sido um dos poucos momentos em que se deu a produção verdadeiramente “grupala” no CPGD.

José María Gómez e Warat se relacionaram muito bem porque havia entre eles, além de uma amizade profunda, afinidades teóricas e políticas. No convívio com Gómez, Warat encontrou terreno forte, apoio e estímulo para implementar sua tentativa de deslocamento da Filosofia do Direito para a Filosofia Política, fazendo da sala de aula um acontecimento político. Gómez estimulou Warat a considerar com mais atenção as ideias de Lefort e de outros filósofos políticos, cujas obras pareciam ser afinadas às suas preocupações, como a problemática dos Direitos Humanos e as questões ligadas ao processo de consolidação da Democracia. No início da década de 1980, no Brasil, grande debate era travado em torno do tema da volta à democracia, com o esgotamento do modelo autoritário.

Warat havia chegado ao CPGD, emprestado pela UFSM e era preciso consolidar sua atuação no CPGD/UFSC, na forma de um concurso, que se realizou em 1980, tendo por Banca Examinadora: Tercio Sampaio Ferraz Junior, Tarcísio Burity e Luiz Ferando Coelho. Na ocasião Warat submeteu à discussão o trabalho sobre “Pureza do Poder” que, de alguma maneira, pode ser visto como um de seus últimos trabalhos de releitura em relação à obra de Kelsen. O concurso foi para ele uma espécie de reparação histórica de momentos duros da repressão pelos quais havia passado. Simón Warat, jurista, veio especialmente para participar do evento, tendo recebido, ao final do exame do filho, uma elogiosa e carinhosa referência de Blasi, por tudo o que ele, como pai, significava no projeto de vida e de trabalho do filho, que conseguiu nota máxima, fato inédito nos concursos para Professor Titular, até então na UFSC.

Uma vez incorporado à UFSC, Blasi solicitou-lhe que o auxiliasse a implementar o projeto de uma Revista, sonho há muito tempo acariciado no CPGD, que aos poucos tornou-se realidade. Assim se consolidou a *Revista Seqüência – Estudos Jurídicos e Políticos*.¹²

¹² O número 01 foi publicado em 1980 (referente ao primeiro semestre). Mais tarde, em 30 de junho de 1992 Warat foi nomeado Diretor da Revista *Seqüência*.

Em 1983 Warat se encontrou com um velho amigo de Santa Maria, Robson Gonçalves, que estava no Rio de Janeiro realizando o Mestrado em Literatura, com tema sobre Macunaíma. Foi ali que Warat entrou em contato com Bakhtin, fato que o levou a tentar um de seus deslocamentos mais ousados, isto é, estender as ideias de carnavalização literária no campo da Epistemologia e do Ensino do Direito. Depois de alguns meses resolveu tornar pública a ideia... e foi falar com Blasi. Este apesar de apresentar resistência, soube entendê-lo e concordou com a proposta apresentada. Dessa inovação teórico-metodológica resultou o trabalho *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*, texto que terminou sendo um clássico da literatura jurídica dos anos 1980, obra que faz aflorar as possibilidades de introduzir as consições de renovação do pensamento jurídico através da arte, reenviando-o para ela.

Gómez acabou sendo transferido, temporariamente, para o Rio de Janeiro, deixando no CPGD, dentre outras, a sua contribuição no projeto de implantação do Programa de Doutorado em Direito (inciado em 1984).¹³ Ao mesmo tempo, Severo Rocha viajou para a França, de modo que Warat ficou sem um de seus interlocutores mais próximo. Com a ida de Gómez para o Mestrado da PUC/Rio, Warat foi cedido pelo CPGD para lá ministrar algumas disciplinas. A seguir iniciou a escrita do *Manifesto do surrealismo jurídico*, publicado em 1988, no qual estão mais extensamente desenvolvidas suas ideias sobre o Ensino do Direito e que mantém vínculo com o da *Ciência Jurídica e seus dois maridos*.

No ensinamento de Pierre Micherey, para apropriar-se e recriar o pensamento de um autor, para estudar e analisar como ele resolve certas questões ou para entender a maneira como consegue colocar estas mesmas questões, é necessário apreendê-lo no meio vivo da conjuntura de sua obra (MICHERY, 1991). Na atitude de apanhar o filósofo no interior de sua obra se consegue apreender a totalidade do pensamento de seu autor. Neste sentido parece-me que a noção de civilização permitiria apanhar a dialética filosófico-pedagógica de Warat e entender o modo pelo qual abordou as formas mais clássicas da tradição do Direito e os motivos pelos quais depois decidiu dizer “adeus” à Filosofia do Direito. Na opinião de Osvaldo Ferreira de Melo, Warat não deu adeus à Filosofia do Direito, mas sim aos rumos tradicionais dessa disciplina, como justificadora do Estado e de seu poder coercitivo.

Warat em três tempos:

A participação de Warat no Mestrado em Direito da UFSC pode ser dividida em três momentos, sendo possível situá-los no tempo. Têm entre eles a marca de sua superação.

¹³ Da Comissão de criação do Doutorado participaram Warat, Gómez e Orlando Ferreira de Melo.

O tempo da chegada: Ao chegar em Santa Catarina decide divulgar no Mestrado o pensamento de Kelsen e certas noções de Semiologia e Epistemologia, que mostram Warat nos autores ou talvez os autores em Warat. Nunca teve a pretensão de transmitir aos alunos um texto legível sobre o autor, da forma como o especificou na *Ciência Jurídica e seus dois maridos*, ao falar de Barthes, quando diferenciou o legível do escritível:

O legível é a rebeldia do leitor (sua resistência a ser castrado) que reclama o Direito de ter pleno acesso ao encantamento do discurso, à volúpia da escrita. A procura do escritível exige uma leitura difícil, demanda o degarramento, a perda consciente do regime de leitura da escrita adormecida, que pode ser focalizada no contra-valor do escritível, isto é, a escritura legível. O segredo de uma fala escrita é que fica sempre uma interpretação muito anêmica se não for transferida completamente para meu regime de leitura. (WARAT, 1985a, p. 70)

Dessa fala se depreende que para Warat o escritível requer e exploração como impulso produtor de leitura, que mostra um plural de significações que convida a ver a ciência sem verdades e as universidades sem os sábios. Eis aí a esagem que passava aos seus alunos.

O tempo da carnavalização¹⁴: Num segundo momento, o da carnavalização, pretendia colocar as verdades no mundo, fazê-las circular nos lugares inesperados, outorgando-lhes um estatuto instituinte. Foi o tempo em que produziu a *Ciência Jurídica e seus dois maridos* e o *Manifesto do surrealismo jurídico*. Além de ter iniciado a escrita de *O Amor tomado pelo amor*. Pode-se dizer que foi igualmente o momento em que Warat começou a ter mais nítida a necessidade de dizer “adeus” à Filosofia do Direito:

De pronto, as tonalidades do palco me colocaram diante de meu longo convívio com os juristas, que ensinaram Filosofia para que eu fora uma sombra destinada a criar outras sombras, formar novas gerações de juristas. Quando alguém é sombra, agudiza seu espírito para poder adivinhar os sinais mais sutis do desejo daquele que os obscurece. As sombras desenvolvem uma sensibilidade proveniente do medo. Este sempre aguça a sensibilidade dos orpimidos. Aconteceu historicamente com os escravos e as mulheres. Eles têm sempre uma difusa consciência do preço que têm de pagar por não saber ler os desejos dos amos e senhores do mundo. Aconteceu também comigo. Exercitei uma sensibilidade sombria, aprendi a sofisticar

¹⁴ Para saber como Warat foi seduzido pela “cosmovisão carnavalesca da vida”, ler o capítulo “verdades malandras” da obra *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985. P. 97.



minha sensibilidade de oprimido. Por isso aceitei graduar-me de jurista sombrio e logo continuar pela trilha de uma Filosofia universitária que me fez, por muito tempo, perder a oportunidade de dar-me conta do valor das experiências solidariamente conflitivas do mundo. Aprendi os disfarces do cartesianismo para não ficar desgarrado aos pés dos patriarcas. Aprendi os disfarces que envolvem os atos de interpretação da lei e os ensinei. Formei intérpretes sobrios da lei, sensíveis aos menores gestos dos guardiões do capital, anestesiados e impotentes para poderem empreender caminhos de sua autonomia. Fui um homem que durante muitos anos leveitei entre verdades despolitizadas, deleitando-me com Kelsen e alguns semiólogos bem-comportados. Não reparei tudo o de que eles me privavam como vendedores de milagres. Tardei em ver a importância política do meu corpo; fui cego com as teorias que o saber universitário inscreveu nele, para subtraí-lo do mundo, fazendo-o solidário das verdades e não dos homens. Impressiono-me, agora advertido, como me senti falsamente livre e crítico entre as sombras e o medo. Encontro-me frente à necessidade de quebrar um estado de fusão tanática, sair da prisão totalitária de um objeto neutro que constroi uma realidade fechada e auto-suficiente. Efeitos massivos... de concepções escravas de uma dominação tranquilizada pelo narcisismo. Pretendo fugir desse encantamento que me tribuou. Aspiro ficar atento à vida, quebrando o feitiço de um saber que se nega a extrair seus sentidos do espaço potencial de um campo compartilhado de desejos, de um espaço que permita a emergência do político e de uma relação construtiva com os outros...Onde está o homem novo? Interesse-me em ajudar na sua reconstrução. Confesso que é uma das razões que me levam a terminar meu casamento com a Filosofia do Direito e sua teimosa insistência na desumanização do jurídico. (WARAT, 2004, p. 404-405)

Esses fragmentos, que revelam um juízo demasiadamente rigoroso a respeito de si mesmo, expressa sua transformação na forma de fazer Filosofia já no tempo de sua atuação em Buenos Aires. Foi assim que, em terra brasileira se sentiu mais confortável para aderir às vozes das áreas de saberes, voltadas para as artes e literatura, bem como a aproximação com a Psicanálise (no viés de autores como Barthes, Bakhtin, Cortázar, Freud, entre tantos outros). Dessas vozes ele deve ter ouvido o grito de carnaval, do qual lhe surgiu a ideia de apontar uma cosmovisão carnavalesca da vida, tentando desvendar o envelhecimento de diferentes visões sobre a produção do saber jurídico e social, bem como sobre suas práticas de ensino. A carnavalização é o lugar da criatividade, da espontaneidade, da percepção e recepção dos sinais do novo. Carnavalização como ponto de chegada do novo que vem vindo.

O tempo da Psicanálise e da Ecologia: No terceiro momento, Warat deu ênfase a aspectos ligados ao campo ecológico e psicanalítico, lidando com os desejos para falar de Democracia, de Direitos Humanos, das dimensões políticas do Direito em geral, ou seja, vivia um momento epistemológico, um momento de *quebra carnavalizada*.¹⁵ É o momento em que passa a preocupar-se com a reconstrução da Democracia. Durante esse período organizou sua pesquisa de pós-doutoramento, tentando fazer uma leitura psicanalítica da Democracia, dos Direitos Humanos: foi o embrião do que denominou, mais tarde, de concepção ecológica da cidadania:

Neste escrito quero acentuar a “angústia ecológica” como expressão do sentimento de catástrofe à espécie humana neste final de milênio. Uma época onde a proximidade da estupidez frente à vida provoca a fantasia ou o pressentimento da catástrofe global do modo de existência. A catástrofe da(s) forma(s) de civilização que nos cabe viver: fenômenos de desequilíbrio ambiental que ameaçam a continuidade da vida; uma progressiva deteriorização nas relações individuais e coletivas; a violência e as trivialidades de uma massa que se está devorando a si mesma; a inutilidade de comportamentos motivados pela vaidade; o vazio de uma cultura que unicamente mostra a teatralidade das verdades seguras; das palavras e dos gestos de solidariedade que desaparecem junto com as espécies (Guattari); a perda de sentido do espaço político. (WARAT, 1992 – versão livre)

Fundamentalmente, via Psicanálise, Warat se interessa por refletir sobre as dimensões políticas e pedagógicas do amor. Inquietação que lhe serviu para escrever *O amor tomado pelo amor*, terceiro texto da trilogia que começou com a *Ciência Jurídica e seus dois maridos* e continuou com o *Manifesto do surrealismo jurídico*. *O Amor tomado pelo amor* é uma espécie de romance psicanalítico em que uma relação de amor serve de base a uma sucessão de micro-ensaios que pretendem dar conta, desde uma perspectiva psicanalítica, de diversas temáticas, embora acentuando as preocupações sobre a tensão entre democracia e totalitarismo, no trânsito da modernidade rumo ao terceiro milênio, quer dizer, à transmodernidade.¹⁶ O tema do amor é o mote para repensar “amorosamente” a questão da democracia, dos Direitos Humanos e, principalmente, quicá a contribuição mais original do texto, pretexto para reconceitualizar a ideologia como prolongamento político da paixão; da tensão paixão-amor da qual deduz a tensão alienação-autonomia.

¹⁵ Entendida como instrumento de criatividade e de profanação das idealizações do imaginário jurídico.

¹⁶ Warat entende o sujeito como indivíduo no campo do Direito – no âmbito dos desejos e das paixões e não como sujeito de Direito.



A etapa final do pós-doutorado, Warat a realiza entre Oñati e Granada (Espanha) onde participa de seminários e ministra cursos. Ao regressar a Santa Catarina, em maio de 1990, organiza três importantes “Seminários sobre o Amor”, dois em Florianópolis e o terceiro em Curitiba. Foram seminários nada convencionais, começando pelo tema, o amor, num curso de Direito. Juntar amor e Direito é, para um jurista clássico, mais que uma ousadia, quase uma provocação. A isto se juntou o fato de que foi permitida a participação simultânea de juristas e psicanalistas, além de um trabalho de jogos e teatralizações que contou com a inestimável participação de Augusto Boal, mito da dramaturgia brasileira e ícone da resistência nos anos 1970. Esses seminários representaram, sem dúvida, o corolário de uma série de mesas redondas e palestras que Warat realizou em distintos pontos do Brasil para lançamento do livro *O amor tomado pelo amor*. Nesse período, esgotada a primeira edição desse Manifesto, saiu uma segunda edição, que incorporou, na segunda parte, outro Manifesto, este sobre a ecologia dos afetos.¹⁷

No decorrer do ano de 1991, sua atividade mais importante foi realizada em Curitiba onde, sob sua coordenação acadêmica, se realizou um curso de Especialização sobre Ecologia Política aplicada ao Direito. O curso teve enorme repercussão no Paraná. Ao mesmo tempo desenvolveu pesquisas em torno do problema da cidadania, junto ao Instituto Brasileiro de Defesa da Cidadania, de Curitiba. Nesse mesmo ano trasladou a sede da ALMED¹⁸ (Associação Latinoamericana de Metodologia e Ensino do Direito) para Buenos Aires, e no mês de outubro realizou um seminário comemorativo dos 10 anos da Revista *Contradogmáticas*, evento do qual participaram Professores, Mestrandos e Doutorandos do CPGD/UFSC.

Warat conseguiu sustentar, a partir de sua produção acadêmica no CPGD, uma transformação do pessoal jurídico brasileiro, abalando, de certa forma, a onipotência do pensamento dos juristas tradicionais, pela introdução de conceituações oriundas da Teoria Geral do Direito, da Semiologia, da Epistemologia, da Teoria das Ciências Sociais, instrumentais estes que lhe permitiram elaborar a “crise do Direito” como pensamento da modernidade, tendo sido precursor dessas ideias no Brasil.

¹⁷ Essa obra foi publicada com o título *Manifestos para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.

¹⁸ A ALMED foi criada em 1974, em Buenos Aires, com a tarefa precípua de reformulação das práticas ligadas às faculdades de Direito. Com o tempo as atividades da ALMED se realizaram também no Brasil, particularmente em Universidades do interior do Rio Grande do Sul. Mesmo com o deslocamento de Warat para SC, essas atividades continuaram a ser desenvolvidas. Na verdade não havia uma sede física, mas pontos de referência, fato que a caracterizava, antes de mais nada, como um estado de espírito. Warat dizia que se tratava de uma “entidade com alma cigana”.

Encerrado o recorte do livro, permito-me algumas considerações, traduzindo o meu sentir de agora (20 anos passados desde aquela escrita). Confesso que não me canso de ler e reler os escritos de Warat, pois que são de uma atualidade quase assustadora, profética. Para ele, observar o mundo, enxergar e viver a vida era sempre um exercício do DEVIR. Todos nós que com ele convivemos e com ele aprendemos a “experimentar” a vida em cada espaço de corpos e existências, recordá-lo e revisitar o seu legado acadêmico e humano é uma necessidade vital, assim como o ato de respirar nos brinda a possibilidade de seguir vivendo. Aos que não o conheceram pessoalmente recomendo que o procurem em seus escritos pois que ali, certamente o sentirão vivo e da cartola mágica de Warat sairão rebeldias, transgressões, amorosidades e verdades, transformadas em borboletas. Registro, por fim, minha gratidão ao incontável número de docentes, alunos e alunas que conheci na minha prezeirosa jornada de vida profissional no CPGD/UFSC, por tantas e indescritíveis experiências de convívio amoroso, inscritas na memória e lembranças que nunca se apagarão. É muito bom afirmar que este “retorno” ao CPGD me fez recuperar, das marcas da minha história, incontáveis momentos fortes e desafiadores, particularmente carregados de poesia e encantamento. Parabéns ao Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC, por seus 50 anos, congratulações aos seus diretores, do ontem, do hoje e do amanhã. Luis Alberto Warat está vivo e assim permanecerá, na vida de cada um de nós e muito além do nosso tempo. Registro, por fim, minha gratidão ao incontável número de docentes, alunos e alunas que conheci na minha prazerosa jornada de vida profissional no CPGD/UFSC, por tantas e indescritíveis experiências de convívio amoroso, inscritas na memória e lembranças que nunca se apagarão. A todos(as) e a cada um(a) homenageio na pessoa da Professora Vera Andrade, a quem conheci quando chegou ao CPGD e cuja amizade se consolidou a ponto de estarmos até hoje, 39 anos depois, ligadas para sempre como vizinhas e comadres. Por fim, é muito bom afirmar que este “retorno” ao CPGD me fez recuperar, das marcas da minha história, incontáveis momentos fortes e desafiadores, particularmente carregados de poesia e encantamento. Parabéns ao Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC, por seus 50 anos, congratulações aos seus Dirigentes, do ontem, do hoje e do amanhã. Luis Alberto Warat está vivo e assim permanecerá, na vida de cada um de nós e muito além do nosso tempo.

Referências

DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Félix. **O que é Filosofia?** Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

MICHERY, Pierre. Pensar em Espinoza. In: ESCOBAR, Carlos Henrique de. (Org.). **Dossier Deleuze**. Hólon Editorial. 1991.

MONDARDO, Dilsa. **20 anos rebeldes: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000

WARAT, L.A. **Mitos e teorias da interpretação da lei**. Porto Alegre: síntese, 1979.

WARAT, L.A. **A Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985 (a).

WARAT, L.A. **La fantasia ecologia de La catástrofe**. Revista Los campos de La Terapia. Buenos Aires, 1992.

WARAT, L.A. **Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2004. (Coleção Warat, v.2)

ZAJDSNAJDER, Luciano. **Do mestre e seu discípulo**. Forum Educacional. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, a. I, n.2, 1977.



Uma outra história do Direito: desde a perspectiva descolonial

Antonio Carlos Wolkmer

Introdução

Pensar a História é compreendê-la como um processo temporal da cotidianidade de fatos e de atos humanos do passado, mas dinamicamente relacionados com a natureza, a sociedade e as instituições. A História tem sua “verdade” no âmbito de um tempo e de um espaço enquanto experiência de vida materializada. Para situá-la no contexto da tradição ocidental, há que se ter consciência de sua representação nos ciclos configurados com a mitologia cosmológica, com o teocentrismo da dogmática medieval, com a moderna especulação filosófica racionalista e com o positivismo cientificista e universalista contemporâneo.

Assim, a História revela-se como memória e inventário da trajetória humana enquanto narrativas que não estão isentas de interesses, valores, significados simbólicos, ideologias e interpretações.¹⁹ É nesse sentido que

¹⁹ Este texto resulta de uma tradução. Foi originariamente publicado na Espanha, na obra: PÉREZ



se pode projetar uma “filosofia” acerca da história da cultura moderna no Ocidente, privilegiando um olhar político-epistêmico das matrizes originadas e desenvolvidas na Europa a partir da conquista e da colonização da América no século XV.

Por conseguinte, a modernidade como narrativa de representação histórica em sua contextualidade temporal e espacial traz consigo não somente o ideal do humanismo universalizado, da racionalização do sistema-mundo e do desenvolvimento técnico-científico, mas, igualmente, novas formas de dominação econômica, política, social, cultural e jurídica. Essas múltiplas faces de dominação, em seus avanços mais amplos e complexos, expressam a totalidade da expansão dos Impérios Ibéricos, que inauguram um sistema de poder resultante da insurgência do capitalismo com o colonialismo. Naturalmente, não se atribui o colonialismo unicamente como fenômeno da Europa moderna, pois há que ter presente a mundialidade de processos de conquista, expansão e colonização de impérios em diferentes épocas e territórios (FERRO, 2004).

Ora, a modernidade ocidental e seus desdobramentos não deixam de estar associados à especificidade da ordem eurocêntrica, capitalista e colonial, que projeta igualmente uma filosofia da história — a do homem branco, cristão, civilizado, proprietário — e, naturalmente, uma etnografia ocidental — escrita e oficializada por ele —, o que Aimé Césaire (2006, p. 39) resumirá como “*humanidade reduzida a um monólogo*”. Assim, a História que se constrói na modernidade traz os traços do colonialismo, do patriarcalismo e do universalismo etnocêntrico, originando e perpetuando uma montagem de representações de hierarquização e de dominação epistemológica sobre os povos colonizados e as culturas periféricas, consideradas arcaicas, bárbaras e tradicionais (SANTOS; LUCAS; BRAGATO, 2014).

Desde o “*locus*” de enunciação crítico-descolonial, o colonialismo pode ser visto, na caracterização de Aníbal Quijano (2007, p. 93), como

uma estrutura de dominação e exploração, onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada é dominada por outra de diferente identidade, e cujas sedes centrais estão, ademais, em outra jurisdição territorial. Porém nem sempre, nem necessariamente implica relações racistas de poder.

COLLADOS, José María (ed.). *Maneras de construir la Historia: la filosofía de los historiadores del Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2020. p. 215–227.

Logo, a História convencional e hegemônica, que foi elaborada e se oficializou, foi uma construção tradicional instaurada de “cima”, que se concentrou, no dizer de Peter Burke (1993, p. 12), nos *“feitos dos grandes homens, estadistas, gerais ou ocasionalmente eclesiásticos. Ao resto da humanidade foi destinado um papel secundário no drama da história”*.

Trata-se de uma História como narrativa de acontecimentos enquanto montagem lógico-objetivista, o espelho do mundo *“através de uma estrutura de convenções, esquemas e estereótipos”* (BURKE, 1993, p. 15), de como os fatos verdadeiramente acontecem, sem cair em essencialismos e dicotomias generalizadoras. É a história linear, acumuladora, descritiva, que não contempla a dimensão da vida e suas circunstâncias políticas, sociais, econômicas e culturais, estando dissociada igualmente de representações culturais, interesses valorativos, princípios filosóficos e flutuações ideológicas (WOLKMER, 2008).

Nessa direção abre-se agora a concepção de História que se faz desde as estruturas, desde os microespaços e a cotidianidade (ZEMELMAN, 1999, p. 222-223; ZEMELMAN, 2001), que se impõe como memória e inventário da trajetória humana, mas enquanto processo real de sentimentos e de experiências vividas e recriadas. Por certo, recordando Duby *et al.* (1986, p. 79), é no interior do cotidiano que existe uma *“realidade que se manifesta de forma completamente diferente do que acontece nas outras perspectivas da história [...]”*. Cotidiano esse que *“tem valor histórico e científico no seio de uma análise dos sistemas históricos, que contribuem para explicar o seu funcionamento”* (DUBY *et al.*, 1986, p. 81). Por conseguinte, nas lições de Ágnes Heller (1991, p. 19), é olhar a vida cotidiana como um *“conjunto de atividades que caracterizam não só a reprodução dos homens particulares”,* mas que *“criam a possibilidade da reprodução social”*.

Em outras palavras, em toda a sociedade *“há uma vida cotidiana e todo homem, seja qual for seu lugar ocupado na divisão social do trabalho, tem uma vida cotidiana. Porém isso não quer dizer, de nenhum modo, que o conteúdo e a estrutura da vida cotidiana sejam idênticos em toda a sociedade e para toda pessoa”*. Ora, se o horizonte epistêmico da História reflete a existência temporal, espacial e concreta de sujeitos vivos, tal experiência da cotidianidade reflete, na leitura de Guha (2002, p. 32), uma forma de verdade, em que se recupera o outro lado esquecido, a *“voz de uma subalternidade desafiante, comprometida a escrever a sua própria história”*.

Por certo, a problematização direciona-se no sentido de estabelecer as condições de possibilidade da inserção e do significado da presença do sujeito na vida cotidiana e na produção do conhecimento. Há que constatar a relação materializada da História e a percepção de uma História *“vista de baixo”* (SHARPE, 1993; TORRES CARRILLO, 2014), construída como processo, vivenciada por sujeitos concretos (WOLKMER, 2008).



É nesse intento que se insere o registro de autores como José Carlos Reis (2006, p. 151), para quem *“a história é uma construção do sujeito — ele reconstrói o passado, atribui-lhe um sentido, sob a influência de suas crenças, convicções, ideias e personalidade”*. É a ruptura com uma certa espécie de historicidade identificada com a “verdade” descritiva, colonizada e oficialista, resgatando, na interpretação de José Honório Rodrigues (1981, p. 30), uma História

criadora e compromissada socialmente, que venha a combater pela renovação e pela transformação constante do mundo, por sua melhoria, sua paz, sua justiça. [...] O passado não deve ser estudado como um objeto morto, como uma ruína, nem como uma fonte de autoridade soberana, mas como uma experiência compartilhada, apreendida e consolidada.

A partir da assertiva, aqui privilegiada, de questionar a História de tradição etnocêntrica e sua historiografia edificada no processo de expansão colonial, desde os séculos XV e XVI, é que importa recuperar e/ou descobrir — para além da modernidade ocidental — outros *“horizontes utópicos e radicais para o pensamento da libertação humana, em diálogo com a produção de conhecimento”* (BALLESTRIN, 2013, p. 110).

Tais aspectos justificam um olhar crítico descolonial no “locus” mais abrangente da História e do Direito, em que se elege uma análise teórico-prática para contextualizar a natureza e a função da História do Direito e sua historiografia, privilegiando o espaço e o tempo de uma formação social periférica desde o Sul.²⁰

Portanto, esse desvendar denota o exercício da crítica, revelada e preenchida, epistêmica e metodologicamente, no processo de descolonizar. Como já examinado em outro momento (WOLKMER, 2017, p. 19-20), a dinâmica da descolonização apresenta-se como estratégia que se impõe não somente como transformação, mas compreende igualmente *“construção e criação”*. Nas palavras de Sacavino e Candau (2015, p. 108-111), *“sua meta é a reconstrução radical do ser, do poder e do saber. [...] implica partir da desumanização, considerar as lutas dos povos historicamente subalternizados [...] para assim construir outros modos de viver, de poder e de saber [...]”*. Por consequência, epistemologicamente, o conceito de descolonização é nuclear para interpretar alternativamente o mundo

²⁰ Sobre essa discussão “desde o Sul”, consultar: CONNELL, Raewyn. *Southern theory: the global dynamics of knowledge in social science*. Cambridge, UK: Polity Press, 2007. COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Teoría desde el Sur: o cómo los países centrales evolucionan hacia África*. México: Editorial XXI, 2013.

desde a perspectiva do “outro”, da “diferença” e da “pluralidade”. Trata-se da busca do horizonte de um outro conhecimento, de uma outra forma de pensar, “*visualizar outras lógicas [...], diferentes da lógica dominante*” (SACAVINO; CANDAU, 2015, p. 110).

A partir desse deslocamento epistêmico de uma História uniforme, colonizada e universalista para uma História construída na cotidianidade de processos de vida e na dinâmica relacional de sujeitos é que se legitima avançar nas discussões propostas: 1. ruptura e novos marcos epistemológicos para uma historicidade alternativa no Direito; 2. novos horizontes para a História do Direito: uma crítica desde a margem.

2.1 Ruptura e novos marcos epistemológicos para uma historicidade alternativa no direito²¹

O intento da filosofia essencialista da História e de sua influência na formação e no desenvolvimento da História do Direito foi proporcionar fundamentos para o endeusamento de uma dada normatividade estatal, política e social dominante, na medida em que o espaço institucionalizado passa a ser coberto por um “*universo ideológico apresentado como uma situação natural e independente do devir histórico*” (HESPANHA, 1978, p. 11). O surto do historicismo tradicional, ocultando-se no suposto mito da neutralidade do saber e da universalidade dos princípios da ciência positivista, expressão da fase concorrencial do capitalismo moderno, abnega o “*problema crítico do conhecimento histórico*” (HESPANHA, 1978, p. 13) e ordena-se por uma perspectiva linear, estática e conservadora. Forja-se, assim, segundo António M. Hespanha (1978, p. 12), um conhecimento histórico elitista calcado na construção mútua da “*neutralidade da cultura e dos intelectuais, [...] transformados numa espécie de instância arbitral colocada acima dos conflitos de classe*”. Por conseguinte, a historiografia etnocêntrica clássica de perfil liberal passa a ser mera disciplina de justificação da ordem legal hegemônica e da acumulação de conhecimentos para a chamada “*cultura superior*”, sem sintonia mais direta com a realidade material.

Uma vez posta em questão a crise da tradicional historiografia, há que trazer, em novos marcos teórico-metodológicos, a reinvenção para outro paradigma, envolvendo modalidades alternativas de interpretação, pesquisa e investigação histórica. Deve-se destacar, nessa renovação crítica da História do Direito, que tal processo foi desencadeado em fins

²¹ Fragmentos deste item foram extraídos, com adaptações, da obra: WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.



dos anos 1960 e ao longo da década de 1970. Buscou-se romper com os modelos teóricos projetados como universais, construídos de forma abstrata e axiomática, por investigações históricas engendradas na dinâmica da produção material, nas relações sociais concretas e na introjeção de atores alijados à margem ou negados da História.

Dessa forma, um amplo alcance de rupturas com os cânones das ciências sociais e humanas foi proporcionado pelos ventos do “pós-Maio de 1968”, na Europa ocidental, com as profundas mudanças na teoria social. Tais impactos se fizeram presentes no campo também da História e da historiografia, tendo como seus principais redutos a Escola Britânica (centrada no paradigma do materialismo histórico) e a Escola Francesa dos Annales (caracterizada por seus diversos aportes teóricos e por suas tendências metodológicas). Assim, o marxismo britânico desencadeou contribuição importante em reação à filosofia analítica reinante no meio acadêmico, representada por Eric Hobsbawm, Christopher Hill, George Rudé e Edward Thompson. Igualmente, foi relevante a contribuição da Escola dos Annales por abrir o espaço para os estudos interdisciplinares, tendo em seu núcleo uma História que inter-relaciona os diversos aspectos das atividades humanas, privilegiando uma História-problema, social e cultural. Entre algumas das figuras mais conhecidas da “Nova História” encontram-se Lucien Febvre, Marc Bloch, Fernand Braudel, Jacques Le Goff. Inegável também foi a contribuição de renovação dos estudos históricos, com António Manuel Hespanha (Portugal), Josep Fontana (Espanha), Carlo Ginzburg (Itália) (BURKE, 1993; DOSSE, 2003; BARROS, 2004).

Tais contribuições epistêmicas determinaram mudanças metodológicas como resultado da emergência de pautas de novas necessidades na produção do conhecimento histórico. Entretanto, as rupturas mais radicais, tanto para a teoria social quanto para o próprio campo da Filosofia da História, ocorreram com os estudos culturais e os aportes anticoloniais que provocaram a insurgência e a entrada em cena de novas sociabilidades subalternizadas e dos, até então, ausentes da história por diferentes processos de colonização.

A introjeção dessas tendências advém do avanço de uma filosofia crítica da História, decorrente do processo pós-colonial, construída a partir de narrativas marcadas por lutas e resistências no espaço de reconhecimento para aqueles ausentes e subalternos que, estando fora ou à margem das práticas oficializadas, vieram “*recuperar seu lugar na história*” (GUHA, 2002, p. 90).

Certamente, não mais uma História de justificações e exaltações do passado, mas centrada na cotidianidade de confrontos, rupturas e descontinuidades em relação ao presente, bem como nas práticas sociais de outros sujeitos excluídos da História. Nada mais é do que aquilo que se convencionou

denominar “*história subalterna ou dos ausentes*”. Tal representação, originada da noção de subalternidade, foi elaborada por Antonio Gramsci, mas incorporada e desenvolvida pela Escola de Estudos Subalternos (*Subaltern Studies*) a partir da década de 1970, na Índia, e coordenada por Ranajit Guha, para uma teorização e uma aplicação de estudos históricos. Em manifestações de temporalidade marcadas por relações de dominação, o conceito de subalternidade como “*experiência de subordinação*” simboliza a “*tensão entre aceitação e resistência*”, combinando “*espontaneidade e consciência*” (MODONESI, 2010, p. 52). Nessa configuração, os sujeitos da História são os grupos, as classes ou os povos excluídos (abrangem trabalhadores, camponeses, mulheres, grupos étnicos, minorias marginalizadas e setores explorados) (DUBE, 2001; GUHA, 2002; CHAKRABARTY, 2009; MODONESI, 2010).

De um olhar desde o Sul periférico e no contexto da realidade latino-americana resulta o desafio apontado por Rodrigues (1981, p. 29) quando interpreta a história da cultura, ou seja, a recuperação de outro tipo de historicidade, comprometido com a ruptura das tradições coloniais, com a transformação de nossa circunstância e com a emancipação daqueles que se encontram à margem ou no “*revés da história*”.

Os efeitos inovadores dessa leitura crítica e descolonial podem contribuir para estabelecer parâmetros epistêmicos e metodológicos alternativos de fundamentação, conceituação e finalidade no estudo historiográfico das representações culturais determinantes, das práticas normativas e das instituições jurídicas de continentes como a América Latina.

É o que se verá, na sequência, na análise sobre as condições da cotidianidade do Direito enquanto campo social privilegiado de normatividade no processo relacional e interativo com os horizontes de uma historicidade construída pela ação descolonizadora dos ausentes e subalternos postos do outro lado da História.

2.2 Novos horizontes para a história do Direito: uma crítica desde a margem

A partir dos pressupostos elencados nas etapas anteriores, importa agora ressaltar, na perspectiva elegida, proposições teóricas que podem ser epistemologicamente trazidas a fim de discutir as condições para uma História do Direito alternativa e descolonial. Trata-se de considerar outra historicidade na compreensão do Direito, reconstruída pela práxis social enquanto manifestação da vida humana vivenciada por sujeitos concretos. Isso enseja algumas proposições impulsionadoras para a reordenação não mais convencional da História do Direito.



Nesse sentido, uma *primeira* assertiva epistemológica é questionar, através de um ensino crítico e interdisciplinar, as fontes geradas da cultura jurídica hegemônica, bem como desencadear pesquisas capazes de trazer respostas aos desafios propostos e produzir conhecimento de ruptura não somente que tenha profunda significação social, mas comprometido com um horizonte pluriversal (RAMOSE, 2011) — conceito que, segundo Arturo Escobar (2015, p. 45), questiona a própria noção de universalidade, considerando essa um dos pilares da modernidade ocidental. Assim, o que se chama “*pluriverso*” é toda “*uma prática. Viver de acordo com a ideia da existência de múltiplos mundos parcialmente conectados, porém radicalmente diferentes*”, o que “*implica toda uma ética diferente de vida, de ser-fazer-conhecer*”. Portanto, a pluriversalidade significa outras formas de fazer o mundo, perceptíveis através de um ensino social conscientizador que vai favorecer, direcionar e progredir para o reconhecimento de outros saberes, despertando para novas cosmovisões (ESTERMANN, 2015) capazes de auxiliar a definição de aportes instituintes com conteúdo mais problematizante, crítico e criativo.

Como já foi desenvolvido e proposto em outro momento (WOLKMER, 2017, p. 30), algumas pistas podem contribuir epistemologicamente, avançando para uma hermenêutica descolonizadora da História do Direito, produzida desde a margem do “*sistema-mundo*”, desde um Sul global.

Assim, há que primeiramente trazer e desenvolver um conhecimento socio-político-jurídico-cultural que, situado na emergência dos países do Sul periférico, parta da temporalidade histórica e da própria identidade destes. Prioriza-se uma perspectiva sócio-histórica desde o Sul global, optando-se por uma estratégia contra-hegemônica e teórico-prática que se contrapõe à circunstancialidade de certa tradição universalista de saber, de dominação cultural e de hierarquização patriarcal, expressa pela colonialidade moderna etnocêntrica (WOLKMER, 2015, p. 41–42).

Ora, ao tratar dos saberes do Sul enquanto espaço da mundialidade, tem-se em conta as diferenciações de Boaventura de S. Santos (2010, p. 43) ao referir-se a “*um conceito geográfico, ainda quando a grande maioria destas populações vive em países do hemisfério Sul. Trata-se de uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em escala global e da resistência para superá-lo ou minimizá-lo*”. Daí a inclinação historicista

desde o Sul anticapitalista, anticolonial e anti-imperialista. É um Sul que existe também no Norte global, na forma de populações excluídas, silenciadas e marginalizadas como são os imigrantes sem papéis; os desempregados; as minorias étnicas ou religiosas;

as vítimas do sexismo, da homofobia e do racismo. [...] Há também um Norte global nos países do Sul constituído pelas elites locais que se beneficiam da produção e da reprodução do capitalismo e do colonialismo [...].

Por conseguinte, os desafios estão postos na busca de novos espaços por meio do reconhecimento de epistemes alternativas que foram sempre ocultadas, minimizadas ou mesmo negadas, na esfera de diversidades culturais em ricas tradições da América Latina, da África e da Ásia. Esse “*reconhecimento historicista das experiências ocidentais e orientais não inviabiliza ou obstaculiza uma escolha metodologicamente mais específica de um Sul global*”, constituída de sociedades emergentes, reconhecidas em suas próprias identidades (WOLKMER, 2015, p. 41).²²

Trata-se de resgatar certos valores de tradição cultural periférica (seus saberes e suas racionalidades interculturais) no que tange à crítica, à resistência e à autonomia. Com isso, importa traçar as bases para um paradigma de normatividade e justiça assentado nos horizontes de pluralidade, descolonização e interculturalidade, legitimadas pela presença e circularidade de novas subjetividades sociais (WOLKMER, 2018b).

Um *segundo* fator epistemológico distingue a “*noção de sociabilidades emergentes*”, abrindo a discussão acerca da natureza dessa subjetividade, trazendo a força justificadora da multiplicidade de movimentos sociais em escala transfronteiriça. Na singularidade das crises mundializadas que atravessam as instituições sociais e que degeneram as relações da vida cotidiana, a resposta potencializada para transpor a exclusão e as privações provém da força contingente de novos coletivos subalternizados que, por processos autonômicos e por reivindicações de suas reais necessidades, são capazes de criar e instituir cotidianamente novos direitos. A busca por uma ruptura epistêmica deve partir do “outro”, enquanto sujeito histórico

²² Para aprofundar-se nessas discussões:

MIGNOLO, Walter D. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2003.

LANDER, Edgardo (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2003. p. 201-246.

GROSFOGUEL, Ramón. Descolonizar as esquerdas ocidentalizadas: para além das esquerdas eurocêntricas rumo a uma esquerda transmoderna descolonial. *Contemporânea: Dossiê Saberes Subalternos*, São Carlos, v. 2, n. 2, p. 337-362, jul./dez. 2012.

CONNELL, Raewyn. *Southern theory: the global dynamics of knowledge in social science*. Cambridge, UK: Polity Press, 2007.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. *Teoría desde el Sur: o cómo los países centrales evolucionan hacia África*. México: Editorial XXI, 2013.

ALATAS, Syed Farid. Alternative discourses in Southeast Asia. *Sari*, [S. L.], n. 19, p. 49-67, 2001.

MBEMBE, Achille. *Crítica de la razón negra: ensayo sobre el racismo contemporáneo*. Barcelona: NED, 2016.

SPIVAK, Gayatri C. *¿Puede hablar el subalterno?*. Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2011.



subalterno, em sua corporalidade — singular e coletiva — de vítima gerada por formas de institucionalidade e de racionalidade, envolvendo hierarquização, discriminação e exclusão do “não-ser” (FANON, 2009, p. 42).

Que tal proposição seja capaz de instituir paradigmas de legitimidade e racionalidades descoloniais desde o poder comunitário, das novas formas estratégicas de lutas, das insurgências de subjetividades e da realização de suas necessidades fundamentais. Ora, os sujeitos subalternos articulam-se em torno de *“exigências cada vez mais claras de dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária”* (WOLKMER, 2015, p. 42) das necessidades de segmentos sociais negadas e marginalizadas da História. É desse modo que, caracterizando a noção de sujeito histórico enquanto identidade viva e atuante, privilegiam-se múltiplos grupos de interesses, movimentos sociais transfronteiriços, populações originárias, camponeses e afrodescendentes, redes de intermediação, organizações locais, transnacionais e não governamentais (ONGs).

Tais sociabilidades se revelam portadoras potenciais da legitimação de formas de ação política cotidiana e do reconhecimento de saberes comunitários, materializando fontes alternativas e plurais de produção jurídica, contrapondo-se à racionalidade normativa colonial e imperial. Dessa maneira, a retomada do conceito histórico de “sujeito” está mais uma vez associada a uma historicidade de utopias revolucionárias e de lutas por reivindicações de direitos.

Um *terceiro* pressuposto epistemológico a considerar são as novas formas de revelação da produção do conhecimento que estão marcadas hodiernamente por processos crítico-criadores de intersecção da complexidade com a interdisciplinaridade, da interdisciplinaridade com o pluralismo. Naturalmente, como já se refletiu em outro contexto teórico (WOLKMER, 2017, p. 31–32), há que avançar para a interpretação do próprio pluralismo, ou seja, sua especificidade não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas normativas que podem existir na sociedade. Desse modo, o pluralismo legal traz um outro olhar sobre as fontes de produção normativa, cobrindo não somente práticas independentes semiautônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas institucionalizadas e práticas não oficiais, infraestatais.

A pluralidade, na sua resposta ao monismo estatal predominante na História do Direito ocidental, envolve o reconhecimento e a coexistência de ordens normativas distintas que definem ou não relações entre si. O pluralismo jurídico tem servido ao longo da cultura jurídica moderna como reação às diversas experiências formalistas e dogmatizadas, espelhando

a dinâmica de práticas normativas autônomas geradas por diferentes forças sociais e por manifestações subjacentes. A percepção do pluralismo como um *“sistema de decisão complexa”* implica um avanço maior e um *“cruzamento interdisciplinar”* entre sociedade, História e Direito. Por certo, introjetar interdisciplinaridade, como já ensinava André-Jean Arnaud (1991), significa admitir e reconhecer que o Direito tem uma natureza essencialmente plural, uma condição que torna necessário pensar o Direito enquanto Direito na relatividade do social e na mundialidade histórica (WOLKMER, 2018b, p. 285).

Há que considerar que a mudança da sociedade em razão do reconhecimento e da emancipação de um outro tipo de identidade social em processo histórico conduz ao exercício da *“críticidade”*. A *“crítica”*, enquanto processo histórico identificado ao utópico, à ruptura e ao descolonial, assume a *“função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas”* (SANTIAGO, 1998, p. 44). Portanto, uma posição *“crítica”* há de ser vista não só como uma avaliação crítica de *“nossa condição presente, mas crítica em trabalhar na direção de uma nova existência [...]”* real (QUINNEY, 1980, p. 221), de uma nova historicidade enquanto realização da vida humana.

Considerações finais

A formação de um aporte crítico de resistência à colonialidade que parta da mundialidade periférica descolonial não implica a negação ou ruptura radical com outras formas racionais e universalistas de conhecimento histórico herdadas do Iluminismo e produzidas pela modernidade universalista eurocêntrica, mas um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção (WOLKMER, 2014).

Uma filosofia da História contra-hegemônica e descolonial que surja de espaços dependentes e sonogados desde o Sul, bem como experiências movidas por novas sociabilidades insurgentes, torna-se instrumento pedagógico essencial. Não somente para produzir e impulsionar uma crítica transgressora para a desconstrução de práticas jurídicas históricas de colonialidade do ser, do saber e do poder, mas, sobretudo, para recepcionar novos e complexos problemas que emergem da ruptura com o reducionismo colonial da cultura normativista etnocêntrica (ALATAS, 2001; QUIJANO, 2003; CASTRO-GÓMEZ; GROSFUGUEL, 2007; CONNELL, 2012; WALSH, 2012).

É indispensável, por conseguinte, assimilar o apelo por novas gramáticas e por novos saberes que possibilitam uma linguagem alternativa da

diferença, da diversidade e da complexidade. Nesse âmbito, se insere a definição pela lógica de alternativas possíveis e diante de uma teoria social imperial de exclusão, que sonega o “outro”, considerando o “outro” como “não existente”, marcada por essencialismos, que coloniza o subalterno, rompe a “sociologia das emergências”, no sentido de Santos, de “[...] *proceder a uma ampliação simbólica dos saberes, práticas e agentes, de modo a identificar neles as tendências de futuro [...] sobre os quais é possível atuar para maximizar a probabilidade de esperança em relação à probabilidade da frustração*”. Desse modo, para enfrentar esse desafio, intenta-se “[...] *conhecer princípios de ação que promovam a realização dessas condições*” (SANTOS, 2006, p. 118).

A provocação epistemológica reside em repensar uma História do Direito que, sem deixar de estar inserida nos processos culturais de globalização e na interlocução com as matrizes “hegemônicas” e centrais do Norte, possa também voltar-se para o local, o periférico, o “outro”, sem perder sua própria natureza e autonomia científica. Ou seja: que, dentro de seus espaços hegemônicos e cosmopolitas, os temas clássicos e universalistas constitutivos e dominantes das ciências sociais, históricas e jurídicas colonizadoras abram-se para reconhecer novas potencialidades de saberes e de relações cotidianas de vida, tomando em conta a contextualidade não somente latino-americana, mas de outras experiências sociais não ocidentais (WOLKMER, 2017, p. 33).

Enfim, tais perspectivas apresentadas ao longo do texto objetivam contribuir com algumas diretrizes norteadoras que poderão estimular o resgate e os avanços de temas específicos para um conhecimento social compartilhado e criativo sobre uma outra História do Direito que seja crítica e descolonial.

Referências

ABDEL-MALEK, Anouar. **A dialética social**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

ALATAS, Syed Farid. Alternative discourses in Southeast Asia. **Sari**, [S. l.], n. 19, p. 49–67, 2001.

AMIN, Samir. **El eurocentrismo**: crítica de una ideología. México: Siglo XXI, 1989.

ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raison juridique**: où va la sociologie du Droit?. Paris: LGDJ, 1981.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito traído pela filosofia**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

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

BARROS, José d'Assunção. **O campo da História**: especialidades e abordagens. Petrópolis: Vozes, 2004.

BERNAND, Carmen. Imperialismos ibéricos. *In*: FERRO, Marc (org.). **O livro negro do colonialismo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 155–201.

BONILLA MALDONADO, Daniel (ed.). **Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales 1929/1989**: a revolução francesa da historiografia. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 1992.

BURKE, Peter (org.). **A escrita da História**: novas perspectivas. São Paulo: Editora Unesp, 1993.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROFOGUEL, Ramón (ed.). **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad Central; Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre el colonialismo**. Madri: Akal, 2006.

CHAKRABARTY, Dipesh. Una pequeña historia de los estudios subalternos. *In*: SANDOVAL, Pablo (comp.). **Repensando la subalternidad**: miradas críticas desde/sobre América Latina. Lima: IEP/Sephis, 2009. p. 27–56.

COMAROFF, Jean. Teorias do Sul. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 1–8, ago. 2011.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John L. **Teoría desde el Sur**: o cómo los países centrales evolucionan hacia África. México: Editorial XXI, 2013.

CONNELL, Raewyn. **Southern theory**: the global dynamics of knowledge in social science. Cambridge, UK: Polity Press, 2007.

CONNELL, Raewyn. A iminente revolução na teoria social. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 27, n. 80, p. 9–20, out. 2012.

DOSSE, François. **A História em migalhas**: dos Annales à Nova História. Bauru: EDUSC, 2003.

DUBE, Saurabh. **Sujetos subalternos**. México: El Colegio de México, 2001.

DUBY, Georges; ARIÈS, Philippe; LADURIE, Emmanuel Le Roy; LE GOFF, Jacques. **História e Nova História**. Lisboa: Teorema, 1986.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. *In*: LANDER, Edgardo (comp.). **La colonialidad del saber**: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2003. p. 41–53.

ESCOBAR, Arturo. **Outro posible es posible**: caminando hacia las transiciones desde Abya Yala/Afro/Latino-América. Bogotá: Ediciones Desde Abajo, 2015.

ESTERMANN, Josef. **Más allá de Occidente**: apuntes filosóficos sobre interculturalidad, descolonización y el vivir bien andino. Quito: Abya Yala, 2015.

EZE, Emmanuel Chukwudi (ed.). **Pensamiento africano**: filosofia. Barcelona: Bellaterra, 2002.

FANON, Frantz. **Piel negra, máscaras blancas**. Madri: Akal, 2009.

FERRO, Marc. **História das colonizações**: das conquistas às independências. Séculos XIII a XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FERRO, Marc (org.). **O livro negro do colonialismo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. La democracia de todos. *In*: CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE SOCIOLOGIA (ALAS), 21., 1997, São Paulo. **[Apresentação]**. São Paulo: ALAS, 1997.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo interno (uma redefinição). *In*: BORON, Atílio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina. **A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas**. Buenos Aires: CLACSO, 2002. p. 431–458.

GROSGOUEL, Ramón. Descolonizar as esquerdas ocidentalizadas: para além das esquerdas eurocêntricas rumo a uma esquerda transmoderna descolonial. **Contemporânea: Dossiê Saberes Subalternos**, São Carlos, v. 2, n. 2, p. 337–362, jul./dez. 2012.

GUHA, Ranajit. **Las voces de la Historia y otros estudios subalternos**. Barcelona: Crítica, 2002.

HELLER, Ágnes. **Sociología de la vida cotidiana**. 3. ed. Barcelona: Península, 1991.

HESPANHA, António M. **A história do Direito na história social**. Lisboa: Livros Horizontes, 1978.

HESPANHA, António M. Nova História e história do Direito. **Vértice**, Coimbra, v. 46, n. 470/472, p. 17–33, abr./jun. 1986.

KASHINDI, Jean-Bosco Kakozi. Ubuntu como ética africana, humanista e inclusiva. **Cadernos IHU Ideias**, [S. l.], ano 15, v. 15, n. 254, s. p., 2017.

LANDER, Edgardo (comp.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2003.

MBEMBE, Achille. **Crítica de la razón negra: ensayo sobre el racismo contemporáneo**. Barcelona: NED, 2016.

MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales**. Buenos Aires: Paidós, 2008.

MIGNOLO, Walter D. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: EdUFMG, 2003.

MODONESI, Massimo. **Subalternidad, antagonismo, autonomía: marxismo y subjetivación política**. Buenos Aires: CLACSO, 2010.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**, Lima, v. 13, n. 29, p. 11–20, 1992.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (comp.). **La colonialidad del saber**: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2003. p. 201–246.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. *In*: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROFOGUEL, Ramón (ed.). **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre; Universidad Central; Pontificia Universidad Javeriana, 2007. p. 93–126.

QUINNEY, Richard *et al.* O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. *In*: TAYLOR, Lan; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). **Criminologia crítica**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

REIS, José Carlos. **História e teoria**: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RODRIGUES, José Honório. **Filosofia e História**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

RAMOSE, Mogobe. Sobre a legitimidade e o estudo da Filosofia africana. **Ensaios Filosóficos**, Rio de Janeiro, v. IV, p. 1–20, out. 2011.

SACAVINO, Susana; CANDAU, Vera Maria. **Multiculturalismo, interculturalidad y educación**: contribuciones desde América Latina. Bogotá: Ediciones Desde Abajo, 2015.

SANTIAGO, Gabriel L. **As utopias latino-americanas**. Campinas: Alínea, 1998.

SANTOS, André L. C.; LUCAS, Douglas C.; BRAGATO, Fernanda F. (org.). **Pós-colonialismo, pensamento decolonial e Direitos Humanos na América Latina**. Santo Ângelo: FuRI, 2014.

SANTOS, Boaventura de S. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de S. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: IIDS, 2010.

SANTOS, Boaventura de S.; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SHARPE, Jim. A História vista de baixo. *In*: BURKE, Peter (org.). **A escrita da História: novas perspectivas**. São Paulo: Editora Unesp, 1993. p. 39–62.

SMITH, Linda T. **Decolonizing methodologies: research and indigenous peoples**. Nova Iorque: Zed Books; Dunedin: Otago University Press, 2010.

SPIVAK, Gayatri C. **¿Puede hablar el subalterno?**. Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2011.

TORRES CARRILLO, Alfonso. **Hacer Historia desde abajo y desde el Sur**. Bogotá: Ediciones Desde Abajo, 2014.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Análisis de sistemas-mundo: una introducción**. México: Siglo XXI, 2006.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y (de)colonialidad: ensayos desde Abya Yala**. Quito: Abya Yala, 2012. (Série Pensamiento Decolonial).

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. 2. ed. Georgia: Athens; University of Georgia Press, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. O que a história tem a dizer sobre educação em Direitos Humanos. *In*: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **Educação e metodologia para os Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 205–217.

WOLKMER, Antonio Carlos. Da crítica moderna eurocêntrica à crítica liberadora do Direito na América Latina. *In*: KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade (coord.). **História da filosofia do Direito:**



o paradigma do uno e do múltiplo dialético, retórico e erístico. Curitiba, PR: Juruá, 2014. v. 1. p. 241–252.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Para uma sociologia jurídica no Brasil: desde uma perspectiva crítica e descolonial. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 17–38, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de una nueva cultura del Derecho. 2. ed. Madri: Dykinson, 2018b.


WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019a.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **História do Direito**: tradição no Ocidente e no Brasil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

WOLKMER, Antonio Carlos; LUNELLI, Isabella C. Modernidade etnocêntrica, pluralismo jurídico e direitos indígenas no giro-descolonial latino-americano. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Nuria Beloso (coord.). **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 455–470.

ZEMELMAN, Hugo. **De la Historia a la política**: la experiencia de América Latina. 3. ed. México: XXI; UNU, 2001.

ZEMELMAN, Hugo. La Historia se hace desde la cotidianeidad. In: DIETRICH, Heinz *et al.* **Fin del capitalismo global**: el nuevo proyecto histórico. Cuba: Editorial Ciencias Sociales, 1999. p. 209–223.



A construção de garantias para o Direito de Acesso

Sergio Cademartori

Introdução

O segredo como prática de dominação política, ou como instrumento de poder²³, acompanha a trajetória histórica do Estado. Corporificada hoje na noção de “segredos de Estado”, a ação do governo que se oculta ocultando suas práticas, encontra-se presente nas reflexões de quase todos aqueles que erigem a política como campo privilegiado de estudo. De fato, desde o nascedouro daquela instituição conhecida como “forma-Estado”, atravessada por um lento processo de laicização do poder a partir da Baixa Idade Média Ocidental e a subsequente consolidação de governos absolutistas, se encontram práticas secretas dos governantes

²³ Adota-se aqui uma definição relacional de poder. De acordo com Bobbio: “A mais conhecida e também a mais sintética das definições relacionais é a de Robert Dahl: ‘A influência [conceito mais amplo, no qual se insere o de poder] é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam’ (1963, trad. it., p. 68).” (BOBBIO, 1987, p.78)

no centro dos processos de tomada de decisão a respeito do destino de seus subordinados.

Neste ensaio, busca-se analisar o percurso que o tema teve através do pensamento de alguns autores do campo político-jurídico, a fim de enquadrá-lo, em momento posterior, no Estado Democrático de Direito, a partir de um enfoque garantista. Tenta-se assim verificar de que forma o segredo imbrica-se ou encontra guarida em suas instituições, práticas e valores e as possibilidades de sua sobrevivência em um regime democrático, seja através de legislações restritivas do acesso a ações e documentos, seja esclarecendo as práticas secretas do Estado que podem apresentar-se como benéficas.

Por último, debruça-se o ensaio de forma meramente aproximativa sobre a nova Lei brasileira de Acesso às informações governamentais, enfatizando o avanço que a mesma representa na conquista da transparência administrativa.

Assim, parte-se do pressuposto de que a transparência do agir estatal — corporificada no princípio/dever de publicidade da administração, reflexo do direito fundamental de acesso das pessoas às informações pessoais e de interesse público — apresenta-se como elemento indispensável à democracia enquanto prática governamental cotidiana. Portanto, trata-se de analisar a tensão entre segredo e Estado de Direito, enfocando ao final a trajetória normativa que o direito fundamental de acesso percorre em nosso ordenamento democrático.

Com essa finalidade, por segredos de Estado entender-se-á aqui todo conhecimento, informação ou ação que, por ter em vista a manutenção da dominação, é destinada pelos detentores do poder do Estado a manter-se oculta do público.

De outro lado, entender-se-á por Estado de Direito — na esteira das definições de Bobbio e Ferrajoli (FERRAJOLI, 1995, cap. 13) — a estrutura jurídico-política de dominação marcada por duas características básicas, sem as quais, independentemente das variações que tal artifício possa adotar, não se poderá falar em Estado de Direito: a) de um lado, trata-se de um poder que age *per leges*, isto é, um governo que manifesta sua vontade através de normas gerais e abstratas (isto perfaz o aspecto formal do Estado de Direito); b) de outro lado, este é um poder *sub lege*, é dizer, submetido ao direito em dois sentidos: b1) em sentido fraco, lato ou formal, significa que nele todo poder é conferido ou atribuído pelo direito; e b2) em sentido estrito, forte ou substancial, significa que ali todo poder é limitado pelo direito.

3.1 A dicotomia segredo/transparência na tradição do pensamento político

Na primeira proposta de um governo ideal imaginada no marco da cultura ocidental, Platão (1965, p. 301) postula uma razão própria do governante, que é quem deve manter suas motivações ocultas do povo, já que somente ele sabe, da altura de sua posição de rei-filósofo esclarecido pela verdade, qual é o interesse da pólis.²⁴

O rei-filósofo de Platão é um protetor da pólis. É o único que, graças aos conhecimentos da filosofia, consegue ver a verdade (em seu sentido grego, como Aletheia, isto é, como desvelamento, desocultamento daquilo que está escondido na natureza) da finalidade da pólis. O povo, mantido na minoridade, só pode ver de forma parcial.

O modelo platônico de Constituição da pólis pressupõe a existência de um soberano autocrático que, munido do conhecimento que lhe proporciona a filosofia, cria estruturas de dominação com uma realidade inacessível à sociedade mantida em situação de minoridade, isto é, impedida de fazer uso público da própria razão. E isto porque, dentro do modelo da República ideal, as diversas classes (artesãos, guerreiros e lavradores) somente podem ter em vista seus interesses particularistas, mantendo-se carentes de uma reflexão universal sobre a pólis. É nesse contexto que deve ser vista a alusão à mentira na citação precedente.

E a mentira implica manter secretos os desígnios do governante, no “*interesse da sociedade*”. É o governo que, ao enganar (mostrando o que não é), oculta-se (não mostra o que é).²⁵

O rei-filósofo, detentor da verdade, é único, já que

²⁴ Observe-se a seguinte passagem:

SÓCRATES — [...] a verdade deve sobrepor-se a tudo, porque se não nos enganamos, ao dizermos que a mentira é inútil aos deuses mas útil aos homens sob a forma de remédio, claro é que esse uso deve ser confiado apenas aos médicos e não a todas as pessoas.

ADIMANTO — Isso é verdade.

SÓCRATES — Aos magistrados também, de preferência a todos os demais, cumpre mentir, enganando aos inimigos ou aos concidadãos, no interesse da sociedade. [...] (PLATÃO, 1965, p. 67).

²⁵ Segundo Hannah Arendt isto se dá porque “*Às flexíveis opiniões do cidadão acerca dos assuntos humanos, os quais por si próprios estão em fluxo constante, contrapunha o filósofo a verdade acerca daquelas coisas que eram por sua mesma natureza sempiternas e das quais, portanto, se podiam derivar princípios que estabilizassem os assuntos humanos. Por conseguinte, o contrário da verdade era a mera opinião, equacionada com a ilusão; e foi esse degraçamento da opinião o que conferiu ao conflito sua pungência política; pois é a opinião, e não a verdade, que pertence à classe dos pré-requisitos indispensáveis a todo poder*” (ARENDR, 1972, p. 289- [grifo acrescentado]).

[...] a própria noção de uma ‘nação de filósofos’ teria sido uma contradição em termos para Platão, cuja inteira Filosofia Política, inclusive seus traços expressamente tirânicos, assenta-se sobre a convicção de que a verdade não pode ser obtida nem comunicada entre a massa (ARENDR, 1972, p. 292).

E isso decorre da própria noção platônica de acessibilidade à verdade, explicitada na alegoria da caverna.

Eis aqui um conflito importante entre a ética e a política, proposto por um filósofo que, paradoxalmente, é o grande amante da verdade.

Se, em Platão, trata-se de um modelo ideal de governo, o qual nunca foi implementado — e, quando tentado em Siracusa, redundou em retumbante fracasso — a história de Roma, por sua vez, oferece riquíssimo material para reflexões sobre os segredos de Estado, formuladas por escritores políticos posteriores.

Clapmar (SCHMITT, 1968, p. 45), referindo-se “[...] a la expresión **ar-cana imperii** que emplea Tácito em los **Anales** (1.2.) para caracterizar la política astuta de Tiberio [...]” estabelecerá toda uma tipologia dos segredos de Estado.²⁶

De seu lado, é na história de Roma que Maquiavel (1987, Livro III, nº. 6) vai buscar o modelo explicativo e comparativo com sua época para estabelecer padrões de dominação que repute válidos historicamente.²⁷ Assim, pois, a história de Roma, rica em conjuras e conspirações, vai servir de fonte para toda uma tradição teórica a respeito da dominação secreta, em que não se descuida das conspirações contra o poder, já que “[...] *poder invisível e contrapoder invisível são, em verdade, duas faces da mesma moeda*”. Em contrapartida, entre os pensadores políticos romanos não são encontrados grandes teóricos do tema (LAFER, 1988, p. 256).

Já a Baixa Idade Média foi um momento muito profícuo para o lançamento das bases teórico-doutrinárias a respeito do assunto dos segredos de Estado. Segundo Kantorowicz,

La expresión Secretos de Estado como concepto del absolutismo tiene un fondo medieval. Es un tardío brote de aquel hibridismo secular-espiritual que, como resultado de las infinitas relaciones entre Iglesia y Estado, puede hallarse en cada uno de los siglos de la Edad Media [...] (KANTOROWICZ, 1955, p. 55).

²⁶ cf. adiante.

²⁷ cf. adiante.

O recorte dado pelo autor ao tema propõe a correlação entre a doutrina eclesíastica medieval e o absolutismo precipuamente considerado; contudo essa doutrina encontra-se até hoje fortemente arraigada entre muitos teóricos do Estado contemporâneo²⁸. As razões pelas quais essa concepção de segredo de Estado acabou permeando as relações seculares de dominação, foram, dentre outras, que a laicização do poder se estruturou a partir da usurpação das funções pontificais do papa e do bispo.²⁹

Mas, ao fazê-lo, o aspecto simbólico do poder real como algo divino passou a permear o discurso legitimatório da nova dominação. Convém não esquecer que os apelos de legitimação — entendida esta como criação de motivos de justificação interior da dominação, de acordo com Weber (1984) — do poder real faziam-se por remissão à esfera religiosa, naquele especial mecanismo de poder que se convencionou chamar de “*monarquia de direito divino*”. Esclarece Kantorowicz:

El ‘pontificalismo’ real, pues, parece descansar en la creencia legalmente establecida de que el gobierno es un *mysterium* administrado sólo por el alto sacerdote real y sus indiscutibles funcionarios, y que todas las acciones realizadas en nombre de esos ‘secretos de Estado’ son válidas ipso facto o ex opere operato, prescindiendo incluso del valor personal del rey y de sus seguidores (KANTOROWICZ, 1955, p. 73)

Pelo que se vê, ocorre um mais ou menos longo processo de simbiose entre Igreja e Estado (talvez o termo mais apropriado fosse “troca de papéis”), que vai desembocar nos Estados absolutistas, os quais vão apresentando progressivamente traços de racionalidade e eficiência³⁰, frutos da árdua tarefa dos burocratas iniciados no direito romano.³¹

²⁸ cf. infra, WEBER e BOBBIO, dentre outros.

²⁹ “Con el Papa como *princeps* y *verus imperator* el aparato jerárquico de la Iglesia romana [...] mostró tendencia a convertirse en el prototipo perfecto de una monarquía absoluta y racional sobre una base mística, mientras que simultáneamente el Estado mostró una creciente tendencia a convertirse en una semi-Iglesia, y, en otros respectos, en una monarquía mística sobre una base racional” (KANTOROWICZ 1955, p. 66).

³⁰ De fato, como enuncia Pierangelo Schiera, “[...] o Absolutismo apresenta-se-nos [sic] em sua forma plena como a conclusão de uma longa evolução, a qual, através da indispensável mediação do cristianismo como doutrina e da Igreja romana como instituição política universal, conduz, desde as origens mágicas do poder, até a sua fundação em termos de racionalidade e eficiência.” (SCHIERA, c1986, p. 02 [grifo acrescentado]).

³¹ “La afirmación de una plenitud potestatis del papa dentro de la Iglesia estableció el precedente para las pretensiones posteriores de los príncipes seculares, realizadas a menudo, precisamente, contra las desorbitadas aspiraciones religiosas. Por otra parte, y del mismo modo que los abogados canonistas del papado fueron los que construyeron e hicieron funcionar sus amplios controles administrativos sobre la Iglesia, fueron los burócratas semiprofesionales adiestrados en el derecho romano quienes proporcionaron los servidores ejecutivos fundamentales de los nuevos estados monárquicos.” (ANDERSON, 1982, p. 23)

Assim, o segredo de Estado passa a fazer parte da prática política do nascente Estado moderno. Nesta fase da história, faz-se presente a figura de um arguto pensador florentino, cujo pensamento acompanha a formação do Estado nascente: trata-se de Nicolau Maquiavel, já citado acima. (BOBBIO, 1985, p. 22). Este dedica o sexto capítulo do Livro III de seus Discorsi³² ao tema da conjura, já que por meio desta “[...] *han perdido la vida y el estado más príncipes que en la guerra abierta*” (MAQUIAVELO, 1987, p. 302). A conjura constitui-se num contrapoder invisível que deve ser combatido também de forma astuciosa e, sobretudo, secreta.³³

3.2 Segredos de Estado, opinião pública e Democracia

Pelo que se vê, parece inescapável ao governante, sob algumas circunstâncias, apelar aos arcana para manter-se no poder. Mas ter como rotina tal prática, mesmo para subjugar movimentos sediciosos, pode acarretar efeitos perversos, se se adotam princípios mais consentâneos com uma Democracia³⁴. Pelo menos na leitura de outro filósofo político um pouco

³² O capítulo dedica-se a analisar contra quem as conjuras são feitas (contra a pátria ou contra um príncipe), bem como suas causas. (MAQUIAVELO, 1987)

³³ Veja-se a seguinte passagem: “No quiero sin embargo dejar de advertir al príncipe o la república contra los que se haya conspirado que, cuando descubran una conjura [...] si encuentran que es grande y poderosa, no la desenmascaren hasta que estén dispuestos a aplastarla con fuerzas suficientes, pues si obra de otra manera, verán su propia ruina. Por eso, deben utilizar toda su habilidad para el disimulo, ya que los conjurados, al verse descubiertos, acuciados por la necesidad, pierden todo respeto” (MAQUIAVELO, p. 324 [grifo acrescentado]).

³⁴ Este ensaio adota o conceito de Democracia esposado por Norberto Bobbio e reconceituado por Ferrajoli. Para o primeiro, a única maneira de se compreender a Democracia enquanto contraposta a outras formas autoritárias de governo, é aquela que a considera como “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem ‘quem’ está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais ‘procedimentos’” Para que a decisão seja considerada decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras que estabelecem quais os indivíduos autorizados a tomar as decisões que irão vincular todos os membros do grupo e quais os procedimentos. Bobbio acrescenta três condições para a existência da Democracia. A primeira diz respeito aos sujeitos que irão tomar as decisões coletivas: “*um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de integrantes do grupo.*” É preciso um juízo comparativo com base nas circunstâncias históricas para saber o número necessário daqueles que têm direito ao voto, a fim de considerar um regime democrático ou não. A segunda condição relaciona-se às modalidades de decisão. Neste caso a regra fundamental é a da maioria. Finalmente, pela terceira condição as alternativas postas aos chamados a decidir deverão ser reais e os mesmos devem ser colocados em posição de escolher entre uma ou outra. Como corolário, tem-se que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, já que deverão ser garantidos aos chamados a decidir os direitos de liberdade (de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, etc.). (BOBBIO, 1986, p. 18,19 e 20) Resumindo, a democracia é “*um conjunto de regras [...] para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue.*” O bom governo democrático é aquele que respeita rigorosamente as regras, donde se conclui, “*tranquilamente, que a democracia é o governo das leis por excelência*” (BOBBIO, 1986, p.170-171). Já para Ferrajoli, o aspecto meramente formal esposado por Bobbio, apesar de necessário, não é suficiente para esgotar o sentido da democracia contemporânea, ou seja, a democracia constitucional. Com efeito, ao lado da dimensão formal,

posterior a Maquiavel, quem coloca em termos lógicos e eticamente irrefutáveis como negativa a adoção da prática da ação secreta. Trata-se de Baruch Espinosa, que em sua obra póstuma, ao propor um Estado ideal sem os vícios que percebia nos principados de então, coloca a dicotomia segredo/transparência sob a luz de uma ponderação entre a utilidade do segredo para o Estado e a liberdade dos indivíduos.³⁵

Outro não é o pensamento de Jeremy Bentham (1973, p. 114) quando, em 1776, ao discorrer sobre as diferenças entre um governo livre e um despótico, salienta, dentre outras condicionantes, a de que no governo livre exista um “[...] *derecho concedido a los súbditos para examinar y analizar públicamente los fundamentos que asisten a todo acto de poder ejercido sobre ellos*”. E mais adiante: “[...] *la proposición de que la legislatura tiene el deber de hacer accesible el conocimiento de su voluntad al pueblo es algo que estoy dispuesto a subscribir sin reservas*”.

A preocupação benthamiana com a transparência das ações estatais e de seus fundamentos é coetânea ao surgimento de um fenômeno chamado de “opinião pública”. Termo de difícil conceituação, dele diz Bonavides que não tem uma definição precisa: dependendo do autor, ela seria a opinião de todo o povo, ou apenas da classe dominante, ou ainda das classes instruídas. Este entendimento encontra raízes em Jellinek (apud BONAVIDES, 1986, pp. 564, 567), quando este afirma que em grandes linhas a opinião pública é “o ponto de vista da sociedade sobre assuntos de natureza política e social”.

Nicola Matteucci (c1986, pp. 842-3) enfatiza o vínculo entre opinião pública e formação do Estado moderno, eis que ocorre ali o monopólio do poder e da esfera pública, com a privação da sociedade corporativa da política, relegando o indivíduo à esfera privada da moral. Historicamente, porém, o conceito teve uma trajetória errática. Se para Hobbes a opinião pública tem uma conotação negativa, por introduzir no Estado absolutista o germe da corrupção e da anarquia, para Locke a “lei da opinião é uma verdadeira lei filosófica, servindo para julgar a virtude ou vício das ações”. De acordo com Rousseau, opinião pública é a “verdadeira constituição do Estado”. Kant, respondendo à pergunta “Que é o Iluminismo?”, diz que

que nos diz quem decide (o povo) e como decide (por maioria), encontra-se a dimensão substancial ou substantiva da democracia, que aponta para o que é lícito decidir ou deixar de decidir; qual seja, o âmbito dos direitos fundamentais (cf. FERRAJOLI, 2007, Vol. II, cap. 13.)

³⁵ “Reconheço, aliás, que não é muito possível manter secretos os desígnios de semelhante Estado. Mas todos devem reconhecer comigo que, mais vale que o inimigo conheça os desígnios honestos de um Estado, que permaneçam ocultos aos cidadãos os maus desígnios de um déspota [...]. O mote daqueles que ambicionam o poder absoluto foi sempre que é do interesse da cidade que os seus negócios sejam tratados secretamente, e outras sentenças do mesmo gênero. Quanto mais estas se cobrem com o pretexto da utilidade, mais perigosamente tendem a estabelecer a escravidão.” (ESPINOSA, 1983, p.93)

consiste em fazer uso público da própria razão em todos os campos; é o uso que dela se faz como membro da comunidade e dirigindo-se a ela. Este uso público tem dois destinatários. Por um lado, se dirige ao povo, para que se torne cada vez mais capaz de liberdade de agir; por outro, se dirige ao soberano, o Estado absoluto, para mostrar-lhe que é vantajoso tratar o homem não como a uma “máquina”, mas segundo a dignidade.

Já em Hegel, a opinião pública fica situada no mesmo patamar que a sociedade civil, sem o vezo da universalidade, em face da desorganização desta última. Assim a “opinião pública”, para Hegel, é a manifestação dos juízos, opiniões e pareceres dos indivíduos acerca de seus interesses comuns. (MATTEUCCI, c1986, p. 844)

Para Marx, a opinião pública é falsa consciência, ideologia, pois numa sociedade dividida em classes, mascara os interesses da classe burguesa: o público não é o povo, a sociedade burguesa não é a sociedade geral, o burguês não é o cidadão, o público dos particulares não é a razão. (MATTEUCCI, c1986, p. 844).

Como visto, para entender quais eram originalmente as funções da opinião pública, deve-se examinar como se dá o nascimento do Estado moderno. Com o desmantelamento da sociedade feudal, a qual era imediatamente política (cada estado se autorregulamentava, o senhor feudal era detentor do poder econômico e político simultaneamente, não havia um órgão que detivesse o monopólio da violência legítima etc.) surge o Estado moderno, surgimento este que se dá sob o signo da separação da esfera política — o aparelho estatal — da esfera privada dos cidadãos (o conjunto das relações sociais entre proprietários privados).

Mas esta esfera privada acaba desenvolvendo uma dimensão “pública” à medida que começam a surgir algumas instituições — jornais, salões de conferência, assembleias de cidadãos, cafés etc. — que irão erigir-se em lugares de discussão e polarização das correntes de opinião presentes na sociedade burguesa. Com isso, “[...] a esfera pública política [...] intermedia, através da opinião pública, o Estado e as necessidades da sociedade” (HABERMAS, 1984, pp. 46 e 96).

A opinião pública advém assim como instância política central nas relações entre as esferas política e privada sob o Estado moderno. É através dela que a burguesia tenta impor limites à atuação da autoridade, ao tempo em que combate o segredo como característica da atuação estatal, pois quer submeter essa última à luz da razão ilustrada.

Ora, a própria função da opinião pública neste período corresponde à realização, no campo social, do ideal da Ilustração. Esta, por sua vez, corporifica a pretensão iluminista que apresenta, no campo político, a intenção precípua de desvendar os segredos do soberano, assim como no

campo da ciência, quer descortinar os segredos da natureza. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, pp. 19 e 52). De fato, o Iluminismo é uma tendência transepocal, caracterizada por uma atitude racional e crítica, que tem como função o combate ao mito e ao poder, e que

Aplicada ao homem e às instituições humanas, [...] significa que não há mais zonas de sombras no mundo social e político. [...] Não há mais interditos, espaços extraterritoriais protegidos pelo privilégio da invisibilidade (...). Não há mais investigações proibidas [...]. (ROUANET, 1988, pp. 125 e 129)

A função desse movimento filosófico tem a intenção política evidente de desnudar as relações de poder no Estado Absolutista e semifeudal.³⁶

Mas se de um lado as relações entre o império da opinião pública e a luta pela Democracia não são *prima facie* evidentes nesse período histórico, é certo que algumas das mais importantes liberdades democráticas surgem a partir das reivindicações da Ilustração.³⁷

Assim, as máximas de Espinosa e Bentham a respeito da transparência na relação senhor-súdito serão elevadas a máximas de direito público sob a pena de Kant, em seu “Apêndice” à “Paz Perpétua” (KANT, 1989). De fato, o filósofo, ao discorrer sobre o desacordo entre a moral e a política procura estabelecer máximas de ação que conciliem as duas áreas, encontrando em uma proposição básica essa conciliação.

Nominada por ele de “fórmula transcendental do direito público”, tem essa proposição o seguinte enunciado: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não se conciliar com a publicidade são injustas”. E explica a seguir:

Este princípio não tem de ser considerado simplesmente como ético (pertencente à doutrina da virtude), mas também como jurídico (con-

³⁶ “Se a Ilustração quer liberar um espaço de visibilidade irrestrita, é principalmente para desmascarar os opressores. [...] Descrevendo as engrenagens incompreensíveis do ancien régime, Michelet escreve: ‘O que havia de mais tirânico na velha tirania era sua obscuridade [...]’. O poder é essa zoologia imunda que pulula no pântano e rasteja na noite. Sua força está em sua invisibilidade. É a partir dela que o poder estende seus tentáculos, vendo tudo e não sendo visto por ninguém [...]” (ROUANET, 1988, p. 129).

³⁷ Como afirma Schmitt (1982, p. 242), “Los filósofos de la Ilustración del siglo XVIII eran partidarios de un despotismo ilustrado, pero veían en una opinión pública ilustrada el control de toda la actividad estatal y una segura garantía contra cualquier abuso del poder del Estado. Libertad de manifestación del pensamiento y libertad de Prensa se convirtieron así en instituciones políticas. De ahí reciben el carácter de derechos **políticos** y dejan de ser secuela como en el proceso americano, de la libertad de conciencia y de religión. El ejercicio de la libertad de Prensa, de la libertad de manifestación de opiniones políticas, no solo es un ejercicio dentro de la esfera privada de la libertad, sino actividad pública, desempeño de una cierta función pública, el control público.”

cernente ao direito dos homens). Pois uma máxima que eu não posso deixar tornar-se pública sem ao mesmo tempo frustrar minha própria intenção que tem de ser ocultada se ela deve ter êxito e para a qual não posso me declarar publicamente sem que por isso seja levantada indefectivelmente a resistência de todos contra meu propósito, não pode vir esse contra-trabalho necessário e universal, por conseguinte inteligível a priori, de todos contra mim de nenhum outro lugar a não ser da injustiça <Ungerechtigkeit> com que ela ameaça a todos. (KANT, 1989, p. 73)

Adiante, é ainda na publicidade que o escritor alemão vai encontrar o ponto de junção entre o direito público e a política.³⁸

Vê-se assim como é importante no pensamento kantiano o problema da publicidade: torna-se ela o ponto de imbricação entre moral, direito público e política. Pois, se é possível estabelecer-se fundamentação moral para as ações relativas ao direito público (“*direito de outros homens*”) como quer Kant, tal é somente possível na esfera da publicidade, dado que o que é “público” (não privado) somente pode ser exercido em “público” (não secreto).

3.3 A razão de Estado, o “Segredo do Cargo” e a Democracia

Já no século XX encontramos em Carl Schmitt (1986) uma aguda análise do segredo de Estado a partir de seus fundamentos teórico-políticos. Diz ele que a partir do esgotamento da visão teológica e patriarcalista do nascimento do reino dos homens, no século XV, a política passou a desenvolver-se como ciência, sendo que o conceito básico dessa nova ciência é a Razão de Estado³⁹. Num grau ainda mais elevado que o conceito de Razão de Estado, encontra-se na literatura surgida nesse período, o conceito de arcanum político; e

³⁸ E diz mais: “[...] eu proponho um outro princípio transcendental e afirmativo do direito público, cuja forma seria esta: ‘Todas as máximas que necessitam da publicidade (para não malograr em seu fim) concordam com o direito e a política unidos’. Pois, se elas podem alcançar seu fim somente pela publicidade de seu fim, então têm elas de ser conformes ao fim geral do público (a felicidade), concordar com o qual (fazê-lo satisfeito com seu estado) é a tarefa própria da política. Se, porém, este fim deve ser alcançável somente pela publicidade, isto é, pelo afastamento de toda desconfiança contra as máximas da política, então estas têm de estar em concórdia também com o direito do público, pois unicamente nele é possível a união dos fins de todos.” (KANT, 1989, p. 79)

³⁹ Este conceito também pode ser entendido como a tradição doutrinária que “[...] afirma que a segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os governantes, para a garantir, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas quando essa necessidade não corre perigo. Por isso, [...] os governantes dos Estados não devem descurar nenhum meio — mesmo o da mais despiedada violência e do engano — para atingir [seus fins]. [...] Pense-se na diplomacia secreta, nos segredos de Estado [...]”, (BOBBIO, c1986, pp. 1066–1073).

[...] el concepto de arcanum político y diplomático, incluso allí donde significa secretos de Estado, no tiene ni más ni menos de místico que el concepto moderno de secreto industrial y secreto comercial [...].

Consequentemente, isso “[...] *demuestra el simple sentido técnico del arcanum: es un secreto de fabricación*” (SCHMITT, 1986, pp. 45 ss.).

Transcrevendo a análise de Arnold Clapmar (1574–1604), Schmitt assevera ainda que cada ciência tem seus arcana e todas utilizam certos ardis para atingir seus fins, embora no Estado sempre sejam necessárias certas manifestações de liberdade para tranquilizar o povo (simulacra, instituições decorativas); é assim que os arcana reipublicae são as verdadeiras forças propulsoras internas do Estado (o que move a história universal não são quaisquer forças econômicas ou sociais, mas “[...] *el cálculo del Príncipe y su Consejo secreto de Estado, el plan bien meditado de los gobernantes, que tratan de mantenerse a sí mismos y al Estado, [...]*”). Já dentro dos arcana, é de se distinguir os arcana dominationis, pois se os arcana imperii referem-se às diversas técnicas para manter o povo tranquilo (uma certa participação nas instituições políticas, liberdade de imprensa, de manifestações etc.), os arcana dominationis referem-se à proteção e defesa das pessoas que exercem a dominação durante acontecimentos extraordinários, rebeliões e revoluções, e os meios empregados para sair-se bem nessas circunstâncias. Finalmente, os arcana são “[...] *planes y prácticas secretos, con cuya ayuda son mantenidos los jura imperii*”, sendo estes por sua vez diferentes direitos de soberania, especialmente o direito de promulgar leis (SCHMITT, 1986, pp. 45-49)

Pelo que se percebe, o segredo de Estado é tratado por Schmitt como um conhecimento científico inacessível aos não iniciados, tendo em vista a manutenção do status quo. De outra parte, pela transcrição que ele faz das teorias de Clapmar, nota-se que o que está subjacente a esta doutrina é uma visão conspiratória da História (a História é feita por poucos privilegiados: o Príncipe e seus conselheiros são o deus *ex machina* da História, não as forças sociais). E mais ainda, a *praxis* de governar é vista aí como ciência, atualizando a rica tradição surgida com Maquiavel.

De seu lado, Max Weber (1984), ao analisar a “sociologia da dominação”, abre um parágrafo específico para referir-se à dominação através da “organização”, esta tida por ele como a estrutura social permanente para fins de governo. Este tipo de dominação está embasado na “*vantagem do pequeno número*” — “[...] *es decir, en la posibilidad que tienen los miembros de la minoría dominante de ponerse rápidamente de acuerdo y de crear y dirigir sistemáticamente una acción societaria racionalmente ordenada a la conservación de su posición dirigente*” (WEBER, 1984, p. 704).

E o valor dessa vantagem repousa justamente na possibilidade da manutenção do segredo.⁴⁰

Assim, no centro deste moderno tipo de dominação encontra-se o mecanismo do segredo, da ocultação. O segredo, conforme Weber, constitui-se em importante mecanismo de poder no cerne de qualquer estrutura burocrática. Observe-se, a respeito, a seguinte passagem:

Toda burocracia procura incrementar esta superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones. El gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad. La burocracia oculta en la medida de lo posible su saber y su actividad frente a la crítica.⁴¹

Para Norberto Bobbio, o segredo de Estado constitui-se num dos principais obstáculos à implementação de uma Democracia plena. Parte ele da ideia de que atualmente o Estado apresenta aspectos de representatividade ampliada que superam a concepção original do Estado representativo clássico, moldado na ideia britânica da existência de um parlamento que corporificaria os interesses da sociedade.⁴²

Assim, o segredo é característica importante daquilo que Bobbio considera como “Estado administrativo”, que é o conjunto de aparelhos administrativos centralizados e centralizadores.

O autor concorda com a afirmação que a Democracia é o governo do poder visível. E ainda, que a Democracia é o governo do poder público em público, já que a palavra “público” pode assumir dois significados: não-privado e não-secreto. (BOBBIO, 1986, pp 83-84).

Recorda o mestre que a visibilidade como inerente ao regime democrático vem da reunião dos cidadãos atenienses congregados na ágora ou na eclesia, onde todos os problemas inerentes à cidade eram debatidos à luz do dia. (BOBBIO, 1986, p. 84)

⁴⁰ “La ‘ventaja del pequeño’ número adquiere su propio valor por la ocultación de las propias intenciones por las firmes resoluciones y saber de los dominantes. [...] Toda la dominación que pretenda la continuidad es hasta cierto punto una dominación secreta.” (WEBER, 1984, p. 704.)

⁴¹ E adiante, ao tratar da publicidade administrativa, pondera: “[...] la mayor fuerza del funcionalismo consiste en la conversión, a través del concepto del ‘secreto profesional’, del saber relativo al servicio en un **saber secreto**, o sea en un medio, en última instancia, para asegurar a la administración contra los controles”.

⁴² Tome-se, para exemplificar, o seguinte trecho: “Aquilo que nós, para resumir, chamamos estado representativo teve sempre que se confrontar com o Estado administrativo, que é um Estado que obedece a uma lógica de poder completamente diferente, descendente e não ascendente, **secreta e não pública**, hierarquizada e não autônoma, pendente ao imobilismo e não dinâmica, conservadora e não inovadora etc.” (BOBBIO, 1983, p. 72 [grifo acrescentado]).

Como prova da sobrevivência da ideia da publicidade enquanto constitutiva do regime democrático, traz Bobbio à colação uma passagem de Michele Natale, bispo de Vico, ao tempo da Revolução Francesa:

Não existe nada de secreto no regime democrático? Todas as operações dos governantes devem ser reconhecidas pelo povo soberano exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo. (BOBBIO, 1986, p. 86)⁴³

Não é apenas o Estado Constitucional ou o Estado de direito que deve ter a publicidade como regra, mas muito mais o Estado Democrático de Direito, pois este é definido por ele como “[...] o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?)” (BOBBIO, 1986, p. 87).

Desta forma, o autor acrescenta mais uma característica à sua definição procedimental de Democracia, a qual contempla a resposta à pergunta: quem controla o poder (o *quid custodiet custodiet dos romanos*)? A publicidade entra aí como elemento fundamental para possibilitar este controle pelo povo e seus representantes. A publicidade é fundamental para estabelecer distinção entre o regime absolutista e o constitucional “[...] e, assim, para assimilar o nascimento ou renascimento do poder público em público.” (BOBBIO, 1986, p. 87)

E na atualidade a publicidade torna-se imperiosa eis que o controle dos súditos por parte do Estado se faz mais total a cada dia.⁴⁴

E é por isso que o autor destaca o poder invisível, junto à privatização do público e à ingovernabilidade, como os três aspectos notórios da crise da Democracia (BOBBIO, 1985, pp. 05–25).

Em outra obra (BOBBIO, 1988), ainda, redefinindo a sua noção de Democracia como sendo idealmente “[...] o governo do poder visível, ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública”, revela os mecanismos que o poder autocrático (e, como referido

⁴³ E continua Bobbio: “Este pequeno trecho é exemplar porque enuncia em poucas linhas um dos princípios fundamentais do estado constitucional: o caráter público é regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo [...]” (BOBBIO, 1986, p. 86).

⁴⁴ “A medida que aumenta la capacidad del estado para controlar los ciudadanos debería aumentar la capacidad de los ciudadanos para controlar al estado. Pero este crecimiento paralelo está muy lejos de verificarse. Entre las diversas formas de abuso del poder está, actualmente la posibilidad, por parte del estado, de abusar del poder de información [...]” (BOBBIO, 1985, p. 24).

acima, também o Estado administrativo) se utiliza para escapar ao olhar da opinião pública: ocultando-se e ocultando.⁴⁵

No mesmo ensaio, ao estabelecer uma tipologia das formas de poder invisível, Bobbio resume-as em três: um poder invisível dirigido contra o Estado (máfias, grupos terroristas, etc.); um segundo tipo de poder invisível que age à sombra do Estado (associações secretas como a Loja Maçônica P-2, por exemplo); e

[...] finalmente, o poder invisível como instituição do Estado: os serviços secretos, cuja degeneração pode dar vida a uma verdadeira forma de governo oculto. Que todos os Estados tenham seus serviços secretos é um mal, diz-se, necessário. Ninguém ousa por em dúvida a compatibilidade do Estado democrático com o uso dos serviços secretos. Mas estes são compatíveis com a democracia apenas num contexto: que sejam controlados pelo governo, pelo poder visível, que por sua vez deve ser controlado pelos cidadãos, de modo que sua ação seja dirigida sempre e apenas para a defesa da democracia (BOBBIO, 1988, pp. 210-211).

A esta última forma de poder secreto é que se dá relevo no presente trabalho, pois o que interessa aqui é justamente tentar rastrear as relações entre o poder oculto exercido pelo Estado e a Democracia.

Assim, se entende a Democracia como “poder visível”, no sentido ampliado que ora lhe dá o autor, vê-se que a vitória desse poder sobre o poder invisível “[...] *jamais se completa plenamente: o poder invisível resiste aos avanços do poder visível, inventa modos sempre novos de se esconder e de esconder, de ver sem ser visto*”. Por isso, a dicotomia público/privado, no sentido de manifesto/secreto, é para ele

[...] uma das categorias fundamentais e tradicionais, mesmo com a mudança dos significados, para a representação conceitual, para a compreensão histórica e para a enunciação de juízos de valor no vasto campo percorrido pelas teorias da sociedade e do Estado (BOBBIO, 1987b, p. 30-31)

Hannah Arendt, filósofa que assume a dignidade humana como uma de suas preocupações fundamentais, brilhante analista do fenômeno totalitário, também tratou do segredo e suas relações com sociedades e

⁴⁵ “O poder autocrático foge do controle público de duas maneiras: ocultando-se, ou seja, tomando suas próprias decisões no ‘conselho secreto’ e ocultando, ou seja, através do exercício da simulação e da mentira, considerada como instrumento lícito de governo.” (BOBBIO, 1988, p. 208).

regimes democráticos ou não. De fato, encontram-se esparsas em várias obras suas, referências ao fenômeno do segredo como prática política, dado que, para ela, a visibilidade é parte incindível do espaço político⁴⁶.

A preocupação da filósofa com a transparência e a verdade no espaço público torna-se quase obsessiva, acompanhada de uma indignação genuinamente moral com uma prática que, ela reconhece, faz parte da história política do Ocidente:

El sigilo — que diplomáticamente se denomina ‘discreción’, así como los arcana imperii, los misterios del Gobierno — y el engaño, la deliberada falsedad y la pura mentira, utilizados como medios legítimos para el logro de fines políticos, nos han acompañado desde el comienzo de la Historia conocida. La sinceridad nunca ha figurado entre las virtudes políticas y las mentiras han sido siempre consideradas en los tratos políticos como medios justificables. (ARENDDT, 1973, p. 12)

Ao tentar uma explicação psicológica para isso, a autora suspeita que *“Puede que sea natural que quienes ocupan cargos electivos [...] piensen que la manipulación es quien rige las mentes del pueblo, y, por consiguiente, quien rige verdaderamente al mundo”* (ARENDDT, 1972, p. 26). Assim, ela crê que os governantes possam ter uma visão conspiratória da política, o que tenta demonstrar, com um exame sociológico do caso dos *Pentagon Papers* durante a administração Nixon nos EUA.

Mas o verdadeiro triunfo do segredo e da manipulação sobre a livre circulação de ideias no espaço público dá-se quando este é abolido: sob um sistema totalitário. É aqui que o segredo faz “metástase”, abrangendo em sua totalidade as esferas do poder. Em sua análise sobre o totalitarismo (ARENDDT, 1978), relata a autora que durante a fase de ascensão ao poder dos movimentos totalitários, estes imitam algumas características de organização das sociedades secretas; quando chegam ao poder, *“se instalam à luz do dia”*, criando uma *“verdadeira sociedade secreta”*: a polícia secreta (ARENDDT, 1978, p. 542), que assume o papel de Estado dentro do Estado.⁴⁷

⁴⁶ *“Se a função do âmbito público é iluminar os assuntos dos homens, proporcionando um espaço de aparições onde podem mostrar, por atos e palavras pelo melhor e pelo pior, quem são e o que podem fazer, as sombras chegam quando essa luz se extingue por ‘fossos de credibilidade’ e ‘governos invisíveis’, pelo discurso que não revela o que é, mas o varre para sob o tapete, com exortações morais ou não, que, sob o pretexto de sustentar antigas verdades, degradam toda uma trivialidade sem sentido”* (ARENDDT, 1987, p. 8). No mesmo sentido, cf. ARENDDT, 1972, p. 293.

⁴⁷ *“Os serviços secretos já foram rotulados corretamente de um Estado dentro do Estado, e isto não se aplica apenas aos despotismos, mas também aos governos constitucionais e semiconstitucionais. A simples posse de informações secretas sempre lhes deu nítida superioridade sobre todas as outras agências do serviço público, e constituiu franca ameaça aos membros do governo.”* (ARENDDT, 1978, p. 530)

Para Arendt, o segredo é o mecanismo central, a pedra de toque da ação política nos regimes totalitários.⁴⁸

Em contrapartida, o acesso às informações governamentais numa Democracia é parte inseparável da prática política, como meio de controle do poder por parte dos governados, da conduta dos governantes.⁴⁹

A publicidade é, para Arendt, a pré-condição para que se possa até mesmo falar em política, já que esta é definida pela autora como “[...] o campo de comunicação e de interação que assegura o poder do agir conjunto”. O que implica concluir-se que, sob regimes totalitários, desaparece toda e qualquer possibilidade de ação política, tomada nesse sentido; trata-se de um conjunto de práticas de pura dominação. (LAFER, 1988, p. 245)

Têm-se ainda em Arendt uma reflexão sobre a importância prática da manutenção do princípio da publicidade na esfera pública. Como relata Lafer:

Com efeito, na esfera do público, entendida como o comum, os enganados pela mentira reagem aos enganadores minando a comunidade política. É por isso que a prevalência ex parte principis dos *arcana imperii* provoca, dialeticamente, os *arcana seditionis ex parte populi*. Estes também são destrutivos do espaço público da democracia, pois podem levar à ditadura anônima dos grupos terroristas clandestinos, que também se valem da mentira e da dissimulação, cientes da clássica lição de MAQUIAVEL: Se poucos podem travar uma guerra aberta contra o poder autocrático, a todos é dado conspirar em sigilo contra o Príncipe. Poder invisível e contrapoder invisível são, em verdade, duas faces da mesma moeda. (LAFER, 1988, p. 256)

Enfim, o que ressalta das obras arendtianas citadas, é uma preocupação com a ética no espaço público, reivindicando para a prática política uma dimensão moral que muitos autores de ciência política insistem em subtrair.

No Brasil, encontramos preocupação com o tema em poucos autores, dentre os quais ressalta João Almino (Cf. ALMINO, 1986). Para ele, existem segredos fabricados a partir do poder do Estado contra a publicização

⁴⁸ Nas palavras de Celso Lafer, “Hannah Arendt tem uma percepção muito clara da relevância do direito à informação como meio para se evitar a ruptura totalitária. Com efeito, uma das notas características do totalitarismo é a negação, ex parte principis, da transparência na esfera pública e do princípio da publicidade” (LAFER, 1988, p. 242).

⁴⁹ “É por essa razão que, no mundo moderno, a representação política democrática, que substitui a ágora da polis, só pode ter lugar na esfera do público, e um Parlamento só pode ser representativo, como aponta Carl Schmidt, se existe a crença de que sua atividade específica reside na publicidade. Neste sentido, numa democracia a publicidade é a regra básica do poder e o segredo a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos *arcana imperii*, ou seja dos segredos de Estado” (LAFER, 1988, p. 243-244).

do espaço privado, contra os quais o único antídoto é a ausência de censura. Diz o autor que o segredo, além de dominante como prática política nos regimes não democráticos, é também peça importante dentro das democracias, como estratégia governamental. Adotando uma perspectiva kantiana, entende que a publicidade deve prevalecer sempre, como imperativo categórico da política não importando os motivos ou objetivos para sua exclusão. Mas isto só valeria para uma Democracia “sem adjetivos” “[...] pois uma democracia adjetivada teria que por algum fim acima dos meios — e o segredo e a mentira seriam apenas meios” (ALMINO, 1986, p. 13-16).

É enfático ao asseverar que “nenhuma ‘causa nobre’ definida de maneira técnica pelo Estado, pode legitimar o uso do segredo”. A constituição de uma esfera pública política legitimamente democrática torna-se, para ele, tarefa a ser construída pela sociedade⁵⁰.

A preservação dos segredos visa a subtrair o governo ao controle dos cidadãos como forma de se evitar o julgamento de suas ações pela sociedade, ao passo que cria um saber circunscrito a poucos visando o exercício de um poder exclusivo. Para ele as razões invocadas pelos Estados “protetores” para manter o povo na ignorância de suas ações, são as de que essa prática impediria a corrupção do povo bem como o protegeria do inimigo. Alcinha essas práticas de “paternalismo elitista autoritário” (ALMINO, 1986, p. 13-16).

O autor ressalva expressamente que em alguns casos a preservação do segredo possa ser entendida como legítima⁵¹. Mas essa legitimidade deve ser negociada socialmente, como pré-condição de sua aceitação pela sociedade. (ALMINO, 1986, p. 100) Assim, a questão central em relação ao tema dos segredos de Estado versa sobre a autolimitação pela sociedade de seu direito à informação partindo da discussão prévia sobre os casos — circunscritos e bem delimitados — nos quais deve prevalecer o segredo. A partir dessa discussão, é necessário estabelecer critérios rígidos para a preservação de sigilo, o qual, nunca é demais lembrar, acompanhando Bobbio, deve ser sempre exceção que não faça a regra valer menos.

⁵⁰ “Só a prática política poderá fazer o segredo de Estado desvendar-se ante o direito à informação. O sujeito do direito à informação é o cidadão. [...] O direito à informação, seja exercido pelo jornalista ou por qualquer cidadão, não deve sofrer formalmente restrições de qualquer natureza, embora na prática possa curvar-se ante o segredo empiricamente aceito como legítimo.” (ALMINO, 1986, p. 17-18)

⁵¹ Embora o autor não apresente seu conceito de “legitimidade”, infere-se do texto que ela pode ser entendida como “adequação” da ação estatal aos valores da sociedade”. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho à página 100: “[...] a própria sociedade aceitará os limites a seu direito à informação se estes forem legítimos.”

3.4 O Direito de Acesso como direito fundamental e a abordagem garantista da transparência

Com a consolidação da democracia constitucional nos países ocidentais, o direito a ser informado passa a constituir-se em direito fundamental, em cumprimento ao disposto no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (o direito “*to receive information*”⁵²). No mesmo sentido, o artigo 19 do Pacto Internacional sobre direitos civis e Políticos, o art. 13 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, o artigo 9 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos e o artigo 10 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos⁵³.

Em reforço a essa tendência, os Relatores para a Liberdade de Expressão da ONU, OEA e OSCE, em sua Declaração conjunta de 2004, enfatizaram que:

O direito de acessar informações detidas pelas autoridades públicas é um direito humano fundamental que deve ser efetivado no nível nacional através de legislação abrangente (por exemplo, leis específicas sobre liberdade de informação), baseada na premissa da máxima abertura, estabelecendo a presunção de que toda informação é acessível, sujeita apenas a um restrito sistema de exceções (CANELA; NASCIMENTO, 2009, p. 19).

Refletindo esse movimento internacional pela democratização do acesso às informações governamentais, a ONG Artigo19⁵⁴ consolidou em 1999 os princípios que devem reger a política de transparência dos governos, sendo eles os seguintes:

- a. Princípio da máxima divulgação, que estabelece a premissa de que toda a informação mantida por organismos públicos deve estar sujeita à divulgação e de que tal suposição só deverá ser superada em circunstâncias muito limitadas;
- b. Princípio da obrigação de publicar, pelo qual os órgãos e entidades públicas devem espontaneamente publicar as informações e

⁵² Art. 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer a interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios, sem limite de fronteiras.

⁵³ Em 2008, mais de 70 países haviam adotado leis de acesso à informação (MENDEL, 2008, p. 3).

⁵⁴ Que tem a seguinte definição para o termo informações públicas: “*Todos os dados e registros em poder de órgãos públicos, com a identificação da fonte (quem produziu o dado ou registro) e da data em que foi produzido. Esses dados incluem todo e qualquer formato: documento impresso ou eletrônico, vídeo, áudio etc.*”

documentos que possuam importância pública. Essas informações devem no mínimo ser as seguintes:

- b.1) Informações sobre a operação da entidade ou órgão;
 - b.2) Informações sobre solicitações ou queixas a ele relacionadas;
 - b.3) orientações sobre como deve o cidadão proceder para participar com sugestões sobre o órgão e seu funcionamento;
 - b.4) Tipo de informação depositada no órgão; e
 - b.5) Conteúdo das decisões que atinjam o público externo, bem como suas motivações;
- c. princípio da promoção de um governo aberto, o que inclui desde educação pública sobre esse novo *ethos* até o treinamento de pessoal para esclarecimento da política de transparência;
 - d. princípio do âmbito limitado das exceções, pelo qual estas devem ser clara e rigorosamente desenhadas e sujeitas a rígidas provas de “dano” e “interesse público”. Estas provas foram construídas pela jurisprudência internacional e consolidadas num mecanismo chamado de “três fases”. Este visa a avaliar a relação custo (dano)/ benefício (atendimento ao interesse público) na divulgação de dados em cada caso concreto. Portanto, a manutenção do sigilo num determinado caso só pode ser legítima se os seguintes três requisitos forem satisfeitos:
 - d.1) A informação solicitada se relaciona a um dos objetivos legais;
 - d.2) A divulgação da informação cause graves danos; e
 - d.3) O prejuízo (custo) trazido pela divulgação possa ser maior que o benefício (interesse público) implicado por ela.
 - e. processos para facilitar o acesso: os pedidos devem rapidamente ser atendidos, com órgão recursal para analisar eventuais indeferimentos, bem como a preservação da reserva judicial de garantia;
 - f. custos. Os custos excessivos não podem tolher o direito de acesso;
 - g. reuniões abertas. As reuniões de organismos públicos devem ser públicas;
 - h. princípio da primazia da divulgação, por força do qual as leis anti-nômicas ao princípio da máxima divulgação devem ser alteradas ou revogadas;
 - i. princípio da proteção de denunciantes: todos aqueles que divulguem (denunciem) irregularidades devem ser protegidos.

Como se vê, esse esforço de organismos internacionais está inserido no novo *zeitgeist* instaurado pela disseminação do modelo de Estado Democrático de Direito, que centra suas funções nos direitos fundamentais das pessoas, com a conseqüente *accountability* de seus órgãos e entidades.

Tal circunstância leva inexoravelmente a analisar a partir de um viés garantista esse direito, já que se entende aqui que o garantismo é a teoria do Estado e do Direito que dá conta de forma mais adequada da estrutura e da função da forma política do Estado Constitucional de Direito. Empreende-se essa análise examinando as reflexões do grande teórico do garantismo, Luigi Ferrajoli, hoje o principal jusfilósofo italiano.

Para Ferrajoli (2007, p. 419), a informação constitui o objeto de dois direitos distintos: o direito de informação como direito ativo de liberdade (denominado por ele de liberdade de ou faculdade) (FERRAJOLI, 2007, pp. 336–337) e como direito social passivo consistente em uma expectativa positiva (direito a receber informações).

Restringindo a análise a este segundo sentido — o direito a receber informações — verifica-se que o mesmo é um direito autônomo e coletivo que pertence a todos e a cada um simultaneamente (FERRAJOLI, 2007, p. 419). Por isso requer o mesmo explícitas garantias constitucionais (sendo as garantias primárias as obrigações dos poderes públicos de prestar as informações, e as garantias secundárias a possibilidade de exigí-las em juízo, ou seja, a sua justiciabilidade).

Explicando seu pensamento, Ferrajoli divide a transparência pública em duas dimensões: Em primeiro lugar, ex parte principis, a transparência dos poderes públicos e a informação sobre a sua gestão são uma condição elementar da democracia, e mesmo antes disso, do direito público (recorda ele a fórmula transcendental do direito público kantiana) (FERRAJOLI, 2007, p. 420).

Em segundo lugar, ex parte populi, a informação relativa aos assuntos públicos é a condição necessária para o exercício do direito de voto consciente (isto é, com total conhecimento) (FERRAJOLI, 2007, p. 420). Em reforço, evoca a passagem de Tocqueville na qual este afirma que a soberania do povo e a liberdade de imprensa são duas coisas correlatas.

Resumindo, entende ele que

La fondatezza, la correttezza e la completezza dell'informazione pubblica sono dunque essenziali così alla trasparenza, alla legalità, alla rappresentatività e alla responsabilità dei pubblici poteri, come al controllo popolare e all'esercizio consapevole del diritto di voto (FERRAJOLI, 2007, p. 420).

Por isso, reivindica a constitucionalização das garantias do máximo acesso possível (tanto ativo quanto passivo) à informação e à comunicação políticas (FERRAJOLI, 2007, p. 421). Pode-se concluir então que, a partir de uma perspectiva garantista, o direito fundamental à

informação (correlativo à transparência governamental, materializado no princípio/dever de publicidade administrativa) é uma imposição do constitucionalismo democrático que está a exigir a construção do máximo de garantias para possibilitar o pleno acesso dos cidadãos às ações e informações estatais.

Considerações finais

Examinado o segredo na política a partir de alguns de seus teorizadores e críticos, desde a Idade Média até os dias atuais, passa-se, nesta parte final, a tecer algumas considerações a partir das reflexões que a pesquisa realizada ensejou.

No quadro de monopolização de poder dos Estados Moderno e Contemporâneo, opera-se um processo de separação do público e do privado. Por um lado, a vida cotidiana do cidadão passa a dizer respeito somente a ele próprio, desde que no recesso de sua intimidade. Daí consagrarem-se os direitos de liberdade, tais como os estampados na Constituição brasileira no seu art. 5º.

Paralelamente, e como reflexo da maior participação dos cidadãos na formação da vontade política governamental, dá-se o processo de publicização do poder. Agora, o que é público (não privado), deve ser exercido no meio do público (não secreto). O controle do poder, regra paradigmática das modernas Democracias representativas, somente pode ter lugar quando os cidadãos têm acesso às práticas governamentais. Assim, o acesso do grande público ao conhecimento das ações do governo constitui-se em pilar fundamental para a estruturação de um regime democrático.

Desta forma, ações consequentes com o princípio da publicidade na política têm sido implementadas através de normas jurídicas em diversos países democráticos. Embora o processo de publicização encontre limites — nas legislações encontra-se a barreira dos “Segredos de Estado em nome da Segurança Nacional” — é inegável que um tremendo esforço está em desenvolvimento em busca da transparência. Assim, no Brasil, têm surgido normas como a Lei de Acesso à Informação e mecanismos como os Portais da Transparência e organizações como a Transparência Brasil, dirigidas ao combate à opacidade. Mas essa luta está longe de ser vencida.

Na verdade, a tendência de generalização do segredo na Administração Pública parece derivar da resistência do poder tradicional, entendido como aquele que vê a política como coisa privada. A própria ideia habermasiana de “Estado neo-mercantilista” parece indicar essa forte tendência (cf. HABERMAS, 1984, p. 269).

De qualquer forma, a ideia de “Razão de Estado”, apontada acima por Schmitt, enquanto doutrina que embasa a ação paternalista do governo sobre os súditos, solapa a ideia democrática. Enquanto consequência de uma separação entre a ética e a política (os “imperativos morais” do Estado são distintos daqueles dos cidadãos) tornou-se nefasta pela sua hipertrofia.

Assim, a luta pela transparência representa, em última análise, uma tentativa de recuperar uma dimensão ética para a política, afastando a ideia de que a finalidade do Estado seja outra que não a de propiciar o estabelecimento de garantias para os direitos fundamentais estampados em suas Cartas fundacionais.

Referências

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de G. Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALMINO, João. **O Segredo e a informação**. Ética e política no espaço público. São Paulo: Brasiliense, 1986.

ANDERSON, Perry. **El Estado Absolutista**. Traducción de S. Juliá. México: Siglo XXI, 1982. 592p.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de M. B. Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1972. 352p.

_____. **Homens em tempos sombrios**. Tradução de D. Boltmann. São Paulo: Cia das Letras, 1987. 249 p.

_____. La Mentira en política: reflexiones sobre los documentos del Pentágono. In: _____. **Crisis de la República**. Traducción de G. Solanda. Madrid: Taurus, 1973. 234 p.

_____. **O Sistema Totalitário**. Tradução de R. Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978. 622 p.

BENTHAM, Jeremy. **Fragmentos sobre el gobierno**. Traducción de J.L. Ramos. Madrid: Aguilar, 1973.

BOBBIO, Norberto. A Democracia e o poder invisível. In: _____. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986a. p.83-106.

_____. A Grande dicotomia: público/privado. In: _____. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987a. p. 13-31

_____. **As Ideologias e o Poder em Crise**. Tradução de J. Ferreira. Brasília: UnB/Polis, 1988.

_____. Estado, poder e governo. In: _____. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987b. p.55-134

_____. Governo dos homens ou governo das leis. In: _____. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986b.

_____. La Crisis de la democracia y la lección de los clásicos. In: _____. PON-TARA, Giuliano; VECA, Salvatore. **Crisis de la democracia**. Traducción de J. Marfá. Barcelona: Ariel, 1985. p.5-25.

_____. O Futuro da democracia. In _____. **O Futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, c1986.

_____. **Qual socialismo?** Debate sobre uma alternativa. Tradução de I. Freazza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 627p.

CANELA, G.; NASCIMENTO, S. (coords.). **Acesso à informação e controle social das políticas públicas**. Brasília: ANDI; ARTIGO 19, 2009.

ESPINOSA, Benedictus de. **Tratado político**. Tradução de M.S. Chauí et. al. São Paulo: Abril, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal.** Traducción de P. Andrés Ibañez et.al. Madrid: Trotta, 1995. 991p.

____ **Principia Iuris**, vol. 2, Bari: Laterza, 2007, 951 p.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança estrutural na esfera pública.** Tradução de F. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 398 p.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua.** Tradução de M. A. Zingano. Porto Alegre: L& PM, 1989. 85 p.

KANTOROWICZ, Ernest. Secretos de Estado: un concepto absolutista y sus tardíos orígenes medievales. s/tradução. **The Harvard Theological Review**, p. 65–91, número XLVIII, 1955.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Cia das Letras, 1988.

MAQUIAVELO, Nicolás. **Discursos sobre la primeira década de Tito Lívio.** Tradução de A.M. Arancón. Madrid: Alianza, 1987.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Opinião Pública”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986.p. 842–845

MENDEL, T. **Freedom of information: a comparative legal survey.** 2ª ed. Paris|: UNESCO, 2008

PISTONE, S., verbete “Razão de Estado”, in BOBBIO, N. Et alii. **Dicionário de Política.** Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986.

PLATÃO. **A República.** Tradução de E. Menezes. São Paulo: Hemus, 1965.

ROUANET, Sérgio Paulo. Olhar Iluminista. In: NOVAES, Adauto et. al. (orgs.). **O Olhar.** São Paulo: Cia. das Letras, 1988. p. 125–148

SCHIERA, Pierangelo. Verbete “absolutismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de João Ferreira et al. Brasília: UnB, c1986. p.1–7

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución.** Traducción de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982. 380 p.

____. **La Dictadura.** Traducción de J.D. García. Madrid: Revista de Occidente, 1968. 338p.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad.** Traducción De J.M. Echavarría et. al. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

A natureza filosófica e jurídica dos direitos fundamentais sociais

*Rogério Gesta Leal
José Alcebíades de Oliveira Junior*

Introdução

O presente trabalho tem o escopo de compor obra comemorativa aos cinquenta anos de existência do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, da qual ambos os autores são egressos.⁵⁵

⁵⁵ A tese do autor Rogério Gesta Leal foi publicada no ano de 2000, conforme Leal (2000). O autor José Alcebíades de Oliveira Júnior concluiu seu doutorado em direito na UFSC, em 1992, com a tese intitulada "Fundamentos da Teoria Jurídica em Norberto Bobbio". O referido autor também foi Professor Titular por Concurso Público de provas e títulos realizado na UFSC, em 1994, em Epistemologia Jurídica e, posteriormente, ainda no ano de 1994, foi coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UFSC. Assim como, também foi orientador principal do autor Rogério Gesta Leal enquanto cursava seu doutorado na UFSC, finalizado no ano de 2000.

A tese de doutorado de Rogério Gesta Leal versou, no já longínquo ano de 2000, sobre perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais, tema de alta relevância até hoje, razão pela qual pretendemos, neste trabalho, refletir sobre alguns marcos teóricos fundacionais da natureza multifacetária nomeadamente dos direitos fundamentais sociais.

Como problema da pesquisa elegemos o de saber quais os fundamentos filosóficos e jurídicos dos Direitos Fundamentais Sociais sob a perspectiva de suas efetivações no Estado Democrático de Direito, e vamos responder a isto tratando, primeiro, de algumas matrizes filosóficas dos Direitos Fundamentais Sociais; ao depois, iremos versar sobre desafios de efetivação destes direitos, para então propor nossas considerações prospectivas a tais desafios.

4.1 Algumas matrizes filosóficas dos direitos fundamentais sociais

A filosofia do direito tem contribuindo muito para o aprofundamento da fundamentação dos Direitos Sociais no Ocidente, inclusive nos pontos em que apresenta divergências significativas entre os seus cultores. A título exemplificativo, a partir de interlocuções estabelecidas com textos de John Rawls, Frank Michelman, Jürgen Habermas, Robert Alexy e Rodolfo Arango, dentre outros, queremos trazer para este trabalho algumas contribuições relevantes para este debate.

No que tange a Rawls (1971, p.76 e seguintes; e 1991, p.59 e seguintes), importa avaliar a linha de raciocínio que apresenta para o debate dos Direitos Sociais. No primeiro texto, o autor propaga que os principais direitos constitucionais do século XX são os que dizem com as liberdades básicas (enquanto direito subjetivo), já o tema do mínimo social (aqui entendido como aquele necessário à satisfação de necessidades básicas do ser humano, equivalente aos direitos sociais fundamentais e aos chamados conteúdos constitucionais essenciais), circunscreve-se às competências legislativas próprias do Estado de Direito (RAWLS, 1995, p. 277).⁵⁶

Nesta teoria da justiça (concebida como equidade), o autor revela explícita inspiração contratualista-idealista de Sociedade, vez que a concebe no texto como instituição bem ordenada, constituída por partes que se encontram na chamada *posição original*, a partir da qual elegem

⁵⁶ Nesta direção, a decisão sobre a configuração e concretização dos direitos sociais, interpretados como direitos a prestações em sentido estrito, compreenderia essencialmente uma conformação política mais do que jurídica. Veja-se que esta perspectiva conceitual será desenvolvida também por autores do porte de Böckenförde (1991, p. 96 e seguintes). Ver também Queiroz (2007, p. 77).

os princípios de justiça e regras de prioridades, que devem regular suas vidas. Todavia, esquece Rawls de identificar quais os perfis econômicos, culturais, políticos, de discernimento, igualdade e liberdade daqueles contratantes originais, o que fragiliza seu argumento notadamente quando o foco são os direitos sociais que exatamente ganham importância em face das diferenciações materiais que o mundo da vida impõe aos sujeitos de direito/cidadania.

Em verdade, a formulação do princípio de justiça de Rawls, enquanto igual direito ao sistema cada vez mais extenso de liberdades básicas — aqui compreendidas fundamentalmente os direitos individuais (de ir e vir, de manifestação do pensamento, de crença religiosa, hábitos e costumes, de participação política, reunião e associação pacíficas, de propriedade, etc.⁵⁷) —, é deficitário quando concebido como preferencial na estruturação e funcionamento de uma Sociedade Democrática regulada pelo Direito, revelando, como quer Arango, uma matriz kantiana superada em nosso tempo:

La formulación del primer principio de justicia en términos de igual derecho al sistema más extenso de liberdades básicas compatible con el mismo sistema para todos, y la prioridad de la libertad sobre los demás bienes sociales, rememora en Rawls la tesis de Kant de que la autonomía es el derecho humano por excelencia (Immanuel Kant, la metafísica de los costumbres, Técnos, Madrid, 1994, p.42). En Rawls, se equiparan así los derechos constitucionales y las liberdades básicas, hasta el punto de excluir de los primeros a los derechos sociales, los cuales presuponen, no ya el simple respecto a la libertad de los ciudadanos, sino el otorgamiento de prestaciones a su favor (ARANGO, 2008, p. 241).

Ocorre que Rawls, na *Teoria da Justiça*, opera com uma lógica romântica de que o mínimo social será atendido em face de que ele constitui plexo de direitos partilhados por distribuição justa decorrente do exercício dos bens sociais primários — o que remete à ideia do *bom selvagem* rousseauiano, quando, em realidade, uma teoria da justiça (assim como a Teoria da Constituição) necessita de uma teoria da política que se ocupe do multifacetado tema do mínimo social, e mesmo dos chamados conteúdos constitucionais essenciais — o que vai ser reconhecido em parte pelo autor no Liberalismo Político (Rawls, 1995), vinte anos após.⁵⁸

⁵⁷ Em suma, Direitos Cívicos e Políticos.

⁵⁸ Já tivemos oportunidade de aprofundar estes aspectos no texto Leal (2008, p. 383 e seguintes). Ver também os textos de Bercovici (2008, p. 149), e Bercovici (2004, p. 46 e seguintes).

Mas qual o fundamento no Teoria da Justiça para que os Direitos Sociais não tenham a mesma primazia constitucional e política que os Direitos Cíveis e Políticos? Pelo simples fato de que eles — diferentes dos Direitos Cíveis e Políticos — não podem ser garantidos a todos os indivíduos de forma igual, porque dependem de ingressos orçamentários e disponibilidades materiais, matéria que tem de ser regulada por competências legislativas próprias (RAWLS, 1995, p. 281).

Assim é que, já no ano de 1987, Rawls modifica sua compreensão sobre o primeiro princípio de justiça referido, no sentido de que num sistema jurídico adequado constitucionalmente dois elementos são importantes figurar com primazia e atenção: os chamados conteúdos constitucionais essenciais e o mínimo social (RAWLS, 1996, p. 76). Os argumentos apresentados pelo autor aqui são: (a) que os conteúdos constitucionais essenciais e os assuntos de justiça básica (*matters of basic justice*), caracterizam uma ordem constitucional democrática baseada em valores políticos de alto nível, cuja aceitação é de se esperar por parte de cidadãos iguais e livres; (b) a concepção política de justiça mais razoável de um regime democrático (a liberal) é aquela que protege os direitos básicos típicos (mencionados acima), e confere a eles primazia especial, incluindo medidas tendentes a garantir que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer uso efetivo destes direitos básicos (mínimo social) (RAWLS, 1996, p. 79).⁵⁹

É como se o autor estivesse migrando as bases de sua teoria da justiça de postulados demasiadamente individuais para alguns de natureza e função mais sociais (mesmo que sob a categoria de bem-estar), reconhecendo que:

El contenido constitucional esencial aquí es más bien que, debajo de un cierto nivel de bienestar material y social, y de entrenamiento y educación, la gente simplemente no puede participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos iguales. Lo que determina el nivel del bienestar y educación que permite esto no es una cuestión que deba dirimir una concepción política (RAWLS, 1996, p. 78).

Daqui a tese de que estes conteúdos constitucionais essenciais não dizem com preferências de governos ou conjunturas políticas particulares (regimes, formas ou sistemas de governo), ficando a cargo da discricio-

⁵⁹ Aduz o autor que: “*Tiene que haber una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento políticos; además de eso, se necesitan medidas que aseguren que las necesidades básicas de todos los ciudadanos pueden ser satisfechas para que puedan participar en la vida política y social.*”

riedade dos administradores públicos de plantão, mas se impõem a todos como condições fundamentais à constituição de uma Sociedade Democrática e de Direito. Significa dizer que *“for democracy’s sake we should not simply follow our private preferences, as if we were consumers, but must act like citizens, that is, to justify our preferences with public reasons”* (DRYZEK, 2007, p. 53).⁶⁰

De certa forma Rawls vai revisando seu posicionamento de justiça social ideal para uma justiça social material, em face até de que há determinados bens e interesses que precisam estar sempre presentes em qualquer Sociedade Democrática, observado, por certo, o pluralismo razoável que caracteriza esta Sociedade. Estes bens e interesses explicitam determinadas necessidades sociais, as quais não são mais simples preferências individuais (desejos) que, somadas, representam as prioridades comunitárias, mas resultam de circunstâncias e contingências processualmente constituídas em determinado espaço e tempo, no âmbito do fenômeno social. Há nítida substituição da ideia de necessidades e preferências subjetivas para objetivas.⁶¹

É somente no início da década de 1990 que Rawls vai harmonizar sua teoria da justiça como equidade com sua teoria política da justiça (a qual já inicia na década de 1980, e toma níveis de profundidade em sua abordagem sobre o liberalismo político), na qual o ideal de razão pública se formula de forma mais consistente, no sentido de que ela subtrai importantes matérias do âmbito deliberativo e decisório dos Poderes instituídos.

Mas quais os requisitos dos chamados conteúdos constitucionais essenciais? São em número de três para Rawls, a saber: (a) devem ser justificáveis frente a qualquer um; (b) devem basear-se em realidades facilmente reconhecíveis, aceitáveis pelo sentido comum e demonstráveis segundo os métodos científicos; (c) devem ser completos no sentido de poder dar uma resposta pública e razoável a todos os casos,

⁶⁰ Questiona este autor: *“Now, on the face of it, no one committed to the public cause can seriously disagree with this. We are all inclined to subscribe to this intuition. Who would oppose the notion that democratic politics should mean civic empowerment, that it should involve the emancipation of citizens? In a democracy, we expect the citizen to act like someone who puts the general interest before her own, to become a public reasoner so as to provide better explanations and justifications for her preferences”*.

⁶¹ Aduz Rawls (1995, p. 78) que: *“Detrás de la introcción de los bienes primarios está el propósito de encontrar una base pública practicable de comparaciones interpersonales fundadas en rasgos objetivos e inspeccionables de las circunstancias sociales de los ciudadanos siempre con el pluralismo razonable como transfondo”*. Mais tarde, Rawls (1995, p. 212) vai reconhecer que uma concepção pública efetiva da justiça inclui um entendimento político em torno do que se deve reconhecer publicamente como necessidades dos cidadãos enquanto vantajoso para todos.

ou pelo menos a maior parte daqueles relacionados com os conteúdos constitucionais essenciais (RAWLS, 1995, p. 254).⁶²

No debate que Rawls mantém com Frank Michelman, este sustenta que os direitos sociais em termos de constitucionalismo contemporâneo devem fazer parte, obrigatoriamente, de uma Constituição Democrática (MICHELMAN, 1979, p. 34). Neste sentido, diz que a distinção de Rawls entre mínimo social especificado pelas necessidades básicas, por um lado, e o conteúdo do princípio da diferença, por outro, afigura-se demasiadamente importante à conceituação dos Direitos Sociais Fundamentais, fortalecendo a ideia de que os juízes constitucionais (no caso brasileiro, todos os magistrados, em face da possibilidade do controle difuso) devem garantir o mínimo social especificado pelas necessidades básicas (RAWLS, 1995, p. 271).⁶³

Daí a correta conclusão de Michelman no sentido de que os princípios de justiça política em Rawls ganham outra dimensão, pois conformam aqueles conteúdos constitucionais essenciais, incluindo tanto direitos e liberdades básicas (notadamente individuais, e, enquanto tais, direitos subjetivos), quanto o chamado mínimo social indispensável à satisfação das necessidades das pessoas (condição de possibilidade), o que lhes permitem o exercício de seus direitos constitucionais.⁶⁴

Novamente Tugendhat vem contribuir no debate, asseverando que decorre do conceito de Direitos Humanos (como direitos morais mínimos) as possibilidades da dignidade humana, eis que as condições nas quais vive uma pessoa são dignas precisamente quando cumprem a função de permitir que elas possam exercer seus direitos e, com isto, possam levar uma existência especificamente humana e humanamente digna (TUGENDHAT, 2000, p. 348).

⁶² Por certo que o conceito de Rawls sobre os conteúdos constitucionais essenciais é deverasmente restritivo, eis que se funda ainda nos direitos ao voto, à participação política, à liberdade de consciência, opinião e culto, à liberdade de pensamento e de associação — admitindo somente alguns elementos de justiça distributiva neste particular, envolvendo questões atinentes ao emprego e ao mínimo social indispensável para cobrir as necessidades básicas do cidadão.

⁶³ Vai nesta direção também Tugendhat (2000, p. 336) ao sustentar que: "*aunque el concepto de derecho descansa sobre el de la obligación, su contenido es tal que las obligaciones resultan de los intereses y necesidades, y de los derechos que se siguen de ellos: los derechos se siguen de las necesidades, si ello aparece como deseable desde el enjuiciamiento imparcial*". E mais tarde: "*para la pregunta acerca de qué derechos uno tiene solo puede ser fundamental el concepto de necesidad (o interés)*".

⁶⁴ Apesar de Michelman reconhecer que Rawls, até o fim de sua obra, não associa o mínimo social necessário à satisfação das necessidades das pessoas como direito básico, pois isto significaria a negação do primeiro princípio de justiça (da garantia das liberdades básicas) em face dos direitos sociais, econômicos e culturais. Por tais razões é que na perspectiva de Rawls não há claros fundamentos ou razões de como se chega ao conceito de necessidades básicas (somente liberdades básicas).

O problema que decorre de tais reflexões, relacionado àquela ideia de serem os direitos (também os fundamentais sociais) contemporaneamente conceituados como posições normativas de sujeitos às quais se podem e devem dar razões válidas e suficientes, em face do que o seu não reconhecimento justificado ocasiona danos iminentes, é o que diz com a realização/efetivação destas posições normativas.

4.2 Desafios de efetivação dos direitos fundamentais sociais: um problema persistente.

Concordamos plenamente com Sarlet quando sustenta que os Direitos Fundamentais se apresentam hoje no sistema jurídico brasileiro — notadamente o constitucional — como parâmetros hermenêuticos e valores superiores da ordem constitucional e jurídica do país, fortificados tanto pelas suas disposições do art. 5º, §1º e 3º, em face de sua autoaplicabilidade, bem como pelo disposto no seu art. 60, §4º, outorgando-lhes a condição de cláusulas pétreas, impedindo sua supressão ou erosão (SARLET, 2007, p. 73).⁶⁵

Todavia, apesar destas condições formais de proteção e fomento, o que temos percebido ao longo da história é que elas não são suficientes para dar concreção e efetividade razoável ao que está garantido juridicamente, isto em face também da ausência do que se poderia chamar de uma “*voluntade de constituição*” (HESSE, 1991, p. 38) ou “*patriotismo constitucional*” (STERNBERGER, 2002, p. 106 e seguintes), vez que os níveis de adesão e compromisso social diante destes direitos e deveres constitucionais são ainda absurdamente baixos, nomeadamente no Brasil (por parte da sociedade e dos poderes instituídos), mesmo diante do fato de que nosso sistema jurídico ampliou significativamente o catálogo destes direitos na medida em que acolhem outros além dos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal, conforme evidencia o disposto no seu parágrafo segundo (alcançando, pois, os tratados internacionais, por exemplo).

O âmbito de concretizações destes direitos, em todas as partes, é verdade, envolve, inexoravelmente, pressupostos e requisitos de múltiplas variáveis (econômicos, orçamentários, de políticas públicas, deliberações parlamentares, ações do Poder Executivo etc.). E isto porque tais direitos

⁶⁵ Adverte o autor que este catálogo de direitos fundamentais aberto que vige junto ao sistema jurídico brasileiro não pode ser confundido com espécie de supercodificação em face ao restante dos ordenamentos jurídicos, mas deve ser analisado tendo em conta a unidade da Constituição.

não configuram corpo fechado e autossuficiente de normas encadeadas por competências originárias e delegadas, a partir da norma fundamental-constitucional, indene a infiltrações de outras ambiências de sistemas (político, cultural, econômico) (KELSEN, 1989, p. 81 e seguintes; e 1984, p. 119 e seguintes).

Ao revés desta perspectiva, entendemos o sistema jurídico como ordem racional, concatenada e lógica de posições normativas, que não perde em momento algum sua performática natureza política e plural, sempre voltada à integração dos seus elementos constitutivos com as relações sociais a que se destinam e das quais se origina.⁶⁶ Para tais posições mister é que se constituam mecanismos de efetivação material dos interesses e bens que alcançam.

Ao lado destas questões fundacionais, em face do consenso em torno de que os direitos fundamentais revestem-se de autoaplicabilidade diante de sua importância em todo o sistema normativo, há ainda a convicção de que estes (individuais e sociais) dependem sempre e em certa medida de ações prestacionais — os individuais demandam infraestrutura de garantias e os sociais prestações concretizantes —, razão pela qual apresentam o problema de definir como irão se cumprir e quem está obrigado ao seu cumprimento (e em que medida).⁶⁷

Estamos falando que, enquanto os níveis de validade e vigência dos direitos fundamentais foram bem constituídos até aqui, as suas eficácias têm ganhado atenção no intento de ser aumentadas em máxima extensão, todavia, avaliando-se como isto é possível, quem é competente para fazê-lo e com que procedimentos, isto porque tais posições normativas definitivas (*prima facie*) demandam condições objetivas capazes de elucidar/resolver a indeterminação eventual de conteúdos abstratos estatuídos, a partir de critérios e razões públicas justificatórias e fundamentadoras do seu atendimento (judicial, administrativo e legislativo).⁶⁸

Por tais razões é que não podemos imaginar radical e absoluta subjetivação exauriente dos conteúdos objetivos dos direitos fundamentais sociais, pois se afigura deveras complexo imaginar que cada dever objetivo deva ser absoluta e permanentemente subjetivado, mas otimizado em face das circunstâncias que o constitui como dever não isolado do seu entorno de aplicação/concreção. Tal otimização indica “*que a subjetivação [sic] se apresenta unicamente como um mandato prima facie que, em caso de colisão, reclama por uma ponderação delimitada*” (QUEIROZ, 2006, p. 90).

⁶⁶ Neste sentido, ver o trabalho de Marcic (1998, p. 109 e seguintes). Ver igualmente nosso texto Leal (2002, p. 67 e seguintes).

⁶⁷ Veja-se neste ponto a abordagem pontual de Faria (1994, p.38 e seguintes).

⁶⁸ Aprofundamos esta discussão em nosso texto Leal (2009, p.13 e seguintes).

Uma das formas para enfrentar o problema da indeterminação da posição normativa definitiva — direito subjetivo —, é a aferição da urgência de situação concreta, ponderando o que poderia acontecer se a necessidade demandada não fosse satisfeita, e utilizando para tanto argumentos contra-fáticos (as consequências empíricas decorrentes da situação cotejada), tendo em conta, inclusive, a advertência de Luhmann de que o direito enfrenta hoje quantidade de expectativas normativas que se afiguram como pretensões de direito (subjetivas), fora das quais dificilmente se poderia ter valorações mensuráveis, razão pela qual a função do processo de decisão jurisdicional (constitucional) consiste, não raro, na seleção do direito em face da dignidade da pessoa humana (LUHMANN, 2001, p. 111).⁶⁹

Ganha corpo e espaço neste debate, pois, as noções de justiça distributiva e compensatória, considerando a primeira como responsável pela distribuição de bens e encargos — ajuda social e impostos; enquanto a segunda se apresenta como relação entre castigo e culpa, dano e restituição, prestação e contraprestação, passando a ser cotejadas para o atendimento maximizado dos direitos fundamentais sociais. Estas noções serão importantes para auxiliar a reflexão e ação sucessiva de efetivação destes direitos, chegando Alexy a afirmar que

la justicia es el criterio de valoración más importante para juzgar lo correcto de la distribución y el equilibrio, pois quien afirma que algo es correcto, implica que puede justificarse. La relación intrínseca entre justicia y justificación abre la puerta a la teoría discursiva de la justicia (ALEXY, 1993, p. 332).

Por outro lado, tem-se verificado na história mais recente dos Direitos Fundamentais Sociais que eles têm se apresentado como direitos a prestações (atividades positivas de Estado), ao lado dos chamados direitos de natureza negativo-defensiva (BARATA, 2007, p. 49) como, por exemplo, o direito à iniciativa privada, o direito de propriedade privada, que não carecem, como tal, de conteúdo prestacional direto, mas demandam toda uma estrutura estatal de segurança que garantam suas efetividades, notadamente quando ameaçados.

Por tais razões é que — em face da infinitude das demandas sociais e a finitude dos recursos para atendê-las — igualmente se tem falado que a efetividade daqueles direitos (principalmente os econômicos, sociais e

⁶⁹ Lembra o autor que a função dos Tribunais, por exemplo, em face das características que atribui aos sistemas jurídicos contemporâneos, é a de desparadoxizar estes, pela via da interpretação e do poder judiciais, exercendo importante função de moderação e legitimação das decisões tomadas pelo Legislativo, sem representar, por isto, qualquer distorção da vontade popular.

culturais) está associada ao tema da chamada reserva do possível, querendo, com isso, acentuar suas dependências dos recursos econômicos existentes e, designadamente, relevar a necessidade de suas coberturas orçamentárias e financeiras. Tais coberturas não excluem, porém, a garantia de um mínimo social, que decorre, por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana como valor constitucional supremo. É com base nesse princípio constitucional que Canotilho extrai, por exemplo, o reconhecimento da garantia do rendimento mínimo (CANOTILHO, 1999, p. 451).⁷⁰

A abalizada doutrina brasileira tem aprofundado esta discussão de igual sorte, merecendo destaque a assertiva, no ponto, de Sarlet, lembrando a tese de Alexy, no sentido de que apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária, e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social (SARLET, 2007, p. 372).⁷¹ Tenha-se presente que há um pressuposto teórico por detrás desta acepção, apresentado pelo próprio autor alemão e com o qual concordamos, quando sustenta que a universalidade dos Direitos Fundamentais torna imperativa sua limitação, eis que atribuídos a todas as pessoas, afigurando-se, em face disto, ser impossível a fruição de todos eles por todos ao mesmo tempo, sendo necessário disciplina ordenadora que viabilize suas harmonizações (ALEXY, 1999, p. 160).

Na mesma direção vai Echavarría, ao sustentar que os Direitos Fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente, o que implica reconhecer o cenário complexo e plural no qual estão inseridos tais direitos, e a necessidade de compatibilizá-los com o

⁷⁰ Adverte o autor que é preciso ter-se critérios firmes na garantia dos direitos fundamentais sociais, tais como: a) uma interpretação das normas legais conforme a Constituição social, econômica e cultural, por exemplo, em caso de dúvida sobre o âmbito da segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme à realização efetiva desses direitos, a uma sua “efetividade ótima”; b) a inércia do Estado pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras desse tipo específico de direitos implicam a inconstitucionalidade de normas legais que não desenvolvam a realização do direito fundamental ou a realizem diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida; c) e, por último, a proibição do retrocesso social (ou evolução reacionária), querendo com isso significar que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais” (v. g., de assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Ver sobre o tema o trabalho excelente de Barcellos (2002, pp.11/49).

⁷¹ Adverte Ingo que: “*como se pode constatar nos exemplos referidos, a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica, é tudo menos pura retórica. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de — qual toque de Midas — gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.*”

universo correspondente de garantias existentes, em nome exatamente da integridade do sistema jurídico (ECHAVARRÍA, 1991, p. 112).

É esta compreensão que autoriza o entendimento de que não existe relação normativa necessária entre o conceito de Direito Fundamental e o de restrição a tal direito, isto porque os elementos restritivos se impõem por necessidade externa ao sistema jurídico, no sentido de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como assim também os direitos e os bens coletivos.⁷²

De qualquer sorte, os direitos econômicos, sociais e culturais, garantidos por normas de estalão constitucional, dispõem de vinculatividade normativa geral, e por isto não se apresentam como meros apelos ao legislador, programas ou linhas de direção política. Como normas constitucionais, ao contrário, apresentam-se como parâmetros de controle social, administrativo e judicial permanentemente. E mais, tais direitos também induzem *pretensões subjetivas jusfundamentais* em face tanto do Estado, como no âmbito das relações subjetivas privadas — eficácia horizontal dos direitos sociais (QUEIROZ, 2000, p. 162).

Entra aqui o problema da delimitação do âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais — e suas restrições —, como quer Canotilho e Vital Moreira (2003, p. 152 e 2000, p. 146), até como critério de proteção destes direitos quando, cotejados com as possibilidades de suas concretizações, necessitam ser viabilizados levando em conta o universo de outros direitos que podem ser impactados com a solução do caso concreto, gerando o que se tem chamado de restrições ao exercício dos Direitos Fundamentais Sociais, ou seja, eles colocam quase sempre um problema quantitativo, relacionado ao fato de saber: quantos meios de subsistência? Quanta instrução? Quanto trabalho? Quanta (e que) habitação?

E isto é assim em face das características especiais destes Direitos, a saber e exemplificativamente: (a) pela graduação de sua realização; (b) pela dependência financeira do orçamento do Estado; (c) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais Direitos; (e) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas político-legislativos, exceto quando se apresentam explicitamente inconstitucionais ou irrazoáveis (CANOTILHO, 1998, p. 42).

Por certo que tal restrição não é puramente discricionária, mas está assentada na base normativa fundamentalizante da ordem constitucional e infraconstitucional, razão pela qual se afigura indispensável que os pressupostos de fato e as consequências jurídica das normas consagradoras de direitos fundamentais sejam determinadas — no máximo possível — de

⁷² Aqui vale a advertência de Waldron (1990, p.153 e seguintes).

forma a garantir a validade, efetividade e vinculatividade desses direitos e pretensões no seu conjunto.

Não temos dúvidas de que a natureza dos Direitos Fundamentais Sociais é absoluta, em face do bem da vida que ele alcança, indisponível e necessário ao exercício de vida digna, possibilitando ainda a efetividade dos direitos individuais em máxima extensão. O que ocorre no particular é que o processo de efetivação destes direitos pode possuir dimensões diferidas e exógenas, em face do universo de demandas e interesses igualmente protegidos juridicamente que potencialmente podem ser atingidos na espécie.⁷³

É preciso reconhecer que o Estado toma função nodal, a uma porque se tratam os direitos fundamentais sociais de competência institucional e constitucional a ele outorgada; a duas, porque tanto sociedade civil como mercado não estão estruturadas e/ou interessadas em tal mister. No exercício deste mister, o Estado contemporâneo precisa, pois, levar em conta que é a própria natureza social dos direitos fundamentais que estão a exigir ações concretizantes equalizadas ao universo de demandas que precisam ser atendidas, o que implica estratégias distributivas de direitos não esvaziadoras de outros direitos.

Com tal proposição estamos discordando da tese dworkiniana no sentido de que no processo de aplicação do sistema jurídico impõe-se uma ponderação de bens a partir da lógica de que os direitos individuais, enquanto definitivos e não *prima facie*, não podem ser contrapesados em face de direitos coletivos gerais, eis que não se afigura como meio de realização de um interesse ou bem coletivo geral, mas é autônomo e como tal tem de ser tratado (DWORKIN, 1985, p. 359).⁷⁴

Tal postura da filosofia liberal norte-americana referida tem como consequência: (a) a afirmação da prioridade dos direitos fundamentais individuais sobre a ideia de bem público (coletivo), colocando a Declaração dos Direitos e os Direitos em geral fora do alcance da maioria; (b) o Governo, em face disto, não pode impor uma concepção particular de bem comum (um projeto político para o presente e o futuro, pela via

⁷³ E com esta posição queremos explicitar nossa divergência em relação àqueles que acreditam que estes Direitos Fundamentais Sociais estariam ainda dependendo de futuras e complementares disposições legais, retirando sua força constitucional imediata, haja vista constituírem *pretensões legalmente reguladas*, ou seja, direitos criados por leis. Neste sentido a reflexão de Andrade (2004, p. 391).

⁷⁴ Isto significa que igualmente não podemos aceitar a tese de que há uma regra de precedência *prima facie* geral dos direitos individuais face aos bens coletivos, incorporada, por exemplo, na premissa de que *in dubio pro libertate*, ratificada pela teoria norte-americana das *preferred freedoms* — conforme Agresto (2004, p.118 e seguintes —, porque isto significaria não valorar como condição de possibilidade do direito individual o impacto que ele provoca no universo de direitos que se encontram ao seu entorno.

Constitucional), já que o indivíduo se apresenta como prioritário em relação aos fins públicos.⁷⁵

A pragmática norte-americana tem tratado isto na perspectiva da necessária passagem de um *Welfare State* para um *Workfare*, isto é, urge associar ao Estado Social de Direito um Estado Social Contributivo, de deveres compartilhados entre Estado, Sociedade e Mercado, concebendo os Direitos Fundamentais Sociais também como Deveres Fundamentais Sociais, para os quais todos os potencialmente titulares sujeitos de direitos têm responsabilidades na gestão racional de suas efetivações, fazendo com que se equilibre na máxima potência a infinitude de demandas com a finitude dos recursos para atendê-las.⁷⁶

Na própria jurisdição alemã, resguardadas as críticas que se possam fazer de tal posicionamento, igualmente em épocas passadas, sustentou a tese da *cláusula da comunidade* como noção de limite imanente dos Direitos Fundamentais, tomando como pressuposto que tais direitos não poderiam ser invocados quando seu exercício colocasse em risco bens jurídicos relevantes à comunidade (CARA, 1994, p. 274).

Todos estes novos cenários acarretam uma mudança de função (e significado) na Constituição. Esta não representa, como quer Queiroz, a fronteira entre o Estado e a Sociedade, como no modelo constitucional liberal, nem tão pouco se apresenta como um sistema de regras para a luta política que o legislador se encontra obrigado a respeitar. “*A Constituição hodierna compreende a mais um projecto político, um modelo de desenvolvimento para o futuro, um futuro que não se pode prever, mas apenas construir*” (QUEIROZ, 2007, p. 230). Constitui, nestes termos, um projeto inacabado, na dicção de Habermas (1997, p. 465).

Considerações finais

Mas o que significa compreender a Constituição como veiculadora de um projeto político inacabado (no presente e prospectivo do futuro)? Significa que sua efetivação não tem termo de conclusão e, por isto, não pode exaurir o presente, sob pena de inviabilizar o futuro. Todas as possibilidades de concretização do projeto político e social da Constituição precisam ter em conta sua abrangência universal e integral do tecido social, não criando armadilhas que façam sucumbir interesses legítimos comunitários (direitos subjetivos coletivos ou difusos), em face

⁷⁵ Ver a crítica procedente de Allen e Regan (1998, p. 119 e seguintes).

⁷⁶ Ver o texto de Pateman (2000, p. 81 e seguintes).

do atendimento de interesses legítimos individuais (direitos subjetivos individuais).

Vem em boa hora a advertência de Alexy (2002, p.13) neste sentido, quando assevera que, no que tange ao conceito de ordem fundamental, ela se revela como um problema de compatibilidade entre a ideia de ordem quadro e a de otimização, razão pela qual parte da Teoria Constitucional contemporânea tem concebido a ordem constitucional sob a perspectiva quantitativa e qualitativa. Em sua perspectiva quantitativa, a ordem constitucional pouco tem a ver com a discricionariedade dos agentes e instituições públicas e privadas, haja vista que para tudo haveria ou mandatos ou proibições. Já na perspectiva qualitativa, uma ordem constitucional seria substantiva se mediante ela se decidem assuntos fundamentais à comunidade, configurando-se verdadeira ordem quadro a Constituição, deixando questões abertas à política.

É esta compreensão qualitativa da ordem constitucional que autoriza as seguintes conclusões: (a) que a Constituição deve ordenar e proibir algumas coisas, estabelecendo um *quadro*; (b) que a Constituição deve confiar outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, deixando abertas margens de ação (MIRANDA, p. 311).

Veja-se que quando o legislador ou o executivo, no âmbito de seus misteres constitucionais e infraconstitucionais, ultrapassam ou extravasam de forma clara e manifesta suas margens de ações (ordinárias ou cognitivas), restaria autorizado o Judiciário, pela via do que podemos chamar de *controle de evidência*, a afastar o ato, ou limitá-lo ao âmbito do razoavelmente admitido no ponto.

Vai nesta direção a advertência de Böckenförde (1991, p. 174) quando sublinha a ultrapassagem do conceito de Constituição como ordem quadro (*Rahmenordnung*) para uma ordem fundamental da comunidade (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos). De acordo com essa concepção, os Direitos Fundamentais deixariam de ser percebidos, basicamente, numa relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem ainda a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção, nos quais a tônica é, fundado em concepções de política republicanas, a participação no autogoverno dos interesses sociais, o que implica deliberar conjuntamente com os outros concidadãos e suas instituições sobre objetivos, finalidades e interesses comunitários.

Por tais razões, os elementos da tomada de decisões envolvendo Direitos Fundamentais Sociais precisam ser radicalmente transparentes e públicos, propiciando o controle comunitário de temas tão relevantes e

de impactos significativos no cotidiano dos sujeitos de direitos que são alcançados ativa e passivamente por eles.⁷⁷

Referências

ACKERMAN, Bruce and FISHKIN, J.S. *Deliberation Day*, in J.S. Fishkin and P. Laslett (eds.) **Debating Deliberative Democracy**, Oxford: Blackwell, 2006.

AGRESTO, John. **The Supreme Court and Constitutional Democracy**. Ithaca: Cornell University Press, 2004.

ALEEN, Anita and REGAN, Milton C. **Debating Democracy's Discontent**. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In *Revista de Direito Administrativo*, vol.217, 1999.

____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. In **Revista Española de Derecho Constitucional**. Nº22. Novembro de 2002.

____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁷⁷ Na discussão americana sobre o tema, tem-se como parâmetro a antiga polêmica entre a percepção republicana e liberal, notadamente no âmbito do debate sobre o tema da democracia deliberativa, asseverando, por exemplo, Ackerman que: "*deliberative democracy has been given considerable attention during the past decade. Many see the 'deliberative turn' as a groundbreaking attempt to balance liberal and republican strands in political theory. It is thought that the deliberative model correctly integrates the priority of the right over the good, as defended by liberals, and the priority of citizenship over neoliberal consumerism, as advocated by republicans*". ACKERMAN, Bruce and FISHKIN, J.S. *Deliberation Day*, in J.S. Fishkin and P. Laslett (eds.) *Debating Deliberative Democracy*, Oxford: Blackwell, 2006, pp.16.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Colombia: Legis, 2008.

BARATTA, Antoniello. **Diritti Fondamentali**. Milano: Feltrinelli, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In TORRES, Ricardo Lobo (organizador). **Legimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Nº06. Porto Alegre: IHJ, 2008.

_____. Constituição e Política: uma reflexão difícil. In **Lua Nova**, nº61. São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik, in: E.-W. Böckenförde, **Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht**, Francoforte sobre o Meno, 1991.

CANOTILHO, José J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “Fuzzy” y “Camaleones Normativos”. In **Problemática Actual de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Derechos y Libertades**, vol.06. Madrid: Civitas, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

CARA, Juan Carlos Gavara de. **Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

DRYZEK, John. **Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics and Contestations**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones basicas de la teoría de los derechos fundamentales. In **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Epoca), nº71. Madrid: Nueva Epoca, 1991.

FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

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

JONES, Harry W. **The Brooding Omnipresence of Constitutional Law**. In Vermont Law Review, nº.04. New Jersey: Vermont University Press, 1979.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Contribuciones a la Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1989.

____. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

____. **Hermenêutica e Direito**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

____. **Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

____. **Possibilidades argumentativas à adequação da soberania popular constitucional à democracia constitucional**. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Nº06. Porto Alegre: IHJ, 2008.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**: contributi alla sociologia e alla teoria del dirotto. Bologna: Giuffrè, 2001.

MARCIC, Rudolph. **Rechtsphilosophie**. Frankfurt: Meinnarth, 1998.

MICHELMANN, Frank I. **Welfare Rights and Constitutional Democracy.** Washington University Quartely, 1979.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Bobbio e a Filosofia dos Juristas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

PATEMAN, Carole. **The Patriarcal Welfare State.** Cambridge: United Kingdom, 2000.

QUEIROZ, Cristina M. M. **O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAWLS, John. **A Theory of Justice.** New York: Belknap Press, 1995.

_____. **La idea de un consenso entrecruzado.** In Agora, vol.02. Buenos Aires: Centro de Estudios Políticos, 1996.

SARLET, Ingo W. **Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo Constitucional.** Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

TUGENDHAT, Ernst. **Lecturas sobre ética.** Madrid: Gedisa, 2000.

WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights.** New York: Oxford University Press, 1990.

A criminologia no ensino do direito e no PPGD-UFSC: importância, legado, memórias, desafios⁷⁸

Vera Regina Pereira de Andrade

Celebrar o cinquentenário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC) é ato simbólico que atravessa grande parte da minha existência; pois lá estive, por quase três décadas, como aluna de mestrado e doutorado e como docente que, ingressando na UFSC através de disputado concurso para a cadeira de Direito Penal, em primeiro lugar, finalizei minha trajetória concursada

⁷⁸ O presente texto foi originariamente objeto das seguintes publicações:

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? *Carta Forense*. São Paulo, p. 22-23, mar. 2008;

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez-Itec, v. VIII, n. 30, p. 19-24, jun. 2008.

Por que a Criminologia (e qual Criminologia) é importante no Ensino Jurídico? Unisol de Fato e de Direito: *Revista Jurídica*, v. 3, nº 6, p. 179-184, 2013.

Foi também objeto de publicação em ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (dês)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (capítulo I, da parte IV), sob o título "A Criminologia no Ensino do Direito: a importância da Criminologia no Ensino Jurídico e de criminólogos críticos no sistema de justiça".

A presente versão é ampliada e ressignificada no contexto da homenagem aos 50 anos do PPGD-UFSC.

para titular de Criminologia. Pois foi a Criminologia a disciplina que abracei como o centro de gravitação das atividades de ensino, pesquisa e extensão que desenvolvi, tendo a oportunidade de conhecer, ser orientada e orientar, aprender e interagir com mestres e alunos vindos de todos os recantos desse caudaloso mapa geográfico e cultural que é o Brasil, muitos dos quais se tornaram grandes amigos.

Como a Universidade é, entretanto, um espaço de exercício de poder, controle social e dominação⁷⁹, atravessada por tensões e disputas, a vivência não pode ser romanceada: as relações e os embates são muitas vezes violentos e a energia tem que ser cotidianamente mobilizada para rituais estressantes, quando não adoecedores. Este cenário passa a ser intensificado a partir dos neoliberais anos 90 e seu progressivo desmonte das instituições públicas, com ênfase sobre a Universidade, sobretudo depois que o sistema de cotas raciais e sociais passa a tensionar com mais intensidade sua branquitude e elitização de classe. O modelo produtivista de avaliação da CAPES dos Programas de Pós-graduação em Direito no Brasil, ao introduzir exigências predominantemente quantitativas de temporalidade restrita na produção dos docentes, que se traduzem em um fluxo contínuo classificado de acordo com os critérios de pontuação do *Qualis*, tem tido um impacto negativo na qualidade das relações, na produção e formação acadêmicas que ainda estão por ser plenamente avaliados.

Tal modelo não apenas não foi objeto de problematização e resistência coletiva por parte dos Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil, como encontrou adesão por parte de professores e administradores universitários, tendo vindo a prosperar, portanto, não apenas como modelo imposto “de fora”, mas como modelo incorporado “desde o interior” dos programas.

Sendo o conflito inerente à funcionalidade das instituições, é por dentro da tensão do campo educacional-político que o poderoso PPGD-UFSC se aproxima da terceira idade, tentando manter acesa, em menor ou maior grau, nos diferentes contextos, a chama daquela identidade que o notabilizou como centro de excelência e o tem levado ao podium em sucessivas avaliações da mesma CAPES: a tradição do criticismo ou da criticidade.

De fato, o PPGD-UFSC tem sido, ao longo dos 50 anos de sua existência, uma notável matriz crítica de um acervo gigantesco de pesquisas e de formação de centenas de profissionais com atuação nos mais diversos espaços da academia e do sistema de justiça, na defesa dos direitos humanos, da democracia e da justiça. Defesa que necessita ser cada vez mais intransi-

⁷⁹ Que no campo das ciências criminais é concebida como uma das agências de controle social informal responsáveis pela reprodução ideológica e simbólica do sistema penal.

gente, diante do assombroso avanço da extrema direita global e nacional e dos riscos autoritários e fascistas que avançaram sobre a incompletude democrática brasileira durante a *governabilidade* bolsonarista. Daí que o PPGD-UFSC persista, por dentro das contradições, e dentro dos limites neoliberais impostos hoje à universidade pública, perseguindo o desempenho de uma função social que não se baste com a autorreferência, seja para a reprodução sistêmica, seja para as carreiras internas de seus atores.

Destarte, sem a longa vivência que tive no PPGD-UFSC, com as exigências e os desafios de ser, a um só tempo, criatura e criadora de uma das mais importantes e bem avaliadas instituições do país, minha vida certamente não teria sido a mesma. Este programa e esta universidade acolheram-me muito jovem (aos 21 anos ingressei como discente no seu mestrado, aos 27 era nele docente), potencializando que nela me tornasse mestre, docente, doutora, pesquisadora, palestrante, escritora, orientadora, extensionista, pós-doutora; e percorresse, no seu espaço e através dele, uma trajetória profissional marcada por grandes realizações pessoais e coletivas. Delas sempre obtive irrestrito apoio e a elas também procurei dar o melhor de minha energia profissional.

Estou falando de autonomia universitária, de democracia e de liberdade. Sim, acredito que todos nós, artífices dessa história, coconstituímos e fomos coconstituídos por um ambiente democrático, incluindo a garantia fundamental da liberdade de cátedra. E foi neste contexto que nos foi dado o poder e a responsabilidade de protagonizar tanto os próprios processos, sucessivos, de estruturação e revisão do Programa, suas linhas e identidade, projetos de pesquisa, extensão, atividades, encontros, redes, convênios interinstitucionais e a criação e ministração de várias disciplinas que passaram a integrar a grade curricular do PPGD-UFSC.

Particularmente, fui responsável pela criação e ministração, a partir do ano de 1993, em nível de mestrado, das disciplinas cidadania e direitos humanos, pesquisas em dogmática penal, (posteriormente nominada sistema de justiça penal), pesquisas em criminologia e políticas criminais, (posteriormente nominada criminologia e políticas criminais). Em nível de doutorado, fui responsável pela criação de Seminários e disciplinas como controle penal e cidadania: do estado social ao estado penal, globalização sistema penal e cidadania, políticas criminais e segurança pública. Ainda, no curso de graduação em Direito criamos as disciplinas criminologia, sistema de justiça penal e operadores do Direito, Cidadania e Democracia e justiça restaurativa.

Tendo sido responsável, portanto, pela criação da disciplina Criminologia nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, e ministrando-as juntamente com outros

colegas, ao longo de mais de duas décadas, sinto-me à vontade para falar da sua importância no ensino jurídico brasileiro – precisamente, como disse, a importância na qual apostei ao erigi-la como centro gravitacional de meu trabalho na UFSC.

Nesta direção, é imperioso iniciar registrando que apesar de o ensino jurídico brasileiro de graduação, e, principalmente, o de pós-graduação, contar com excelentes cátedras de Criminologia e contarmos Brasil afora com inúmeros institutos, grupos e similares, duas evidências ainda parecem marcantes: uma, é a da ausência ou do lugar residual, periférico, que a disciplina ocupa na grade curricular, regra geral, optativa; outra é a de que, quando presente, são as Criminologias críticas que parecem ocupar nela um lugar residual, cabendo a centralidade à Criminologia positivista.

É possível afirmar que existe um campo de produção criminológica crítica qualificada na sociedade brasileira, heterogênea e internamente diferenciada, marcada por um pluralismo epistêmico com potenciais multiplicadores, que já compõe uma geografia representativa. Entretanto, o campo da reprodução ainda é muito débil, ou seja, a Criminologia, enquanto disciplina, ainda se ressentida de um forte déficit educacional, de um forte déficit de institucionalidade.

Evidencia-se na sociedade brasileira um déficit histórico relativo à formação acadêmica e ao apoio institucionalizado da universidade e dos órgãos de fomento, na área da Criminologia, que ainda é uma disciplina deficitariamente apropriada e desenvolvida em sua presença na universidade (matriz ideológica direta de formação dos operadores do controle penal), em especial nas Escolas de Direito, ainda não ultrapassou o precário estatuto da residualidade (disciplina opcional).

O que não significa, por outro lado, que a mera institucionalização garante, por si só, a positividade que se deseja, pois depende de sua inserção em um projeto pedagógico e de compromissos claros quanto a conteúdos docentes para ministrá-la.

Contamos também, Brasil afora, com um intenso labor criminológico, teórico e empírico de pesquisadores, estudantes, profissionais de todos os âmbitos do sistema de justiça penal (advogados, policiais, promotores de justiça, juízes, agentes prisionais, defensores dativos e públicos, assistentes sociais, entre outros), que tanto teorizam quanto operacionalizam a Criminologia na prática, lutando contra injustiças e desigualdades, ou seja, contendo violência criminalizadora, contendo violência contra controlados e controladores através de seus atos e decisões.

Refiro-me, aqui, ao espaço das margens, do anonimato criminológico, constituído por atores que, por detrás dos bastidores, vêm reafirmando

a dignidade da Criminologia e da Política criminal como um espaço que deve ser reconhecido nas suas lutas cotidianas.

Evidencia-se, ademais, um déficit decisório, pois tampouco a influência da Criminologia (crítica) se faz sentir com intensidade nas diversas instâncias de poder e de decisão do circuito muito fechado do controle penal, sejam legislativas, administrativas (policiais, penitenciárias), ministeriais ou judiciais, e os operadores que ousam resistir à cartilha da “criminalização provedora” e do “dogma da pena” (Nilo Batista) pagam, não raro, o preço alto da censura e da estigmatização desde o interior de suas corporações profissionais.

Talvez também como derivação, ressinta-se a Criminologia entre nós de um déficit dialógico entre os diversos espaços de sua produção, notadamente, o que tange pensar e desenvolver, coletivamente, uma Criminologia com identidade própria, ainda que afinada com a melhor herança teórica e metodológica alienígena. Dessarte, se os déficits educacional, de institucionalidade e dialógico apontados não têm assim obstaculizado a emergência da produção e da prática criminológica, sua superação seria importante para incrementar, qualificar e contribuir para a construção de redes fecundas neste território teórico-prático, com impacto transformador no atual modelo de controle.

Trabalho, portanto, com uma dupla hipótese: a disciplina Criminologia ocupa pouco espaço no ensino jurídico e as Criminologias críticas têm pouco espaço na Criminologia. O Direito penal, *a contrario sensu*, ensinado à luz da Dogmática penal (portanto, Direito penal dogmático), ocupa um lugar central e espaçoso (I, II, III, IV, V).

Mas, qual é a relação existente entre Direito penal (dogmático) e Criminologia? Qual a importância da Criminologia no ensino do Direito? De que Criminologia estamos falando, se “a” Criminologia no singular não existe? Tais interrogantes, colocados aqui no início do século XXI, soariam familiares na Europa do final do século XIX e transição para o século XX, entre nomes célebres como Franz Von Liszt, Enrico Ferri, Arturo Rocco, pois foi precisamente o debate sobre as relações entre Direito penal e Criminologia e a *performance* que deveriam assumir no marco de um “modelo integrado de ciências penais” a musa daquele tempo, cujo modelo, então consolidado e ainda dominante, ajuda-nos a compreender aquele estatuto “ausente-periférico” da Criminologia.

Fato é que, no modelo oficial que se consolidou então (a favor da “*Gesamte Strafrechtswissenschaft*” de Liszt e contra o modelo de Ferri), e cujos três pilares reciprocamente interdependentes serão o Direito penal, a Criminologia e a Política criminal, haverá uma divisão metodológica, cabendo à Criminologia desempenhar uma “função auxiliar” tanto do

Direito penal como da Política criminal oficial, inteiramente abrigada no marco da dicotomia *dever-ser/ser*.

E enquanto a Dogmática do Direito penal definida como “ciência” normativa terá por objeto as normas penais e por método o técnico-jurídico, de natureza lógico-abstrata, interpretando e sistematizando o Direito penal positivo (mundo do *dever-ser*) para instrumentalizar sua aplicação com “segurança jurídica”, a Criminologia definida como ciência causal-explicativa terá por objeto o fenômeno da criminalidade (legalmente definido e delimitado pelo Direito penal), investigando suas causas segundo o método experimental (mundo do *ser*) e subministrando os conhecimentos antropológicos e sociológicos necessários para dar um fundamento “científico” à Política criminal, a quem caberá, a sua vez, transformá-los em “opções” e “estratégias” concretas assimiláveis pelo legislador (na própria criação da lei penal) e pelos Poderes Públicos, para prevenção e repressão do crime.

Estrutura-se, nesse momento, uma Criminologia de corte positivista, com pretensões de cientificidade, conformadora do chamado paradigma “etiológico” e segundo a qual a criminalidade é o atributo de uma minoria de sujeitos perigosos na sociedade, que pela incidência de fatores individuais, físicos e/ou sociais apresenta um maior potencial de antissociabilidade e uma maior tendência a delinquir. Identifica-se, assim, criminalidade com violência individual.

O modelo integrado se caracteriza, portanto, por uma divisão metodológica do trabalho que associada a uma unidade funcional na luta, então se declara, cientificamente fundamentada contra a criminalidade. Neste modelo, o Direito penal, pelo seu escopo prático e pela promessa de segurança, recebeu a coroa e a faixa de rainha, reinando com absoluta soberania, enquanto a Criminologia e a Política criminal se consolariam, e bem, com faixas de segunda e terceira princesas. E é com este título que a Criminologia atravessa o século XX, quando outro concurso vem mudar a sua história: nele, a Criminologia não desfila nem concorre com o Direito penal dogmático; ela senta-se à mesa de jurados, mas com nova roupa, para julgar o Direito penal e sua própria roupa anterior.

Refiro-me à mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social processada desde a década de 1960, que deu origem a outra tradição criminológica crítica (Criminologia da reação social, nova Criminologia, Criminologia radical, Criminologia crítica *stricto sensu*, Criminologia da libertação, Criminologia dialética, Criminologia feminista, Criminologia do racismo, Criminologia cultural), segundo a qual a Criminologia não mais se define como uma ciência que investiga as causas

da criminalidade, mas as condições da criminalização, ou seja, como o sistema penal enquanto mecanismo de controle social formal (legislativo-lei penal-polícia-ministério público-judiciário-prisão-ciências criminais etc.) constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal (família-escola-universidade-mídia-religião-moral-mercado de trabalho-hospitais-manicômios), funcionalmente relacionados às estruturas sociais.

A criminalidade não “é” (não existe em si e *per se*); ela “é” socialmente construída. Neste movimento, a Criminologia converte o controle social e o sistema penal como um todo (consequentemente, a lei penal e as ciências criminais, como suas dimensões integrantes) em seu objeto, e problematiza a função de controle e dominação por ele exercida.

No marco desse paradigma, o controle social consubstancia as formas como a sociedade reage, formal ou informalmente, institucional ou difusamente, a comportamentos e a pessoas que, mediante a reação, são construídas como desviantes, problemáticas, ameaçadoras, indesejáveis, culpáveis, criminosas, e são, no limite, excluídas.

A função “nobre” de todo o mecanismo de controle social é, portanto, construir a linha divisória entre o bem e o mal, o autorizado e o interdito, o permitido e o proibido, entre *nós* e o *outro*, com as correspondentes estereotípias e estigmatizações excludentes; é fixar, a partir de um maniqueísmo estruturante moralista, a partir de uma lógica binária de definição e seleção, quem fica dentro, quem fica fora, quem é incluído, quem é excluído do universo controlado; lógica binária que também opõe os artífices da separação àqueles que eles apartam.

O controle penal é aquela espécie de controle social que tem o poder da construção social dos criminosos, da imputação de culpa e de pena, por meio do exercício do poder punitivo do Estado (formalizado ou institucionalizado no sistema penal) ou do poder punitivo informal (dos maus-tratos à tortura e à pena de morte informais), construindo e justificando a linha divisória entre a normalidade e a criminalidade, entre o cidadão e o criminoso.

Se o objeto do controle é, portanto, a produção de subjetividades (normalizadas), a gramática do controle é a gramática da “apartação”. O controle social e penal é uma longa e continuada produção de separações, de lógicas adversariais, de fraturamentos na subjetividade, por meio dos quais o próprio ser humano foi sendo bipartido em mil pedaços (homem e mulher, branco e não branco, proprietário e não proprietário, rico e pobre, heterossexual e homossexual, sadio e doente/louco, cristão e ateu, trabalhador e desempregado, normal e marginal, cidadão e criminoso) e, ao mesmo tempo, apartado dos outros seres vivos (humanos e animais,

humanos e vegetais), com o aval da ciência positivista, do princípio da especialização científica e da monodisciplinaridade.

Não é outro o motivo pelo qual a compreensão do controle é um *topos* privilegiado para a compreensão da sociedade e de nós mesmos, para a compreensão de como produzimos o *outro* e somos por ele produzidos; em uma palavra, para a compreensão da violência e da exclusão constitutivas do mundo.

A história da Criminologia e, em sentido amplo, da Dogmática penal e da Política criminal positivistas, da grande narrativa periculosista-defensivista, não é senão uma página do processo de múltiplas aparções que a sociedade ocidental viveu e vive de si mesma: a página da apartação entre cidadãos e criminosos, que os muros da prisão simbolizam secularmente.

Ao romper com o conceito positivista ontológico de criminalidade e propor a igualdade entre os humanos como base antropológica, a Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação ou controle social, inaugura um longo caminho de regresso à violência constitutiva do (continuado) pacto de exclusão que tem sido a construção social dos criminosos e das vítimas padrões, na modernidade.

No centro dessa problematização estão os resultados sobre a secular seletividade estigmatizante e a violência institucional do sistema penal, sobretudo da prisão, a inversão de suas promessas, a incapacidade de dar respostas satisfatórias às vítimas e suas famílias, o descontrole do próprio sistema e a letalidade dos seus próprios operadores.

A própria Criminologia etiológica e o Direito penal dogmático são denunciados em sua função instrumentalizadora e legitimadora da violência, são reconduzidos ao banco dos réus, nascendo daí uma nova problemática para a Política criminal: quais são as alternativas à prisão e ao sistema penal?

Com essa revolução, opera-se a passagem de uma Criminologia comportamental e da violência individual (positivista), que nos doutrina a “ver o crime no criminoso” (FERRI, 1931), para uma Criminologia da violência institucional, que nos ensina que não se pode compreender o crime, a criminalidade e os criminosos sem compreender o controle social e penal que os constrói como tais, culminando numa Criminologia da violência estrutural, que nos ensina a compreendê-los (crime-criminalidade-criminosos-vítimas) não apenas a partir da mecânica do controle, mas desta funcionalmente relacionada às estruturas sociais (o capitalismo, o patriarcalismo, o colonialismo, o racismo, o antropocentrismo). A seletividade do sistema penal é revelada, assim, como classista, sexista e racista, que expressa e reproduz desigualdades,

opressões, assimetrias, maniqueísmos e moralismos sociais. Entretanto, mais do que a seletividade, é a morte e o genocídio praticados formal e informalmente pelos sistemas penais, que, na versão latino-americana, ingressa com o grande objeto de uma Criminologia crítica periférica, assombrando o campo com suas revelações empíricas (ZAFFARONI, 1984, 1988, 1991, 1993).

Vivemos, no sistema penal brasileiro, a *naturalização* das penas cruéis e infamantes e das penas de morte informais, visibilizadas tanto nas masmorras prisionais, em que se amontoam hoje quase 1 milhão de preso(a)s, entre provisórios e definitivos, com crescente presença de mulheres-mães; quanto no exercício de poder policial, notadamente contra a pobreza negra periférica. Criminalização/extermínio seletivos, nucleados sobretudo na “guerra contra as drogas” que, não obstante seus vultosos custos humanistas, financeiros e democráticos, não cessa de se multiplicar e não dá sinal algum de reversão, mesmo quando o Supremo Tribunal Federal já tenha declarado o sistema penal brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”. Agregue-se à guerra tradicional contra a criminalidade, com incursão crescente no campo, criminalizando comunidades de agricultores, sem-terra, quilombolas, indígenas, nas lutas pela terra e os recursos ambientais, a “luta contra a corrupção”, que, comandado por setores do judiciário, do ministério público e da polícia federal real tornados heróis nacionais, estruturou no Brasil um subsistema igualmente seletivo e antiguarantista, responsável pela aberta politização arbitrária desses poderes e pela mais escandalosa página de corrupção da história recente do Brasil.

A mudança de paradigmas desloca e redefine a Criminologia de um saber auxiliar do Direito penal e interno ao modelo integrado (que o cientificiza) para um saber crítico e externo a ele (que o problematiza e politiza), convertido em “objeto” criminológico, a ponto de a obra de Criminologia mais importante do século XX, de autoria de Alessandro Baratta (2002), ter sido denominada de “Criminologia crítica e crítica do Direito penal: introdução à Sociologia jurídico-penal”.

É chegada a vez de a Criminologia julgar o Direito penal e sua própria história para concluir que a perda do reinado naquele concurso jurídico não equivaleu, para a Criminologia etiológica, à perda do reinado na história do controle penal moderno.

Ora, a historicidade da disciplina opera decisivamente a favor da compreensão do estatuto ausente-periférico da Criminologia: a auxiliaridade de ontem se reflete na residualidade pedagógica de hoje (o mesmo se diga, e com mais razão, em relação à segunda princesa, a Política criminal), de

um ensino, ademais, centrado na abstração do normativismo tecnicista cujo modelo reforça aquele estatuto.

Por outro lado, as Criminologias baseadas no paradigma da reação social não apenas não obedecem a esta lógica, mas também a problematizam. Vê-se, neste rapidíssimo escorço, que as relações entre Criminologia e Direito penal estão sujeitas historicamente a (des)encontros e, dado que não existe “a” Criminologia no singular, a resposta àqueles interrogantes depende do paradigma e da Criminologia que orienta nossa visão e discurso.

Ora, tanto a inserção (*se estudar*) e o espaço (*quanto estudar*) da Criminologia no ensino do Direito quanto a definição do seu conteúdo (*o que estudar*), com que método e *para que*, envolvem um conjunto de definições, a um só tempo paradigmáticas e políticas, que transferem suas marcas ao ensino, que têm impacto na construção de sujeitos (subjetividades), cuja palavra e ação também impactam, a sua vez, a vida social.

Defendo, pois, uma inclusão criminológica capaz de romper com ambas as hipóteses aqui alinhavadas, a saber: resgatar tanto o espaço da Criminologia no ensino jurídico quanto das Criminologias críticas no ensino da Criminologia, superando seu estatuto periférico-ausente sem abortar, por outro lado, a Criminologia tradicional, resgatar ao máximo a historicidade da Criminologia sem a qual não se compreende como se exerce o poder punitivo (como somos dominados), o discurso oficial (com que seduções legitimadoras) e o senso comum (como somos produzidos e produzimos o “outro”) criminais.

Não basta, tampouco, contar a história da Criminologia europeia ou norte-americana, temos que mergulhar na história e na construção de uma Criminologia latino-americana e brasileira, em busca de nossa identidade – em busca da latinidade e da brasilidade criminológicas – sem olvidar, em derradeiro, se a Criminologia enquanto pretensão disciplinar e científica parece ser um invento da modernidade ocidental, uma escavação arqueológica (Foucault) ou antropológica a nos revelar que em busca de uma discussão sobre crime e pena o céu é o limite. Daí que esta escavação tenha que ser, antes de mais nada, em nosso território, em terra brasilis, pelas mãos da história crítica.

Nesse sentido é que postulo, retomando a utopia criminológica latino-americana da década de 80, hoje adormecida, a construção de uma Criminologia brasileira, de raiz latina, periférica e marginal, apta a dar conta da nossa realidade, a partir do melhor diálogo que se possa estabelecer com o norte e o sul do planeta, mas decolonizando, suleando e abasileirando a Criminologia.

Fundamental, a essa utopia, a construção de diálogos e de redes criminológicas e político-criminais críticas capazes de solidificar, em contributo à democracia, um espaço público contínuo de debate sobre a questão criminal, com suficiente peso político e trânsito político-institucional, com potencialidade de fazer frente ao megaprojeto punitivo neoliberal, repressivo, encarcerador e genocida, agravado pelas forças do acaso, que levam também para dentro do controle penal o “inusitado”, o que não tem lógica alguma, senão a forma como o poder e o saber se exercem e distribuem no Estado brasileiro, desde sempre colonial e patrimonialista.

Quero reafirmar, portanto, a função que a Criminologia deve assumir na sociedade brasileira enquanto um dos saberes comprometidos com compreensão e limitação da violência (em sua complexa fenomenologia estrutural, institucional, simbólica, intersubjetiva etc.) e a busca de modelos não violentos de controle social, valendo-se de todo o conhecimento e experiência que, cruzados com ela, já existam acumulados e se produzam nesta direção, num movimento caracterizado nos moldes de uma “Epistemologia do Sul” (SOUSA SANTOS; MENESES (Orgs.), 2010) e de uma “Ecologia de saberes”. E isso porque o objeto da Criminologia (controle social punitivo e sua constelação de problemas e conceitos) não é e nunca poderá ser monopólio de uma disciplina exclusiva e seus cultores, ou mesmo da academia, pertencendo democraticamente aos saberes, no plural, sejam teóricos ou empíricos, acadêmicos ou populares (hauridos na militância dos movimentos sociais, nas experiências de vida e institucionais), estes inferiorizados pela força do cientificismo secular.

E uma Criminologia já constituída na esteira de um caminho secular, já entreaberto nas academias latino-americana e brasileira, tem uma função cognitiva, cultural e pedagógica importante a cumprir nesta direção, pois se trata de matriz formadora de um novo senso criminológico, centralmente de operadores do controle penal (que vão desde advogados, policiais, promotores, juízes, defensores, até agentes prisionais, assistentes sociais, psicólogos, secretários de segurança pública, políticos, ministros de Estado, jornalistas, entre outros), devendo estender e democratizar sua função social.

A Criminologia tem, portanto, uma importância decisiva para o ensino do Direito, desde que não reduzida a uma rubrica excludente que, mais do que valorizar a disciplina e auxiliar na compreensão do poder e do controle social e penal (crime, criminalidade, pena, criminalização, vitimização, impunidade etc.) e do poder-espço dos operadores jurídicos nesta mecânica, concorra para infantilizar o imaginário acadêmico com a visão positivista da boa “ciência” para o combate exitoso da criminalidade.

A Criminologia, ao contrário de todas as suas promessas, não nasceu para isso e não pode fazê-lo. Ensinar criminologias, nesta perspectiva, é concorrer para a formação de uma consciência jurídica crítica e responsável, capaz de transgredir as fronteiras sempre generosas do sono dogmático, da zona de conforto do Penalismo adormecido na labuta técnico-jurídica, capaz de inventar novos caminhos para o enfrentamento das violências (individual, institucional e estrutural). Este, quiçá, seja o melhor tributo que possam prestar ao ensino e à formação profissional-cidadã.

Acompanhando GARCIA (2014),

isso não significa que o professor deva exercer a função de ‘profeta ou demagogo’, de modo a doutrinar os estudantes. Significa exigir ‘integridade intelectual’ de modo que o professor cumpra o ‘dever de provocar o auto esclarecimento e um senso de responsabilidade’, ou seja, auxilie o estudante a ‘prestar a si mesmo contas do significado último de sua própria conduta’.

O jurista, na América Latina, ao atuar no sistema penal está diante de um imperativo ético, de resposta tanto à violência e violação de direitos humanos produzidas por esses sistemas (ZAFFARONI, 1991, p. 154), quanto à desigualdade social, racial, sexista e sexual, que ele expressa e reproduz; sobretudo considerando sua proveniência de classe.

Pois bem, preocupada com o estado da arte da “Criminologia no Ensino de Graduação e Pós-Graduação em Direito no Brasil” e objetivando lançar luz sobre ele, a partir do ano de 2010 passei a incluí-lo como tema da linha de pesquisa “sociedade, controle social e sistema de justiça” em que atuei no PPGD-UFSC e do projeto geral “em busca da brasilidade criminológica” que coordenava à época, o que implicou inclusão nos editais das correspondentes seleções para ingresso no mestrado sob minha orientação.

Duas pesquisas pioneiras e de envergadura, que se tornam referência para o campo, foram então realizadas nesta inserção: a dissertação de mestrado de Maria Dutra de Oliveira Garcia, intitulada “A Criminologia no Ensino Jurídico no Brasil” (defendida no ano de 2014), atinente às Universidades públicas das capitais, sob o pressuposto de formarem as elites jurídicas; e a pesquisa de doutorado de Helena Schiessl Cardoso, “O Ensino da Criminologia nos mestrados em Direito das Universidades públicas”, defendida em 2017 e publicada em 2019, sob o título “Criminologia brasileira: um mosaico à luz do Ensino Jurídico”, pela editora Tirant lo Blanch.

Ambas as pesquisas se valeram de marcos teóricos e metodologias similares: basearam-se no instrumental teórico da Criminologia Crítica

e nas fontes de pesquisa consubstanciadas nos planos de ensino e nos currículos das disciplinas de Criminologia e nos documentos institucionais disponíveis no banco de dados da CAPES, tomando como base as declarações constantes dessa documentação, mas cientes dos possíveis conteúdos diversos dos declarados, os chamados “currículos ocultos”. Helena Cardoso utilizou-se ainda do método de abordagem biográfico.

Ambas as pesquisas submeteram então à cuidadosa verificação empírica as hipóteses lançadas no presente texto⁸⁰, acima sumarizadas; centralmente a hipótese do estatuto ausente-periférico da criminologia no Ensino do Direito. E esta hipótese foi robustamente confirmada pelas duas investigações, tanto em nível do ensino de Graduação quanto em nível do ensino de mestrado das Universidades Públicas brasileiras.

A confirmação do estatuto ausente-periférico, da residualidade e do déficit de institucionalização da Criminologia no Ensino de Pós-Graduação em Direito, que aqui focalizamos, foi contundente: “No marco temporal de nossa pesquisa, o saber criminológico esteve presente na estrutura curricular como “disciplina acadêmica” em somente 9 (nove) dos 31 (trinta e um) cursos de mestrado acadêmico em Direito das universidades públicas brasileiras – o que representa um percentual de 29,03% de nossa amostra –, conforme disposto no quadro abaixo (Quadro 6)”⁸¹.

E ainda:

Alertamos que, no início do marco temporal de nossa pesquisa, a cátedra aparece – ao menos nos “dados oficiais” por nós coletados no banco de dados da CAPES – na estrutura curricular de pouquíssimos cursos de mestrado acadêmico em Direito (essencialmente na UFSC, UFPE, UFMG e USP), havendo, inclusive, sua exclusão em 2006 nos currículos da UFPE e da UFMG. Notamos, por outro lado, “impulsos institucionalizadores” recentes do saber criminológico em 2008 na UERJ, em 2010 na UFMG e na UFPR, e em 2014 na UFAL e na UNESP.” (CARDOSO, 2019, p. 127)

Agrega-se, como contraface, o soberano predomínio do Direito Penal dogmático sobre a criminologia, notadamente no ensino de graduação, confirmando minha hipótese originária, a da hegemonia de um ensino hegemonicamente dogmático.

⁸⁰ Em sua formulação originária, conforme publicações referidas na nota de rodapé 1; hipóteses que foram também retomadas na apresentação da minha obra “Pelos Mãos da Criminologia”.

⁸¹ A respeito ver CARDOSO, 2019, p. 126-127: Quadro 6 - A disciplina Criminologia nos cursos de mestrado em Direito das Universidades públicas (2005 a 2014).

Complementarmente, a dissertação de Mariana e a tese de Helena Cardoso submeteram à verificação empírica a hipótese de os conteúdos críticos ocuparem, nas disciplinas existentes de criminologia, menos espaço do que os positivistas. Nesse caso, a hipótese foi robustamente confirmada, também, pela pesquisa de Mariana⁸², sobre a criminologia nos cursos de graduação em Direito, mas foi surpreendentemente desconfirmada pela tese de Helena, ao trazer a positiva conclusão de que, quando a criminologia se faz presente nos Mestrados em Direito, ela aparece predominantemente com conteúdo crítico⁸³. E este achado aparece juntamente com outro, a saber, que se tratam de conteúdos plurais, que podem ser considerados “críticos”, numa perspectiva bastante alargada, de diferentes teorias a partir do paradigma comum da reação social. A conclusão, portanto, confirma outra hipótese minha acima referida, a do pluralismo epistêmico e da diferenciação interna do campo e a da fragmentação teórica da Criminologia crítica brasileira, nos termos referidos por CARVALHO (2013), a tal ponto que a própria obra se denomina “O Ensino da Criminologia: um mosaico à luz do ensino jurídico”.

A utilização do método biográfico permitiu demonstrar e concluir, a sua vez, a forte personificação que marca o “mosaico” pedagógico no mapa criminológico crítico brasileiro, de tal sorte que ele o condiciona. Tanto a criação, quanto à identidade e longevidade das disciplinas, expressa a identidade teórica e ideológica dos respectivos docentes e sua continuidade está atrelada à permanência e o compromisso deles para com a disciplina⁸⁴.

Por último, mas não menos importante, CARDOSO (2012, p. 234) submeteu à verificação a presença de conteúdos latino-americanos e brasileiros

⁸² É conclusão da pesquisadora: “Verificamos, assim como em outras épocas, que na maioria das instituições em que é oferecida na grade curricular a disciplina continua a serviço do “combate à criminalidade”. De outro lado a situação é tensionada através de programas de ensino que prezam uma abordagem, mas esclarecedora, sob os auspícios de uma teoria criminológica crítica. Ainda que em minoria, uma visão reveladora da manutenção e reprodução da ordem social estabelecida pode ser decisiva no ensino jurídico brasileiro”. (GARCIA, 2014, p. 155)

⁸³ Hipoteticamente, esse campo tem como matriz o autodidatismo e as referidas minoritárias cátedras críticas de ensino da Criminologia, sobretudo em nível de pós-graduação, ao que tudo indicada, na seguinte ordem: mestrado, especialização e doutorado.

⁸⁴ E que o modelo de avaliação da Capes opera, possivelmente, como obstáculo ao avanço teórico e epistemológico mais amadurecido no campo. Nas palavras de CARDOSO (2019, p. 239), “Nossa análise da produção bibliográfica dos docentes nos fez desconfiar de um eventual reflexo negativo do vigente modelo de avaliação da CAPES (...). Esse modelo de avaliação, no entanto, preocupado mais com quantidade do que com qualidade, é nefasto para a pesquisa universitária, pois esta exige um certo fôlego e amadurecimento reflexivo e, neste sentido, é incompatível com a “lógica produtivista” atualmente imposta. Para a pesquisa criminológica coloca-se o perigo de uma produção sem teorizações epistemológicas mais profundas (a exemplo da necessidade de uma construção de uma Criminologia latino-americana e brasileira), sem lastro empírico, ou até mesmo de uma produção circular sobre os mesmos temas, incapaz de propor alternativas politicamente viáveis para o atual modelo de controle social penal”.

nos títulos e ementários das disciplinas de Criminologia e a conclusão foi desoladora: a presença muito minoritária e residual de conteúdos voltados para a América Latina e o Brasil evidenciam, segundo a pesquisadora, que estamos “longe da criminologia reivindicada por Vera Andrade”.

Como conclusões gerais, a disciplina de Criminologia e Políticas criminais no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC foi situada como pioneira tanto em temporalidade quanto em criticidade e avanço de conteúdos críticos, porque a que por mais tempo e continuamente foi ministrada, a primeira a introduzir conteúdos latino-americanos e brasileiros, constituindo-se como matriz tanto de formação de criminólogos críticos quanto de criação de outras disciplinas nas universidades públicas brasileiras aqui pesquisados.

Em termos conclusivos, visualizamos no marco temporal de nossa pesquisa (2005-2014) a existência de um núcleo criminológico crítico consolidado no PPGD/UFSC em torno da professora Dra. Vera Regina Pereira de Andrade. Considerando ainda que a disciplina foi criada pela professora em 1993 e que desde então foi por ela ministrada continuamente, podemos falar da existência de um verdadeiro centro de formação criminológica na Ilha de Santa Catarina. Isto porque diversos egressos do programa trabalham atualmente como docentes em outras instituições de ensino (...) que passaram pelas mãos da professora Vera Andrade e que constroem suas disciplinas em torno do eixo teórico da Criminologia Crítica. Por derradeiro, registra-se que após a aposentadoria da professora em 2016, a cátedra ficou órfã no PPGD/UFSC, não sendo mais oferecida – ao menos por ora. Nesse sentido, fica a interrogação sobre a continuidade ou descontinuidade do núcleo criminológico crítico na instituição. Em todo caso, o fato corrobora o “déficit institucional” do saber criminológico nas universidades brasileiras, bem como sugere a hipótese de uma vinculação da disciplina à biografia pessoal de determinados atores, a exemplo dos docentes responsáveis pela sua institucionalização.” (CARDOSO, 2012, p 228-229)

Ao tempo em que escrevo esta homenagem, a disciplina de Criminologia no PPGD-UFSC, sob nova denominação, deixa seu estado de “orfandade”, sendo assumida pela Professora Dra. Marília De Nardin Budó, minha ex-orientanda e sempre parceira, com compromissos de ensino, pesquisa e extensão que avalizam a sua excelência e a do corpo discente que segue tendo a oportunidade de ter nesta casa a acolhida criminológica. Efetivamente, ao tempo do hiato a que se refere Helena Cardoso, os

estudantes de graduação em Direito foram protagonistas da criação do “Grupo de Criminologia Crítica Vera Andrade”, o GCCrit, cuja homenagem me honra e engrandece, guiando seus próprios estudos paralelos ao ensino de graduação e agora retornam, expressiva e preparadamente, para a continuidade de sua formação criminológica no Mestrado.

Para finalizar, estamos cientes dos desafios que se potencializam, em muitas direções, seja para a Criminologia e todos os saberes, seja para os programas de Pós-Graduação e a Universidade pública, nesses tempos demasiado violentos, em que é necessário, mais do que nunca, fortalecer a fibra do fio crítico e criativo que vem tecendo a história da instituição. Vida longa, humana, democrática e planetariamente comprometida à Criminologia e ao PPGD-UFSC!

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? **Carta Forense**. São Paulo, p. 22-23, março 2008.

_____. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? In: **Revista de Estudos Criminais** n. 30. Jul-Set/08. Porto Alegre: Editora Notadez/PUCRS/ITEC, 2008.

_____. A Criminologia no Ensino do Direito: importância da Criminologia no Ensino jurídico e de criminólogos crítica no sistema de justiça. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Pensamento criminológico n. 19. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2012b.

_____. Em busca da latinidade criminológica: da recepção da Criminologia crítica em América Latina à construção da(s) criminologia(s) crítica(s) latino-americana(s) e brasileira(s) In: **Estudos críticos sobre o sistema penal. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. 1, ed. Curitiba: LedZe, 2012c, p. 129-170.

_____. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Pensamento criminológico n. 19. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2012a.

_____. Por que a Criminologia (e qual Criminologia) é importante no Ensino Jurídico? Unisul de Fato e de Direito: **Revista Jurídica**, v.3, nº 6, p. 179-184, 2013.

_____. **A criminologia crítica na América Latina e o Brasil:** em busca da utopia adormecida. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (La Ley - Thomson Reuters). Novembro de 2014.

_____. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera; GARCIA, Mariana. Contributo latino-americano para pensar o controle penal de hoje: homenagem a Roberto Bergalli. In: ANITUA, Gabriel et al (Compiladores). **La Sociología del control penal en España y Latinoamérica**. Barcelona: Bosch, 2021. p. 57-88.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CARDOSO, Helena Schiessl. **Criminologia brasileira:** um mosaico à luz do ensino jurídico. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. Trad. Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. **A criminologia no ensino jurídico no Brasil**. Dissertação de Mestrado, Florianópolis, PPGD/UFSC, 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Vol. 1. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Coord.). **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde una margen. Bogotá: Themis, 1988.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Muertes anunciadas**. Santa Fe de Bogotá: Themis, 1993.

O Nejusca e o núcleo de pesquisa direito e fraternidade no âmbito dos 50 anos do PPGD/UFSC

Josiane Rose Petry Veronese

Introdução

Histórias

*Histórias marcadas
pela construção de um novo cenário.
A constituição de núcleos de pesquisas,
núcleos que se prestam a conectar o Direito
aos “chamamentos” sociais.
Nasce, assim, o Nejusca
e o Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade.
O primeiro a ocupar-se do ser criança
— sujeito de direitos —
ser essencialmente relacional.*

*O segundo, que grita a favor de um princípio esquecido
— a fraternidade.
Não é possível que,
em pleno século XXI
aceitemos como normal
violações contra a criança.
Como não é admissível
o negarmos a fraternidade.
Ouso dizer:
a criança como sujeito
depende da fraternidade
em suas múltiplas formas e meios.
A criança e a fraternidade
hão de caminhar juntas.⁸⁵*

Trata-se de algo extremamente rico, a possibilidade de fazer um registro histórico dos Núcleos que coordeno: o **Nejusca** — Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente, que no ano de 2022 celebra 25 anos de existência e o Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade, 13 anos. Núcleos que puderam ser “escritos” e desenvolvidos tendo em vista a relevante “casa comum”, que é o Programa de Pós-Graduação em Direito, nos seus 50 anos de sólida existência.

Para a elaboração deste artigo será utilizado o método histórico-descritivo, com o objetivo de contextualizar o modo como surgiram os núcleos, suas concepções e vivências no contexto do PPGD/UFSC.

6.1 Núcleo de estudos jurídicos e sociais da criança e do adolescente – Nejusca

6.1.1 Uma Breve Digressão Histórica: Origem e Fundamento

O Nejusca – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina nasceu no ano de 1997, sob a coordenação da Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese, e tem como principais temáticas a compreensão das categorias “criança” e “adolescente”, como

⁸⁵ Poema inédito, escrito para este artigo.

sujeitos de direitos. Podemos destacar que a metodologia, o processo de estudos e percepções utilizados são responsáveis pela fundação de uma “Escola de Formação” — voltada aos estudos que envolvem o vasto Direito da Criança e do Adolescente.

Desde seu primeiro ano, dezenas de estudantes, professores, juízes, promotores de justiça, advogados, e muitos outros profissionais, passaram pelo núcleo para desenvolver seus estudos centrados na temática do Direito da Criança e do Adolescente, tendo como referência os principais documentos jurídicos que lhes conferem identidade, patrimônio e legado acadêmico, em especial a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, cujas disposições consagram a essência dos direitos, que esses sujeitos em peculiar desenvolvimento exigem.

Em seu 25º aniversário, o Nejusca continua se organizando a partir do seu método inicial: por meio de um núcleo de estudos/pesquisas cuja aptidão volta-se às categorias principais de análise: a Doutrina da Proteção Integral, o princípio constitucional da prioridade absoluta e do superior interesse da criança e do adolescente, com vistas à compreensão do Paradigma da Proteção Integral.

Os pesquisadores, graduandos, mestrandos e doutorandos, bem como professores doutores de outras instituições, atuam em diferentes áreas em suas pesquisas, de forma que muitos temas pioneiros foram concebidos, outros revisados, proporcionando diferentes tópicos e avançando a cultura jurídica ao compor uma agenda de qualidade sobre o Direito da Criança e Adolescente.

Linhas de atuação:

1. Exploração do Trabalho Infantil;
2. Exploração Sexual;
3. Violência doméstica;
4. A criança indígena: proteção integral e autodeterminação dos povos
5. Crianças e adolescentes institucionalizadas;
6. A proteção integral de crianças e adolescentes negros;
7. A proteção integral de crianças e adolescentes no espaço da internet;
8. Inimputabilidade penal e responsabilização estatutária;
9. Educação e gênero;
10. Convenções e tratados internacionais;
11. Crianças no cárcere: Os direitos dos filhos dos encarcerados no Brasil;
12. A proteção integral de crianças e adolescentes expostos à publicidade mercadológica;

13. Sistema de Justiça da Criança e do Adolescente;
14. Os Direitos da Criança e do Adolescente — sua incidência nos tribunais brasileiros;
15. O fenômeno do Sharenting.

6.1.2 Quando a academia “toca” nas realidades

O Direito da Criança e do Adolescente tem sua origem a partir do questionamento dos movimentos sociais indignados com a realidade da criança e do adolescente brasileiros, destituídos, em sua quase totalidade, da sua cidadania. Essa indignação tornava-se maior à medida em que se analisava o modo com que foram historicamente tratados pela legislação brasileira, ou seja, como meros objetos de intervenção, “tutelados” pela lei e pela justiça; situação essa que, pouco a pouco, desejamos que se transforme, haja vista as garantias estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 e regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990. Tais garantias têm por fundamento dois pilares importantíssimos: a concepção da criança e do adolescente como “*sujeitos de direitos*” e a afirmação de sua “*condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*”.

O Direito da Criança e do Adolescente caracteriza-se, essencialmente, pela sua interdisciplinaridade, uma vez que nos encontramos frente a um ramo do direito que se edifica a partir das premissas inauguradas nos Tratados e Convenções Internacionais, no plano do Direito Internacional Público e Privado; e, no que concerne ao direito interno, tem sua base em primeiríssimo lugar na Constituição Federal, na sequência estabelece relações com o Direito Civil, Penal, Trabalhista, Processual e, ainda, com outras leis como, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996). Em se tratando de outras áreas do conhecimento humano, o Direito da Criança e do Adolescente possui uma relação estreita com a Psicologia, o Serviço Social, a Pedagogia, a Sociologia, a Criminologia, entre outras.

A proteção integral reconhecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consolida-se, essencialmente, no art. 227, que declara direitos especiais da criança, do adolescente e do jovem⁸⁶, como o à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, os quais devem ser garantidos pela família, pelo Estado

⁸⁶ O termo jovem foi acrescentado ao texto original do art. 227, por força da E.C n. 65 de 2010.

e pela sociedade. Esta concepção constitui a Doutrina da Proteção Integral, a qual foi agasalhada de forma plena pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como sabemos, a ideia da proteção especial da população infantoadolescente encontra seu marco na *Declaração de Genebra* de 1924, que já determinava a necessidade de se garantir à criança uma proteção especial; seguida pela *Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas* de 1948 – Paris, que previa o direito a cuidados e assistências especiais à infância.

Outro documento que podemos citar é a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, assinada pelo Brasil, representando princípios e não obrigações para os Estados signatários.

As Regras de *Beijing* – Resolução nº 40.33 da Assembleia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985, estabelecem normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude (fazendo-se uma leitura cuidadosa dessa Resolução, percebe-se o quanto influenciou o Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial, na composição do sistema socioeducativo). As Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, ambos documentos aprovados na Assembleia Geral da ONU, de 1990, de igual modo, incidiram na estruturação do Estatuto, no tocante à responsabilização estatutária.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Governo brasileiro em 1992, estabelece entre outras questões que: *Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente* (artigo 4.1) e que *Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado* (artigo 19).

Neste conjunto de documentos internacionais, merece destaque a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua sessão de 20 de novembro de 1989, a qual consagra os elementos norteadores do que no Brasil viria a se consolidar na Doutrina da Proteção Integral. O Brasil ratificou a citada Convenção com a publicação do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, transformando-a, portanto, em normativa interna. Segundo tal doutrina jurídica, as crianças — nesta categoria estariam compreendidos todos os seres humanos com idade inferior

a 18 anos (artigo 1) — são sujeitos de direitos especiais, devendo ser resguardadas por se encontrarem num processo de desenvolvimento e assim merecedoras de prioridade absoluta.

6.1.2.1 Doutrina da Proteção Integral

Quando a legislação pátria firmou a Doutrina da Proteção Integral fez uma opção que implicaria em um projeto político-social para o país, pois ao contemplar crianças e adolescentes como sujeitos que possuem características próprias ante o processo de desenvolvimento em que se encontram, obrigou as políticas públicas voltadas para esta área uma ação conjunta com a família, com a sociedade e o Estado.

A Doutrina da Proteção Integral implica sobretudo:

1. A infância e a adolescência admitidos como prioridade *imediate e absoluta*, exigindo uma consideração especial, o que significa que a sua proteção deve sobrepor-se a quaisquer outras medidas, tudo isso objetiva o resguardado de seus direitos fundamentais.
2. O princípio do melhor interesse da criança, que não deve ser visto de uma forma fantasiosa ou sonhadora, mas como algo concreto, considerando que cabe à família, portanto aos pais ou responsáveis garantir-lhe proteção e cuidados especiais; ressalta-se o papel importante da comunidade, na sua efetiva intervenção/responsabilização com as crianças e adolescentes, daí decorre a criação dos Conselhos Tutelares e, ainda, a atuação do Poder Público com a criação de meios/instrumentos que assegurem os direitos proclamados.
3. Reconhece a família como o grupo social primário e ambiente “natural” para o crescimento e bem-estar de seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito de receber a proteção e a assistência necessárias, a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade na idade apropriada.

Este entendimento resultou na “*prioridade absoluta constitucional*” determinada no *caput* do art. 227 da CF e regulamentada na Lei nº 8.069/1990, em especial por meio do art. 4º, parágrafo único:

- primazia em receber proteção e socorro em qualquer circunstância;
- precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer poder;
- preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas;
- destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude.

6.1.2.2 A Questão Conceitual

Constitui uma tarefa difícil o estabelecimento de conceitos, pois o Direito se configura como um campo do conhecimento e, portanto, suscetível a contínua e necessária transformação. Poderíamos propor, com vistas a um direcionamento pedagógico, um “conceito” e não uma definição do Direito da Criança e do Adolescente como um ramo autônomo do Direito que se ocupa em garantir os direitos fundamentais de toda criança e todo adolescente, compreendidos como pessoa humana em processo de desenvolvimento, numa esfera de prioridade absoluta conforme previsão constitucional e infraconstitucional. O Direito da Criança e do Adolescente, destaca-se, não está previsto em um único instrumento normativo, muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente seja o principal deles.

Ao analisarmos o papel da criança e do adolescente na sociedade atual verificamos o quanto têm sido submetidos a múltiplas violações.

Quando se fala da violência que tem como vítima a criança, logo a associamos ao fenômeno dos maus-tratos e da violência sexual. De fato, estas duas formas são, de certo modo, as mais visíveis e, além do que, os meios de comunicação social têm demonstrado as aberrações que ocorrem neste campo em nosso país. As estatísticas dizem por si mesmas e a situação é ainda mais estarrecedora quando temos consciência de que muitos casos não chegam sequer a ser noticiados, compondo a cifra oculta da violência. No entanto, a cruel violência psicológica não pode ser descuidada, quantos meninos e meninas são aterrorizados no seu dia a dia e vivem em profundo sofrimento?

Ao visualizarmos tal quadro, entendemos uma das razões pelas quais o Estatuto da Criança e do Adolescente tem encontrado tanta resistência nestes seus 32 anos de vigência, pois esta Lei estabelece uma nova concepção do que seja a criança e o adolescente, conceito este que se dirige a um universo de pessoas independentemente de uma suposta “*situação irregular*” que os minorizava, passando a contemplar a “*proteção integral*” e, portanto, a criança e o adolescente são concebidos como cidadãos, o que equivale dizer *sujeito de direitos*. E o que isto significa? Significa um compromisso institucional de romper com a “cultura” que coisificava a infância e a adolescência, retirando-os da condição de objetos e elevando-os a autores da própria história, o que não é fácil pois implica em mudança de valores, de ideias e de condutas.

Há que se dar início ao processo de transformação dessa cultura “incivilizatória”, na qual a criança brasileira é desumanamente tratada, não somente em

função dos maus-tratos, da exploração sexual, do trabalho infantil, da exploração da imagem (fenômeno do *sharenting*), da violência institucional, mas por situações que demonstram um verdadeiro estado de guerra. Urge um resgate ético, que sejamos intransigentes no querer um sistema mais humanitário, pois um país que nega aos seus o direito de ser efetivamente criança, não tem condições de colocar-se no despontar do séc. XXI como uma nação cidadã.

6.2 Uma produção diferenciada

O NEJUSCA, desde a sua organização em 1997, tem como coordenadora Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese, que promove debates críticos e científicos sobre variados temas: violência contra a criança, em suas múltiplas formas e análise do funcionamento das instituições, o que, ao longo de vinte e cinco anos, foram materializados em obras, capítulos de livros, artigos publicados em revistas e em anais de evento.

Nesse sentido, tem-se a seguinte classificação temática⁸⁷:

6.2.1 Direito da Criança e do Adolescente

VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Nejusca** – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente: 25 anos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Das sombras à luz**: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry (organizadora) **Lições do Direito da Criança e do Adolescente**. vol. 1. Porto Alegre. Editora Fi, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry (organizadora) **Lições do Direito da Criança e do Adolescente**. vol. 2. Porto Alegre. Editora Fi, 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry (organizadora). **Direito da Criança e do Adolescente** – novo curso, novos temas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁸⁷ Classificação atualizada em relação à elaborada, originariamente, por Joana Ribeiro, presente na obra: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Nejusca – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente: 25 anos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle. M. E. dos. **Direitos e Garantias da Criança e do Adolescente** (livro digital). 2. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André. V. **Direito da Criança e do Adolescente**: para concurso de Juiz do Trabalho. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André. V. **Direito da Criança e do Adolescente**: para concurso de Juiz do Trabalho. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry.; LIMA, Fernanda da Silva . **Direito da Criança e do Adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. v. 5. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB editora, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: Ltr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Ltr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos da Criança e do Adolescente**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

6.2.2 O Direito da Criança e do Adolescente no Contexto dos Tratados Internacionais:

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os Direitos da Criança: 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1. Ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2019.

6.2.3 Estatuto da Criança e do Adolescente Grandes Temas:

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 30 anos – Grandes temas, grandes desafios** (organizadora). 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. (organizadores). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: Comentários jurídicos e sociais. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo (organizadores). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos de desafios e conquistas. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 1. Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

6.2.4 Criança e as Múltiplas Violências

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane L. (organizadoras). **A Criança e seus Direitos**: entre violações e desafios. 1. Ed. Editora Fi, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry (organizadora). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. 1. Ed. Florianópolis: OAB editora, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene da. **Violência doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente. 1. Ed. Florianópolis: OAB editora, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Entre violentados e violentadores**. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

6.2.5 A Criança e o Adolescente com Deficiência

VERONESE, Josiane Rose Petry; CRISPIM, Carlos A. **Crianças com deficiência**: a inclusão como Direito. Editora Deviant, 2020.

6.2.6 Crianças e Mães Presas

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho Amaral. **Crianças encarceradas** – 2. Ed. – atualizada e revisada. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho Amaral. **Crianças encarceradas** – 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

6.2.7 A Criança e o Adolescente na Literatura

VERONESE, Josiane Rose Petry; RIBEIRO, Joana (organizadoras). **Direito e Literatura**: a quem serves. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. (organizadora). **Olivas da Aurora**: Direito e Literatura. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Maria e os sinais matemáticos**. 1. ed. Lages: Graphel – Gráfica e Editora, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Duas histórias**. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

6.2.7.1 Criança e Adolescente na Prosa

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Movimentos**: *Allegro ma non troppo*. 1. ed. Caruaru: Asces, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Humanidades em crônicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

6.2.7.2 Criança e Adolescente em Poesia

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Marina em 85 poemas**: 1. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Partituras em poemas**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Tocata de uma Alma**: poemas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Poética, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Olhos Verdes**. 1. ed. Curitiba: Multideia editora, 2014.

6.2.8 Trabalho Infantil

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Vívian de Gann dos. **Trabalho infantil e reforma trabalhista**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho Infantil Doméstico no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André V. **Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Multidéia, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. 1. ed. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2007

6.2.9 Criança, Consumo e Publicidade

VERONESE, Josiane Rose Petry; ZANETTE, Sandra Muriel Zadróski. **Criança, consumo e publicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2018.

6.2.10 Criança e Adolescente no Contexto da Categoria Jurídica da Fraternidade

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Aguiar de (Organizadoras); OLIVEIRA, Francisco C. (Org.). **Direitos da Criança e do Adolescente e Direitos da Juventude: o olhar da fraternidade**. 1. ed. Curitiba: Prisma, 2017. v. 1. 332p.

6.2.11 Poder Familiar, Guarda, Tutela, Adoção e Apadrinhamento Afetivo

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Marcelo de Mello. **Abandono de filhos adotivos**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022.

RIBEIRO, Joana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Princípios do direito da criança e do adolescente e guarda compartilhada com a família extensa: estudos de casos**. 1. ed. Editora Fi, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry; PIEROZAN, J. H. **Apadrinhamento Afetivo: o cenário de Santa Catarina**. 1. ed. Editora Fi, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen Crystine. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVEA, L. F. B.; SILVA, M. F. **Poder familiar e tutela: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1. ed. Florianópolis: OAB editora, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry; PETRY, João Felipe. **Adoção Internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e legais**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

6.2.12 Criança e Educação

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. **Educação versus punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente**. 1. ed. Blumenau: Nova Letra, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry ; VIEIRA, Cleverton Elias. **Limites na educação: sob a perspectiva da doutrina da proteção integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.

6.2.13 Crianças e Direitos Humanos

VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Cláudio. M. (organizadores). **Direitos Humanos e vulnerabilidades**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020. v. 1. 251p.

6.2.14 Responsabilização Estatutária

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? o que diz a Lei do Sinase: a inimputabilidade penal em debate**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva; SANTOS, Danielle M. E. dos. **Ato infracional e medida socioeducativa**. 1. ed. Palhoça: Unisul Virtual, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Infância e adolescência, o conflito com a lei**: algumas discussões. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

6.2.15 Pandemia, Criança e Adolescente

VERONESE, Josiane Rose Petry; RIBEIRO, Joana. **Pandemia, Criança e Adolescente**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

6.2.16 Criança e Racismo

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Mamãe África, cheguei ao Brasil**: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial. 1. ed. Florianópolis: Editora da UFSC/ Fundação Boiteux, 2011. v. 1. 266p.

6.3 Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade: origem e fundamentos

Parece-nos imperioso destacar que, frente aos mais variados conflitos que flagelam a nossa contemporaneidade, o debate e a vivência da fraternidade tornarão possíveis a transformação das estruturas sociais, com uma contribuição concreta para a formação de uma nova cultura que, efetivamente, evidencie o valor não monetizado das relações humanas. Isso posto, o grande bem a ser agregado aos demais se trata do *bem relacional*, único meio real de reavivar na humanidade a completude da sua existência, neste século XXI.

Sob tal perspectiva, o “Carisma da Unidade”, que encontra sua fonte em Chara Lubich, apresenta-se como um novo modelo, caracterizador de uma nova cultura que desabrocha da forte necessidade de partilha, inerente à pessoa humana. Diante das exigências sociais e da pungente experiência humana, na qual se observa, cada vez mais, a busca de soluções para os conflitos humanos, esta nova relacionalidade, que tem como fundamento a fraternidade, surge como uma perspectiva ainda não completamente buscada, ainda não experienciada, que pode ser compreendida como um meio real de reavivar na humanidade a completude da sua existência.



Em 2005, realizou-se o primeiro Congresso Internacional em Roma com o título “*Relacionalidade no Direito. Qual espaço para a fraternidade?*”, que teve o mérito de lançar um desafio: encontrar um espaço para a fraternidade no Direito.

A novidade desta proposta mostrou-se evidente em muitas experiências apresentadas. Estiveram presentes cerca de 700 participantes, de 47 países, com representantes dos cinco continentes e de 12 estados brasileiros.

No Brasil, em outubro de 2007, foi realizado um Congresso Regional, em São Luiz do Maranhão, com 200 participantes, que foi o marco inicial para eventos com esta proposta nova: pensar o direito a partir de uma matriz relacional, tomando a fraternidade como expressão, também, do Direito, portanto, como categoria jurídica.

Em janeiro de 2008 foi realizado um Congresso Nacional, em São Paulo, com a participação 246 atores do Direito e estudantes. Neste evento, pela primeira vez no Brasil, foi resgatada a importância das universidades na difusão, promoção de um novo paradigma para o direito: foi trazida à discussão a fraternidade como possível categoria jurídica, se haveria uma previsão da normativa brasileira, seja constitucional ou infraconstitucional, neste sentido.

6.3.1 Por que É Preciso Falar da Fraternidade na Academia?

E assim, partindo desse diapasão, no dia 11 de setembro de 2008, realizamos a 1ª Jornada Sul Brasileira Direito e Fraternidade, em Florianópolis, no auditório da reitoria da Universidade Federal de Santa Catarina. Esta jornada colocou em relevo uma discussão importantíssima para a academia, em especial para o Direito: a de evidenciar a imperiosa necessidade de consolidarmos relacionamentos solidários, fraternos, nos mais variados aspectos que envolvem o Sistema de Justiça.

Éramos duzentas e quarenta e sete pessoas, público este formado por uma grande massa de estudantes de Direito dos três Estados do Sul, faziam-se também presentes estudantes da Psicologia, Serviço Social e Pedagogia, entre outros cursos. Estes estudantes eram, prioritariamente, das seguintes instituições de ensino superior: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Universidade do Vale do Itajaí – Univali (campus Biguaçu, São José, Itajaí); Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc); Universidade do Sul do Estado de Santa Catarina (Unisul); Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc); Universidade do Planalto Catarinense (Uniplac); Universidade de

Santa Cruz (RS), Universidade Federal de Santa Maria (RS), Faculdade de Direito de Garapuava (PR), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

Também compunha este auditório: professores, magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição, promotores de justiça, procuradores de justiça, advogados, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos. Este evento, que analisou o Princípio da Fraternidade sob o enfoque doutrinário e prático, em função dos inúmeros relatos apresentados, tornou explícito que os princípios da liberdade e da igualdade, que ocuparam grande espaço na tradição jurídica, mostram-se insuficientes se a eles não for agregado um terceiro princípio que é o da fraternidade — princípio “esquecido”.

Em fevereiro de 2009, um pequeno grupo de professores de Santa Catarina participou do “Primeiro Congresso Internacional para estudantes, estudiosos e jovens profissionais: jovens juristas em diálogo” – Castelgandolfo – Roma/Itália. Este congresso contou com a participação de cerca de 300 pessoas, representantes de 26 nações e tradução para sete idiomas.

Evidenciamos deste encontro, além do mergulho em concepções tão distintas dos sistemas normativos de cada país ali representado, a possibilidade de conhecermos outras experiências, pois significativos foram os relatos dos atores do direito, estudiosos e estudantes dos mais diversos países, com seus respectivos costumes, formas de pensar e atuar o direito, enfim, também neste evento tivemos a oportunidade de construirmos um relacionamento baseado no respeito ao outro. Aí está a essência, algo vivo, dinâmico, experienciado, para além das barreiras do diferente, do desconhecido, do não usual, sobretudo em se tratando do direito na concepção ocidental, tão distinto do oriental.

A proposta do Congresso: “*Tu sei me*”, ou seja, “o outro sou eu” torna-se um imperativo categórico para fazermos o bem. Neste congresso, face a participação de um grupo da Universidade Federal de Santa Catarina, sentimos que também a academia poderia ser espaço importante para esta percepção, deste modo propomos a criação do *Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade*.

Este *núcleo* não seria tão-somente um lugar de estudos, de investigação doutrinária acerca da Fraternidade e o Direito, como também um *fórum* permanente de diálogo com os atores do direito, uma vez que já estão conosco vivenciando esta nova perspectiva, além de professores e estudantes de direito e áreas afins, magistrados, membros do Ministério Público, advogados, policiais etc.



Portanto, no dia 5 de junho de 2009, em seção solene realizada no auditório do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, com a presença dos diretores dos variados centros da universidade federal, do Vice-Reitor, da Pró-Reitora de Ensino de Graduação, de professores da instituição e de outras universidades⁸⁸, profissionais do direito⁸⁹ e alunos, foi instaurado oficialmente este núcleo que além de interdisciplinar, o é também interinstitucional.

Na sequência, o Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina promoveu no seu auditório, no **dia 20 de agosto de 2009**, o Colóquio Direito e Fraternidade, o qual contou, de igual modo, com professores e estudantes de direito da UFSC e outras instituições de ensino superior. Nesta ocasião foi assinado um Convênio entre a UFSC e o Instituto Universitário Sophia, para possibilitar um intercâmbio de alunos e professores entre ambas as instituições.

Seguido a instalação oficial do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade, no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, em junho de 2009, desenvolvemos a primeira disciplina (Seminário) sobre este tema entre os meses de setembro a novembro, uma cátedra de 30 horas/aula, que contou com a participação dos alunos que estavam inscritos no nosso programa de Mestrado e Doutorado em Direito, bem como professores e graduandos em Direito, como ouvintes.

Esta disciplina “Direito e Fraternidade” **foi o primeiro momento de análise do tema fraternidade no âmbito acadêmico de uma Pós-Graduação em Direito no Brasil (nos programas de Mestrado e Doutorado), em que abordamos, mais especificamente, os temas:** Direito e Justiça; Direito e Fraternidade; A Fraternidade como categoria jurídica; Fraternidade e direitos humanos; Elementos do conceito de Fraternidade e de Direito Constitucional; A Fraternidade e a Cultura Contemporânea; A Fraternidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro Relações Jurídicas e Fraternidade; A produção jurisprudencial e a categoria Fraternidade.

⁸⁸ Além da UFSC, participaram da solenidade dois professores do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale de Itajaí – Univali (Prof. Dr. Moacyr Motta e Profa. Dra. Maria da Graça S. Dias); Profa. Msc. Rosane Leal da Silva, da Universidade Federal de Santa Maria; Profa. Madilini Gurgacz, da Unisul e a Profa. Geralda Magella de Faria Rossetto, da Unesc. Faziam-se também presentes acadêmicos do curso de Direito, inclusive do Programa de Mestrado e Doutorado, do curso de Psicologia, Serviço Social e Pedagogia da UFSC e outras instituições.

⁸⁹ Destaca-se a presença de advogados: Dra. Ildete Regina do Vale da Silva (Brusque) e Dr. Cleverton Elias Vieira (Florianópolis), do Ministério Público de Santa Catarina fazia-se presente Dra. Helen Cristina Sanches; do Poder Judiciário estavam conosco duas magistradas: Dra. Brigitte R. May e Adriana Mendes Bertoncini.

Em razão disso, dois membros do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade participaram com apresentação de pesquisas, um graduando da UFSC, Eduardo Rafael Petry Veronese e uma doutoranda da Universidade do Vale Itajaí – UNIVALI, Ildete Regina da Silva, no Seminário de Ciências Políticas – Democracia, Soberania e Poder, realizado nos dias 17 e 18 de fevereiro de 2011, em Loppiano, no Instituto Universitário Sophia, Florença, Itália.

De igual modo, tivemos a participação da professora da UFSC, Josiane Rose Petry Veronese, com a apresentação de seus estudos sobre o tema: “*O embrião humano e o princípio da dignidade*”, juntamente com estudantes do programa de doutorado da UFSC: Cláudia Maria Amaral Vieira e Helen C. Corrêa Sanches, bem como da professora de direito da Universidade de Curitiba/PR, Maria Helena Fonseca Faller, no segundo Congresso Internacional para jovens juristas, com o título: “*Dignidade, relacionalidade, direito: O diálogo continua*”, entre os dias 25 e 27 de fevereiro de 2011, em Castelgandolfo – Roma/Itália.

Pesquisadores do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade também participaram com apresentações de temas no evento realizado no Chile em outubro de 2011; bem como uma série de Congressos e Seminário realizados no Brasil, até a presente data.

6.3.2 O Papel Inovador do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade

Destacamos que as discussões e reflexões realizadas têm crescido em profundidade, com preocupações muito claras:

1. A necessária construção doutrinária de temas jurídicos e sua relação/vinculação com a fraternidade, e neste espaço, a consciência de que esta construção se dê sobre as bases de um discurso “laico”, por isso a escolha de autores reconhecidíssimos na área do Direito, tanto na dimensão interna, quanto internacional.
2. Como dar efetividade à fraternidade, ou seja, como fazer com que o Judiciário, o Ministério Público e a Advocacia, na prática cotidiana de seus membros, tenham esta nova “cultura”?
3. Realçar, no ambiente acadêmico, sobretudo para o estudante de direito, que a prática da fraternidade é imprescindível para a visão humanista do Direito, pois o nosso objetivo não é o de sermos meros leitores e reprodutores da norma (da letra fria da lei), mas, antes, extremamente sensíveis com a realidade conflitual na qual estamos envolvidos.

4. Influenciar no nosso papel institucional, pois muitos dos que participam do Núcleo Comunhão e Direito também estão engajados em uma esfera de atuação político-institucional, e deste modo, o compromisso com a fraternidade também deverá incidir em muitos paradigmas existentes.

6.3.3 Uma Produção Dinâmica

Como resultado deste processo, temos na UFSC uma larga produção em termos de obras, artigos, dissertações, tese, com vistas a evidenciar que a fraternidade se apresenta como um novo suspiro, uma nova perspectiva para o Direito em meio a tantas crises, conflitos e ou mesmo questionamentos acerca da sua real imprescindibilidade e, sobretudo, que rumos deverá tomar. Destacaremos as seguintes obras, que apontam o caráter coletivo das pesquisas, no entanto, dezenas são os artigos publicados em livros e revistas.

Livros:

VERONESE, Josiane Rose Petry; KONRATH, Ângela Maria (organizadoras). **Espelhamentos:** direito e literatura. Florianópolis: Emais, 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. **Direitos na pós-modernidade:** a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. **Direito e fraternidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Francisco Cardoso; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. **A fraternidade como categoria jurídica:** da utopia à realidade. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry. **Um conceito de fraternidade para o direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. **O direito revestido de fraternidade.** Florianópolis: editora Insular, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. **O direito no século XXI: o que a fraternidade tem a dizer** Florianópolis: editora Insular, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira. **Direito, Justiça e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; FONSECA, Reynaldo Soares da. **Direito, Literatura e Fraternidade**. Florianópolis: Emais Editora. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSETTO, Geralda M. de F. **Direito e literatura: um outro olhar**. 1. ed. Florianópolis: EMais, 2020. 280p.

VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese; MOURA, Maria do Perpétuo Socorro Guedes. **Um outro lugar: Direito, Literatura e Fraternidade**. Florianópolis: Emais Editora. 2020.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria (organizadoras). **Direito e fraternidade humana: temas contemporâneos**. Porto Alegre: Simplissimo, 2020.

E-books:

VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Reynaldo Soares da. **Sociedade digital: desafios para a fraternidades**. Vol. 1. Caruarú/PE: Editora Asces, 2022.
Link: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/3239>

VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Reynaldo Soares da. **Sociedade digital: desafios para a fraternidades**. Vol. 2. Caruarú/PE: Editora Asces, 2022.
Link: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/3240>

VERONESE, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela; FONSECA, Reynaldo Soares da. **Educação, direito e fraternidade: temas teórico-conceituais**. Vol. 1. Caruarú/PE: Editora Asces, 2021.
Link: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/2643>

VERONESE, Josiane Rose Petry; BRITO, Rafaela; FONSECA, Reynaldo Soares da. **A educação e o direito: a construção de uma sociedade fraterna. Temas práticos e inovadores**. Vol. 2. Caruarú/PE: Editora Asces, 2021.
Link: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/2644>



VERONESE, Josiane Rose Petry; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; POZZOLI, Lafayette (organizadores). **Pandemia, Direito e Fraternidade**. Caruarú/PE: Editora Asces, 2020.

Link: <http://200-98-146-54.clouduol.com.br/bitstream/123456789/2632/3/978-65-88213-03-2.pdf>

VERONESE, Josiane Rose Petry, Souza, Cláudio Macedo de. **Direitos Humanos e vulnerabilidades**. Florianópolis: Habitus, 2020.

Link: <http://habituditora.com.br/index.php?q=const-27a>

Tese de Doutorado:

FARIA, Geralda Magella de. **O conceito de fraternidade em Chiara Lubich**: contributo à díade da teoria e prática da justiça. Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Doutora em Direito. Orientadora: Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese. Florianópolis (SC) 2021.

Link: <https://tede.ufsc.br/teses/PDPC1527-T.pdf>

Considerações finais

Muitas vezes somos levados a questionar se é realmente possível imprimir nas leis, em seu sentido estrito, a fraternidade. Seria a fraternidade uma categoria a ser pensada somente em termos políticos e/ou sociológicos? Seria um valor a ser impresso nos comportamentos humanos de forma a instaurar ações e redes fraternas? Mas é também possível admiti-la como categoria jurídica, ainda que de forma principiológica?

Esses questionamentos fazem parte da nossa atuação realizada no Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente – Nejusca e no Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade, ambos do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Contudo, o questionamento mais significativo é o passo que fazemos na construção de uma ciência do Direito medida por mais humanidade e excelência no conhecimento. De outro modo, estaríamos avançando sem o sinal e a marca da fraternidade, em compasso com a violação e não com a proteção dos direitos, especialmente os da criança e do adolescente. Os direitos necessitam ser baluartes, instrumentos a favor de uma efetiva justiça que insiste, infelizmente, em sua cegueira.

É imperioso que o respeito aos direitos, duramente conquistados, liderem a nossa lista de prioridades neste séc. XXI. É indispensável a ética, o compromisso com vistas à proteção, à promoção e à defesa dos direitos. Fora desta compreensão, o risco da barbárie se anuncia. Não podemos permitir a precarização da nossa existência, pois desejamos e nos empenhamos em crescer com e na humanidade.

O absolutismo na filosofia de Hobbes

João dos Passos Martins Neto

Introdução

Em razão de suas concepções sobre o poder político, Hobbes é conhecido como o filósofo do absolutismo. O título é aceitável, mas desde que, ao termo absolutismo, não se atribua a conotação encontrada no uso vulgar. Absolutismo é termo ambíguo, geralmente empregado e recebido, no discurso comum, como sinônimo de governo arbitrário, tirânico ou despótico. Chamar a Hobbes de absolutista ou aludir ao absolutismo a fim de associar o seu pensamento à defesa da tirania é um erro desconcertante, que deturpa o sentido de sua obra monumental. Só uma leitura superficial e desprevenida poderia reduzir o Filósofo de Malmesbury a uma polêmica tão medíocre.

Na verdade, quando suas reflexões são examinadas em conexão com as graves tensões políticas da época, quando elas são situadas na perspectiva da Europa do século XVII, fica fácil compreender porque Hobbes é, ao contrário, um autor tão significativo, tão admirável. Hobbes foi o pensador que elaborou, na vanguarda de seu tempo, através da doutrina do poder soberano, o principal argumento de justificação do Estado Moderno e do positivismo jurídico, dois fenômenos históricos interligados, próprios de

um período de radicais transformações na trajetória da civilização humana. O sentido do absolutismo em sua filosofia somente pode ser encontrado dentro desse quadro.

Em Hobbes, o absolutismo está relacionado ao processo de produção jurídica. O poder absoluto é, sobretudo, um atributo do legislador competente no âmbito da comunidade política. Aquele que detém o poder de legislar é *legibus solutus* porque, de um lado, é o único legislador e, de outro, decide livremente sobre o conteúdo da lei, podendo estatuir o que bem lhe aprouver. O absolutismo, nesse sentido, é um predicado inerente ao monopólio estatal do direito e à liberdade plena do legislador, traços marcantes, justamente, da ordem política moderna e do positivismo jurídico.

O absolutismo não assinala, assim, o compromisso de Hobbes com regimes de força bruta, mas constitui um dos elementos de uma teoria do estado e do direito de caráter positivista, que descreve e defende o modo de organização do poder político que, sucedendo o pluralismo e o jusnaturalismo medievais, marcou a era moderna no ocidente e perdurou até o advento do constitucionalismo contemporâneo.

Por isso, compreender Hobbes e sua importância filosófica depende de não se deixar levar pela imprópria associação entre absolutismo e despotismo e de fazer a assimilação correta, entre absolutismo e positivismo, colocando o termo na perspectiva da teoria em que ele se insere. Em defesa dessa posição, vamos começar explorando o contraste entre as variantes do positivismo e do garantismo jurídicos no contexto da modernidade para então, ao final, localizar e conceituar o absolutismo hobbesiano.

7.1 A Ordem Moderna

O Estado Moderno se formou na Europa entre os séculos XIII e os fins do século XVIII. Pode ser definido como uma unidade de comando no território da nação. Caracteriza-se pela concentração, nas mãos do soberano, do poder de estabelecer o direito, ou seja, de ditar normas de comportamento e de punir os infratores. Consolidou-se quando a monarquia finalmente se impôs sobre o modo de configuração político-jurídica do medievo, marcada por uma pluralidade de estruturas de poder.

A unidade jurídico-política que singulariza o Estado Moderno viabilizou-se através do monopólio da força, que se traduz pela exclusividade do poder de legislar (monopólio da legislação) e de julgar (monopólio da jurisdição) no âmbito da comunidade nacional. Implicando a redução do conteúdo do direito às leis e às decisões emanadas de uma só fonte, o monopólio da força retirou de quaisquer outros pretensos poderes,

sobretudo o eclesiástico, o direito de organizar a vida em sociedade e assegurou a edificação de um único ordenamento jurídico, deixado a cargo de instituições seculares.

Ferrajoli observa que, no período anterior, pré-moderno, não havia tradição legislativa, mas apenas jurisprudencial e doutrinária. *“Inexistia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas, ao contrário, uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes — do Império, da Igreja, dos príncipes, dos municípios, das corporações — nenhuma delas com o monopólio da produção jurídica”* (1999, p. 15). A aceitação de uma norma como jurídica, ou como expressão do direito válido e existente na comunidade, não dependia da sua fonte de produção, mas de sua racionalidade intrínseca, ou da justiça dos seus conteúdos.

De acordo com Matteucci, a soberania é a categoria jurídico-política que possibilitou ao Estado Moderno, mediante sua lógica absolutista interna, prevalecer sobre o modo de organização medieval do poder, baseada, por um lado, nas categorias e nos estamentos, e, por outro, nas duas grandes coordenadas universalistas representadas pelo papado e pelo império. *“Isto ocorre”, diz ele, “em decorrência de uma notável necessidade de unificação e concentração do poder, cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população, e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão”* (1991, p. 1.179).

Segundo Bobbio, o Estado Moderno é o resultado de um processo simultâneo de libertação e unificação: de libertação em face de uma autoridade tendencialmente universal, que, por ser de ordem espiritual, proclamava-se superior a todo poder civil; e de unificação em face das instituições menores, associações, corporações, cidades, que constituíam, na sociedade medieval, um perigo permanente de anarquia (1991, p. 65).

No ocidente europeu, o Estado Moderno acabou por assumir a forma de Estado de Direito. Conceitualmente, a categoria do Estado de Direito designa as sociedades que vivem sob o governo das leis, ou seja, sob a influência de normas de alcance geral, pública e previamente estabelecidas pelo poder legislativo, cuja função primordial é regular, prospectiva e claramente, as condutas humanas e suas consequências, inclusive em relação aos agentes públicos. O instituto da lei é o elemento-chave da noção, o ponto de distinção entre o Estado de Direito e as formas tirânicas de exercício do poder.

Por ter origem no órgão de representação política, a lei tende a legitimar o ordenamento jurídico, que não deve ser mera expressão da força. A generalidade da lei conduz à aplicação igualitária do direito; a lei não

deve ser diferente para situações iguais. A publicidade da lei permite o conhecimento prévio do ilícito e das suas consequências; as pessoas devem antever o que podem e o que não podem fazer. Por fim, a prospectividade, ou a não retroatividade da lei, impede as punições *ex post facto*; ninguém deve ser punido por uma conduta que não era ilegal ao tempo de sua prática.

No contexto da modernidade, levando em conta a margem de liberdade do legislador no processo de produção da lei, é possível distinguir dois modelos de Estado de Direito, o positivista e o garantista. Historicamente, ambos resultaram, cada qual a seu tempo, de rupturas profundas com o mundo anterior. O modelo positivista, baseado no formalismo e no absolutismo, opôs-se ao pluralismo e ao *jusnaturalismo* da era medieval; o modelo garantista, produto dos movimentos constitucionalistas, será uma reação, séculos adiante, à crise do positivismo, associada aos totalitarismos contemporâneos.

7.2 O positivismo jurídico

A ascensão do Estado Moderno aconteceu sobre a base de um fenômeno jurídico, o da exclusividade do poder do soberano de criar e impor o direito. Por isso, a história do Estado Moderno é inseparável da história do positivismo jurídico, doutrina cujo postulado central é exatamente o de que não existe outro direito senão o estatal. O positivismo jurídico prevaleceu e frutificou justamente a partir da concentração e da estatização das fontes de produção do direito nos fins do século XVIII na Europa.

Um elemento característico do positivismo jurídico é o formalismo. A tese central é, neste aspecto, a de que o direito positivo é direito válido independentemente de seu conteúdo. Uma norma não é mais válida por ser justa, mas apenas por ter sido “posta” pela autoridade. O princípio *jusnaturalista veritas non auctoritas facit iudicium* é substituído pelo princípio positivista *auctoritas non veritas facit legem*. De acordo com a lógica formal, desde que emane de quem detém o poder de legislar e que os rituais de sua elaboração tenham sido cumpridos, a lei vale e deve ser obedecida, não cabendo indagar se ela é justa ou injusta em função do conteúdo de suas imposições.

Ao formalismo, soma-se o elemento do absolutismo. O caráter absoluto do poder de legislar, ou de criar o direito, fixando livremente o sentido do lícito e do ilícito nas relações humanas, é uma consequência evidente do positivismo jurídico. Se a lei positiva é a única fonte do direito, o detentor



do poder de legislar não pode, salvo contraditoriamente, estar limitado quanto ao conteúdo das normas que lhe compete estabelecer. Nenhum outro pretensão direito, como quer que se o chame — divino, natural, ou racional —, pode ser invocado como razão de invalidade da lei positiva, sob pena de se admitir a existência de fontes jurídicas distintas e superiores à vontade estatal.

O positivismo jurídico acabou se convertendo na condição decisiva do Estado Moderno. Na transição entre o medievo e a modernidade, ele blindou o poder dos reis e garantiu a coesão da nova ordem política. Os poderes concorrentes, que ainda resistiam, ficaram destituídos da possibilidade de contestar o direito estatal em seu mérito. A alegação de injustiça da lei, por seu contraste com o direito natural ou com as verdades da lei de Deus, tornou-se inadmissível em face da afirmação do princípio da legalidade como único critério de identificação do direito válido e vigente na comunidade.

Por ser a lei o principal instrumento do poder de comando, o poder legislativo adquire especial relevância no conjunto das instituições estatais. Ocorre que o poder legislativo pode ter a sua atuação disciplinada de diversas maneiras, seu poder por ser maior ou menor dependendo do modo como possa estar limitado. No modelo positivista, embora limites jurídicos existam, eles são de natureza formal, relativos à qualidade do legislador e ao modo de legislar. O poder legislativo encontra-se limitado apenas por regras que definem as autoridades habilitadas a legislar e a forma pela qual devem proceder. A obrigação do legislador consiste em observar as regras de competência e de procedimento legislativos. O legislador, com autoridade para impor o direito e desde que observe o rito prescrito, é livre quanto ao conteúdo das leis, podendo imprimir qualquer direção à matéria de sua deliberação. Por isso, no domínio do positivismo jurídico, o legislador, detentor da soberania, é *legibus solutus*.

O uso da lei como meio de governo tende a gerar previsibilidade, mas ainda assim a fragilidade do modelo positivista é evidente. Mesmo que juízos morais, tradições culturais e circunstâncias políticas possam, na prática, conter um legislador benigno, não há, no plano jurídico, nenhuma segurança contra um legislador maligno, ou contra a expedição de uma norma que afronte padrões mínimos de justiça. Nas primeiras décadas do século XX, as debilidades do positivismo foram expostas dramaticamente. A história do nacional-socialismo evidenciou o problema da adoção de leis nocivas. Onde a autoridade competente para legislar pode impor o que quiser, ainda que o fazendo por meio da lei e com respeito às regras de competência e procedimento, não há garantia

contra a iniquidade. Sirvam de exemplo as leis discriminatórias que, na década de 1930, proibiram os judeus de exercerem função pública e de casarem-se com alemães não-judeus na Alemanha de Hitler. Sem dúvida, eram leis abjetas, mas formalmente vigentes e válidas à luz da lógica formal.

7.3 O garantismo jurídico

A crise provocada pelas atrocidades do nazismo e pelos totalitarismos contemporâneos impôs a substituição do modelo positivista. A premissa subjacente ao desejo de mudança é a de que não é suficiente ao ideal do bom governo que o legislador esteja adstrito a respeitar as regras formais de competência e de procedimento no processo de produção da lei; entende-se que ele não pode estar autorizado a fazer qualquer lei que lhe aprouver, com qualquer conteúdo, como o legislador absoluto (*legibus solutus*) do positivismo jurídico; entende-se que ele deve estar impedido de legalmente instituir leis incompatíveis com as exigências fundamentais inerentes à ideia de justiça.

A saída encontrada, para esse efeito, corresponde à fórmula garantista das democracias constitucionais do pós-guerra, que compreende os seguintes elementos: a) um ordenamento jurídico diversificado e hierarquizado (com distintas espécies normativas e diversos planos de validade); b) a Constituição situada em um plano de normatividade superior (atributo da supremacia); c) a constitucionalização dos direitos humanos (como regras constitucionais substantivas); d) a atribuição de força normativa à Constituição; e) a rigidez dos preceitos fundamentais (cláusulas pétreas); f) a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

Adotada essa fórmula, algo notável acontece. Em razão do princípio da supremacia constitucional, o legislador, embora também se encontre limitado por regras de competência e procedimento (limites formais), está submetido agora às normas substantivas previstas na lei constitucional. Nesse caso, o limite que se lhe antepõe é substantivo, material. Se, por exemplo, a lei constitucional, que vale mais, proíbe a pena de morte, o legislador já não pode instituí-la por meio do direito ordinário. Adicionalmente, em virtude da rigidez constitucional, as normas constitucionais só poderão ser modificadas por meio de um procedimento de revisão agravado (rigidez relativa), e algumas delas (como as de direitos humanos fundamentais) não poderão ser jamais abolidas (rigidez absoluta), porquanto são consideradas indisponí-

veis (cláusulas pétreas) em função da sua extraordinária importância comunitária.

Enquanto o princípio da supremacia protege a Constituição contra o legislador ordinário, a rigidez protege a Constituição contra o legislador constituinte derivado, ou seja, contra a sua própria reforma, ora dificultando a alteração, ora impedindo-a absolutamente. Assim, hipoteticamente, se a proibição da pena de morte consta da lei constitucional como uma norma relativamente rígida, sua adoção pela lei penal dependerá da aprovação prévia de uma emenda constitucional que a torne permissível, mas para tanto o legislador reformador terá que ultrapassar as barreiras de um procedimento rigoroso. Por outro lado, se a proibição da pena de morte consta da lei constitucional como cláusula pétrea, ou imune à abolição, a legislação penal jamais poderá adotá-la porque a Constituição não pode ser sequer modificada para autorizar a sua adoção.

No modelo garantista, a validade das leis em geral não depende apenas da sua forma de produção, senão também da coerência de seus conteúdos com as normas constitucionais. Uma lei formalmente vigente pode ser substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com o sentido das normas constitucionais. Ocorre a superação do paradigma positivista, porquanto agora só serão consideradas válidas as leis produzidas pela autoridade competente e de acordo com a forma previamente estabelecida, mas cujos conteúdos, além disso, não estejam em contradição com o das normas constitucionais substantivas.

O nome *democracia constitucional* é o que melhor descreve o garantismo jurídico. A palavra constitucional faz referência à forma em pirâmide da ordem jurídica, que compreende uma lei mais alta (de validade superior), em parte imutável, protegida por mecanismos de controle de constitucionalidade. A palavra *democracia* alude ao conteúdo do pacto constitucional, que reflete o sistema de valores presente na declaração universal de direitos humanos, cuja proteção é tida como imprescindível à realização de uma sociedade política sadia, livre do risco da opressão política. Nesse sentido, a democracia constitucional é um sistema de garantia dos direitos humanos.

A democracia constitucional é, para a Europa e para o Brasil, uma experiência tardia. O advento da Constituição dos Estados Unidos, que se segue à declaração de independência das colônias britânicas na América do Norte em 1776 e às sucessivas declarações de direitos dos Estados federados, já assinalava uma expressiva ruptura com o positivismo jurídico, implicando a estruturação de um modelo político-jurídico que se antecipou em mais de um século à forma constitucional da generali-

dade das democracias do mundo contemporâneo (Alemanha, Espanha, Portugal, Brasil etc.).

Na América, a 1ª Emenda, aprovada em 1789, dispôs que

[...] o Congresso não editará lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir-se pacificamente, ou o de petição ao governo para a correção de injustiças.

Posteriormente, a 14ª Emenda (1868) declarou que

[...] nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; nem denegará a alguma pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis.

Em ambos os casos, estamos diante de normas constitucionais que pretendem estabelecer limites de conteúdo ao direito ordinário, com a diferença de que, no primeiro, a restrição se dirige ao legislativo federal e, no segundo, ao legislativo estadual. Por isso, segundo Comparato (1999, p. 95) o constitucionalismo é, na acepção moderna, “uma criação norte-americana”.

7.4 O legislador absoluto

A proposição fundamental da filosofia política de Hobbes é a seguinte: os homens não podem viver sem um poder comum que mantenha a todos em respeito. No conjunto da oração, comum a todos é o poder que se refere ao conjunto da sociedade, o poder ao qual a totalidade da nação está vinculada; que mantenha em respeito, por sua vez, é o poder capaz de dirigir o comportamento dos homens, o que deve ocorrer por meio da lei. De fato, para Hobbes, a lei é o instrumento por excelência do poder político. É através dela que o soberano atua para disciplinar a vida em sociedade; é através dela que são estabelecidos os critérios do certo e do errado nas ações dos homens.

Efetivamente, entre os principais atributos da soberania, Hobbes inclui “o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos” (1983, p. 110). Em

outras passagens, o prestígio da lei como técnica normal de controle social igualmente resulta manifesto em sua filosofia. Segundo Hobbes, o súdito só tem obrigação na medida das imposições legais e desde que delas tenha tido prévia ciência; desfruta de liberdade plena para atuar conforme queira sempre que não houver regulação em contrário (ou no silêncio da lei); e não deve ser condenado senão por um ato ilegal, nem punido senão após devidamente julgado como transgressor (1983, p. 130, p. 165, p. 186, p. 187).

São claros, portanto, os sinais de que Hobbes concebe a ordem política como um Estado de Direito, como o governo das leis. Mas Hobbes é um autêntico positivista, um autor que se situa entre o jusnaturalismo medieval e o garantismo contemporâneo. Isso fica evidente quando ele sustenta o monopólio estatal do direito, argumentando que *“ninguém pode fazer leis a não ser o Estado”* (1983, p. 161) e que *“o Estado é o único legislador”* (1983, p. 162).

Correlativamente, o positivismo em Hobbes vem acompanhado dos predicados do formalismo e do absolutismo, também expressamente evidenciados em sua obra. Segundo Hobbes, *“as leis são as regras do justo e do injusto”* (1983, p. 161), de modo que o direito posto pela autoridade competente vale independentemente da justiça ou injustiça do seu conteúdo, por apenas satisfazer as condições formais de existência, por seu caráter estatal. Além disso, segundo Hobbes, *“o soberano de um Estado, quer seja uma assembleia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis”*, uma vez que, tendo o poder de fazer e revogar as leis, *“pode quando lhe aprouver libertar-se dessa sujeição, revogando as leis que o estorvam e fazendo outras novas”* (1983, p. 162). Assim, em Hobbes, é absoluto o poder do soberano de inovar a ordem jurídica do modo como julgar necessário e conveniente.

Nesses termos, o absolutismo consiste no poder que tem o legislador de decidir com total liberdade sobre o conteúdo das leis. Trata-se, em Hobbes, de um desdobramento de sua concepção positivista do direito, que é reforçada pelas ideias de que a soberania é indivisível e ilimitada. O atributo da indivisibilidade expressa o princípio do monopólio estatal na produção jurídica em detrimento, sobretudo, do poder eclesiástico. Por sua vez, o caráter ilimitado implica que, no exercício da função legislativa, o soberano não está obrigado a observar, porquanto inexistentes, quaisquer preceitos de validade superior, quer jurídicos, quer morais, quer divinos, podendo dispor livremente do conteúdo das leis e criando direito válido sob o só fundamento da sua autoridade.

Ao adotar o postulado da soberania ilimitada, ou de que o soberano é *legibus solutus*, Hobbes não reconhece direitos oponíveis à atividade

legislativa. O Estado absoluto de Hobbes é ainda um Estado de Direito, porém de tipo positivista, à medida que, recusando-se a admitir a sujeição do poder legislativo a limites jurídico-materiais, ele nega os dois pressupostos elementares do modelo de soberania limitada típica do jusnaturalismo: a existência de regras substantivas de escalão superior (os chamados direitos naturais) e a vinculação do legislador à sua observância. No modelo hobbesiano, o detentor do poder atua por meio de leis, mas as produz livre de condicionamentos, uma vez que não são reconhecidos âmbitos de exclusão de sua competência legislativa (nem leis positivas, nem divinas nem morais).

A soberania ilimitada é, em Hobbes, uma consequência lógica do modo como ele concebe o pacto de instituição do Estado. Para ele, cuida-se de um acordo pelo qual os indivíduos isolados apenas transferem o poder de organizar a sociedade a um terceiro, mas sem fazer reserva de direitos naturais. O pacto restringe-se a estabelecer a autoridade competente para legislar, mas sem antepor qualquer conteúdo normativo como indisponível ou intocável. Pensado em termos de atualidade, o contrato social hobbesiano seria similar a uma Constituição puramente procedimental, que não contivesse senão regras sobre a forma de produção jurídica, isto é, relativas a quem pode, e como, criar direito (ou seja, regras de competência e procedimento). Por isso, em essência, o Estado absoluto de Hobbes é simplesmente um Estado que não reconhece a eficácia, em favor dos indivíduos, de direitos anteriores à instituição do poder político⁹⁰.

7.5 O contexto histórico

A filosofia nasce da inquietação do homem diante das vicissitudes da história. Realmente, é na crise, não na bonança, que o pensamento encontra seu campo mais fértil e deita suas raízes mais profundas em busca de respostas para os dilemas da vida e da sociedade. As grandes obras políticas não fogem à regra. Elas são filhas da tempestade de seu próprio

⁹⁰ Diferentemente, Ferrajoli pretendeu ver na doutrina de Hobbes o primeiro modelo teórico em defesa da existência de direitos naturais imunes ao poder estatal, porque o filósofo teria ressaltado em seus escritos o direito à vida como inalienável em qualquer hipótese (1999, p. 54). É um entendimento que parece inexato. Hobbes não reconhece o direito à vida como oponível, em sentido jurídico, ao soberano; só reconhece o direito do súdito a não se conformar com a pena de morte, podendo legitimamente resistir, mas, ainda assim, podendo legitimamente ser morto em cumprimento do decreto de condenação. (1998, p. 110).

tempo, e como as estrelas que guiam os navegantes sem bússola, também elas pretendem ser a indicação de um destino acreditado como melhor.

A influência das tensões da história na filosofia pode ser patenteada a partir de três exemplos salientes. Segundo Ligia Baptista, na República de Platão, “*nota-se o momento de crise da democracia ateniense em face da condenação de Sócrates*”. A Política, de Aristóteles, “*tem por cenário histórico a conquista da Grécia pela Macedônia, no ano de 338 a.C., e o fim definitivo da cidade-estado*”. O Príncipe, de Maquiavel, “*reflete a permanente guerra entre as províncias italianas no século XVI, assim como a questão da corrupção no plano político*” (1995, p. 88).

A filosofia de Hobbes não sofreu com menor intensidade o impulso dos eventos da época. Suas reflexões surgem num dos períodos mais conturbados do ocidente europeu e, particularmente, da Inglaterra. Na fase de transição entre o medievo e a era moderna, uma terrível crise de autoridade se instalara no ambiente das nações, produzindo um estado de sangrentos conflitos. O positivismo jurídico de Hobbes revela a tomada de posição de um genial erudito diante dessas graves perturbações.

A formação do Estado Moderno na Europa ocorre com a progressiva centralização do poder político em favor do rei e, em consequência, com a gradual eliminação do poder que, no mundo medieval, residia nos estamentos⁹¹ e em todas as espécies de ordenamentos inferiores, “*como as cidades, as corporações, as sociedades particulares*” (BOBBIO, 1987, p. 115). O choque dos poderes em declínio com a monarquia, em si mesmo causa de instabilidade política, sofreu o agravo de dois confrontos de profundo impacto na Inglaterra do tempo de Hobbes: primeiro, no plano exterior, entre o rei e o Papa, entre o Estado e a Igreja Romana, dando ensejo à brutal perseguição por motivo de religião; segundo, no plano interno, entre a coroa e o parlamento, levando à guerra civil (1642–1645), com todos os seus horrores.

De todas as tragédias relacionadas a esses conflitos, inclusive a execução do rei Carlos I, Hobbes foi, como escreveu Bobbio, “*um espectador aterrorizado*” (1991, p. 54). A resistência, embora agonizante, das velhas estruturas medievais, os embates entre a Igreja e o Estado e entre a coroa

⁹¹ “Por Estado Estamental (*Ständestaat*) entende-se a organização política na qual se foram formando órgãos colegiados, os Stände ou estados, que reúnem indivíduos possuidores da mesma posição social, precisamente os estamentos, e enquanto tais fruidores de direitos e privilégios que fazem valer contra o detentor do poder soberano através de assembleias deliberantes como os parlamentos” (BOBBIO, 1987, p. 114).

e o parlamento, na Inglaterra do século XVII, foram expressões concretas de uma longa e penosa guerra de poder.

Particularmente, o conflito entre o rei e o Papa, o Estado e a Igreja, entre o poder temporal e o poder espiritual, revelou-se dramático. De acordo com Maurois, *“uma Igreja que conta de dez a doze séculos tem fortes raízes, e o rei mais poderoso não as arranca sem encontrar alguma resistência”* (1959, p. 197). O antagonismo dizia respeito à pretensão da Igreja Romana de ser superior ao Estado, elaborada através da pregação da prevalência dos mandamentos divinos sobre as ordens do soberano, o que estimulava a resistência ao poder real.

O problema religioso era a tal ponto grave que, em 1605, católicos indignados com a proibição de sua fé promoveram a Conspiração da Pólvora. O objetivo era *“matar ao mesmo tempo o rei, os Lords e aqueles dos Comuns que estivessem presentes, fazendo ir pelos ares a Câmara dos Lords no momento em que todos ali estivessem presentes”* (1959, p. 243). Os conspiradores falharam, mas a ameaça ao governo não desaparecera.

À causa religiosa, somavam-se em todo continente novas doutrinas políticas que exaltavam a rebelião e a resistência ao poder constituído. Assim, de acordo com Bobbio, na primeira metade do século XVII — lembre-se que o Leviatã é publicado em 1651 — *“abriu-se uma crise de autoridade que lançou a Europa na desordem e na anarquia, ameaçando levar a rodão aquela unidade do poder público sem a qual, como diz Rousseau [...], nem o Estado nem o governo jamais serão bem constituídos”* (1991, p. 67).

Hobbes estava convencido de que a causa dos distúrbios residia na fragmentação do poder político, isto é, do poder de comandar e organizar a vida em sociedade. Em seu aspecto mais relevante, a fragmentação se realizava justamente mediante a existência de duas autoridades com pretensões incompatíveis, a autoridade civil da comunidade nacional e a autoridade espiritual de ascendência universal, ambas as quais queriam ver suas imposições afirmadas como superiores.

Investindo na polêmica, Hobbes descarta a viabilidade da coexistência entre os ordenamentos da Igreja e do Estado com um argumento exemplarmente positivista. Para ele, uma vez que o poder espiritual assume o direito de declarar o que é pecado, assume por consequência o direito de declarar o que é lei (nada mais sendo o pecado do que a transgressão da lei), e dado que, por outro lado, o poder civil assume o direito de declarar o que é lei, todo o súdito tem de obedecer a dois senhores, ambos os quais querem ver as suas ordens cumpridas como leis, o que é simplesmente impossível (1983, p. 196).

Entre as alternativas colocadas, a solução de Hobbes é categórica. Ele defende a concentração de todo o poder político na autoridade civil ou temporal, ou no soberano. A propósito, quando Hobbes deu à sua maior obra o título de *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Civil e Eclesiástico*, mais não fez do que repelir, fundindo os termos civil e eclesiástico no substantivo comum Estado, a possibilidade da existência de dois ordenamentos coativos com jurisdição no território da nação.

A opção pelo poder temporal recebeu de Hobbes, como sempre, uma explicação bastante dura: a autoridade civil é mais visível e se ergue na luz mais clara da razão natural, enquanto a espiritual se levanta na escuridão das palavras estranhas e difíceis, sufocando o entendimento do povo (1983, p. 196–197). Não era de esperar outra direção no discurso de um filósofo já alcançado pelos ventos do Renascimento e atento aos horizontes da filosofia de Descartes e da física de Galileu, a ponto de ter ironizado, no próprio *Leviatã*, aqueles que “*usam as escrituras contra a crença no movimento da terra*” (1983, p. 49).

Considerações finais

Em Hobbes, o absolutismo aparece ligado à sua clara opção pelo positivismo jurídico, ou seja, pela concepção de que, uma vez abandonado o estado de natureza, o único direito reconhecível como válido na comunidade é o direito posto pela autoridade estatal. Com efeito, embora tenha apelado à categoria da lei natural para estruturar o seu pensamento, Hobbes não é, do ponto de vista da teoria do direito, um autor jusnaturalista. O recurso à ideia de lei natural parece ter resultado mais de uma homenagem à tradição e à linguagem da época. Hobbes se referia, a rigor, a preceitos racionais, que impõem ao homem organizar-se sob Estados como meio de realizar a paz, o que seria impossível no estado de natureza. Por isso, em Hobbes, a lei natural justifica a instituição do poder político, mas não limita o seu exercício.

O absolutismo de Hobbes ganha claridade quando confrontado com a filosofia política de Locke. Em Locke, a vida, a liberdade e a propriedade são descritas como barreiras à extensão do poder legislativo (1973, p. 269). São bens outorgados a cada homem pela lei da natureza, contra a qual não há sanção humana que se mostre válida ou aceitável. O pacto de fundação do Estado não implica jamais a sua alienação; antes, impõe ao soberano respeito incondicional. Assim, apoiando-se numa concepção de contrato que compreende a reserva de conteúdos vinculantes (os direitos

naturais), Locke acolhe um princípio diverso daquele do absolutismo: para ele, a soberania é limitada.

Por outro lado, é notório que Hobbes produziu sua obra em uma época ainda distante do advento do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, do sistema de direito positivo estruturado em forma de pirâmide hierárquica, no interior do qual são estabelecidas normas de validade superior (as constitucionais) em relação às restantes normas do ordenamento jurídico (as infraconstitucionais). Por isso, ao advogar quanto ao caráter absoluto do poder de legislar, Hobbes não poderia ter tido em vista a distinção atual entre poder constituinte originário, poder constituinte derivado e poder legislativo ordinário, ou entre constituição e legislação. Em sua perspectiva, na altura do século XVII, todas as normas legais pertenciam ao mesmo plano de validade, de modo que a revogação da lei velha ou a introdução de uma nova, de acordo com a vontade do legislador e qualquer que fosse o conteúdo adotado, logicamente não poderiam acarretar transgressão ao ordenamento jurídico positivo (como ocorre atualmente nos casos de inconstitucionalidade do direito ordinário).

Em suma, Hobbes não foi, de modo algum, um apóstolo do despotismo, da tirania ou da ditadura. Sua filosofia descreve e defende o tipo de Estado de Direito positivista que surge com o ocaso do mundo medieval e cuja superação definitiva, no ocidente europeu, só viria a ocorrer no século XX, com a difusão da fórmula contemporânea do garantismo jurídico ou da democracia constitucional. O seu pensamento é, nesses termos, como um espelho da moderna ordem emergente, reproduzindo ponto a ponto os fenômenos que a caracterizam no campo da política e do direito, quais sejam:

1. a união da nação em torno de um grande ente comum, responsável pela defesa contra as invasões estrangeiras, pela repressão aos crimes nas relações entre os indivíduos e, também, pelo progresso da sociedade;
2. a concentração do poder político em favor de uma autoridade de caráter laico e âmbito nacional, inicialmente o rei, em detrimento do clero, do imperador, dos feudos, dos estamentos, das corporações;
3. o exercício monopolístico do poder de criar e impor o direito, tendo como resultado a substituição da pluralidade de ordens coativas da era medieval por um único ordenamento jurídico, o estatal;
4. a utilização do fator da “estatalidade” como critério de reconhecimento do direito vigente, válido e justo, não se admitindo a alega-

ção de injustiça da lei com base em preceitos externos ao sistema positivo;

5. a sujeição do legislador, no processo de produção da lei, à observância de limites formais, mas não substantivos, tendo como consequência a liberdade absoluta na definição dos direitos e obrigações das pessoas.

A propósito, em um de seus muitos ensaios sobre Hobbes, Bobbio chamou a atenção para a coincidência entre a obra do filósofo e os eventos da época. Segundo Bobbio, é possível dizer que, “no pensamento de Hobbes, o Estado Moderno adquire pela primeira vez plena consciência de si mesmo, ou, se preferirmos, que a teoria política de Hobbes é a autoconsciência do Estado Moderno” (1991, p. 65). Realmente, o Estado Moderno, o positivismo jurídico, o legislador absoluto, todos são fatos inelutáveis da história, mas devem a Hobbes, com o seu *Leviatã*, o formidável tratado que não só lhes deu respaldo filosófico como revelou a impressionante visão de sua própria existência e magnitude.

Referências

BATISTA, Lígia Pavan. O estatuto da paz na teoria política hobbesiana. **Cadernos de história e filosofia da ciência**. Campinas-SP: Revista do Centro da Lógica, Epistemologia e História da Ciência, Unicamp. Série 3, v. 5, n. 1-2, jan. -dez. 1995, p. 87-103.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. 202p.

_____. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173p. (Coleção Pensamento Crítico, v. 69)

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 180p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil** (os pensadores). 3. ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 419p.

_____. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 400p.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro. In: **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 213–313.

MATTEUCCI, Nicola. “Contratualismo”; “Soberania”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. 3. ed. Tradução de Carmen C. Varriale e outros. Brasília: UnB, 1991 (p. 272–283; p. 1.179 a 1.188).

MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Tradução de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959. 465p.

Teorias críticas do direito: insurgências feministas

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Introdução

Inquietudes do dinamismo social, com os movimentos coletivos e os movimentos sociais e o respectivo questionamento das epistemologias reinantes no Direito (racionalismo ou idealismo), propõem “*a construção de novos paradigmas sociopolíticos na esfera da epistemologia das ciências humanas*” (WOLKMER, 2010, p. 20). É necessário, então, “*revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicionais, investigar as bases metodológicas [...] e definir posturas e diretrizes*”, que não mais se destinem a manter seguranças e eficiências abstratas e “*a dominação do poder normativo vigente, mas executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade mais democrática*” (WOLKMER, 2010, p. 20–21). O questionamento de um modelo tradicional do Direito, preso em um âmbito abstrato de compreensão da realidade, encontra amparo nas discussões feitas na Escola de Frankfurt e nos estudos sobre modelos tradicionais de teoria, em que “*Habermas, por exemplo, a identifica com a tradição das formulações metafísicas que vêm desde Aristóteles, marcadas pelo tom puramente abstrato e contemplativo*”

(WOLKMER, 2010, p. 6). Horkhmeier, por sua vez, relaciona o modelo tradicional com a racionalização cartesiana, enquanto processo que não reconhece a narrativa dos sujeitos e que:

[...] opera sobre a realidade enquanto objeto. Assim ela não se percebe como atuante num contexto social. É uma teoria que repete [...] a ideia do motor imóvel, do pensamento que se pensa a si mesmo e nisto de autocompraz, nisto encontra sua felicidade e plenitude. Essa ideia de teoria tem como consequência fundamental o seguinte: a natureza, o mundo 'exterior' é o objeto. A teoria Tradicional [...] se recusaria a perceber o trabalho de nossa razão, seja como processo histórico, seja na dimensão dos processos pulsionais, inconsciente (STEIN, 1986, p. 103-104).

Nessas reflexões, há uma orientação epistemológica pluriversal que desassocia o conhecimento de uma fugira metafísica e contempla compreensão, contemplação e ação a serviço de uma prática responsável e emancipatória. É nessa complexidade de reflexões e rupturas que se identifica, desde o século passado, movimentos multilocalizados promovendo a revisitação do modelo jurídico tradicional, reconhecendo os limites da abstração e do formalismo e investigando os efeitos do Direito na materialidade. Esses movimentos podem ser intitulados como Pensamento Jurídico Crítico, ou Estudos Sociais do Direito ou Estudos Críticos do Direito e convergem autoras e autores com alguns propósitos em comum, como questionar o modo tradicional ao modo de fazer direito e à tradição liberal da práxis jurídica.

Aqui, traz-se a consciência de que teoria e prática formam um dinamismo necessário, visto que a teoria tem efeitos na vida real. Rejeitam-se, portanto, as características do modelo jurídico tradicional, como objetividade e neutralidade; do formato dos estudos isolados em uma ilusória pretensão de autonomia científico; e a denúncia da negligência das teorias com as políticas de raça, gênero, classe e de outros marcadores sociais que constituem a realidade. Tem-se, pela crítica, também, a rejeição a separação entre contexto, sujeito e teoria, haja vista que tais fatores estão inseridos na história, e, por tal, são questionados constantemente. É necessária, então, uma postura crítica. A crítica relaciona-se com o processo de desnaturalização das categorias que organizam a vida real, os corpos e a sociedade, e buscam uma autorreflexão e uma reflexão de conceitos explicativos e normativos da realidade petrificados no imaginário social e jurídico — conceitos que são tidos como naturais, mas que são produzidos contextualmente. A concepção crítica como reconhecimento da existência

de processos históricos identifica-se com uma função desmitificadora, em que se assume a expectativa de conferir novas possibilidades de ação e margens de escolhas às continuidades históricas contingentes (WOLKMER, 2010).

A desnaturalização desses conceitos, processos e modos de organizar a vida, propostos por um modelo tradicional de Direito e de como fazer Direito é imprescindível para que se reconheçam as normas jurídicas como resultado de diversas disputas, ideologias políticas e de visão de mundo, que demarcam um certo estado das coisas e dessas tensões em um dado contexto. Reconhece-se, assim, um óbvio: o Direito não é neutro. Por consequência, enxerga-se a natureza das normas jurídicas como de ordem histórico, vinculada a uma alta complexidade de sentidos políticos, econômicos e sociais. Nesse compasso, como produto do contexto histórico, o Direito é reflexo das condições sociais de um dado momento, do imaginário cultural de determinada época, bem como representativo das partes tensionantes. Como resultado do tensionamento político, enquanto resultante de práticas imersas nas divergências sociais havidas em um contexto específico⁹².

A perspectiva crítica, assim, revela a *“aceitação da contradição e o trabalho permanente da negatividade, presente em qualquer processo de conhecimento”* (FREITAG, 1986, p. 51), em que a aceitação da contradição no Direito passa pela identificação de sua ambiguidade, ao passo em que, enquanto reconhece e tutela determinadas vidas, também possui o potencial de invisibilizar, violar e negligenciar outras vidas. Ademais, a crítica também pode ser entendida como uma forma de conhecer que não é imposta, dogmática, nem absoluta, mas em que se reconhece um *“processo de fazer-se a si próprio”* a partir de uma postura de que *“não existe conhecimento sem práxis”* (FREIRE, 1994, p. 44). Disso, *“o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade”* e pretenderia à *“libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano”* (FREIRE, 1994, p. 44).

Nesse cenário, a proposta deste trabalho é apresentar algumas construções e propostas teóricas que apresentem a reflexão sobre a matriz epistemológica do Direito considerado tradicional, de matriz moderna/liberal, com enfoque às discussões relacionadas aos feminismos. Assim, de início, apresentam-se algumas iniciativas críticas internacionais e nacionais; na sequência, são trazidos alguns movimentos acadêmicos

⁹² No campo das teorias feministas e pós-estruturalistas, autoras como Donna Haraway e Judith Butler explicam sobre os saberes, que são localizados, e os fundamentos de nossa organização social e política, que são contingentes — ou seja, contextuais (HARAWAY, 2009; BUTLER, 2013).

promotores da discussão sobre feminismos, questionando-se sobre o tensionamento entre o Direito e os Feminismos. Ao final, com base na epistemologia pós-estruturalista, recorre-se ao questionamento dos efeitos do Direito, enquanto um discurso jurídico, e um convite para se pensar as práticas a partir desse viés.

8.1 Escolas de críticas jurídicas

Em 2010, na obra *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, Wolkmer indicou algumas escolas internacionais com essa abordagem, dentre as quais, aqui, se destacam-se os movimentos e vertentes do *Critical Legal Studies – CLS* (EUA), que inspiram a construção do Direito Antidiscriminatório, aqui no Brasil, pelo trabalho do Professor Adilson Moreira. Wolkmer também indica algumas escolas na América Latina e no Brasil. No contexto brasileiro, traz trabalhos realizados na USP, na UFPE, estudos com perspectiva dialética, psicanalítica, sobre Direito Alternativo e experiências institucionalizadas. Atualmente, relevante aqui mencionar, com trabalhos aliançados à perspectiva crítica, as escolas relativas aos estudos dos Professores André Coelho, Phillippe Almeida e Júlia Franzoni, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), que trabalham com as perspectivas da CLS; o Direito Achado na Rua, dos estudos de Roberto Lyra Filho (UnB); o Direito Insurgente, movimento guiado pelos Professores Ricardo Pazello (UFPR), Moisés Alves Soares (UNISOCIESC, Joinville, SC); Criminologia Feminista, capitaneada, desde a década de 1990, pela Professora Vera Regina Pereira de Andrade (UFSC).

É nesse cenário que se localizam pesquisadoras do Direito que buscam a articulação do deste com movimentos sociais, especificamente nos identificados como feministas. Os feminismos, enquanto movimento pluriversal, de múltiplas localizações geopolíticas e intersubjetivas, revela os interesses sociais e políticos existentes em determinado grupo social e de como tais vieses coletivos atingem e produzem a vida das mulheres.

No Brasil, há a consolidação de um movimento de pesquisadoras, professoras e profissionais que se identificam no Feminismo Jurídico, as quais apresentam, a partir de diversas vertentes e epistemologias, a crítica do Direito brasileiro e da Teoria Jurídica a partir da categoria operacional de gênero. Esse movimento apresenta atividades de pesquisa, de extensão e produção bibliográfica intensa, tais como a produção do livro “Manual Jurídico Feminista”, da obra “Direito e Morte” e do I Congresso de Feminismo Jurídico, ocorrido em 7 de agosto de 2020⁹³,

⁹³ Cf. Canal “Feminismo Jurídico”, no Youtube, disponível em <https://www.youtube.com/channel/>

todos congregando profissionais atuantes no Direito e capitaneados pela Professora Doutora Carolina Valença Ferraz, docente na Universidade Católica de Pernambuco.

Ainda, há a formação intensa de pesquisas de campo e produção bibliográfica com vistas a esse tensionamento entre Direito e Feminismos, na Universidade Federal de Santa Catarina. Desde 2016, na Universidade Federal de Santa Catarina, há estudos, extensão e produção bibliográfica na linha de pesquisa “Direito e Feminismos”, coordenados pela Professora Doutora Grazielly Alessandra Baggenstoss, com a inclusão de disciplinas no Curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito sobre o tema. Da bibliografia coletiva produzida pelo Lilith: Núcleo de Pesquisas em Direito e Feminismos, citam-se os livros “Direito das Mulheres”, “Direito e Feminismos: materialidades que confrontam discursos”, “Direito e Feminismos: rompendo grades culturais limitantes”, além de diversos artigos, pareceres e conteúdos online. Além da produção da Escola de Direito e Feminismos (UFSC), há a consolidação de outros estudos, como Direito e Gênero e Direito das Mulheres.

Além disso, verifica-se a conjunção de mulheres profissionais do Direito em entidades representativas de sua classe, que visam a repensar a suas práticas a partir dos feminismos^[3], como os Movimento Nacional de Mulheres do Ministério Público (com associações regionais de promotoras e procuradoras dos Ministérios Públicos Estaduais e Federais) e, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Grupo de Trabalho responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e fomentação de diálogos sobre a participação institucional feminina no Poder Judiciário, em cumprimento à Resolução 255/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nas academias, ainda, há pesquisas trazendo as formas relacionais legitimadas no Ensino do Direito e questionando o enviesamento dos comportamentos observados, os quais, muitas vezes, são excludentes. Como pesquisa sobre o tema no Brasil, cita-se a pesquisa “Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?”, realizada pelo Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia (GPEIA), buscou compreender de que forma o processo de ensino e aprendizagem nas salas de aula da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo é marcado por dinâmicas de gênero. Das conclusões da pesquisa, extrai-se que:

Ao identificarmos no ambiente da universidade e, mais especificamente, no ensino do direito, os padrões, os comportamentos e as nuances das interações sociais de gênero que estão escondidos, descortinamos a existência do já mencionado “currículo oculto”, ou seja: padrões de comportamentos, normas sociais, expectativas e visões de mundo que impactam o processo de ensino-aprendizagem, na medida em que sistematicamente reproduzem relações de poder e reforçam estereótipos e dinâmicas de gênero socialmente estabelecidas (GPEIA-USP, 2019).

Outra pesquisa sobre o tema foi realizada na Universidade Federal de Santa Catarina, sob orientação de Grazielly Alessandra Baggenstoss. Objetivando compreender as ocorrências de discriminação na formação em Direito, a pesquisa foi intitulada “*Ensino do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina: o exame sobre o currículo de ação pela perspectiva de gênero no ano de 2018-2019*”, com incentivo pelo PIBIC/CNPq, com as bolsistas Tamara Freitag, Clara Lucia Fantini e Marina Zimmermann Kohntopp. A pesquisa, iniciada no segundo semestre de 2018 e finalizada no segundo semestre de 2019, guiou-se por teorias pós-estruturalistas, compreendendo o sujeito como constituído e constituinte da realidade. Direcionando-se pelo descritor gênero como o compilador das categorias, o currículo oficial do CCJ da UFSC pautou-se por dois eixos: a observação documental da bibliografia básica dos planos de ensino das disciplinas (que variava de acordo com cada docente) e a coleta via formulário do Google de dados anônimos (por link exclusivo de acesso) contendo as narrativas de alunas do curso sobre currículo oculto.

Como resultados acerca das narrativas, no referente ao gênero: Quando não descritas pela idealização ou conformação, as frases produzem a objetificação e a inferiorização das mulheres, como por exemplo: “Mulher é como bicicleta, não se empresta”; “Preso na cadeia vira moça”, “É mentira que eu não contrato mulheres, eu até contrato, mas elas não aguentam a pressão”, “Feministas se vitimizam, o que elas dizem é tudo mentira, vitimização”, “a carne nova chegou bem esse ano” (homem branco hetero sobre as calouras); “O Congresso é um bom lugar para encontrar marido, meninas”, “A Lei Maria da Penha só serviu pra aumentar os casos de violência doméstica”, “Eu não contrato mulheres, choram muito”; “Cuidado, homens! Mulher é chave de cadeia”. Na articulação com raça: As frases racistas, em um viés interseccional, também são graves, consistindo em violência para homens e mulheres negras, em afronta à pessoa, ao seu corpo, ao seu conhecimento, à sua existência (como “Lombroso foi um gênio”). São frases de hipersexualização e objetificação das mulheres negras,

inferiorização intelectual (“Ele é cotista, só por isso conseguiu passar no vestibular”), menosprezo às reivindicações de respeito (“‘É muita vitimização’ enquanto alunos criticavam falas racistas”) (BAGGENSTOSS, 2020).

É uma profusão de práxis jurídica comprometida com a (re)construção de um Direito que seja inclusivo e autorreflexivo em sua epistemologia e prática.

Diante disso, contudo, uma ressalva deve ser feita: pelo contexto pandêmico, percebe-se que, no meio jurídico, multiplicaram-se falas, exposições, cursos e propostas de salvação trazidas por profissionais do Direito, utilizando um rótulo feminista enquanto token para assimilação de seu discurso. Diversas advogadas, na busca de engajamento em suas redes sociais, adotam o discurso de um feminismo liberal (que não apresenta uma postura crítica nem um questionamento sobre a estrutura social, defendendo a assunção de poder e ocupação de espaços em hierarquias discriminatórias) e de um feminismo neoliberal (que torna, das mulheres, a responsabilidade por eventuais situações precárias e convocando-as à meritocracia, eximindo o Estado de se compromisso social). Essas ações contêm mais o objetivo de autopromoção do que de assunção de uma forma ética de como podemos nos organizar e se alinham a uma lógica excludente de outras mulheres e de autopromoção. Além disso, se alinha à ideia messiânica de que ela irá salvar outras mulheres por meio do seu trabalho. Essa é uma lógica colonizadora e contraproducente: não busca resgatar a autonomia das mulheres em determinadas situações vulneráveis, mas busca captar clientela e criar vínculos de dependência. Destaco, ainda, que essa é reflexão necessária à nossa profissão, que ainda é, infelizmente, calcada em autoridade e liturgia, para revisitarmos nossa forma de nos relacionarmos com as pessoas, especialmente com as mulheres.

8.1.1 *Direito e Feminismos ou Direito versus Feminismos?*

Pelo modelo crítico, é imprescindível a recusa à abstração promovida pelo modelo tradicional jurídico, advindo do projeto ocidental do Norte Global. Devem ser questionadas, então, as formulações metafísicas, pontuadas como clássicas do Direito, que são etiquetadas como uma pureza contemplativa e abstrata. Ainda, deve-se renunciar ao processo de conhecimento que não admite a narrativa dos sujeitos sobre sua própria história — assim, rejeita-se à racionalização cartesiana em que toda a vida é objeto de uma teoria desprovida de conexão com os processos históricos. Assim, compreende-se a realidade e os sujeitos enquanto vidas e processos pulsantes, cuja teoria deve operar respeitando as continuidades históricas dos grupos sociais.

A renúncia à abstração desprovida de conexão com a realidade deve apresentar-se com uma postura de implementação do processo de desnaturalização das categorias que organizam a vida real, de modo que haja reflexão sobre os conceitos explicativos da realidade, na medida em que não são naturais, mas produzidos contextualmente.

Essa postura desmitificadora fornece, dessa forma, o entendimento do Direito enquanto constituinte e constituidor do campo político, enquanto a cristalização das condições sociais e do imaginário cultural de um determinado contexto. Observando, ainda, a inexistência de linguagem neutra ou puramente técnica, vê-se, também, que a indeterminação dos direitos legitima hierarquias e que o projeto de humanidade universalista promove o afastamento situação concreta e, por consequência, as distinções dos indivíduos, colocando-o em uma situação deslocada de seu contexto.

Para o contexto brasileiro, além das questões levantadas, é imprescindível o reconhecimento da localização geopolítica nacional para que, desse modo, seja possível questionar conceitos explicativos da realidade, que são produzidos contextualmente. Assim, para se refletir sobre uma Crítica Feminista do Direito, sugere-se a consideração do tensionamento entre Direito, enquanto esse produto das relações sociopolíticas, e dos feminismos, movimento que reivindica, em seu plural, a experiência de uma vida digna. É um delineamento de método da Escola de Direito e Feminismos da UFSC.

Os feminismos, aqui reconhecidos como movimentos de múltiplas sujeitas, oferecem uma visão crítica do próprio Direito pelo posicionamento crítico num espaço social não homogêneo e marcado pelo gênero. Traz, assim, a resistência à simplificação dos fenômenos e da vida em si e, em tensionamento com o Direito, propõe um projeto que resiste à política do fechamento a partir do reconhecimento da posição do Direito no mundo e a partir do reconhecimento de quais critérios de reconhecimento da vida das mulheres as atravessam em determinados contextos.

Angela Davis entende que, na intensificação de pensar os feminismos como um processo de reflexão multifacetado, somos desafiados a entender as formas complexas com que somos lidos e que se entrelaçam, como raça, classe, gênero, sexualidade, nacionalidade e capacidades, para que superemos essas categorias e enxerguemos que os processos estão conectados (DAVIS, 2018). María Lugones traz a proposta de analisar, em amplas e específicas relações, a geopolítica atual a partir de categorias localizadas no pensamento moderno, que simplifica e generaliza o mundo com enunciados ditos universais, conforme explanado anteriormente. Assim:

(...) Proponho o sistema moderno colonial de gênero como uma lente através da qual aprofundar a teorização da lógica opressiva da modernidade colonial, seu uso de dicotomias hierárquicas e de lógica categorial. Quero enfatizar que a lógica categorial dicotômica e hierárquica é central para o pensamento capitalista e colonial moderno sobre raça, gênero e sexualidade. Isso me permite buscar organizações sociais nas quais pessoas têm resistido à modernidade capitalista e estão em tensão com esta lógica (LUGONES, 2014, 935).

Sueli Carneiro, ainda, salienta-nos a importância de *“uma perspectiva feminista na qual o gênero seja uma variável teórica [...] que não ‘pode ser separada de outros eixos de opressão’ e que não ‘é possível em uma única análise. Se o feminismo deve liberar as mulheres, deve enfrentar virtualmente todas as formas de opressão’”* (CARNEIRO, 2011). Dos feminismos, então, lê-se que é necessário observar as mulheres em sua realidade, não as cindindo em marcadores sociais. A partir disso, as vertentes materiais dos feminismos levantam pautas necessárias para serem consideradas no Direito brasileiro.

Considerando o Direito brasileiro como um produto de tensionamentos políticos dos mais diversos, veja-se o enviesamento que as normas jurídicas pátrias são conferidas às mulheres em sua pluriversalidade: como considera as mulheres indígenas, as mulheres negras, as mulheres quilombolas, as mulheres com deficiência, as mulheres trans, as dissidentes de gênero, as refugiadas, as mães, as estudantes? É a partir dessa questão, respondida pelos feminismos, que o Direito brasileiro é entendido como um processo político de domínio colonial, racializado, elitizado, que representa um dispositivo de controle dos corpos das mulheres com relação às suas formas de existência, afetividade, convivência e participação política. A partir das pulsões e das teorias feministas, o entendimento desse enviesamento ideológico das normas jurídicas brasileiras conduz à visão da possibilidade de reversão da precarização da vida das mulheres. Esse é um processo relacional, em que se impõe respeito e escuta à narrativa da outra pessoa, para que sejam observadas as necessidades e as reivindicações de suas especificidades, que já são bradadas nas organizações sociais que promovem no território nacional.

Para tanto, o processo de escuta dos movimentos das mulheres presuppõe abster-se da violência hermenêutica, ou da postura colonizadora, que é caracterizada como aquela que pretende dizer à outra pessoa o que ela é, suplantando-lhe a própria história e a sua autonomia. Faz-se necessário uma escuta dialógica e horizontal e o reconhecimento, da própria pessoa profissional do Direito, como agente ativa responsável no processo

de escuta, de observação de conflitos e no resultado do tensionamento de interesses políticos, sociais e econômicos.

8.2 Proposta crítica ao direito pelo pós-estruturalismo

A reflexão sobre os efeitos do Direito nos corpos políticos é promovida a partir do giro epistemológico: deve-se ampliar a perspectiva para analisar a estrutura jurídica não só como um dever ser, defendido pela proposta idealista moderna, mas como uma linguagem que constituiu a realidade, conforme nos informa um cenário metodológico pós-estruturalista.

Assim, o Direito passa a ser pensado como um discurso, consistente em práticas referentes a relações de poder e saber, das quais emergem enunciados que se organizam em determinadas funções de legitimar um regime de verdade enraizado numa dimensão prática delimitada (FOUCAULT, 2017). Para sua prática e legitimação, o discurso jurídico pressupõe algumas justificações, dentre elas a ficção do estado de natureza e a ideia de sujeito pré-político, que seria um sujeito constituído anteriormente às relações sociais. Nessa pressuposição anterior, há a ideia de estado de natureza que fornece um imaginário quadro no qual há apenas um sujeito em cena: autossuficiente, sem dependência e sem necessidade de outro (BUTLER, 2020). Em uma conotação liberal marcada pela figura do indivíduo, a configuração do sujeito o molda a uma lógica de autossuficiência, o que, faticamente, o coloca isolado e precarizado, descolado de estruturas sociais de apoio e impõe ao indivíduo uma sensação de ansiedade e de falha (BUTLER, 2018, p. 21). Como uma percepção equivocada da realidade, o sentido de autossuficiência invisibiliza o indivíduo de suas condições materiais e o subjetiva na ilusão liberal de que estamos em um mundo estabelecido, *a priori*, com sujeitos pré-constituídos, e que estamos em conflito uns com os outros — que seria uma das estratégias justificadoras do estado de natureza defendido pelos liberais. Tal discurso emula, assim, uma dimensão metafísica de um período anterior à instituição do poder político ou jurídico, em que já existiria um sujeito, em um plano político idealizado, que chancelaria a constituição da lei. Tanto esse sujeito pré-discursivo quanto o idealizado período anterior são constituídos pela própria lei e apresentados nas teorias políticas do direito como argumentos justificadores de sua própria legitimidade (BUTLER, 2018). As teorias políticas do direito, estruturadas no liberalismo, sustentam a ficção da natureza humana e uma ideia de ontologia do sujeito perante a lei, definindo diversas normas políticas que não são questionadas e que apresentam operações políticas, assim, ocultas (BUTLER, 2018; BUTLER, 2013).

Tais normas políticas não questionadas são premissas que constituem a legitimação de quem é reconhecido como sujeito e de quem é excluído do reconhecimento, cujas operações acarretam a construção do sujeito jurídico (BUTLER, 2016). O discurso jurídico, portanto, produz e oculta a noção de sujeito perante a lei, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subseqüentemente, a própria hegemonia reguladora da lei pela ideia de universalidade, que é falha. E é essa invocação performativa de um antes não histórico que garante uma ontologia pré-social de pessoas que consentem livremente em ser governadas, estabelecendo, deste modo, a legitimidade do contrato social (BUTLER, 2018). Como consequência do não questionamento de tais premissas, também não se questiona o significado do sujeito, tido como universal.

Por uma perspectiva pós-estruturalista, o sujeito é imerso em um contexto cultural, em uma teia de relações culturais (BUTLER, 2013). As condições materiais de constituição do sujeito se dão pelas relações sociais, que, por sua vez, envolvem relações de poder-saber. Nessa configuração, encontram-se processos de diferenciação e exclusão (ou repressão), a partir de critérios de inteligibilidade, que são categorias objetivas de compreensão do que é humano e sobre sua funcionalidade no campo social. Nesse mecanismo, ainda, o sujeito somente é reconhecido enquanto tal quando se posiciona ou adere, constante e repetidamente, às normas de gênero. Pela exclusão, a mesma constituição dos sujeitos que os identifica como humanos ou reconhecíveis pela norma social também cria uma dimensão de sujeitos desautorizados que representariam degradação e populações apagadas da vista. Há um exterior constitutivo, portanto, que atravessa a constituição do sujeito e invoca, de certa forma, a sua própria pré-condição de sua capacidade de agir, em que se faz necessário questionar quais formas de agência são possíveis dos discursos e do poder. O poder que produz o sujeito não cessa quando da sua constituição; este é um processo contínuo, no qual o sujeito está constantemente sendo produzido e sujeitoado (BUTLER, 2018).

Essa leitura é fundamental para se pensar o discurso jurídico e as categorias político-jurídicas. Para tanto, observa-se o direito abstendo-se de fixar uma categoria de sujeito estável, mas examinando como o discurso jurídico o delineia. Nesse sentido, a figura do sujeito universal, alocado em uma ordem pré-discursiva, aqui é refutada por encobrir o mecanismo de sua própria constituição nas relações de poder (BUTLER, 2013).

A matriz epistemológica do pós-estruturalismo é utilizada por teorias jurídicas feministas para refletir sobre os efeitos do discurso jurídico,

sobretudo na produção de sujeitos. O conjunto dessas teorias jurídicas feministas é denominado por Lacey (2004) como teoria jurídica feminista contemporânea, ou também denominada crítica feminista do direito. Identificada como vertente do feminismo da diferença, tais teorias rejeitam metateorias ou grandes narrativas e mostram uma combinação de reivindicações ético-políticas, que identifica a economia política de corpos a partir do sistema sexo-gênero, com efeitos de opressão ou discriminação, e que reconhece como o direito legitima o arranjo discriminatório.

Enquanto uma tecnologia de gênero, na medida em que atribui significações aos corpos a partir do dispositivo da sexualidade, disciplina como os corpos devem se comportar, como devem se apresentar e como deverão ser tratados pelos outros sujeitos em determinadas posições sociais. Também disciplina quais são as sanções, *“coerções imediatas sob o signo da violência material ou na difusão e iteração de imagens, procedimentos, regras, representações que as flexionam em direção”* (DUQUE; PRANDO, 2019) a um modelo generificado. Avaliar a lógica de gênero pelo prisma individual é reforçar uma lógica cis-heteronormativa, o qual conta com o véu da homonormatividade (OLIVEIRA, 2013) para que os corpos dissidentes de gênero continuem em práticas binárias, excludentes e violentas. Deve-se superar o paradigma liberal de escolhas e preferências e perceber o sujeito submerso em práticas que orientam, estruturalmente, a hierarquização de práticas e saberes. Para tanto, é preciso perceber a heteronormatividade e a cisonormatividade como organizações políticas que buscam estabilizar aquilo que é dinâmico e instável: a vida. No sistema de gênero, assim como o recurso ao *“papel da mulher”* é um recurso do poder econômico, ideológico e político (WITTIG, 2006), da mesma forma, o enquadramento de corpos dissidentes à lógica individualista das práticas jurídicas atuais representa uma submissão a um formato ortopédico da vida que as desencarna de sua própria condição de sujeição.

Considerações finais

Refletir o Direito brasileiro, em sua epistemologia e linguagem, conferida pelo modelo liberal do Estado Moderno. Entender que o modelo tradicional jurídico que, em confronto com o pensamento jurídico crítico exposto, é fissurado a fim de que, pela prática jurídica, sejamos capaz de afetar as vidas, enquanto profissionais do Direito brasileiro, com respeito e sem violência hermenêutica. Provocar uma postura a uma práxis jurídica, a partir de delineamento de uma Crítica Feminista do Direito brasileiro,

que seja consciente de que suas ações interferem diretamente na vida de todas as pessoas, especialmente das mulheres. Assim, aponta-se para a esperança de que é possível reconhecer, no Direito brasileiro, a chance de melhoria da arquitetura discriminatória em que vivemos. Para tanto, é necessário colocar os pés no chão e reconhecer a própria realidade, em um processo reivindicatório de conhecimento de si, enquanto agente responsável na estrutura social e jurídica, de reconhecimento de sua história e de recuperação da sua consciência e da autonomia de agir coletivamente. Admitindo e confrontando, assim, a colonialidade e a produção dos seus efeitos, já é um ótimo começo.

Referências

ABEL, Richard. Critique 2: critical legal studies. In ARNAUD, André-Jean. **Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit**. Paris-Bruxelles: Story-Scientia, 1988.

BAER, J. A. **Our lives before the law**: constructing a feminist jurisprudence. Princeton, NJ: Princeton: University Press, 1999.

BAER, Judith A. Feminist theory and the law. In GOODIN, Robert. **The oxford handbook of political science**. Oxford: Oxford Handbooks Online, 2013.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (coord). **Direito das mulheres**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. (coord). **Direito e feminismos**: materialidades que confrontam discursos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____. (coord). **Direito e feminismos**: rompendo grades culturais limitantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. O ensino de direito na UFSC: um exame sobre os currículos formal e oculto. In **Jota.info**, julho 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/o-ensino-de-direito-na-ufsc-um-exame-sobre-os-curriculos-formal-e-oculto-25062020>>. Acesso em 20 jul 2020.

BUTLER, Judith. *Corpos que ainda importam*. In COLLING, Leandro. *Dis-sidências sexuais e de gênero*. Salvador: EdUFBA, 2016.

BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do “pós-modernismo”. In **Cadernos Pagu**, Campinas, (11), 11-42, 2013.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 16. ed. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2018.

BUTLER, Judith. **The force of nonviolence: an ethico-political bind**. Brooklyn: Verso Books, 2020.

CAIN, P. A. Feminist jurisprudence: grounding the theories. In **Feminist legal theory: readings in law and gender**. Boulder Colo.: Westview, 1991.

CARNEIRO, Sueli. **Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero** (2011). Disponível em <https://www.geledes.org.br/enegrecer-o-feminismo-situacao-da-mulher-negra-na-america-latina-partir-de-uma-perspectiva-de-genero/?gclid=CjwKCAjwNf6BRawEiwAkt6UQooRMz5lEe_98XiCf0bQIXqa5IYIvDqLvns2uAlhRNeEEvZVkmSS-xoCj08QAvD_BwE> Acesso em 04 de agosto de 2020.

COELHO, André; ALMEIDA, Phillippe; FRANZONI, Júlia. **Introdução aos Estudos Jurídicos Críticos**. Disponível em <https://www.youtube.com/c/PuraTeoriadoDireito/videos?disable_polymer=1>. Acesso em agosto de 2020.

COLLINS, Patricia Hill. **Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment**. Abingdon: Routledge, 2002.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. Mapping the margins intersectionality identity politics and violence against women of color. In **Stanford Law Review**, v. 43:1241, Stanford, 1993. Tradução de Carol Correia disponível em <<https://www.geledes.org.br/mapeando-as-margens-interseccionalidade-politicas-de-identidade-e-violencia-contras-mulheres-nao-brancas-de-kimberle-crenshaw%E2%80%8A-%E2%80%8Aparte-1-4/>>. Acesso em 05 de setembro de 2020.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo, 2018.

DUQUE, Ana Paula; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Direito como tecnologia de gênero: a tortura contra as mulheres nos inquéritos militares (1964–1979). In **Universitas JUS**, n. 27, v. 2, pp. 57–65, 2016.

FERRAZ, Carolina V. (coord). **Direito e morte**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FERRAZ, Carolina V. (coord). **I congresso de feminismo jurídico**. Disponível em <https://www.youtube.com/channel/UCPnW175SZMsH-FSW8r_Sszhg?disable_polymer=true>. Acesso em agosto de 2020.

FERRAZ, Carolina V. (coord). **Manual jurídico feminista**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FREITAG, Barbara. **A teoria crítica**: ontem e hoje. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 8. ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: Um clássico da filosofia jurídica e política. In **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49–63, dez./jan., 2007.

GOLDSTEIN, L. F. **Feminist jurisprudence**: the difference debate. Lanham: Rowman and Littlefield, 1992.

GPEIA-USP. Interações de gênero no ensino jurídico: um convite à reflexão. **Jota.info**, julho 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interacoes-de-genero-no-ensino-juridico-um-convite-a-reflexao-03122019>>. Acesso em 20 jul 2020.

HARAWAY, Donna. Saberes Localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**, Campinas, 5, pp. 7–41, 1995.

HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. In **Revista Estudos Feministas**, n. 1, 1993, Florianópolis. Disponível em <http://www.legh.cfh.ufsc.br/files/2015/08/sandra-harding.pdf>

HARRIS, A. Race and essentialism in feminist legal theory. **Stanford Law Review**, Stanford, 42: 581–616, 1990.

LACEY, Nicola. Feminist legal theories and the rights of women”. In Knop, K. (ed.). **Gender and human rights**. Collected courses of the Academy of European Law (XII/2). Oxford University Press, Oxford, UK, 2004, pp. 13–56.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935–952, set. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36755>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

MACKINNON, Catharine. **Toward a feminist theory of the state**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1989.

OLIVEIRA, João Manuel Calhau de. Cidadania sexual sob suspeita: uma meditação sobre as fundações homonormativas e neo-liberais de uma cidadania de “consolação”. In **Revista Psicologia Social**, n. 25, v. 1, pp. 68–78, 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822013000100009&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 20 de outubro de 2020.

PIRES, Thula de Oliveira; LYRIO, Caroline. Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. In DANTAS, Fernando Antonio De Carvalho; GORDILHO, Heron José de Santana; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Direito dos conhecimentos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SCALES, A. M. The emergence of feminist jurisprudence: an essay. In **Yale Law Journal**, Yale, 95: 1373–403, 1986.

STEIN, Ernildo. **Crítica da Ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 103–104.

TUSHNET, Mark. **Critical legal studies**: an introduction to its origins and underpinnings. *Journal of Legal Education*, Washington, v. 36, 1986.

UNGER, Mangabeira Roberto. **The critical legal studies movement**. Cambridge: Harvard University, 1986.

_____. **O direito e o futuro da democracia.** São Paulo: Boitempo, 2004.

VALDES, Francisco. Latina/o Ethnicities, Critical Race Theory, and Post-Identity Politics. *In Postmodern Legal Culture: From Practices to Possibilities* (1996). Disponível em <<https://latcrit.org/wp-content/uploads/2020/07/lcprimeri.pdf>>. Acesso em 20 agosto de 2020.

WITTIG, Monique. **El pensamiento heterosexual y otros ensayos.** Barcelona: Egales, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

É o fim do Direito?

Paulo Roney Ávila Fagundes

Introdução

O Direito é um fenômeno cultural, em cada sociedade segue as suas tradições⁹⁴. Influencia e sofre influência da política, da cultura, da religião, das diferentes visões de mundo. Há povos que há muito tempo consideram a ética como regra central de convivência. No entanto, no Ocidente busca-se uma base científica para a norma, muito embora haja uma forte influência da religião cristã na sua estruturação.

O mundo está vivenciando uma série de transformações, resultantes dos constantes avanços tecnológicos e seus impactos na natureza. Os corpos humanos estão artificializados e sendo atacados por moléstias cada vez mais destruidoras; o ataque frontal à violência gera cada vez mais violência; a crueldade penal gera uma população de marginalizados, que voltam a delinquir, num processo de natural realimentação; a poluição plástica não para de crescer; famílias e comunidades inteiras sofrem com efeitos biológicos do uso indiscriminado de agrotóxicos; aumentam os índices de depressão e ansiedade nos jovens e nas crianças, cada vez mais voltados às telas...

⁹⁴ Oriente e Ocidente têm visões de mundo antagônicas e, ao mesmo tempo, complementares. No entanto, houve um crescente avanço da lei no controle das condutas humanas nas últimas décadas.

Estamos vivenciando uma crise global decorrente do fenômeno de sofisticação e de popularização das tecnologias, o qual fora idealizado como o grande avanço da humanidade, mas que vem comprometendo o sistema como um todo em razão de seus efeitos colaterais. A democracia está em crise diante do amplo acesso aos meios de comunicação, que resultou nas *fake news* e *deepfakes*; a medicina passou a lidar com os efeitos degenerativos do uso indiscriminado de medicamentos; o Judiciário se vê impossibilitado de realizar a justiça diante do congestionamento de demandas; os policiais civis e militares matam tanto quanto os denominados “bandidos”... Aquilo que foi idealizado como solução está, na verdade, se tornando a causa do problema.

Ainda que existam particularidades que se manifestam no âmbito local, as consequências deste fenômeno atingem o planeta como um todo, sendo necessário assumir-se um compromisso com a preservação da vida, através da manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado.

O Direito se volta ao passado, a ética preocupa-se com o presente e as questões de sustentabilidade dizem respeito ao futuro. Imaginávamos que seria a sustentabilidade a questão central em debate no mundo todo. No entanto, o que se vê ainda é o retrocesso em vários países, com a assunção de governos conservadores, depredadores do ambiente natural. O que se vislumbra é que o interesse econômico tem prevalecido sobre a defesa da natureza. E o retrocesso político parece ser uma realidade, uma vez que os partidos radicais de extrema-direita não têm preocupação com a questão ambiental e desconsideram completamente a cultura. Quando se imagina que há um avanço, observa-se um retrocesso na defesa da vida.

Há mais perguntas do que respostas. A revolução com certeza afetará o Direito, como já está sendo afetado pelas novas tecnologias. O processo se tornou virtual, ao mesmo tempo em que se busca o diálogo para a gestão dos conflitos. Nota-se, ainda, a necessidade de um mínimo de democracia para que o Direito possa florescer, pois os regimes autocráticos não se coadunam com a defesa dos direitos fundamentais.

Neste trabalho, o que se almeja é refletir filosoficamente sobre o Direito, dando especial enfoque à humanização do sistema jurídico que, a cada dia que passa, pretende ser mais ético. O tema foi escolhido pela necessidade que há de se questionar todo o avanço científico e o papel do Direito neste cenário, o qual exige do operador do direito um conhecimento mais amplo, interdisciplinar e, até mesmo, transdisciplinar.

A crise pode se constituir em empecilho ou em uma oportunidade para que nasça um novo Direito, alicerçado na ética e que esteja em consonância com os anseios humanos e com o respeito à natureza.

A antiga moralidade surge como novidade, em forma de uma ética em consonância com o novo tempo. No entanto, traz um lego das sociedades antigas, especialmente as do Extremo-Oriente. Tem-se a sensação, cada dia mais, que a solução está na simplicidade, distante de todo avanço científico e tecnológico. As sociedades consideradas “primitivas” dão ainda lições de paz. Nelas não vislumbramos hospitais e penitenciárias, nem especialistas. Não há leis criadas por um Parlamento e nem juízes aplicando leis aos conflitos. Os métodos naturais de cura são priorizados. Há uma paz relativa, uma compreensão das leis da natureza e de que é possível a vida em sua natural dignidade, com a mínima intervenção do ser humano.

Os novos direitos ganham uma nova dimensão, a partir de uma visão ecológica da vida. Respeitar todas as formas de vida é fundamental para que se tenha uma visão de ecologia profunda.

É o fim do Direito ou a criação de um novo paradigma para a ciência jurídica? É o que se buscará refletir no curso deste trabalho. Para isso, inicialmente abordaremos as relações entre ética, moral e direito; para então questionarmos o que pode ser caracterizado enquanto uma violação ética; para, por fim, defendermos a necessidade de uma nova ética.

9.1 Ética, Moral e Direito

A Ética é o ramo do conhecimento que tem por objetivo o estudo da moral da sociedade e suas constantes modificações. Há povos que há muito tempo consideram a ética como regra central de convivência. No entanto, no Ocidente busca-se uma base científica para a norma, muito embora haja uma forte influência da religião cristã na sua estruturação. Em face da visão cartesiana, a ética afastou-se do Direito, assim como a ciência afastou-se da filosofia. Os saberes divididos passaram a tratar as diferentes questões humanas.

No entanto, as questões da vida passaram a ter um papel de destaque nas questões políticas, mesmo hoje quando se fala em globalização, em desestatização e em construção de uma nova realidade política. As questões da vida e da morte, mais do que nunca, permeiam o Estado. Compete ao legislador disciplinar a nova realidade (FAGUNDEZ, 2003).

O juiz deverá enfrentar e decidir demandas cada vez mais complexas, ficando cada dia mais difícil separar as questões éticas das jurídicas. A programação jurídica aumenta, sem, contudo, se vislumbrar uma solução para o problema, sem que se promova uma profunda reformulação no próprio sistema jurídico.

O Direito precisa se aproximar da vida na sua complexidade e exige um operador jurídico dotado de racionalidade e de uma grande sensibilidade. Para que o Direito cumpra o seu papel precisa com urgência se aproximar da ética, reconhecer a estética e atuar como elemento pedagógico imprescindível para a manutenção do relativo equilíbrio que se faz necessário na sociedade. O Direito precisa se reformular. A mudança deve nascer do ensino jurídico. Não se deve mais preparar especialistas em leis, mas pessoas preocupadas com a promoção da justiça.

Mas que justiça se quer promover? Não uma justiça formal, meramente comutativa, mas uma justiça substantiva, vital, que contribua decisivamente para uma vida melhor para todos. Deverão todos se preocupar com uma justiça presente, real, que parta da responsabilidade ética de cada um para com o outro, para com o meio ambiente, para com o futuro da humanidade. Supera-se a ética tradicional, individualista, para que se possa pensar numa ética solidária, preocupada com o destino do planeta, com a preservação de Gaia, enfim, com as futuras gerações.

Peter Singer (1993) não se preocupa em fazer a distinção entre moral e ética:

Portanto, a primeira coisa que a ética não pode ser defendida como uma série de proibições ligadas ao sexo. Mesmo na era da AIDS, o sexo não coloca, absolutamente, nenhuma questão moral específica. As decisões relativas ao sexo podem envolver considerações sobre a honestidade, a preocupação com os outros, a prudência, etc., mas não há nada disso nada de particular ao sexo, pois o mesmo poderia ser dito das decisões sobre como dirigir um carro. [...] Desta maneira, o presente livro passa ao largo da moral sexual. Há problemas éticos mais importantes a serem considerados (SINGER, 1993, p.10).

A humanidade, na virada do milênio, precisa encontrar soluções para os graves problemas que atingem as sociedades. O Direito não consegue dar respostas satisfatórias para os complexos problemas humanos gerados pela evolução tecnológica. Para que se tenha esperança, há necessidade de superação da ética tradicional, buscando-se uma nova ética, integral, holística, defensora dos valores humanos. A ética do novo tempo requer um novo homem, mais solidário, mais livre, mais comprometido com os demais seres.

A ética do cuidado, essencialmente feminina, exige que o homem se volte para a natureza. Já a ética moralista tem se constituído um empecilho para o desenvolvimento espiritual da humanidade. A nova ética, por sua vez, é aberta, se recicla intensamente a cada instante.

Em suma, é como a própria vida, que flui, se modifica, constrói a si mesma e valoriza o processo educacional. Não traz regras nem aponta caminhos, busca e valoriza a reflexão, é essencialmente crítica. Vive em crise constante, em ciclos como a própria vida, é objeto de permanente reflexão.

A ética moralista é falsa porque definitiva, impositiva de regras absolutas. A ética nova é revolucionária. Até pode ter uma certa estabilidade, mas deve ser repensada permanentemente. É provisória, como a própria vida, mas é necessariamente ecológica, pois não há vida sem sustentabilidade. A moral conservadora emperra o desenvolvimento intelectual e normalmente desconsidera a questão ecológica.

Por sua vez, a ética nova volta-se para a sustentabilidade, para um Direito comprometido com a vida. Enquanto a moral antiga é conservadora e se volta para o passado, a nova ética traz uma visão de futuro.

Portanto, a ética, moral e Direito estão entrelaçados. O Direito precisa de normas éticas, que não se voltem apenas para o passado, mas que se preocupem com o futuro, com a qualidade de vida das pessoas. O novo Direito deverá ser essencialmente ético, pedagógico, inserido no mundo da vida. Para atingir a sua finalidade, terá de se desvencilhar da visão maniqueísta que quer separar sempre o bem do mal.

Em algumas sociedades, como as orientais, a Ética e o Direito confundem-se, de modo que a moralidade sempre prevaleceu em relação às normas jurídicas. O Corão é a legislação que rege os países islâmicos. Neles atua como Código Penal, Código Civil etc. Contudo, mesmo no Extremo-Oriente o modelo ocidental vem sendo adotado por alguns países, como a China. Naquele país adota-se um sistema de justiça muito parecido com o ocidental. A lei ganha certo destaque, mas a ética continua sendo ainda um porto seguro. Há Faculdades de Direito e Tribunais muito parecidos com os ocidentais. Contudo, a busca das soluções negociadas sempre ocorre, trazendo uma visão negativa para as pessoas que não conseguem administrar os seus próprios conflitos.

E nos países ocidentais a Bioética nasce para disciplinar questões científicas ainda não reguladas pelo Direito. A Ética ganha papel de destaque, não se confundindo com a moralidade antiga, conservadora, permitindo sempre a discussão a respeito do caso concreto que é apresentado pela ciência.

Vale dizer, Oriente e Ocidente se aproximam (FAGUNDEZ, 2005). A ética ganha uma nova dimensão para disciplinar a ciência e todo o avanço que se deu no campo tecnológico. O mundo dialoga, com a aproximação das culturas e das pessoas pelos meios digitais. O Direito Chinês normatiza seus princípios, ao mesmo tempo que não deixa de lado a mediação em toda a região daquele país asiático.

Ética, Moral e Direito se afastaram com a construção de um modelo cartesiano e agora se reaproximam para que possam dialogar e trazer soluções para as questões emergentes do século XXI. A Bioética traz a proposta de discutir cada questão polêmica que surge com o advento das novas tecnologias. O avanço do conhecimento requer maior responsabilidade. O Biodireito incorpora normas que reaglutinam ética e Direito para que possamos compreender a complexidade da vida.

9.2 Graves violações éticas

Os problemas humanos são simplificados. As doenças, regra geral, não são vistas como problemas multicausais. Ainda são atacadas violentamente com procedimentos cirúrgicos, com quimioterápicos poderosos que criam vírus cada vez mais potentes. Ter uma fé inabalável nos métodos também não se constitui numa grave violação ética?

As condutas jurídicas continuam individualizadas. As pessoas permanecem sendo punidas como se elas, isoladamente, fossem responsáveis pelos atos, vale dizer, como se elas fossem verdadeiras ilhas, apartadas da sociedade.

Não se leva em consideração o papel da mídia, do sistema capitalista ou do próprio sistema jurídico repressor como responsável pela criação de condutas criminosas. Não há delitos graves, equivalentes morais do assassinato, como diz Singer (1993), quando os governantes se apropriam de dinheiro público? Quantas crianças morrem pela falta de alimentos e de medicamentos em decorrência desta conduta?

Não há irracionalidade ao se empregar mais violência com o fim de controlar a violência social, para combater a criminalidade, através do afastamento dos criminosos do convívio social? Os criminosos são produtos do próprio sistema? Não há um verdadeiro crime no aprisionamento dos marginalizados pela sociedade? A organização patriarcal e paternalista não é o cerne de todo o problema da política, da ciência, da religião, enfim, da própria vida?

Tampouco se considera como uma grave violação ética quando se dá prioridade a um sistema educacional que escraviza, concentrando o conhecimento nas mãos de alguns que, por seu turno, se tornam dependentes de outros especialistas (MONDARDO, FAGUNDEZ, 2002). Onde fica a necessária autonomia do ser, para ser livre e responsável pelos seus atos?

Não são os professores responsáveis pela consolidação do sistema de repressão quando se limitam a reproduzir o conhecimento oficial? Não têm os verdadeiros educadores um compromisso com o espírito científico

e o espírito crítico? Não deve o processo educacional ser repensado permanentemente? Afinal, o processo educacional envolve toda a sociedade. Educar é libertar o indivíduo dos dogmas e permitir que tenha uma percepção clara da sua responsabilidade para com o futuro da humanidade.

Não se deve repensar o modelo de desenvolvimento, calcado na racionalidade? Há racionalidade no ataque violento às doenças, sem considerá-las como fenômenos complexos e multicausais? Afirma Morin que a política tradicional, esvaziada e fragmentada, tornou-se uma promessa de felicidade sem sentido:

Ao mesmo tempo que inchou até tornar-se totalizante, a política não totalitária, tradicional, esvaziou-se e fragmentou-se. A penetração, na política, da economia, da técnica, da medicina, da biologia etc., introduziu, nos conselhos e instâncias do Estado e dos partidos, os econocratas, os tecnocratas, burocratas, *experts* e especialistas que fragmentaram os campos de competências em função de suas disciplinas e modos pensamentos compartimentado (MORIN, 1995, p. 144).

E fez uma advertência logo a seguir: “*A política multidimensional deveria responder a problemas específicos muito diversos, mas não de forma compartimentada e fragmentada*” (MORIN, 1995, p. 145). A política é um fenômeno que está presente em toda a atividade humana. Para Foucault (SANTOS, 2000), a política está em todo o lado. Já Boaventura (SANTOS, 2000) afirma que se a política está em todo lado, não está em lugar nenhum. Critica, assim, a posição de Foucault, defendendo a democracia e, fundamentalmente, a expansão do jurídico e do político.

A nova ética é essencialmente participativa, de cunho político, porque cada ser humano assume o compromisso, antes de tudo, consigo mesmo; mas também com o outro, reconhecendo que sua vida não é possível sem ele; com as plantas e animais, porque sem a natureza não há futuro e porque, sobretudo, precisa-se superar a artificialização do ser humano⁹⁵.

A nova ética reconhece a utopia e defende que, sem ela, é impossível avançar:

O homem só conseguiu evoluir e mudar a realidade, no decorrer da história, no momento em que começou a sonhar. O novo não pode ser fruto do passado, do velho e do ultrapassado. O novo sempre é fruto dos sonhos e das utopias daqueles que têm a coragem de

⁹⁵ Destaque-se sempre que habita em cada ser a vida na sua plenitude, a natureza, na sua riqueza.

ultrapassar o instituído, jogando-se no desconhecido (RODRIGUES, 2000, p. 24).

A mudança é inerente à própria vida. Nada permanece igual. A cada instante há transformação. O ser humano está sempre se modificando. O que há algum tempo era admissível, do ponto de vista moral, hoje não é mais.

A nova ética exige consciência, mas uma consciência cósmica, como adverte Pierre Weil (1992). Para Heráclito (1989), a impermanência rege a vida, tudo está mudando. A ética está em constante transformação, como a sociedade, como o homem, como a vida... Não se justificam mais determinadas atitudes. Por que, por exemplo, o homem se alimenta de cadáveres de animais se hoje ele dispõe de uma enormidade de opções nutricionais?

A visão antropocêntrica, verdadeiro alicerce de na cultura ocidental, continua ainda a presidir as relações humanas. O centro é o homem na sociedade capital ocidental, o ser o humano individualista, narcisista, egoísta, perdido com sua fragmentada mente. E que busca explicações definitivas a respeito da vida, com seus métodos precisos.

O antropocentrismo torna o sujeito Senhor e ao mesmo tempo escravo. Dono e, simultaneamente, subserviente ao sistema competitivo que criou e que se incorporou à sua personalidade. As pessoas já se habituaram com as graves violações éticas por estas fazerem parte de suas rotinas, por isso a conscientização é fundamental para que a transformação aconteça de maneira efetiva.

Há questões mais complexas que surgem na sociedade hodierna. A cada instante a ciência evolui e surgem novos questionamentos.

O respeito a todos os seres vivos é fundamento. A autonomia do sujeito não deve ser deixada de lado. Nenhuma pesquisa científica pode causar prejuízo aos seres humanos. A ciência deve contribuir para que todas as pessoas tenham acesso às novas tecnologias. O interesse econômico das grandes corporações não deve prevalecer diante do interesse da sociedade.

Somente com uma nova ética, que se volte para a responsabilidade de cada ser é que se vai superar a crise que atinge todos os setores de atividade humana. A vida é una e se expressa de diferentes maneiras. Compreender a teia que envolve tudo e todos é a grande tarefa neste início de século XXI.

Vencer a disciplinaridade, reconhecer a solidariedade e, por fim, reencontrar-se com a antiga transdisciplinaridade é a grande saída para que possam ser compreendidos os problemas humanos.

9.3 A necessidade de uma nova ética

*As leis não bastam,
os lírios não nascem
das leis.
Meu nome é tumulto
e escreve-se na pedra.*
Drummond

Indiscutivelmente, há a necessidade de se buscar uma nova ética. A ética tradicional, moralista, preservacionista dos valores tradicionais, precisa ser superada. Vislumbra-se uma revolução silenciosa, uma mudança no comportamento do ser humano.

Cada vez mais acredita-se que, em decorrência do próprio processo de globalização, serão derrubadas as fronteiras e serão resgatados valores universais. Que valores são esses? Fica difícil estabelecer claramente, muito embora as tradições religiosas apontem um norte no nosso entender.

Os valores superiores de uma nova ética, segundo Johannes Hessen, são os valores religiosos: *“Os mais altos de todos os valores são os valores do ‘Santo’, ou os valores religiosos, porquanto todos os outros se fundam neles”* (1974, p. 126).

Os valores terão de ser permanentemente questionados para que se tenha uma ética voltada para um novo tempo, para uma sociedade essencialmente solidária:

Perguntamos, por conseguinte: quando um juízo é moral e quando não o é? Isto sempre deve significar: quando ele é tal a partir da perspectiva de quem julga, portanto: quando ele é entendido como moral? (Para alguém, num dado contexto cultural). Nisto está colocado desde logo a pergunta: em que reconhecemos uma moral, ou um conceito moral? Pode-se compreender “uma moral” como o conjunto de juízos morais de que alguém ou um grupo dispõe (TUGENDHAT, 1997, p. 34).

Os intelectuais serão responsáveis pela construção de uma nova pauta de valores, a partir de uma discussão, de maneira permanente, com toda a sociedade. A responsabilidade é de todos e de cada um. Cada ser humano, hoje mais do que nunca, tem que contribuir para a construção de uma sociedade melhor para todos.

O Estado não consegue mais dar respostas satisfatórias para as grandes questões humanas. As questões pertinentes à vida, à morte, aos transplan-

tes, à saúde das pessoas são questões políticas, mas deverão ser cada vez mais discutidas por todos os seres humanos.

O sistema patriarcal-paternalista de poder sedimentou a ideia de que as questões políticas estão distantes do povo e deverão ser resolvidas pelos “iluminados”. As questões complexas, como a inflação, deverão ser enfrentadas e resolvidas, levando-se em consideração a multidimensionalidade desses fenômenos.

A ética nova requer uma estética nova. Tudo que é bom é belo. Se é justo é belo:

Beleza poética: Assim como dizemos beleza poética, deveríamos dizer beleza geométrica, e beleza médica; não o dizemos, porém; e o motivo é que conhecemos bem o objeto da geometria, o qual consiste em provar, e o objeto da medicina, que é curar; mas não sabemos em que consiste o prazer, objeto da poesia. Desconhecemos esse modelo natural que é preciso imitar; e, na ausência desse conhecimento, criamos estranhos termos: séculos de ouro, maravilha de nossos dias, fatal etc., e a esse jargão denominamos beleza poética (PASCAL, 1999, p. 37).

Bachelard insiste na recuperação da poética, haja vista que, segundo ele, “*o conhecimento do mundo é inicialmente poético. O animismo e o empirismo das experiências originárias atestam a presença de imagens e a relação dinâmica do homem com o mundo*” (CESAR, 1989, p.71).

Tampouco é a poética uma visão de confronto à ciência. Pelo contrário, contribui para a complementação da vida na sua integridade:

A situação das ciências inspirada em Bachelard implica, portanto, uma antropologia que afirma determinada estrutura da consciência humana como suporte para as alternâncias entre a abordagem poética e científica do mundo. Esta alternância entre imaginação e razão não implica uma história irreversível; como só podemos conhecer cientificamente “aquilo, em torno do que sonhamos”, há sempre um resíduo de poesia em toda a abordagem científica. A poesia torna o mundo nosso, familiar, pátria humana. Emerge de um inconsciente cósmico, no qual se enraíza. A valorização poética do objeto, empregando a imaginação e a fantasia, às vezes deturpa o conhecimento rigoroso; mas não é possível abandoná-la completamente. A poesia é a expressão do lado noturno do homem; é a linguagem através da qual o espírito de finesse, invenção, criança se expõe ao homem. Abandoná-la, é perder a dimensão humana,

cortar as raízes do homem no mundo. Criticar as suas contribuições, traduzir sua verdade simbólica e seu impulso no âmbito da razão; essa, a tarefa do filósofo. “Os eixos da poesia e da ciência são, inicialmente, opostos. Tudo que a filosofia pode esperar é tornar complementares a poesia e a ciência.” Obedecendo à direção apontada por Bachelard, procuraremos estabelecer essa complementaridade, expondo o lugar das ciências e da arte do conhecimento humano (CESAR, 1989, p.70-71).

O resgate do poético é o reencontro do humano no homem artificializado e faminto de vida solidária, cansado da solidão que lhe foi imposta pelo modelo competitivo capitalista.

Ser solidário deverá ser a grande meta do homem, caso contrário teremos o caos. A solidariedade é o passo mais importante para que possamos ir ao encontro do outro e sermos capazes de compreendê-lo. Para isso, precisa-se superar o modelo patriarcal que tudo quer dominar e vencer. A Medicina Masculina, autoritária, quer combater e eliminar, se possível, todos os vírus e bactérias existentes sobre a face da Terra. É como se as bactérias não estivessem no Planeta muito antes que os homens. É como se elas não fizessem parte do equilíbrio da vida.

O Direito Masculino quer eliminar a violência com a adoção de sistemas repressivos cada vez mais intolerantes. A racionalidade do controle é ainda hoje a grande esperança, mormente no Ocidente, de se obter o domínio das condutas que as classes dominantes consideram negativas.

A ética integral requer humildade. Enfim, que o homem se reconheça como peça crucial no jogo da vida, que se reconheça, sobretudo, humano. Neste sentido, Morin faz uma advertência séria ao projeto científico:

Dominar a natureza? O homem é ainda incapaz de controlar a sua própria natureza, cuja loucura o impele a dominar a natureza perdendo o domínio de si mesmo. Dominar o mundo? Mas ele é apenas um micróbio no gigantesco e enigmático cosmos. Dominar a vida? Mas mesmo se pudesse um dia fabricar uma bactéria, seria como copista que reproduz uma organização que jamais foi capaz de imaginar. E acaso ele saberia criar uma andorinha, um búfalo, uma otária, uma orquídea? O homem pode massacrar bactérias aos milhares, mas isso não impede que bactérias resistentes se multipliquem. Pode aniquilar vírus, mas está desarmado diante de vírus novos que zombam dele, que se transformam, que se renovam... Mesmo no que concerne às bactérias e aos vírus, ele deve e deverá negociar com a vida e com a natureza (MORIN, 1995, p.184-185).

O projeto tecnológico de controle absoluto não pode se transformar numa insana aventura. O homem deverá reaprender a viver, compartilhar e, sobretudo, reconhecer-se como responsável pelo futuro da humanidade:

Esse homem deve reaprender a finitude terrestre e renunciar ao falso infinito da onipotente técnica, da onipotência do espírito, de sua própria aspiração à onipotência, para se descobrir diante do verdadeiro infinito que é inomeável e inconcebível. Seus poderes técnicos, seu pensamento, sua consciência devem doravante ser destinados, não a dominar, mas a arrumar, melhorar, compreender (MORIN, 1995, p.185).

O homem deve superar a violência do controle e penetrar num novo tempo, da compreensão e do amor. O homem conseguirá eliminar todos os vírus e bactérias? O homem conseguirá destruir os criminosos? A resposta é negativa para ambas as perguntas.

Há a necessidade de se compreender a vida na sua riqueza, na sua multidimensionalidade. A ética não nasce da lei nem da religião. Brota do coração, da mente, da responsabilidade que cada um e que todos assumem com a vida. A nova ética não poderá ser ensinada. Precisa ser vivida, discutida, construída e reconstruída a cada instante.

O Direito deverá ser caminho para construção de uma sociedade melhor. Não deve ser apenas a outra face do delito. De um lado, a lei, e do outro, a necessária desobediência.

O princípio universal. Este espírito arrojado pronunciou pela primeira vez esta palavra profunda: “O ser não é mais que o não-ser”, nem é menos; ou ser e nada são o mesmo, a essência é mudança. O verdadeiro é apenas como a unidade dos opostos; nos eleatas, temos apenas o entendimento abstrato, isto é, que apenas o ser é. Dizemos, em lugar da expressão de Heráclito: O absoluto é a unidade do ser e do não-ser. Se ouvimos aquela frase “O ser não é mais que o não ser, desta maneira, não parece então produzir muito sentido, apenas destruição universal, ausência de pensamento”. Temos, porém, ainda uma outra expressão que aponta mais exatamente o sentido do princípio. Pois Heráclito diz: Tudo flui (panta rei), nada persiste, nem permanece o mesmo E Platão diz ainda de Heráclito: Ele compara as coisas com a corrente de um rio — que não se pode entrar duas vezes na mesma corrente; o rio corre e troca-se outra água. Seus sucessores dizem até que nele nem se pode mesmo

entrar, pois que imediatamente se transforma; o que é, ao mesmo tempo já novamente não é (HEGEL, 1999, p. 102-103).

A nova ética é humanista, sobretudo, reconhecendo as limitações do ser humano, contribuindo para que se tenha uma vida mais justa, mais igual, mais livre. A ética moralista aprisiona; a ética integral, ao contrário, liberta.

A nova ética não traz fórmulas nem respostas prontas, contribui para a formulação de perguntas. A necessidade de uma nova ética mais ampla, que contribua com o Direito para a mudança da visão da sociedade. A nova ética deve nascer dos sentimentos e do amor à vida e à natureza.

Qual a nova ética que se quer? Não há uma única resposta. Não há uma única ética. Trata-se de um problema complexo que exige novos questionamentos. Vale dizer, há a necessidade de uma reflexão permanente sobre cada dificuldade que se apresenta, pois à medida que evolui a ciência, nascem novos problemas. Não há solução legislativa para todas as questões. E mesmo os códigos de ética não são suficientemente abrangentes.

As respostas, portanto, serão sempre provisórias. O enfrentamento se faz necessário de todos os questionamentos, ainda mais em uma época de negacionismo extremo e de ignorância programada por determinados setores da população. Há a necessidade de uma reflexão constante. E a análise é sempre interdisciplinar porquanto as ciências estão intimamente relacionadas e a ética é uma questão que perpassa todos os saberes.

9.4 A necessidade de uma ciência da complexidade

O homem do conhecimento não precisa somente amar seus inimigos, precisa também odiar seus amigos.

Nietzsche

O cientista que tem uma fé absurda no método e que acredita piamente que, através dele, poderá extrair a verdade, não contribui para o avanço da ciência. O melhor cientista é aquele que tem uma visão crítica dos caminhos apresentados pela ciência e os questiona permanentemente.

O Direito necessita de uma conexão necessária com a vida. No mundo jurídico envolve-se todo o jogo político da existência, expressando-se nos seus múltiplos aspectos. A política é a orientação da própria vida, que,

numa relação patriarcal e paternalista de poder; entregamos a um grupo ou a um líder para exercê-la.

Kosik (1995) defende a ideia de Kon, para quem a ciência tende a deixar de se debruçar sobre os fatos para ater-se aos processos e as relações:

Concordamos com o historiador soviético Kon, quando diz que os fatores elementares demonstraram ser algo muito complexo; e a ciência que no passado se ocupava com os fatos isolados, hoje se vê cada vez mais orientando para os processos e as relações. A dependência entre os fatos e as generalizações é uma conexão e dependência recíproca; assim como a generalização é impossível sem os fatos, do mesmo modo tampouco existem fatos científicos que não contenham o elemento da generalização. O fato histórico é, em certo sentido, não só um pressuposto da investigação, mas também um resultado seu (KOSIK, 1995, p.53).

E arremata:

Cada fato na sua essência ontológica reflete toda a realidade; e o significado objetivo consiste na riqueza e essencialidade com que eles completam e ao mesmo tempo refletem a realidade. Por esta razão é possível que um fato deponha mais que um outro, ou que o mesmo fato deponha mais, ou menos, dependendo do método e da atitude subjetiva cientista, isto é, da capacidade do cientista para interrogar os fatos e descobrir o seu conteúdo e significado objetivo (KOSIK, 1995, p.54).

A ciência da complexidade é essencialmente crítica e reflexiva. Não traz à baila verdades absolutas, questiona métodos. Afasta-se da fé absurda dos cientistas nos seus métodos. Reconhece a complexidade. Aproxima-se da vida.

A nova ciência deverá reconhecer o ser humano na sua multidimensionalidade: corpo, mente e espírito. A ciência emergente deverá se espiritualizar para que se tenha consciência da totalidade do ser humano.

Há os fenômenos explicáveis, comprováveis através do método científico, e também os fenômenos insuscetíveis de experimentação. A ciência espiritual reconhece que há o mistério. A nova ciência deverá ser mais poética do que espiritual.

O método científico não dá conta da complexidade. A vida é muito mais rica do que a visão científica cartesiana pode oferecer. A nova ciência

deverá ter uma visão que ultrapasse os umbrais do método, que não se constitui no único caminho para a descoberta da verdade.

O sistema científico trata agora de novas relações. A ciência passa a invadir a vida das pessoas e devassar a sua privacidade, tendo a pretensão de decidir sobre a vida e a morte do sujeito. Ademais, a ciência é invadida por visão ecológica, porquanto os seres vivos não são objetos, mas agentes de uma visão, em que há uma interdependência entre todas as formas de vida. A humanização da ciência é o primeiro passo para que a reflexão ocorra.

Diante deste fenômeno, impõe-se uma nova visão de mundo, com a sustentabilidade sendo a questão central do debate. A ética jurídico-ambiental se faz necessária. O Direito que fragmenta saberes está com os seus dias contados, mas um novo e mais flexível Direito se faz necessário para reger a sociedade hodierna.

Considerações finais

Um papel relevante está reservado à ética na virada de milênio. O Direito deverá beber da ética, se aproximar da estética, se voltar para a vida na sua plenitude. Assim, recuperará sua credibilidade, atenuará sua radical racionalidade e permitirá que o julgador aprecie as demandas sob os diferentes e relevantes aspectos.

O Direito que se afastou da ética precisa se alimentar dela para a solução dos complicados problemas humanos que hoje habitam os tribunais. A ética está se libertando das amarras conservadoras e buscando construir uma nova realidade. Neste sentido, é inadmissível uma ética que não tenha, pelo menos, um conteúdo ecológico, vale dizer, que se preocupe com a preservação da natureza e com a convivência pacífica entre homens, animais e plantas. É necessária uma ética que se insira filosoficamente no cotidiano, promotora permanente da autocrítica e da consciência do entrelaçamento de todos os seres.

Só será possível se produzir uma mudança de atitude no momento que se reconhecer a dinamicidade da ética, que permeia tudo e todos e que exige um ser vigilante, comprometido com a vida em todas as suas múltiplas manifestações. Há um processo de orientação do Ocidente como de ocidentalização do Oriente. A ética ganha uma nova dimensão por aqui, enquanto o Direito alicerçado na norma cresce nos países do Extremo-Oriente.

Diante destes fenômenos, é o fim do Direito ou a emergência de um novo paradigma? Indubitavelmente não há uma única resposta. Ou melhor, há mais perguntas do que respostas, mas a transformação necessariamente irá ocorrer.

Referências

CESAR, Constança Marcondes. **Bachelard**: Ciência e poesia. São Paulo: Paulinas, 1989.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo** – introdução a uma visão jurídica de integridade. São Paulo: LTr, 1999.

____. MONDARDO, Dilsa. **Ética holística aplicada ao direito**. Florianópolis: OAB, 2ª ed., 2002

____. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: Ltr, 2003;

____. **Direito e taoísmo**: elementos para compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal. São Paulo: Ltr, 2005;

HEGEL, George W. F. C – Crítica Moderna. *In* **Pré-socráticos** – fragmentos, doxografia e comentários. Trad. José Cavalcante de Souza et alii. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 102–103.

HERÁCLITO. Fragmentos. *In* **Os Pré-Socráticos**. Trad. José Cavalcanti de Souza et al. São Paulo: Editora Abril, 1989 (Coleção Os Pensadores).

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra, 1974.

KOSIK, Karel. **Dialética do concreto**. Trad. Célia Neves e Alderico Toríbio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. Trad. Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1995.

PASCAL. **Pensamentos**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico para que(m)**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

SINGER, Peter. **Ética prática.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TUGENDHAT, Ernest. **Lições sobre ética.** Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

WEIL, Peter. **A nova ética.** Rio de Janeiro: Record, 1992.

A distopia literária como aviso de incêndio: o autoritarismo do presente

Luana Renostro Heinen

Introdução

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, que em breve completará 50 anos de existência, construiu seu nome como centro de referência no pensamento crítico na Pós-Graduação em Direito no país. Como tal, recebeu estudantes vindos de diversas partes do país que buscavam aqui alimentar suas esperanças de que o Direito poderia ser menos enrijecido, menos dogmático, da possibilidade de construir um ensino jurídico crítico, mais atento à realidade social, conectado com os desafios políticos de um país profundamente marcado pela desigualdade social. Foi essa esperança que me moveu, em 2010, ainda uma estudante, que, recém terminada a graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás, buscava na Ilha de Santa Catarina encontrar as raízes desta tão conhecida tradição do pensamento crítico.

Tal tradição tem como um dos seus principais precursores, o jurista argentino, Luis Alberto Warat⁹⁶. Foi Warat com sua irreverência, rebeldia e carnavalização que lançou as bases da crítica jurídica da UFSC. Na esteira de seu pensamento e sob sua orientação, formaram-se inúmeros juristas hoje reconhecidos nacionalmente por sua contribuição nos campos que atuam, entre eles Leonel Severo Rocha, Lênio Luiz Streck e, mais próximos da autora deste texto, pois foram meus orientadores de mestrado e doutorado respectivamente: Alexandre Moraes da Rosa e Horácio Wanderlei Rodrigues.

O texto que escrevo para a coletânea de comemoração aos 50 anos do PPGD/UFSC, busca render uma homenagem a esta tradição crítica a qual devo também a minha formação. Por isso, escolho começar falando de Warat, porque ele, profundo conhecedor do pensamento normativista de Kelsen, vivenciou seu declínio, reconhecendo a sua insuficiência para a explicação do Direito, por deixar de lado a sociedade, e passou a se debruçar em outros campos do conhecimento, entre eles a psicanálise e a literatura (ROCHA, LOIS, MELEU, 2015). Também busco na literatura a fonte de inspiração para pensar o Direito e pensar em especial o dilema contemporâneo que se coloca a todo jurista brasileiro preocupado com o futuro do país: a crise da democracia e as ameaças do autoritarismo.

Essas ameaças não são algo novo, remetem ao próprio momento em que o PPGD foi criado, nos anos 1973, em plena ditadura militar brasileira. Warat, inclusive, deixou a Argentina, seu país natal, pelo recrudescimento do regime militar também naquelas terras e as ameaças que se colocavam ao livre ensino. No Brasil, viveu sob a ditadura militar e teve que lidar com restrições a sua liberdade⁹⁷. Warat felizmente pôde vivenciar o fim da di-

⁹⁶ Sobre a influência de Warat para que o PPGD/UFSC seja conhecido como espaço de pensamento crítico, afirma Dilsa Mondardo (1992, p. 20): “Logo que WARAT chega a Santa Catarina, o Mestrado em Direito da UFSC começa a ser reconhecido como centro crítico da Pós-Graduação no Brasil. Não estamos querendo dizer que isto se deve só à presença de WARAT, mas estamos convencidos de que ele atua como elemento catalisador de um circuito de apetites esparsos que se potencializam no embalo contagioso que só ele sabe provocar entre os que terminam por aceitá-lo: é uma provocação constante para que as pessoas passem a pensar com autonomia seu próprio lugar no instituído jurídico”.

⁹⁷ Dilsa Mondardo (1992, p. 26) narra que “Alguns meses antes de serem celebradas a IV Jornadas de Metodologia do Ensino do Direito, no México, WARAT foi expulso do Brasil. Quando foi renovar seu passaporte, deram-lhe oito dias para voltar a seu país. Ele já estava trabalhando na UFSC e Paulo BLASI, como coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito, interveio para resolver o impasse. Organizou-se toda uma estratégia de apoio através de inúmeras manifestações de solidariedade dos Reitores, Professores das Universidades Brasileiras, bem como de Juizes e Promotores, que enviaram cartas de solidariedade. WARAT viajou a Brasília onde foi atenciosamente recebido por Walter Costa PORTO, na ocasião Secretário-Geral do Ministério da Justiça, que mediou o contacto dele com Petrônio PORTELA. WARAT foi informado de que o ocorrido não passara de um equívoco, pelo fato de desconhecem o seu currículo”. Acrescenta em nota de rodapé: “Na ocasião soube-se que havia um informe da Secretaria de Segurança e seu prontuário no SNI, dizendo que eram suspeitas as atividades da ALMED [Associação Latinoamericana de Metodologia do Ensino do Direito] no Brasil. Não se entendia porque um argentino se havia aqui radicado, para presidir uma Associação crítica do Direito”.



tadura militar e a redemocratização com a aprovação da Constituição de 1988. Estes fatos pareciam indicar que o passado sombrio e autoritário havia ficado para trás. Falecido em 2010, o jurista argentino não acompanhou o declínio de nossa jovem democracia. Ainda que não tenham sido poucos os avanços de consolidação da democracia e redução das desigualdades, eles não foram suficientes para barrar as ameaças autoritárias.

Ao menos desde 2016, com o golpe parlamentar que destituiu Dilma Rousseff da Presidência da República, vivenciamos no Brasil a corrosão diária da nossa democracia e o aprofundamento da instabilidade institucional. A eleição de Jair Bolsonaro para a presidência em 2018 levou a máxima potência um projeto destrutivo de nossas instituições. Cada vez mais, nossa realidade parece uma narrativa distópica para a qual o direito e o estudo compartimentalizado das leis não confere ferramentas adequadas de compreensão. Em 2020, a *realidade distópica* se escancarou com a pandemia de COVID-19, que parou o mundo e exigiu que restringíssemos os contatos diante do risco biológico. No Brasil, a escolha feita pelo governo federal no enfrentamento da pandemia foi pela disseminação do vírus, houve intencionalidade em produzir esse resultado e, consequentemente, as mais de 680mil mortes, como revelou o estudo “*Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil*”, do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, realizado em parceria com a Organização Não-Governamental Conectas Direitos Humanos⁹⁸.

Ler distopias, neste contexto, é, paradoxalmente, refletir sobre a realidade. Assim, proponho discutir, a partir da obra “*Fahrenheit 451*” de Ray Bradbury como o autoritarismo vai corroendo as bases da democracia, ceifando vidas e existências. Gerando medo, censura e até a morte...

A complexa sociedade contemporânea, com sua profusão de normas jurídicas que visam regular todas as relações sociais, as exigências de que o aplicador do Direito seja “técnico” são alguns dos fatores que exigem do aplicador da lei e do jurista que se especializem cada vez mais⁹⁹,

⁹⁸ Entre as medidas do governo federal que favoreceram a disseminação do vírus estão: a estratégia de imunidade de rebanho (ou coletiva) por contágio (ou transmissão); a incitação constante à exposição da população ao vírus e ao descumprimento de medidas sanitárias preventivas; o “tratamento precoce” para a Covid-19 que foi convertido em política pública; banalização de mortes e sequelas causadas pela doença; obstrução sistemática as medidas de contenção adotadas por governadores e prefeitos; ataques à crítics da resposta federal à pandemia; consciência da ilicitude de determinadas condutas. O estudo está acessível no site do CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário da USP: https://cepedisa.org.br/wp-content/uploads/2021/06/CEPEDISA-USP-Linha-do-Tempo-Maio-2021_v3.pdf

⁹⁹ Para Andytias Matos (2013, p. 348–349) a prática jurídica real forçosamente formalista e descompromissada com os valores tem diversas causas: “a) intensa inflação legislativa acompanhada de altos índices de ineficácia normativa, ainda que seletiva; b) desconsideração das finalidades últimas das normas jurídicas por parte de seus aplicadores, em especial o Poder Judiciário, apegado a fórmulas

afastando-se dos debates sobre a política e de uma compreensão mais ampla do próprio fenômeno jurídico. Assim, a formação destes profissionais é quase sempre excessivamente técnica, pobre em diálogos com outros campos do saber que poderiam contribuir a pintar de realidade a interpretação e aplicação do Direito.

A partir da abordagem do “Direito na Literatura”, pretendo refletir com a obra de Bradbury sobre questões que permeiam o Direito, reflexões que são muitas vezes filosóficas e perpassam o debate sobre valores jurídicos essenciais, como igualdade, justiça, responsabilidade, liberdade, direitos e valores morais e éticos. Na primeira parte discuto a abordagem do Direito na Literatura e a importância da literatura para os juristas. Em seguida, discuto o que são distopias literárias e como elas podem nos ajudar na compreensão de questões jurídicas e políticas do presente, sempre tendo em mente que o jurídico e o político não são opostos ou separados, mas que estão juntos, não havendo uma fronteira clara entre eles.

Depois faço algumas incursões no livro *Fahrenheit 451* de Ray Bradbury, para pensar dilemas bem contemporâneos: o autoritarismo da sociedade — como as instituições e o Estado cedem facilmente diante de uma sociedade autoritária; como a falta de cultivo de uma cultura democrática, que valorize o dissenso que é a principal causadora da instalação da censura e do autoritarismo estatal. Analisaremos como a queima de livros sinaliza o extremo dessa forma de autoritarismo, o totalitarismo característico da sociedade de massas, da indústria cultural e da sociedade do espetáculo, em que as pessoas estão alienadas e anestesiadas, em que o sentido e a cultura se perdem em meio à reprodução em massa. Nessa sociedade as ideias críticas, tudo que cause desconforto e reflexão é rejeitado como um ilícito, impõe-se a censura, a impossibilidade da crítica, de divergência e o apagamento da memória, não somente impedindo a divulgação dessas ideias, mas condenando-as ao completo desaparecimento por meio do fogo. Por fim, concluímos que mesmo diante do autoritarismo, a resistência é sempre possível, sendo o caminho indicado pelo pessimismo ativo fomentado pelas distopias literárias.

processuais em detrimento da tutela jurisdicional efetiva; c) tendência a excessiva regulamentação infralegal de questões econômico-financeiras por parte do Poder Executivo, o que, na prática, equivale à inutilização do Poder Legislativo, muitas vezes tramada por este último em conluio com o primeiro; d) baixo grau de interesse da população em geral pela discussão de temas político-jurídicos; e) paulatina indiferenciação entre o espaço público e o privado, com a consequente invasão da esfera individual por entidades governamentais ou não; f) impossibilidade real de o Estado fazer valer normas jurídicas contrárias a interesses de grupos sociais poderosos, sejam eles legais ou não; g) relativização de direitos fundamentais em nome de necessidades técnicas, especialmente quando apresentam natureza fiscal, contábil ou econômico-administrativa.”

10.1 A abordagem do direito na literatura

Fazer reflexões por meio da literatura é diferente de ler um texto filosófico, pois a narrativa literária tem o potencial de fomentar a imaginação literária e a empatia. Acredito, como defende Martha Nussbaum (1997), que fomentar a imaginação possibilita desenvolver a empatia, um sentimento fundamental para uma vida política democrática saudável para todos os cidadãos. Ainda mais importante para juízes e juristas em geral porque possibilita que, ao ler obras literárias, os profissionais do Direito imaginem e, por meio da imaginação percebam circunstâncias que criam obstáculos na vida dos indivíduos, despertem para as dificuldades humanas e se mobilizem para modificá-la. Esse exercício também pode promover a empatia e a simpatia ao desfazer a generalização de estereótipos e possibilitar conhecer as particularidades de cada ser humano.

As obras literárias possibilitam ao leitor perceber as circunstâncias na vida dos personagens que criam obstáculos e, assim, despertam os leitores para compreender as dificuldades que eles mesmos não enfrentam em suas vidas, ampliando a visão e compreensão de mundo do leitor. Sendo um juiz, por exemplo, poderá estar mais atento às diferentes circunstâncias da vida de pessoas que provenham de realidades completamente distintas às dele.

Nesse sentido, a filósofa Martha Nussbaum (1997) em sua obra *Justiça poética* afirma que *“os valores morais que a literatura destila ajudam os juízes a resolver os dilemas éticos e ajudam o jurista, em geral, a tornar-se mais fundamentalmente crítico para expandir seus horizontes referenciais”*.

Nussbaum (1997) escreve muito pensando na contribuição da literatura para o ofício do julgador, do juiz, sobre esse exercício imaginativo ela afirma que o Juiz deve assumir a postura de um espectador judicioso, ou seja, um leitor que toma parte das circunstâncias da vida de cada um, que se esforça para compreender os dados históricos e sociais, os matizes da situação dos grupos afetados (caso) ou narrados (romance) e pode se identificar com diferentes personagens ao longo da leitura.

Esse exercício de imaginação permite ver a realidade desigual e, como consequência disso, buscar realizar a igualdade — o juiz, diz Nussbaum (1997), deve ser um ator social de igualdade. O sofrimento passado pelos pobres poderia ser diferente, ao lermos e identificarmos essa realidade injusta, almejamos uma sociedade mais igualitária, pois naturalmente vemos que aquele sofrimento poderia ser evitado com mais igualdade. Se não conseguirmos imaginar o que sente o outro, de

pronto descartamos sua situação, a ignoramos ou não lhe conferimos importância.

A empatia, segundo Nussbaum (1997, p. 129) é:

[...] la capacidad de imaginar vividamente — y luego de evaluar judicialmente — el dolor de otra persona, de participar en él y preguntar por su significación, es un modo poderoso de aprender acerca de la realidad humana y de adquirir una motivación para modificarla.

Esta capacidade de se colocar no lugar do outro desfaz a generalização de estereótipos, desconstruindo o ódio direcionado a determinados grupos sociais e possibilitando conhecer as particularidades de cada ser humano, um convite a ver cada ser humano em sua singularidade.

Ainda que não se acredite, no entanto, que a literatura seja capaz de tornar as pessoas mais sensíveis, ela ao menos pode contribuir para o resgate do sentido, do exercício da alteridade pelos juristas, pode ao menos *“sofisticar a nossa compreensão de problemas morais e sociais. Talvez a literatura não faça dos leitores pessoas melhores, mas ela ainda pode fazer dos leitores pessoas mais atentas à complexidade de questões morais que tendem a ser subestimadas”* (SHECAIRA, 2018, p. 358).

Partindo dessa abordagem e do Direito na literatura e convido vocês a serem espectadores judiciosos na reflexão literária, a se debruçarem na literatura distópica.

10.2 Distopias Literárias

Por que estudar, ler literatura distópica em um presente que já parece tão distópico? Esta poderia ser uma pergunta que nos afastasse destes textos, imaginando talvez que a literatura deveria servir como fuga da realidade, mas o que veremos é que as distopias tem o potencial de servirem como alerta diante de características da realidade que, caso mantidas, podem criar um cenário distópico ou aprofundá-lo.

Para compreender as distopias, começaremos por seu oposto, as utopias que remetem a um “não lugar” como indica a origem da palavra cunhada por Thomas Morus autor do romance com esse título de 1516. Já a pronúncia em inglês é equivalente a eutopia (iutôpia), que quer dizer lugar feliz. Esse não lugar, geralmente imaginado como geograficamente distante ou temporalmente afastado do presente, permite se contrapor ao presente, pensar em novas possibilidades de organização da realidade que



parecem impossíveis diante do mundo tal qual ele é. A utopia possibilita pensar formas alternativas de se organizar a sociedade.

Conforme explica o professor Ivan Ferreira da Cunha (2020), houve duas grandes transformações do pensamento utópico no século XIX, que foi o século das lutas operárias, da emergência dos movimentos proletários, do pensamento socialista. A projeção de sociedades ideais, com igualdade de acesso aos bens materiais foi o mote da obra dos socialistas utópicos. Diante dessas utopias, a primeira transformação decorreu do cientificismo: a palavra utopia adquiriu o sentido de sonho ou devaneio, sem conexão com a compreensão científica da realidade. Marx e Engels, por exemplo, quando se referem a esses autores como socialistas utópicos, o fazem em um sentido negativo. Inspirados no desenvolvimento das ciências naturais, esses autores vão defender a aplicação do método científico para as ciências sociais e, assim, a construção do socialismo científico, que se basearia no conhecimento das leis de funcionamento da sociedade. A segunda transformação decorreu do niilismo, presente na obra de Nietzsche e Dostoiévski, um pensamento antiutópico, um pessimismo a respeito do que a humanidade seria capaz de alcançar. Segundo essa visão, a condição humana é miserável e infeliz, nossos esforços para melhorar a sociedade estão fadados ao fracasso.

Segundo Ivan Cunha (2020), foram o cientificismo e o niilismo que produziram a tradição das distopias que se desenvolveram ao longo do século XX.

A palavra distopia foi cunhada por John Stuart Mill, defensor da liberdade de expressão e teórico do utilitarismo, perante o parlamento inglês em 1868:

buscava uma palavra que representasse o oposto de 'utopia' para descrever algumas políticas coloniais (...) a política colonial britânica não estava produzindo um mundo *agradável* nas sociedades onde era aplicada, mas, pelo contrário, produzia situações desagradáveis ou até mesmo terríveis. (CUNHA, 2020, p. 9)

No século XX, ainda segundo Cunha (2020), as distopias adquirem um sentido niilista, um pessimismo diante da possibilidade de intervenções humanas que possam mudar a realidade de forma positiva: "*(...) não se trata, como nas antiutopias do século XIX, da infelicidade e da miséria como características da condição humana. As distopias do século XX sugerem a ideia de que as tentativas de produzir melhorias sociais esbarrarão no relativismo de valores e de formas de vida*" (CUNHA, 2020, p. 29).

Assim, o pensamento utópico/distópico se constrói sobre uma valoração da realidade que se mistura ao conhecimento minimamente objetivo da realidade proporcionado pela ciência. É sobre essa base, com um mínimo de objetividade que os autores vão construir valorações: defender certas organizações sociais como boas ou ruins ou apontar para aspectos negativos ou positivos.

Nesse sentido é que as distopias podem ser entendidas como utopias negativas, em que a liberdade é sacrificada em nome de uma suposta perfeição, ou ainda, que a sociedade caminha para uma catástrofe inimaginável.

Como afirma Leomir Cardoso Hilário (2013, p. 205): “*O objetivo das distopias é analisar as sombras produzidas pelas luzes utópicas, as quais iluminam completamente o presente na mesma medida em que ofuscam o futuro*”.

A literatura distópica nos possibilita criticar o presente diagnosticando as forças que constituem nossa sociedade e subjetividade, ela opera, como diria Benjamin, como um “aviso de incêndio” de que caso “*as forças opressoras que compõem o presente continuarem vencendo, nosso futuro se direcionará à catástrofe e barbárie*” (HILÁRIO, 2013, p. 207). Ao acentuar essas tendências contemporâneas que ameaçam a liberdade, nos chama a atenção para a necessidade de resistir e inibir essas tendências. Trata-se de um pessimismo ativo que visa impedir o advento do pior.

10.3 Fahrenheit 451 de Ray Bradbury

Bradbury é um escritor de ficção científica norte-americano, consagrado por seus contos, mas foi Fahrenheit 451, livro publicado em 1953, que o fez mundialmente famoso. O livro foi adaptado para o cinema pelo famoso cineasta francês François Truffaut, em 1966.

A história se passa no futuro em relação ao momento em que foi escrita, pois narrativa se refere a já terem vencido duas guerras atômicas depois de 1990. Podemos deduzir que esse futuro seria nosso presente. No momento em que Bradbury escrevia sua obra, em plena Guerra Fria, uma guerra atômica parecia cada vez uma realidade mais presente.

A história é ambientada em uma cidade dos EUA, nada diferente das grandes metrópoles, mas com uma característica curiosa: as casas são à prova de combustão. Isso porque aos bombeiros cabe a função de queimar qualquer coisa ligada à literatura e ao saber. Os bombeiros são agentes da higiene pública: encarregados de queimar livros e de evitar que as ideias perturbadoras neles presentes se propaguem. O protagonista é



um bombeiro, Guy de Montag. Ele gosta da sua profissão e já realizou diversas incinerações de livros.

A queima de livros nos remete a um evento histórico que provavelmente inspirou a escrita de Bradbury: a queima de livros pelos nazistas, na Bebelplatz, em Berlim. O regime totalitário nazista visava purificar e controlar completamente as vidas e mentes de seus cidadãos.

Podemos pensar que isso está completamente afastado da nossa realidade, no entanto, fazem parte da nossa história brasileira uma série de episódios de proibição de livros e até mesmo de queima de livros:

[...] a fogueira de livros ocorrida em Salvador, em 1937, que incinerou centenas de exemplares de autores como Jorge Amado e José Lins do Rego; ou, as diligências feitas pela polícia carioca, também em 1937, em diversas livrarias do Rio de Janeiro, apreendendo títulos considerados nocivos e mesmo histórias em quadrinhos de Tarzan, de Edgar Rice Burroughs. (MATOS, CUNHA, 2018, p. 322)

Outro exemplo mais recente ocorreu em Florianópolis-SC, no dia 3 de abril de 1964, logo após o Golpe Militar que instaurou a ditadura civil-militar que duraria ao menos 20 anos, uma livraria, no da cidade, foi arrombada e seus livros queimados em Praça Pública, na Praça XV de Novembro. Tratava-se da livraria Anita Garibaldi, que havia pertencido, até 1959, ao escritor libanês radicado no Brasil, Salim Miguel. Salim Miguel relata o episódio no seu livro *Primeiro de Abril. Narrativas da cadeia*. Ele mesmo não chegou a acompanhar o acontecimento pois havia sido preso logo após o golpe, tendo permanecido preso por 48 dias.

O incêndio estava decidido, programado, consciente ou inconscientemente, fazia parte de um esquema. Era uma estratégia a mais, no sentido de mostrar que não estavam para brincadeira, iam levar tudo adiante a ferro e fogo. [...] O que apavora é o ato de vandalismo que se consuma, é a queima, quaisquer que fossem os donos, quaisquer que fossem os livros. [...] Poemas de Cruz e Sousa, *Satiricon* de Petrônio, compêndio de economia de Caio Prado Junior, *Correspondance – supplement* de Flaubert, *Minhas universidades* de Máximo Gorki, *Retour de la URSS* de André Gide, *O Livro dos Médiuns* de Allan Kardec, *Alcorão*, *Cine Francês* de Manuel Villegas Lopez, *Pintura* quase sempre de Sérgio Millet, e tantos outros subversivíssimos. [...] Ali se estava cometendo um crime contra a liberdade de expressão, de circulação de ideias, um crime contra a cultura, um crime contra o direito do cidadão escolher o que deseja ler ou o que quer pensar e

de que maneira lhe agrada agir, atuar, indo seu direito de liberdade até a liberdade do outro (MIGUEL, 1994, p. 26-27).

Segundo pesquisas de Valmir Martins, as pessoas que realizaram esse ato eram “*ligadas ao Círculo Operário de Florianópolis, entidade relacionada com a igreja católica, e políticos ligados ao Partido Democrata Cristão*” (apud MATOS, CUNHA, 2018, p. 318). Importante lembrar que a ditadura se sustentou por um consórcio empresarial-militar, mas também com o apoio de diversos setores da sociedade civil, em Santa Catarina, em especial, órgãos da imprensa, a cúria metropolitana e entidades como o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES) e o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD), todos setores que se mobilizam contra uma pretensa ameaça comunista. Essa era a ideologia que os movia.

Como veremos, uma sociedade autoritária, conduz a um regime e um governo autoritário.

No livro de Bradbury vemos o prazer com que a queima e a força do fogo são descritas. Era assim que Montag vivia seu ofício de queimar livros, talvez como muitos alemães durante o nazismo que não questionavam os horrores do regime ao qual aderiram, ou ainda muitos apoiadores do regime militar no Brasil... Mas Montag vivencia dois eventos marcantes que o levam a questionar sua profissão: quando assiste a autoimolação de uma senhora que prefere morrer no incêndio da sua biblioteca do que deixar sua casa; e quando, em outro momento, conhece a jovem e questionadora Clarisse McClellan, que o instiga a pensar sobre o mundo e inspira-lhe o prazer de coisas simples.

Depois de conhecer Clarisse, Montag começa a se questionar sobre o porquê dos livros serem queimados e sobre porque poderiam ser tão perigosos.

Fahrenheit 451, que dá nome à obra, é a temperatura em que o papel dos livros começa a queimar. Clarisse questiona a Montag se é verdade que em um tempo distante os bombeiros apagavam incêndios ao invés de provocá-los. Essa pergunta denota a falta de memória em uma sociedade sem livros: quem diz o que aconteceu? Quem conta o passado? Quais são as fontes confiáveis de informação?

Em uma sociedade em que as pessoas não conversam, não se encontram, em que as casas não possuem sequer varanda como um espaço comum para compartilhar, essas perguntas não são postas. Para suportar suas vidas cotidianas, as pessoas são movidas a altas doses de remédios narcotizantes e pela presença constante de enormes telas de televisão nas paredes de suas casas. Mildred, esposa do protagonista, por exemplo,



chama aos personagens da televisão de “família” e não suporta ficar com a televisão desligada ou até mesmo reduzir o volume.

Todos vivem anestesiados pelos medicamentos que consomem e que os tornam felizes, mas também pela cultura de massa, que os torna médios justamente porque não refletem sobre as contradições da sociedade.

Assim como o regime nazista, a sociedade descrita por Bradbury é uma sociedade totalitária, que pretende queimar todas as possibilidades da memória e ter controle completo da informação. Nesse contexto, ter livros é considerado um crime.

O totalitarismo pode ser entendido como um tipo específico de autoritarismo, no sentido definido pelos estudos da filósofa Hannah Arendt como uma forma de domínio nova que

não se limita a destruir as capacidades políticas dos indivíduos, isolando-o em relação à vida pública, como faziam as velhas tiranias [...], mas tende a destruir os próprios grupos e instituições que formam o tecido das relações privadas do homem, tornando-o estranho ao próprio mundo e privando-o até de seu próprio eu. (STOPPINO, 1986, p. 1248)

Ao manter as pessoas dessa sociedade completamente entorpecidas pelos medicamentos que consomem, restringidas por um cotidiano mecânico, sem vivências afetuosas, com a vida privada completamente invadida por programas de televisão com os quais as pessoas interagem, a sociedade descrita por Bradbury, visa controlar o mais íntimo de cada um dos membros dessa população, tornando a todos obedientes e controlados.

A finalidade do totalitarismo é, segundo Hannah Arendt (apud STOPPINO, 1986, p. 1248), a “*transformação da natureza humana, a conversão dos homens em ‘feixes de recíproca reação’*”. Isso é feito por meio de uma combinação de ideologia e terror.

“*A ideologia totalitária pretende explicar com certeza e de maneira total o curso da história. Torna-se, por isso, independente de toda experiência ou verificação fatural e constrói um mundo fictício e logicamente coerente do qual derivam diretrizes de ação*” (STOPPINO, 1986, p. 1248). Diante da ideologia totalitária não há, portanto, espaço para questionamentos e muito menos espaço para a ciência, justamente porque a ciência requer verificação factual, capacidade de crítica e reflexão.

A ideologia disseminada por essa sociedade se faz por meio da mídia de massa, da televisão: “*O televisor é ‘real’! É imediato, tem dimensão. Diz o que você deve pensar e o bombardeia com isso. Ele tem que ter razão. Ele*

parece ter muita razão. Ele o leva tão depressa às conclusões que sua cabeça não tem tempo para protestar: 'Isso é bobagem!'. (BRADBURY, 2012)

Nesse trecho podemos ver a crítica que permeia toda a obra: à indústria cultural e à sociedade do espetáculo. Nesse sentido, o totalitarismo criticado por Bradbury é *“uma forma mais sutil de totalitarismo do que aquela dos regimes totalitários como o nazismo que inspirou a obra de George Orwell, 1984, seu alvo é: ‘a indústria cultural, a sociedade de consumo e seu corolário ético — a moral do senso comum.’*” (PINTO, 2012).

O consumismo aparece retratado na fala de Clarisse quando ela menciona que ao ouvir as conversas das pessoas percebe que elas não falam sobre nada:

O que mais falam é de marcas de carros ou roupas ou piscinas e dizem: “Que legal!”. Mas todos dizem a mesma coisa e ninguém diz nada diferente de ninguém. E, nos bares, ligam as jukebox e são sempre as mesmas piadas, ou o telão musical está aceso e os desenhos coloridos ficam subindo e descendo [...]. (BRADBURY, 2012)

O que caracteriza a indústria cultural na sociedade de massas é justamente a simplificação dos produtos culturais para seu consumo e disseminação em massa¹⁰⁰.

Como explica o Capitão Beatty a Montag sobre o surgimento da profissão dos bombeiros na queima de livros:

Antigamente, os livros atraíam algumas pessoas, aqui, ali, por toda parte. Elas podiam se dar ao luxo de ser diferentes. O mundo era espaçoso. Entretanto, o mundo se encheu de olhos e cotovelos e bocas. A população duplicou, triplicou, quadruplicou. O cinema e o rádio, as revistas e os livros, tudo isso foi nivelado por baixo, está me acompanhando? [...] Clássicos reduzidos para se adaptarem a programas de rádio de quinze minutos, depois reduzidos novamente para uma coluna de livro de dois minutos de leitura, e, por fim,

¹⁰⁰ “Beatty levou um longo minuto para se acomodar na poltrona e repassar o que pretendia dizer. — Você pergunta: quando tudo começou, esse nosso trabalho, como surgiu, onde, quando? Bem, eu diria que ele realmente começou por volta de uma coisa chamada Guerra Civil, embora nosso livro de regras afirme que foi mais cedo. O fato é que não tivemos muito papel a desempenhar até a fotografia chegar à maioria. Depois, veio o cinema, no início do século vinte. O rádio. A televisão. As coisas começaram a possuir massa. Montag continuou sentado na cama, sem se mexer. — E porque tinham massa, ficaram mais simples — disse Beatty. — Antigamente, os livros atraíam algumas pessoas, aqui, ali, por toda parte. Elas podiam se dar ao luxo de ser diferentes. O mundo era espaçoso. Entretanto, o mundo se encheu de olhos e cotovelos e bocas. A população duplicou, triplicou, quadruplicou. O cinema e o rádio, as revistas e os livros, tudo isso foi nivelado por baixo, está me acompanhando?” (BRADBURY, 2012)

encerrando-se num dicionário, num verbete de dez a doze linhas.
(BRADBURY, 2012)

Nesta sociedade tudo é transformado em coisa, inclusive os indivíduos e há a produção de alienação dos indivíduos.

A transformação dos indivíduos em coisas é retratada no livro quando as vidas humanas são apresentadas como descartáveis: quando a vizinha de Mildred narra sua relação com os filhos manifestando que não se preocupa com a educação deles e nem nutre afeto; quando se apresenta a violência presente nas relações sociais (filhos que batem nos pais e pais que batem nos filhos, crianças que se matam mutuamente segundo Clarisse); quando Montag em fuga quase é atropelado por crianças que dirigem em alta velocidade tentando deliberadamente matá-lo por mera diversão e, ainda, quando as vizinhas de Mildred conversam sobre os seus maridos que vão à guerra (elas dizem que se os maridos morrerem na guerra deve-se seguir em frente, sem choro).

A partir do momento que a pessoa é transformada em coisa, sua vida é alienada em todos os aspectos: “[...] alienado, enfim, em relação a tudo, alienado de seus projetos, da vida do país, de sua própria vida, uma vez que não dispõe de tempo livre, nem de instrumentos teóricos capazes de permitir-lhe a crítica de si mesmo e da sociedade” (COELHO, 1980, p. 6).

A alienação com relação à vida política, por exemplo, aparece na conversa de Mildred com as vizinhas, quando ela sugere que falem sobre política, mas os comentários são fúteis e medíocres, se limitando a comentar as características físicas dos candidatos e dizendo que o mais bonito foi o que mereceu o voto delas.

Diante desse cenário de alienação do indivíduo, e sua submissão a uma realidade transformada pela reificação, a indústria cultural exerce algumas funções. Uma delas é o divertimento para mascarar a realidade que é intolerável, oferecendo uma experiência de fuga, efeito *narcotizante* (COELHO, 1980, p. 12).

Vemos isso refletido na fala do capitão Beatty, chefe de Montag nos bombeiros, ao tentar convencê-lo do valor do seu trabalho de queimar os livros:

Você precisa entender que nossa civilização é tão vasta que não podemos permitir que nossas minorias sejam transtornadas e agitadas. Pergunte a si mesmo: O que queremos neste país, acima de tudo? As pessoas querem ser felizes, não é certo? Não foi o que você ouviu durante toda a vida? Eu quero ser feliz, é o que diz todo mundo. Bem, elas não são? Não cuidamos para que sempre estejam

em movimento, sempre se divertindo? É para isso que vivemos, não acha? Para o prazer, a excitação? E você tem de admitir que nossa cultura fornece as duas coisas em profusão. (BRADBURY, 2012)

Ao lado da cultura de massas, a sociedade do espetáculo emerge por meio da transmissão ao vivo pela televisão da fuga de Montag: depois de se rebelar contra as proibições vigentes de ler livros, Montag se aproxima de Faber, um professor que o apresenta esse universo intelectual. Ocorre que Montag se nega a queimar livros, o que acaba levando à destruição da máquina usada para a queima dos livros (o Sabujo Mecânico) e também à morte do próprio capitão Beatty. Ele precisa então fugir da polícia, o que se torna uma fuga espetacular transmitida ao vivo pelos canais de televisão.

A fuga é uma forma de entretenimento nessa sociedade que busca solucionar seus problemas de forma simples, rápida e violenta, ao mesmo tempo que produz o inimigo que precisa ser destruído. Trata-se de uma sociedade que internaliza a tirania e a projeta sobre seus inimigos.

Na sociedade da cultura de massa e do espetáculo, a própria atividade narrativa, imaginativa e ficcional como possibilidades de manifestação do sensível são negadas. Trata-se de uma “*extinção da arte de narrar*”; não é mais possível a manifestação do sensível, da troca de vivências e de experiências.

O trecho da obra em que Montag resolve ler um poema para Mildred e as vizinhas é revelador do potencial crítico da narrativa, da literatura, para despertar da condição narcotizante: a Sra. Phelps começa a chorar de modo incontrolável, enquanto a Sra. Bowles conclui:

— Está vendo? Eu sabia, era isso que eu queria provar! Eu sabia que aconteceria! Eu sempre disse: poesia e lágrimas, poesia e suicídio e choro e sensações ruins, poesia e doença; é tudo uma besteira sentimental! Agora estou convencida. (BRADBURY, 2012)

A negação do sensível, do sentimento, pode ser vista como resultado do próprio desenvolvimento e hegemonia do processo de produção capitalista, pois os corpos disciplinados necessários ao capitalismo não são compatíveis com a sensibilidade e a ficção.

A disciplinarização dos corpos e a sua docilização já foram tematizadas por Michel Foucault (2004), que discute como as sociedades capitalistas, por meio de uma série de estratégias, produzem corpos dóceis e úteis. O poder não é somente repressivo, mas produtivo, por meio de um conjunto de técnicas produz as subjetividades esperadas e melhor adaptadas a essa sociedade.

Foucault (2004) identifica como instituições disciplinares a prisão, o hospital, a fábrica, o exército — tal como se estruturam a partir do final do século XVII —, que se utilizam de uma série de técnicas de distribuição espacial individualizada, de controle minucioso do tempo e das atividades, de seriação e capitalização das forças dos indivíduos, bem como da vigilância ininterrupta para produzir corpos disciplinados.

Há uma referência ao papel das escolas em *Fahrenheit 451*, que remete explicitamente ao seu papel disciplinador, quando Mildred recebe duas vizinhas, uma delas diz qual é a sua relação com os filhos: “*Meus filhos ficam na escola nove dias seguidos e depois eles têm um dia de folga. Eu os aguento em casa três dias por mês; não é nada demais. A gente põe as crianças no ‘salão’ e liga o interruptor. É como lavar roupa: é só enfiar as roupas sujas na máquina e fechar a tampa*” (BRADBURY, 2012).

Podemos imaginar que essa escola descrita é praticamente um internato, uma instituição total em que as crianças podem ser submetidas a diversas técnicas de controle e docilização. Além disso, a mãe, Sra. Bowles não demonstra qualquer relação de afeto com as crianças, somente se preocupa em controlá-las e mantê-las ocupadas para que não incomodem.

O texto de Bradbury indica como uma sociedade autoritária pode ser o resultado da indústria cultural e da sociedade do espetáculo. Nela, os próprios cidadãos se tornam alienados e autoritários: “[...] a sociedade do espetáculo é uma espécie de servidão voluntária”, como afirma Manuel da Costa Pinto (2012).

Os bombeiros raramente são necessários. O próprio público deixou de ler por decisão própria. No universo criado por Bradbury os bombeiros de vez em quando garantem um circo no qual multidões se juntam para ver a bela chama de prédios incendiados, mas, na verdade, é um espetáculo secundário, e dificilmente necessário para manter a ordem. São muito poucos os que ainda querem ser rebeldes.

Podemos dizer que são as pessoas autoritárias que possibilitam uma política e um Estado autoritário: “*que nem uma sólida tradição de liberdade de imprensa nem uma concepção relativamente liberal da censura constituem defesas suficientes contra a introdução da censura total e contra o controle terrorista do discurso público por parte de regimes monopartidários estabelecidos*” (Zaslavsky apud LOCCHI, 2016, p. 36).

Trata-se de uma sociedade autoritária que gera um aparato estatal também autoritário. O autoritarismo tem uma base social e psicológica que é resultado das contradições da sociedade capitalista, como apresentando por Theodor Adorno em seu famoso livro “A personalidade autoritária”.

O livro é resultado de uma série de pesquisas sobre o preconceito dirigida por Theodor W. Adorno em colaboração com psicólogos e cientistas

sociais da Universidade de Berkeley. O estudo questiona o que significa ser fascista do ponto de vista individual, como esse fenômeno que é ligado ao capitalismo e à sua violência e brutalidade, é também vivenciado psíquica e subjetivamente (cf. TORRE, 2020).

Com o auxílio da psicanálise e de uma teoria da mídia, a da “indústria cultural”, Adorno discute como o processo de despossessão ao qual são submetidos os trabalhadores no capitalismo em que é explorado ao máximo, não tem controle sobre seu processo de trabalho, quebrando toda forma de resistência por meio da alienação, gera também uma despossessão subjetiva. (TORRE, 2020, p. 104)

As conclusões iniciais do estudo de Adorno mostram que ideologias autoritárias como o fascismo e o antisemitismo não existiam na sociedade como um todo coeso. Assim, pessoas que *“tendiam a apresentar comportamentos preconceituosos em relação aos judeus facilmente esboçavam a mesma atitude em relação a outros grupos”* (TORRE, 2020, p. 105), portanto esse comportamento discriminatório é muito mais um tipo de comportamento, com relação à vários grupos do que uma ideologia direcionada a um grupo. Já o fascismo pode ser entendido muito mais como uma disposição antidemocrática: é um tipo de comportamento inclusive que, muitas vezes vem acompanhado de uma defesa retórica ou superficial da democracia, da igualdade, da liberdade...

Assim, a pesquisa de Adorno aponta para a necessidade de se compreender a mentalidade fascista, muito mais do que a ideologia fascista, pois é essa mentalidade que *“orienta e que diz respeito ao modo como determinadas forças sociais se organizam no interior dos indivíduos.”* (TORRE, 2020, p. 105)

Essa mentalidade forma a base de escolhas políticas e permite, apelando para elementos emocionais, como medos e desejos inconscientes, que um governo fascista se instaure com um apoio de massa, ainda que seja um governo de poucos e para poucos.¹⁰¹

Assim, a estrutura da personalidade autoritária assenta-se na complexidade da sociedade que gera ignorância e ansiedade, a serem exploradas

¹⁰¹ “A pesquisa concluiu que o ‘tipo ideal’, por assim dizer, do fascista, aquele que pontuava mais alto na “escala F”, apresentava as seguintes características: convencionalismo (adesão rígida aos valores convencionais de classe média); agressividade autoritária (tendência punitivista em relação àqueles que escapam ao valores convencionais); anti-introspecção (anti-intelectualismo em múltiplas modalidades); superstição e estereotipia (crença em determinantes místicas do futuro individual e disposição para pensar por meio de categorias rígidas); poder e força (interpretação do mundo a partir de divisões como ‘fortes e fracos’ e identificação com figuras de poder); destrutividade e cinismo (hostilidade generalizada); projetividade (projeção de impulsos emocionais inconscientes); preocupação exagerada com sexo (cf. Adorno et al., 1950, p. 228). A escala F visava identificar disposições autoritárias subjacentes ao conteúdo político-ideológico declarado.” (TORRE, 2020, p. 106)



pelos líderes populistas. Esta ignorância decorre, não da falta de instrução, mas da falta de interesse e de vivência da política, aliada à comunicação de massa (e, podemos, acrescentar às redes sociais) e da opacidade que constitui as relações dos indivíduos com as instituições (cf. TORRE, 2020).

A falta de cultivo de uma cultura democrática, que valorize o dissenso, é uma das principais causadoras deste autoritarismo e possibilita que a censura e o autoritarismo estatal se instalem. Ou seja, as bases sociais e subjetivas do autoritarismo são prévias às leis autoritárias e leis democráticas não conseguem barrar o autoritarismo quando há condições políticas para que este se imponha. Neste sentido, não é preciso proibir livros em uma sociedade que os despreza. A alienação produzida nesta sociedade é tal que a cultura é totalmente descartada como algo supérfluo.

Nesse sentido a distopia aparece aqui como uma função crítica frente à modernidade, que pode ser utilizada como um aviso de incêndio no sentido proposto por Benjamin, quanto aos efeitos de barbárie produzidos por essa sociedade. Esses efeitos de barbárie ocorrem quando a instituição passa a destruir o sentido e não mais produzi-lo: quando os bombeiros queimam os livros ao invés de preservá-los:

Mattéi compreende estes efeitos como a perda do sentido no campo da cultura, da política, da arte, da educação etc. Assim, de acordo com este autor, há efeito de barbárie sempre que uma ação, uma produção ou uma instituição não elabora mais o sentido, mas o destrói ou consome. Os efeitos de civilização, ou de cultura, por sua vez, seriam aqueles onde o sentido é resgatado, mantido, construído, transmitido e reconstruído, tais quais em instituições como a escola. (HILÁRIO, 2013, p. 212)

Como visto, no entanto, a própria escola pode se tornar uma instituição destruidora de sentido, se suas bases forem meramente disciplinadoras e não libertárias.

Considerações finais

Apesar do forte caráter opressor dessa sociedade autoritária descrita em Fahrenheit 451, Montag resiste por meio da leitura clandestina. Ele *“se refugia em uma comunidade de homens que vivem à margem da sociedade e que, para escapar à ameaça dos juízes e dos censores, decoram livros. Eles podem, assim, apagar os perigosos vestígios materiais de sua devoção, ao mesmo tempo que preservam a memória da escrita”* (PINTO, 2012).

Essa resistência mesmo diante de uma sociedade totalitária nos permite fazer um paralelo com algumas leituras que apontam para uma visão do Direito como resistência na obra de Foucault (2004), pois para ele há sempre resistência possível diante do poder, podemos sempre modificá-lo em condições determinadas e conforme uma estratégia definida. Podemos pensar, por exemplo, o cuidar de si como forma de resistência aos modos contemporâneos de exercício do poder — que procura criar um estilo de vida, uma conduta que seja bela e contrária ao modo de vida imposto pela biopolítica — pela cultura de massas.

Com esta caracterização, percebemos logo a atualidade da obra de Bradbury. No Brasil de 2019, as universidades foram desprezadas como espaços de balbúrdia, com o orçamento reduzido muitas instituições ameaçaram fechar. Em 2020 e 2021, a ciência é negada a todo tempo por governantes e uma parcela considerável da população resiste a adoção de medidas fundamentais para se evitar o adoecimento pela COVID-19, como o isolamento social e o uso de máscaras. Também em 2021, professores, advogados e influenciadores digitais são perseguidos por suas críticas ao governo.

Esperamos que este aviso de incêndio, como fomentador de um pessimismo ativo, nos mobilize para respondermos aos perigos do autoritarismo do presente, que 2022 seja o ano da resistência ao autoritarismo e da resposta favorável à democracia.

Referências

BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros. 2012.

COELHO, Teixeira. **O que é indústria cultural**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1980.

CUNHA, Ivan Ferreira da. Distopias: algumas reflexões filosóficas. *In*: RIPOLL, Leonardo; MARKENDORF, Marcio; SILVA, Renata Santos da (Org.). **Cinema e distopia**: exploração de conceitos e mundos paralelos. Coleção Cadernos de Crítica – vol. 4. Florianópolis: BU/Publicação/UFSC, 2020, p. 07–35. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/>



handle/123456789/204968/Ebook%20Cinema%20e%20Distopia%20links%20redux.pdf?sequence=3&isAllowed=y

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 29ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. Teoria Crítica e Literatura: a distopia como ferramenta de análise radical da modernidade. **Anuário de Literatura**, v. 18, p. 201–215, 2013.

LOCCHI, Maria Chiara. Fahrenheit 451 e o debate sobre os limites à liberdade de expressão. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 33-52.

MATOS, Felipe; CUNHA, Maria Teresa Santos. Entre chamas e labaredas: histórias de fogueiras de impressos em Florianópolis no século XX. **Revista do Programa de Pós-Graduação em História**, PPGD História, UFRGS, v. 25, n. 48, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/76581>

MIGUEL, Salim. **Primeiro de abril**: narrativas da cadeia. Rio de Janeiro/Florianópolis: José Olympio/Edufsc, 1994.

MONDARDO, Dilsa. **20 anos rebeldes**: o Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L.A. Warat. Dissertação (Mestrado em Direito), Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis–SC, 125p., 1992.

NUSSBAUM, Martha. **Justicia poetica**: La imaginación literaria y la vida pública. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997.

PINTO, Manuel da Costa. Prefácio. In: BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros. 2012.

ROCHA, Leonel Severo; LOIS, Cecilia Caballero; MELEU, Marcelino Meleu. Apresentação. In: **Cátedra Luis Alberto Warat** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SHECAIRA, Fábio Perin. A importância da literatura para juristas (sem exageros). **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 357–377, dez. 2018. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/423>. Acesso em: 07 dez. 2021.

STOPPINO, Mario. Totalitarismo. *In*: BOBBIO, MAYRUCCHI, PASQUINO. **Dicionário de Política**, Ed. UnB, Brasília, 1986.

TORRE, Bruna Della. Com quantos paus se faz uma canoa? Notas sobre a personalidade autoritária. **Crítica Marxista**, n. 50, p. 103–109, 2020.

Conhecimento em Direito: crítica feminista para uma epistemologia situada¹⁰²

Leilane Serratine Grubba

Introdução

A compreensão do Direito como ciência pura é notória no campo jurídico, ao menos desde Kelsen (2012), que o definiu como um objeto teórico, sistemático e autônomo. Sob esse pressuposto, o Direito é o único objeto de uma ciência pura do Direito. Por outro lado, o Direito é entendido como parte da Ciência Social Aplicada, posicionamento esse adotado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)¹⁰³ brasileiro. O Direito, portanto, não é neutro ou puro, mas impregnado

¹⁰² Trata-se de texto originalmente publicado na obra *Direito, Democracia e Tecnologia: anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional* (2021). O texto foi revisado e atualizado para esta versão. Buscou-se dialogar com textos publicados pela autora à época do mestrado e doutorado em Direito no PPGD/UFSC.

¹⁰³ Não se pretende discutir se o Direito é uma ciência. Assume-se a posição do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

pela complexidade social, política, econômica e cultural, tornando-se indissociável da realidade a qual se dirige e normatiza.

Tomando o Direito e o conhecimento em Direito como objeto de estudo, a discussão deve perpassar a dimensão epistemológica, que é o campo da Filosofia que estuda o conhecimento. A principal função da epistemologia é a de estabelecer um critério de demarcação entre conhecimento científico e outras formas de conhecimento (POPPER, 2007, p. 60-100). Todavia, *“a definição desse critério, ou mesmo a sua existência, é um tema sobre o qual não há unanimidade na epistemologia”* (RODRIGUES; GRUBBA, 2012b, p. 171).

Para Feyerabend, não há ciência em sentido próprio, na medida em que considera que todas as teorias valem igualmente. De maneira diversa, para Popper, o conhecimento científico é somente aquele que pode ser testável empiricamente e passível ser falseado quando submetido ao Debate Crítico Apreciativo (DCA). Em comum, na epistemologia contemporânea, o que podemos encontrar é a concordância em torno da ideia de que a Ciência sempre busca se aproximar da verdade (sem nunca ter a garantia de tê-la encontrado), ainda que nem todos concordem com o significado atribuído a essa expressão. (RODRIGUES; GRUBBA, 2012b, 171)

Lakatos, na esteira de Popper, compreende que a ciência busca se aproximar da verdade, não podendo renunciar à consistência teórica, e deve operar um progresso consistente com a evolução histórica. Teorias científicas *“predizem novos fatos, sendo progressivas, quando os fatos forem corroborados, isto é, confirmados provisoriamente; ou degeneradas, quando forem refutados”* (RODRIGUES; GRUBBA, 2012a, p. 171). Contudo, o critério da verdade (comprovação) para a demarcação da ciência, para Lakatos, perdeu força desde a teoria da relatividade de Einstein. Assim, a ciência apenas busca se aproximar da verdade e da consistência.

Bachelard, em perspectiva diversa, compreende que a ciência pode traçar suas fronteiras, mas sempre que o faz, as ultrapassou. Não existe, portanto, um critério de delimitação exato ou *“estaque separa o que é o conhecimento científico e o que não é conhecimento científico”*, de modo que *“qualquer limite absoluto deve ser encarado como um problema mal formulado que deve ser reformulado”* (RODRIGUES; GRUBBA, 2012d, p. 315). Assim, embora a epistemologia busque responder questões como *“o que é conhecimento? Quais as suas fontes? Quais os tipos de conhecimento existentes? Como podemos justificar o que conhecemos?”* (KETZER, 2017,

p. 96), no campo, não existe um critério de demarcação absoluto que responda definitivamente às questões levantadas.

No Direito, os critérios de demarcação também são divergentes, inclusive no que se refere à cientificidade do campo. Ferraz Júnior, por exemplo, compreende que existe a necessidade de valoração no Direito, que rege condutas humanas, fazendo com que seja difícil uma distinção entre o cientista e o agente social. Para ele, se a cientificidade do Direito se restringisse à captação da norma, tratar-se-ia de uma ciência interpretativa. Mas a *“Ciência do Direito não é somente interpretativa, mas também normativa: possui enunciados de natureza prescritiva, o que engloba a questão da decidibilidade”* (RODRIGUES; GRUBBA, 2012b, p. 173). Ele compreende a cientificidade do Direito como sistêmica e tecnológica, envolvendo questões abstratas e empíricas, e operando a dogmática jurídica para a sua aplicabilidade na solução de conflitos (a zetética jurídica).

Miguel Reale, distintamente, formula a teoria tridimensional do Direito. Nela, o Direito se compõe de fato, valor e norma - o elemento normativo compreende uma situação fática, que se refere à valores. Trata-se de uma *“Ciência Social compreensivo-normativa”* (GRUBBA; RODRIGUES, 2013b, p. 492013b, p. 51), sendo a norma o seu principal objeto. Pontes de Mirante, outro exemplo, compreende que o Direito é fruto de relações sociais, sendo *“concreto (a cultura somente o transforma, não o cria), assim, o jurista vai se utilizar do Direito”* (RODRIGUES; GRUBBA; HEINEN, 2014, p. 68). Para o autor, os seres humanos e a natureza submetem-se às mesmas leis, existindo uma unidade da ciência; e, por meio do método indutivo, constrói-se conhecimento.

Partindo dessa discussão epistemológica, o texto objetiva problematizar duas disfunções interrelacionadas no campo da produção do conhecimento em Direito: (a) a colonialidade dos saberes jurídicos brasileiros; e, (b) a centralidade do saber masculino¹⁰⁴, branco e europeu. Problematiza-se o saber hegemonicamente europeu, branco, masculino e colonial, de corte racionalista, objetivista, neutralista e universalista¹⁰⁵, como o modelo de

¹⁰⁴ Nesse texto se irá discutir desigualdades entre homens e mulheres. Compreende-se que investigações sobre assimetrias de gênero na ciência faz parte de um amplo campo dentro dos estudos de gênero. De fato, o “cultural e o político na construção da natureza feminina ou masculina tornou-se uma das preocupações principais dos historiadores/as das ciências interessados/as nas questões de gênero. Seus trabalhos abriram um novo domínio de investigação, centrado na construção e na naturalização das diferenças de sexo e de gênero” (LOWY, 2000, p. 22-23). O sistema de gênero é simbólico e age por meio de significados, correlacionando “o sexo aos conteúdos culturais de acordo com os valores sociais e hierarquias. Embora os significados variem com cada cultura, um sistema de sexo-gênero está sempre [...] interconectado com fatores políticos e econômicos em cada sociedade” (LAURETIS, 1987, p. 5).

¹⁰⁵ A racionalidade, objetividade, neutralidade e universalidade do conhecimento científico é repetida nos Manuais de Metodologia do Conhecimento Científico, em Ciências Sociais e no Direito (DEMO, 1995, p. 95-98; GIL, 2008, p. 2; MARCONI, 2003, p. 75-85).

saber científico no Direito. Para a problematização e análise, parte-se de uma crítica epistemológica feminista, situada e decolonial.

11.1 Diagnóstico da pesquisa brasileira em Direito: colonialidade e masculinidade hegemônica

A ciência não é neutra. Compreende-se que nenhum conhecimento ou instituição científica é neutro ou apolítico — a ciência “*é socialmente situada. Isso equivale a dizer que suas instituições e o emprego de suas inovações estão entrelaçados com a história, as estruturas de poder e o contexto da comunidade que as abarcam*” (RIGOLIN; HAYASHI; HAYASHI, 2013, p. 144). Nesse sentido, ao analisar a ciência sob a perceptiva hegemônica e ocidental, Preciado afirma que existe uma centralidade da produção no conhecimento e sujeito universal europeu-branco-heterossexual, que é parte de uma ampla biopolítica colonial:

A tecnologia é também o critério do colonizador para determinar o grau de cultura, de racionalidade e de progresso alcançado pelos “povos”. Nas narrativas colonialistas dominantes, as mulheres e os “indígenas” que não têm acesso ou carecem de tecnologia são descritos como se fizessem parte da “natureza” e se transformam, por essa razão, nos recursos que o “homem branco” devem dominar e explorar. (PRECIADO, 2017, p. 148)

A tecnologia biopolítica do sujeito do conhecimento tem uma historicidade. O denominado fundador da ciência moderna, Bacon, propôs um método experimental, mediante o qual, o conhecimento deve partir da experiência empírica para que o *homem* interprete a natureza — o conhecimento é fruto da interpretação dos fenômenos junto à mente indutiva. A verdade vincula-se à razão, sendo a “*faculdade do homem, que é a faculdade pela qual o homem é suposto distinguir-se das bestas, e pela qual é evidente que ele as ultrapassa*” (BACON, 2003, p. 297). O *homem* é sujeito do conhecimento.

Em lógica similar, embora estruturando-se em pressupostos epistemológicos racionalistas, Descartes sugeriu que o conhecimento seguro e verdadeiro tem pretensão de universalidade, porque pode ser pensado por um único *homem*, pois todos são dotados, natural e igualmente, de razão. O pensamento cartesiano funda-se em uma “*metodologia científica de caráter racionalista, baseada na ideia da essencialidade e abstração do ser humano, dissociado da realidade material na qual ele está inserido.*

A verdade científica provém do pensamento puro e abstrato” (GRUBBA; RODRIGUES, 2013a, p. 133).

A partir desses modelos modernos, funda-se a racionalidade masculina e universal como pressuposto da ciência ocidental, a qual se constitui no exemplo a ser seguido, na reiterada fábula científica universalista do racionalismo objetivista (HARAWAY, 1995, p. 8). Por outro lado, na epistemologia, esses modelos foram amplamente questionados. Bachelard, por exemplo, sugeriu que o progresso do pensamento científico deveria, em primeiro lugar, pautar-se pela crítica à concepção de ciência unitária do século XVII, sobretudo, o empirismo e o racionalismo. No cartesianismo, existe uma negligência filosófica, por meio da qual, faz da *“ingenuidade um método científico. Isso quer dizer: racionalmente, se pretende que o conhecimento seja direto, imediato e intuído pela razão abstrata e lucidez (luz) nata”* (RODRIGUES; GRUBBA, 2012d, p. 312). O ser que pensa é aliado da realidade. Ainda, o empirismo refere-se à *“experiência do próprio pensador, que revela uma percepção pessoal da realidade. Portanto, ambas as filosofias desembocam no culto à própria singularidade”* (2012d, p. 312).

No Direito, *“apesar da moderna ruptura epistemológica, no âmbito metodológico da pesquisa acadêmica e científica em direito, é perceptível que a epistemologia do século XVIII, continua a ser utilizada no que tange ao método da pesquisa”* (GRUBBA, 2012, p. 6097). Especialmente,

[...] no Brasil, segundo Nobre (2005), o conhecimento científico do Direito sofre uma disfunção. Na área do Direito, o modelo de análise das hipóteses científicas é substituído, regra geral, pelos modelos adotados na prática jurídica profissional – ou seja, são trazidos todos os argumentos que lhe são favoráveis, em que pese sob a pretensa armadura de método científico. (GRUBBA, 2012, p. 6098)

Então, questiona-se: como essa fábula científica se reitera no conhecimento brasileiro em Direito? Em princípio, pode-se afirmar que ela parece reiterar-se pela tecnologia biopolítica colonial mencionada por Preciado, sobretudo, de duas formas: (a) existe uma colonialidade do saber em Direito, com a produção do conhecimento brasileiro vinculada à produção de autores estrangeiros; e (b) existe a reiteração do sujeito universal na produção, especialmente de pensadores homens e brancos. Esse parece ser o diagnóstico da pesquisa brasileira em Direito.

Menciona-se o espaço privilegiado da neutralidade (e objetividade), que considerada autônoma do pesquisador/a, assume um valor indiscutível de confiabilidade (DELFINO, 2022, p. 16). Longe de ser neutra, a neutralidade apresenta tal *status* por meio da imposição de uma relação de poder

(MILANI, 2021, p. 137), sendo uma possibilidade de discurso privilegiado, que opera o “*apagamento da dimensão do corpo e da experiência, uma vez que é tomado do ponto de vista universal, comumente associado aos homens brancos que ocupam esses espaços públicos*” (BARBOSA, 2020, p. 2). A objetividade, fundada na racionalidade científica, invisibiliza “*aspectos como as emoções e os compromissos sociais que o cientista deve ter perante os indivíduos e com a sociedade. Com isso, a ciência posterga as questões subjetivas dos pesquisadores e dos sujeitos pesquisados, ou dos objetos de estudo*” (SELISTER-GOMES; QUATRIN-CASARIN; DUARTE, 2019, p. 57).

Trata-se de uma lógica colonial de produção do conhecimento, descorporificada, que oculta conhecimento provindos de sujeitos corporificados e das suas subjetividades, narrativas e histórias. A imposição da neutralidade, “*sob a alegação da obtenção da verdade tem sido uma constante na história da civilização ocidental. Desde a sua concepção, o que se denomina ciência no Ocidente preocupa-se em determinar o que configura o verdadeiro conhecimento*” (DELFINO, 2022, p. 16). Com isso, a neutralidade obsta o conhecimento do contexto social, ético e axiológico de produção do conhecimento, do qual pertence o/a pesquisador/a, além de produzir dogmas que não se abrem ao questionamento crítico (SEGUNDO; JÚNIOR, 2022, p. 282–284).

Inclusive, a colonialidade e a masculinidade hegemônica são fenômenos inter-relacionados. A colonialidade, constitutiva da modernidade, opera em quatro domínios. Dentre eles, no âmbito social, pelo controle de gênero e sexualidade; e, no âmbito epistêmico, pelo controle do conhecimento e da subjetividade (MIGNOLO, 2007, p. 36). Essa colonialidade¹⁰⁶ é tributária da tecnologia social e epistemológica europeia, segundo a qual, o conhecimento foi dividido categoricamente de maneira dual (irracional/racional, mulher/homem, primitivo/civilizado), tendo a Europa criado uma identidade de avanço tecnológico e científico à luz dos povos colonizados (QUIJANO, 2005, p. 122).

A própria colonialidade vincula-se à masculinidade branca. Preciado (2017, p. 147), de maneira muito próxima à Quijano, afirma que a divisão binária e opositiva entre *techné* (do grego *τεχνή*/técnica) vs. *physis* (do grego *Φύσις*/natureza), foi e ainda é utilizada para dividir as pessoas de maneira hierarquizada. Indicando oposições binárias, como natural vs. artificial ou natureza vs. cultura, a tecnologia aplicada às pessoas foi critério colonizador e diferenciador, para separa-las por critérios raciais

¹⁰⁶ Quijano (2005, p. 93) teoriza a distinção entre colonialismo e colonialidade, conceitos relacionados. O colonialismo é um padrão de exploração e dominação mais antigo. A colonialidade, forjada no colonialismo, é duradoura, permanecendo nos antigos territórios coloniais, inclusive nas dimensões epistêmicas e intersubjetivas.

ou de gêneros, com aproximação de colonizados e mulheres à natureza, cuja selvageria deveria ser dominada pela cultura e tecnologia masculina branca. Nesse sentido, parece impossível dissociar os fenômenos epistemológicos coloniais e de masculinidade universal hegemônica.

Até mesmo porque o apagamento histórico das mulheres na ciência é devido ao androcentrismo científico, para o qual, o conhecimento produzido por elas é incompatível com os pressupostos de neutralidade e universalidade. De fato, ao longo da história, *“mulheres cientistas tiveram suas pesquisas e métodos questionados, compreendidos como uma pseudociência, em decorrência do seu gênero ou então tiveram suas produções atribuídas a um homem como forma de validação”* (DIONOR; SANTANA, 2021, p. 2).

Na América Latina, da colonização à colonialidade, criou-se o padrão de racionalidade europeu. Na construção *“colonial epistemológica, o conhecimento advindo da Europa sempre foi considerado correto, científico, racional e superior, enquanto toda a produção advinda de outra origem geográfica foi considerada como inferior e não racional”* (MAIA; FARIAS, 2020, p. 578). No Brasil e no Direito brasileiro, a herança do projeto epistemológico e jurídico colonial faz preponderar a racionalidade eurocêntrica, em detrimento de outras formas de conhecimento, com a universalização do modelo de homem racional europeu (BRAZACA; QUEIROZ, 2018, p. 301-302).

Esse diagnóstico dos saberes jurídicos e do próprio Direito brasileiro é reiterado por Lima e Kosop, para quem as *“reflexões brasileiras, historicamente, são elaboradas por intermédio de um centro epistemológico eurocêntrico que subalterniza os saberes locais e regionais, em especial, dos territórios latino-americanos que foram objetos de colonização”* (2019, p. 2598). Para os autores, o próprio *“ordenamento jurídico reflete esta premissa ao obter como base axiológica e normativa, princípios e regras porvindouros de construções teóricas europeias e hegemônicas”* (2019, p. 2598).

Mais do que um conhecimento hegemonicamente europeu, parece existir a valorização de cinco países — Alemanha, Itália, França, Inglaterra e Áustria¹⁰⁷ — *“como se eles tivessem sido o marco zero de todas as discussões e bases epistemológicas da Ciência”* (NETO; CARDOSO, 2020, p. 263). Essa valorização implica em considerar esse modelo de pensamento como uma verdade e um conhecimento superior. Trata-se os autores providos desses

¹⁰⁷ Sobre a influência dos mencionados países, em pesquisa sobre a avaliação de publicações na área do Direito, Varella e Roesler mencionam que existe uma “repetição das metodologias de pesquisa e das fontes pesquisadas.” (2012, p. 674) Mestrandos e doutorandos pouco conhecem sobre as pesquisas de outros brasileiros, inclusive de professores e colegas – e se conhecem, não os citam. Ainda, o uso de bibliografia estrangeira reduz-se às obras traduzidas ao português e concentra-se nos autores entendidos como clássicos: Bobbio, Canotilho, Cappelletti, Dworkin, Haberle, Kelsen, Hesse, Hobbes e Rawls; ao ponto que “chega a ser difícil encontrar um trabalho que não cite pelo menos algum desses autores.” (2012, p. 674)

espaços valorizados como autoridades intransponíveis, não “*passíveis de diálogos, o que inclusive, muitas vezes marca uma exterioridade mecânica do sujeito pesquisador em relação ao seu objeto, estabelecendo uma mediação pela ‘bibliografia’ selecionada*” (MILANI, 2021, p. 138).

O próprio modelo jurídico brasileiro é fundado no pensamento europeu sobre Direito, especialmente de matriz romano-germânica, que continuamente se realiza nas teorias jurídicas e nas construções formais do Direito (WOLKMER, 2011, p. 146-147). Como resultado, a colonialidade opera um epistemicídio de saberes provenientes de sujeitos/as não legitimados/as, considerados não racionais, neutros e universais, assim, não válidos para pensar as realidades (AMBROSIO; TORTATO, 2021, p. 304).

A colonialidade epistêmica é, portanto, racista e sexista. Os conhecimentos e sujeitos são regulados pelo marcador geopolítico e pelo sujeito racional e universal. São descartadas dos grandes espaços científicos e do *kanon* epistemológico hegemônico, principalmente, as mulheres, “*que ainda não participam dos espaços de destaque nas clássicas universidades e bibliografias acadêmicas*” (NETO; CARDOSO, 2020, p. 264). Sobretudo, as mulheres negras ainda são deslegitimadas cientificamente (hooks, 1995, p. 164-178) e são construídas como objetos ao saber (KILOMBA, 2010, p. 5-100), indígenas, pessoas com gênero ou sexualidades dissidentes (SILVA, 2020, p. 178).

Em resumo da argumentação, não existe neutralidade epistemológica. A marca da neutralidade e universalidade é fruto do colonialismo e androcentrismo moderno, cujos efeitos perpassam a hierarquização de saberes e de humanos, com subalternização e o silenciamento de umas em detrimento de outros. Logo, “*a ‘história’ do pensamento colonial e de sua ‘universalização’, foi marcada pela pluralidade da história dos ‘outros’ que não fazem parte dessa modernidade*” (CARVALHO, 2020, p. 6);

Buscando identificar as maneiras em que os conceitos e práticas dominantes na atribuição de conhecimentos, e sua aquisição e justificação, sistematicamente invisibilizam as mulheres e outros grupos subordinados. A sua crítica vem revelando que o androcentrismo tem ido muito além da mera exclusão das mulheres do mundo da ciência, tendo um papel determinante não só na construção da cultura da ciência, mas também no próprio conteúdo dos conhecimentos produzidos (CARVALHO, 2020, p. 12).

Como exemplo, em pesquisa realizada para o campo do Direito brasileiro, com ênfase nas Ciências Criminais, Gindri e Budó (2018) apontam que existe grande desigualdade de gênero. Sobretudo sobre os eventos

acadêmicos, pesquisadores homens e mulheres apresentam trabalhos de maneira paritária, principalmente quando os trabalhos são aprovados mediante o sistema *double blind review* (dupla revisão às cegas). Por outro lado, nas coordenações de grupos de trabalho em eventos ou em mesas de palestras, para os quais existe uma escolha, muitas vezes política, o espaço é dominado “quase que exclusivamente por homens: nas amostras analisadas, eles dominaram 80% dos lugares de fala privilegiada” (2018, p. 2065). Assim, “demonstra-se que quando há a possibilidade política de escolher entre homens e mulheres, estão sendo priorizadas hegemonicamente as falas de homens” (2018, p. 2067).

As assimetrias de gênero na pesquisa em Direito, com apagamento das mulheres, são amplamente visualizadas a partir de uma visão epistemológica feminista. Tradicionalmente, esses campos de produção do conhecimento, que englobam laboratórios, salas de aula, palestras e bolsas de produtividade, e que são espaços de objetividade e neutralidade, foram negados às mulheres (BARBOSA, 2020, p. 1).

A partir dessas considerações parece possível compreender três dimensões do Direito aduzidas por Smart (2020, p. 1422–1427): (a) o Direito é sexista, tendo colocado as mulheres em desvantagem; (b) o Direito é masculino, priorizando o sujeito homem e insistindo em valores da racionalidade universal masculina, como a igualdade, a neutralidade e a objetividade; e, (c) o Direito é gendrado, sendo fundado na divisão binária das categorias homem e mulher, inclusive em suas bases teóricas.

Inclusive, no que se refere às bibliografias de mulheres e de pesquisadores/as nacionais, a fim de exemplificar o diagnóstico mencionado, a pesquisa realizada na versão original deste texto realizou uma análise bibliométrica da revista *GV Direito*¹⁰⁸.

Questionou-se se os resultados possibilitariam refutar o diagnóstico levantado sobre a colonialidade do saber e reiteração do sujeito universal masculino. Foram analisados 21 artigos, sendo 13 escritos por homens, como primeiro autor, e 8 por mulheres. A análise das referências bibliográficas citadas demonstrou que 372 eram de autores estrangeiros e 748 de autores brasileiros. Discutiu-se que, ainda que haja maior citação de autores brasileiros, no total, foram apenas 4 recorrências a mais, em um universo de 748 referências bibliográficas. Além disso, em sua maioria, 14 dos 21 artigos analisados abordavam temáticas próprias do Direito brasileiro, com ênfase em sua aplicação em estados e cidades brasileiras. Para esses casos, há que se pensar a especificidade do Direito e das leis nacionais, assim como as especificidades históricas, culturais, sociais

¹⁰⁸ Versões v. 17, n. 1 (2021); v. 16, n. 3 (2020); e, v. 16, n. 2 (2020).

e econômicas do Brasil. Há que se questionar a grande quantidade de citações estrangeiras para análise e solução de problemáticas nacionais.

A pesquisa também demonstra uma média de citações de autores homens maior que o dobro das citações de mulheres. Foram 434 recorrências de autores homens e 183 recorrências de autoras mulheres, o que corrobora o diagnóstico apresentado de que existe a reiteração do sujeito universal homem na produção do conhecimento em Direito.

Esse diagnóstico, inclusive, não está restrito ao Direito. Uma pesquisa realizada pela Elsevier, em 2000, com ênfase no grupo de revistas vinculados à *Nature*, demonstra que os artigos publicados por mulheres são menos citados do que aqueles que contam com pesquisador homem como autor principal. Essa desigualdade é alta quando se compreende que existe uma paridade de publicações entre homens e mulheres no Brasil. No quadriênio 2011–2015, aproximadamente metade (49%) das publicações foram de autoras mulheres. Ainda assim, elas são menos citadas. Esse fato pode gerar a impressão, explicada pelo efeito Matilda¹⁰⁹, de que o trabalho realizado por mulheres tem menor qualidade e, por isso, são menos referenciados. Contudo, estudos demonstram que homens tendem a ser mais citados por serem homens (ELSEVIER, 2000).

Nesse sentido, parece ser possível sugerir o diagnóstico levantado sobre as pesquisas em Direito, que incluem uma ampla epistemologia colonial, marcada pela masculinidade hegemônica e universal.

11.2 Virada epistemológica: o conhecimento jurídico situado¹¹⁰

A pesquisa e produção do conhecimento científico em Direito pressupõe um objeto que é interrelacionado e interdisciplinar. O conhecimento seria tautológico se o saber em Direito fosse identificado no seu componente formal, a norma. Embora a norma seja parte constitutiva do Direito, ele

¹⁰⁹ Para saber mais sobre o efeito Matilda, ver pesquisa de Lincoln, Pincus, Koster e Leboy (2012).

¹¹⁰ Realizou-se uma crítica epistemológica feminista e situada ao conhecimento em Direito, especialmente, o epistemicídio de mulheres e as fraturas que constituem a pesquisa científica. Propõe-se postulados situados como uma chave de virada epistemológica. Não se propõe, nesse texto, uma epistemologia feminista, sobretudo, em virtude das divergências teóricas sobre a configuração da epistemologia feminista, conforme já abordado amplamente por Harding (1987). Conforme Halberg (1989, p. 3), menciona-se que o termo epistemologia feminista não pode ser definido restritamente, pois abrange diversos aspectos e reivindicações de caráter ético, moral e político do conhecimento e dos fundamentos desse conhecimento. Epistemologias feministas não apenas buscam legitimar um campo de investigação, mas questionam a metafísica subjacente ao projeto científico moderno, em especial, a tensão entre o objetivo e o relativo, a dimensão social no pensamento de homens e mulheres, e a oposição entre diferentes interpretações.



também é um “ente social que se funda na própria práxis humana” (RODRIGUES; GRUBBA, 2012c, p. 3643). O Direito comporta elementos sociais, políticos, econômicos etc., os quais são “situados no tempo e no espaço, ou seja, contextualizados” (2012c, p. 3643), e a pesquisa deve dialogar com esses campos. Inclusive, porque a “dimensão normativa do Direito, uma construção humana, uma abstração e um produto social, ela é criada justamente para dar resposta a problemas da sociedade” (2012c, p. 3644).

Propõe-se postulados para se pensar o Direito a partir de um giro feminista e decolonial. Pensa-se o Direito a partir das localidades brasileiras e reivindica-se todas as pessoas como sujeitas do conhecimento. Pretende-se pensar o Direito de maneira teórica e aplicada, com ênfase na solução de problemas filosóficos, jurídicos e sociais. Busca-se romper com o mito do sujeito do conhecimento, masculino, racionalista e colonialista, próprio daquilo que Miaille (2005, p. 15) denominou “universalismo a-histórico” — quando as ideias, teorias e noções universais são extirpadas do contexto geográfico e histórico no qual foram produzidas para adequar-se a qualquer realidade. Assim, se irá percorrer a partir de dois postulados, propostos por Donna Haraway.

11.2.1 Não Existe uma Forma Verdadeira e Universal de (ou para) Conhecer

Na metodologia científica em Direito, é reiterada a divisão entre conhecimento científico — objetivo e sistematizado — e não científico. Ensina-se os/as futuros/as cientistas jurídicos em fábulas de neutralidade e a utilizar métodos aptos a gerar um conhecimento certo: dedutivo, indutivo, dialético, fenomenológico etc. (GIL, 2008, p. 10), todos de corte androcêntrico e europeu, apresentando-se uma crítica a outras formas de conhecimentos localizados e produzidos por sujeitos/as não autorizados. Esse modelo de pesquisa jurídica, com sua objetividade e descorporificação, é uma escolha impregnada de posição política: racionalista, objetivista, neutralista e eurocêntrica.

Contudo, deve-se reconhecer que nenhum conhecimento científico é verdadeiro, nenhum método conduz à verdade e nenhuma linguagem é neutra. Todo o conhecimento é politicamente situado (LONGINO, 1990, p. 5). Logo, “não há um conhecimento universal, melhor, ou mais justo, mas discursos que possuem uma história, e esta não pode ser separada das relações de poder” (COLAÇO, 2012, p. 12). Inclusive, porque assumir a existência de métodos específicos para a verdade, é inserir-se nas relações de poder que definiram as mulheres como inadequadas ao exercício do

papel de cientistas atuantes na produção do conhecimento, e as situaram como objeto (GIFFIN, 2006, p. 635-654). Logo, *“o problema não consiste tanto no melhoramento da participação das mulheres no sistema da ciência, senão nos esquemas interpretativos que dominam a construção simbólica da natureza e da sociedade”* (CONCEIÇÃO; ARAS, 2014, p. 12).

Como afirma Bachelard (2006, p. 26), se toda vez que a ciência traça fronteiras, já as ultrapassa, então não poderia haver, epistemicamente, uma delimitação fixa entre conhecimento científico e não científico. Até porque, o propósito da ciência não é a busca aleatória de verdades, mas a procura daquelas verdades que respondem certas perguntas. Ocorre que as motivações dessas perguntas e as estratégias utilizadas para formulá-las encontram-se condicionadas por valores não cognitivos. A ciência permite que se conheçam determinadas zonas da realidade e que se ignorem outras, o que favorece determinados grupos sociais (FERNANDEZ, 2008, 375).

As doutrinas ideológicas da objetividade e racionalidade são fábulas reiteradas que apresentam o propósito político de manutenção hegemônica da forma de conhecer masculina e ocidental. Um dos passos necessários é criticar a binariedade racionalista corpo-mente, utilizada como fundamento da ciência e culminando na diferenciação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível — a objetividade masculinista. Entende-se que o *“conhecimento racional é um processo de interpretação crítica contínuo entre ‘campos’ de intérpretes e decodificadores”* (HARAWAY, 1995, p. 32–33). A ciência é retórica, *“é a convicção de atores sociais relevantes de que o conhecimento fabricado por alguém é um caminho para uma forma desejada de poder bem objetivo”* (1995, p. 10). Trata-se de pensar que cientistas são *“atores mediados pela linguagem no jogo do conhecimento”* (1995, p. 10–11). A própria ciência é um texto contestável e um campo de poder.

Saberes universalmente vestidos de veracidade e cientificidade, são *“fundamentados numa colonialidade que deve ser questionada, pois encobre as influências ideológicas e os autoritarismos nas formas de representação da realidade”* (BRUZACA; QUEIROZ, 2018, p. 304). Como diz Mbembé, *“É preciso desconstruir a própria tradição que, muitas vezes, surge como contraponto ao discurso da diferença que revela o seu caráter inventado”* (2017, p. 166). Assim é que as discussões epistemológicas contemporâneas vêm revelando que a ciência construída nos moldes ocidentais seria mais um dos muitos discursos possíveis sobre a verdade/realidade, assim como, seria um processo construtor e construído por processos sociais (MATOS, 2008, p. 346–347).

11.2.2 O Objetivo é Parcial

A epistemologia feminista — ampla gama de epistemologias — reiterate a crítica à centralidade da racionalidade ocidental masculina como a única munida de cientificidade. Promove denúncias do seu “*caráter particularista, ideológico, racista e sexista: o saber ocidental opera no interior da lógica da identidade, valendo-se de categorias reflexivas, incapazes de pensar a diferença*” (RAGO, 2010, p. 5). Nas críticas da objetividade e neutralidade, propõe-se a necessidade da relação entre teoria e prática, dos culturalismos, bem como, a historicidade dos conceitos e coexistência de temporalidades múltiplas.

Esse postulado impõe deixar de lado a diferenciação objetivista entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, para se pautar por conhecimentos localizados e críticos. Não se trata de igualar a noção de conhecimentos localizados ao relativismo:

Nas ideologias de objetividade, o relativismo é o perfeito gêmeo invertido da totalização; ambos negam interesse na posição, na corporificação e na perspectiva parcial; ambos tornam impossível ver bem. [...] O relativismo e a totalização são, ambos, “truques de deus”, prometendo, igualmente e inteiramente, visão de toda parte e de nenhum lugar, mitos comuns na retórica em torno da Ciência. Mas é precisamente na política e na epistemologia das perspectivas parciais que está a possibilidade de uma avaliação crítica objetiva, firme e racional. (HARAWAY, 1995, p. 24)

A objetividade, pensada por Haraway, é uma visão que se “*relewa a partir da incorporação particularista e específica do conhecimento, e que não promete uma visão de verdade transcendental e que exima a responsabilidade analítica*” (BARBOSA, 2020, p. 8). Ao afirmar que apenas a perspectiva parcial promete uma visão objetiva, a autora revela “*tanto a localização limitada, quanto o conhecimento localizado de ambos na relação sujeitos e objetos*” (2020, p. 8). O conhecimento localizado (situado) é aquele que reivindica a materialidade — um conhecimento produzido por um/a sujeito/a situado em um contexto histórico, temporal, político, ético, cultural, linguístico, generificado etc. — da qual a produção do conhecimento emerge, em oposição àquele conhecimento produzido imparcialmente e objetivamente, válido universalmente, pensado por um sujeito situado em nenhum lugar — o sujeito cognoscente etéreo.

Trata-se de pensar a partir de saberes localizados e no âmbito de uma epistemologia que possibilite versões “corporificadas” da verdade (HARAWAY, 1995, p. 24). Deve-se pensar em sujeitos/as situados:

Encarnados, sócio-politicamente e epistemologicamente localizados e diversos, cujas produções de conhecimento desafiam o cânone da suposta neutralidade e a pretensão de universalidade da epistemologia dominante (REA, 2018, p. 90), e isso perpassa as etapas da pesquisa, em todo esse processo há uma pessoa corporificada. (MILANI, 2021, p. 139)

Deve-se pensar o questionamento ofertado por teóricas feministas sobre os pressupostos teóricos e metodológicos androcêntricos que perpetuam as relações de poder nas sociedades modernas e na ciência (HARDING, 1996). Principalmente, a partir dos seguintes questionamentos: as mulheres podem ser sujeitas do conhecimento? (HARDING, 1987); “*pode o subalterno falar?*” (SPIVAK, 2010); não seria a própria natureza humana pensante científica um efeito de negociação permanente construído no âmbito de uma ampla biopolítica, que “*reúne tecnologias coloniais de produção do corpo-europeu-heterossexual-branco?*” (PRECIADO, 2017) Lélia Gonzalez (2020, p. 5–20), por exemplo, propõe a amefricanidade como uma proposta epistemológica para recuperar histórias de resistência e de luta de pessoas colonizadas contra a violência. A autora busca pensar desde as margens, a partir das pessoas subalternizadas, tratando-as como sujeitas produtoras de conhecimento, sobretudo, rompendo com a visão eurocêntrica referencial.

Utilizando-se o exemplo de Gonzalez, existem outras formas de pensar e outros/as sujeitos/as do conhecimento. Existem outras formas de se pensar o Direito, “*baseadas em outras histórias e experiências e não apenas aos modelos epistêmicos jurídicos ocidentais. Estas formas de conhecimento não almejam a universalidade, mas se reconhecem enquanto locais*” (COLAÇO, 2012, p. 22). Existem, ademais, variados assuntos e problemas de pesquisa existentes, que muitas vezes foram alijados para a periferia epistemológica, para além daqueles colonialmente definidos.

Pensar local e situadamente implica em uma decolonialidade do saber que continua operando como privilégio sobre campos periféricos, com controle de teorias e conceitos, incluso o saber sobre o Direito brasileiro (GALLAS; MACHADO, 2013). De fato, pensar o Direito a partir de saberes locais “*que rompem com as heranças coloniais, significa localizar os pontos iniciais do conhecimento latino-americano que abram espaços para questionamentos epistemológicos direcionados aos objetos particulares desta*



realidade” (LIMA; KOSOP, 2019, p. 2603). Saberes situados possibilitam uma melhor compreensão da realidade localizada, para a resolução de problemas dela oriundos.

Carvalho (2020, p. 12) salienta, nesse sentido, que a reflexão epistemológica deve incidir “*nas práticas de conhecimento e nos seus impactos noutras práticas sociais*”, não em conhecimento meramente abstrato. O conhecimento pode ser marcado, materializado e corporalizado, enquanto inerente à posição de sujeito/a particular, que assume e afirma como pensa, fala e escreve dentro das suas próprias condições existenciais. Esse consistirá num conjunto de práticas corporalizadas, as quais se opõem ao modelo dominante que determina o processo teórico enquanto abstrato, universalizado, objetivo e distanciado (LOURENÇO, 2017, p. 882). Outro exemplo de pesquisa situada, no âmbito do constitucionalismo brasileiro, foi realizado por Silva, para quem

Todo saber é necessariamente situado, inclusive social e geograficamente e tem na subjetividade não apenas a sua motivação principal, mas a sua força motriz, isto é, a mola propulsora e (auto) transformadora (LUGONES, 2014; GALINDO, 2013). Por isso, em se tratando de mulheres que, como eu, são oriundas dos estratos menos privilegiados da sociedade e/ou vivem em regiões ditas periféricas, inaudíveis e invisíveis nacional e internacionalmente, seus saberes devem ser vistos, por elas e pelas demais, não apenas como conhecimento, mas como autoconhecimento, já que, no dizer de Conceição Evaristo (2006), nossas escritas são, [...], *escrevivências*. (2020, p. 179)

A ciência social capaz de transformar a sociedade, eliminando o sistema de dominação, precisa executar a produção de conhecimento como um processo de construção de diálogos entre diversas comunidades e grupos subalternos (GÓES, 2019, p. 8). Como afirma Sousa (2022, p. 52), principalmente “*em um país marcado por desigualdades e violências, não há pesquisa acadêmica séria sem comprometimento com a justiça social*”.

Finalmente, parece que a crítica epistemológica levantada contribui para o campo jurídico ao reivindicar a materialidade, buscando um conhecimento produzido por um/a sujeito/a situado no mundo. Se o propósito da ciência não é a busca de verdades aleatórias, é necessária a solução de problemas filosóficos, jurídicos e sociais a partir de um posicionamento situado nesses mesmos problemas que busca solucionar, inclusive com pesquisas qualitativas, quantitativas e aplicadas. Ainda, o

diálogo com conhecimentos produzidos no Brasil, que buscam solucionar problemáticas brasileiras. Nesse sentido, a própria crítica à neutralidade é elemento-chave para pensar uma pesquisa em Direito comprometida para a resolução de problemas reais.

Considerações finais

A pesquisa problematizou duas disfunções interrelacionadas no campo da produção do conhecimento em Direito, sendo a colonialidade dos saberes jurídicos brasileiros e a centralidade do saber masculino, branco e europeu. Para a problematização e análise, realizou-se uma crítica epistemológica feminista, situada e decolonial. Foi apresentado um diagnóstico sobre a produção do conhecimento brasileiro em Direito; após, apresentou-se uma crítica às mencionadas disfunções, levantando-se dois postulados para se pensar o conhecimento, sendo eles: (a) não há forma universal de conhecer; e, (b) o objetivo é parcial. Busca-se contribuir com a produção do conhecimento em Direito, reivindicando a legitimidade da cientificidade de sujeitos/as excluídos/as do cânon jurídico, assim como, a importância das materialidades e dos saberes situados.

Finalmente, menciona-se que a bibliografia foi pensada para ser a mais equitativa dentro do objeto de pesquisa, com ênfase em pesquisas nacionais, sobretudo, de mulheres. Foram utilizadas 51 referências nacionais e 27 internacionais. Ainda, a recorrência de bibliografias de autores homens e mulheres foi de 30 autores homens referenciados e de 49 autoras mulheres referenciadas. Buscou-se a construção do conhecimento sem privilegiar colonialismos ou masculinidades hegemônicas.

Referências

AMBROSIO, Rubia Renata; TORTATO, Cíntia de Souza Batista. Há uma norma colonizadora, branca e masculina nas produções científicas: deslocamentos epistêmicos feministas e decoloniais. **Cadernos de gênero e tecnologia**, v. 14, n. 44, p. 303-319, 2021.

BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2006.



BACON, Francis. **Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Pará de Minas: M&M Editores, 2003.

BARBOSA, Camila Palhares. Epistemologia feminista enquanto uma ramificação da epistemologia social: uma análise a partir de Donna Haraway e Sandra Harding. **Intuitio**, v. 13, n. 1, p. 1–11, 2020.

BRUZACA, Ruan Didier; QUEIROZ, Sarah Valery Mano. Sobre a colonialidade no Direito e as perspectivas de descolonização no contexto dos países latino-americanos. **Revista Paradigma** (Ribeirão Preto). v. 27, n. 1, p. 300–317, 2018.

CARVALHO, Carolina Carreira Alencar de. A contribuição feminista às epistemologias do sul. **Pensata**, v. 9, n. 2, p. 1–15, 2020.

COLAÇO, Thais Luzia. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina**: o direito e o pensamento decolonial. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012.

CONCEIÇÃO, Antônio Carlos Lima de; ARAS, Lina M. Brandão. Por uma ciência e epistemologia(s) feminista: avanços, dilemas e desafios. **CADERNOS DE Gênero e Tecnologia**. n. 29 e 30, p. 10–19, 2014.

DELFINO, Michelle Silva de Lima. A colonialidade do saber: uma herança epistemológica colonial. **Revista Philogus**, a. 28, n. 83, p. 12–27, 2022.

DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. São Paulo: Editora Atlas, 1995.

DIONOR, Grégory Alves; SANTANA, Carolina Queiroz. Epistemologias feministas: um recorte descritivo-exploratório de produções brasileiras. **XIII Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências**, EMPEC em REDES, 2021, p. 1–10.

ELSEVIER. **The researcher journey through a gender lens**. An examination of research participation, career progression and perceptions across the globe. Elsevier, 2000.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno. A epistemologia de Hugh Lacey em diálogo com a economia feminista: neutralidade, objetividade e pluralismo. **Estudos Feministas**, v. 16, n. 2, p. 359–385, 2008.

GALLAS, Luciano; MACHADO, Ricardo. Para transcender a colonialidade. Entrevista com Luciana Maria de Aragão Ballestrin. **Revista Instituto Humanitas Unisinos**, v. 13, n. 431, s/p, 2013.

GIFFIN, Karen. Produção do conhecimento em um mundo 'problemático': contribuições de um feminismo dialético e relacional. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, n. 3, p. 635-654, 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GINDRÍ, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. Privilégios de gênero e acesso ao discurso acadêmico no campo das ciências criminais. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2041-2070, 2018.

GÓES, Juliana. Ciência sucessora e a(s) epistemologia(s): saberes localizados. **Revista Estudos Feministas**, v. 27, n. 1, p. 1-11, 2019.

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

GRUBBA, Leilane Serratine. Método empírico-indutivo: de Bacon aos trabalhos científicos em Direito. **RIDB**, a. 1, n. 10, p. 6095-61-28, 2012.

GRUBBA, Leilane Serratine. Conhecimento em Direito: uma crítica epistemológica feminista e situada. In: DIAS, Felipe da Veiga; GERVASONI, Tássia Aparecida; BOFF, Salete Oro. **Direito, Democracia e Tecnologia: anuário do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional**. Cruz Alta: Ilustração, 2021, p. 28-46.

GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Epistemologia jurídica: diálogo cruzado entre o empirismo de Bacon e o racionalismo cartesiano. **Revista Opinião Jurídica**. a. 11, n. 15, p. 123-147, 2013a.

GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 5, n. 1, p. 48-64, 2013b.

HALBERG, Margareta. Feminist epistemology: an impossible project? **Radical Philosophy**, n. 53, p. 3-7, 1989.



HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu**. v. 5, p. 07-4, 1995.

HARDING, Sandra. Is There a Feminist Method? In: **Feminism and Methodology**, Bloomington/ Indianapolis. University Press. Indiana, 1987, p. 1-12.

HARDING, Sandra. **Ciencia y feminismo**. Ediciones Morata, Madrid, 1996.

HOOKS, bell. Intelectuais negras. **Estudos Feministas** v. 3, n. 2/95, p. 464-478, 1995.

KILOMBA, Grada. Plantation memories: episodes of everyday racism. Münster: Unrast, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KETZER, Patrícia. Como pensar uma epistemologia feminista? Surgimento, repercussões e problematizações. **Argumentos Revista de Filosofia**. n. 18. p. 95-106, 2017.

LAURETIS, Teresa de. **Technologies of gender: essays on theory, film, and fiction**. Bloomington; Indianapolis: Indiana University Press, 1987.

LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, Roberto José Covaia. Giro decolonial e o Direito: para além das amarras coloniais. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2596-2619, 2019.

LINCOLN, Anne E.; PINCUS, Phoebe S.; KOSTER, J. B.; LEBOY, P. S. The Matilda Effect in science: awards and prizes in the US, 1990s and 200s. **Social Studies of Science**, v. 42, n. 2, p. 307-320, 2012.

LONGINO, Helen. E. **Science as social knowledge: values and objectivity in scientific inquiry**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.

LOURENÇO, Daniel. Queer na primeira pessoa: notas para uma enunciação localizada. **Revista Estudos Feministas**, v. 25. n. 2, p. 875-887, 2017.

LÖWY, Ilana. Universalidade da ciência e conhecimentos “situados”. **Cadernos Pagu**, v. 15, p. 15-38, 2000.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; FARIAS, Mayara Helenna Veríssimo. Colonialidade do poder: a formação do eurocentrismo como padrão de poder mundial por meio da colonização da América. *Interações*, v. 21, n. 3, p. 577-596, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

MBEMBÉ, Achille. **Crítica da Razão Negra**. São Paulo: Antígona, 2017.

MATOS, Marlise. Teorias de gênero ou teorias e gênero? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um campo novo para as ciências. **Revista Estudos Feminista**. v. 16. n. 2, p. 333-357, 2008.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIGNOLO, Walter. **La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial**. Barcelona: Editorial Gedisa Blackwell Publishing, 2007.

MILANI, Patrícia Helena. Contribuições da epistemologia feminista para as pesquisas geográficas. **Revista eletrônica da associação dos geógrafos brasileiros seção três lagoas**, v. 1, n. 34, s/p, 2021

NETO, Antônio Lopes de Almeida; CARDOSO, Fernando da Silva. Pode o Direito ser interdisciplinar? Dimensões da produção científica sobre gênero na Pós-graduação em Direito no Brasil (2007-2016). *Redes: Revista eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 8, n. 3, p. 259-272, 2020.

NOBRE, Marcos et. al. **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRECIADO, Paul B. **Manifesto Contrassexual**. São Paulo: N-1 Edições, 2017

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Clacso, 2005, p. 107-130.



RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In: PEDRO, Joana Maria e GROSSI, Miriam Pilar (Org.). **Masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Editora Mulheres, 2000.

RIGOLIN, Camila Carneiro Dias; HAYASHI, Carlos Roberto Massao; HAYASHI, Maria Cristina Piumbato Innocenti. Métricas da participação feminina na ciência e tecnologia no contexto dos INCTs: primeiras aproximações. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 143–170, 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito I**: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito: Florianópolis: FUNJAB, 2012a.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. Fundamentos epistemológicos da ciência do direito em Tércio Sampaio Ferraz Júnior: a questão da cientificidade do modelo de decibilidade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, a. 10, n. 14, p. 170–191, 2012b.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A epistemologia da complexidade: para uma pesquisa científica do Direito. **RIDB**, n. 6, p. 3641–3666, 2012c.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. Bachelard e os obstáculos epistemológicos à pesquisa científica do Direito. **Sequencia**, n. 64, p. 307–333, 2012d.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine; HEINEN, Luana Renostro. **Conhecer Direito II**: a epistemologia jurídica no Brasil. Florianópolis: FUNJAB, 2014.

SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavacante; JÚNIOR, Seledon Dantas de Oliveira. Ciência do Direito e ideologia: a (im)possibilidade de alcance de uma neutralidade científica. **Espaço acadêmico**, n. 234, p. 279–292, 2022.

SELISTER-GOMES, Mariana; QUATRIN-CASARIN, Eduarda; DUARTE, Giovana. O conhecimento situado e a pesquisa ação como metodologias feministas e decoloniais: um estudo bibliométrico. **Revista CS**, n. 29, p. 47–72, 2019.

SILVA, Salete Maria da. Constitucionalismo feminista: visibilizando autorias e produções científicas nordestinas. **Interfaces científicas**, v. 8, n. 2, p. 176–197, 2020.

SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1418–1439, 2020.

SOUSA, Maria Sueli Rodrigues de. “Toda vida produz conhecimento”: entrevista com Maria Sueli Rodrigues de Sousa. **RDP**, v. 19, n. 101, p. 52–65, 2022.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias; ROESLER, Cláudia Rosane. Dificuldades de avaliação de publicações na área de Direito. **RBPG**, Brasília, v. 9, n. 18, p. 663–701, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst, 9, 2010, Curitiba, PR. **Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst**. Curitiba, PR: ABDConst, 2011. p. 143–155.

A Lei de Anistia Política (Lei 6.683/79): a natureza jurídica da lei e a construção de uma memória democrática¹¹¹

Eneá de Stutz e Almeida

Introdução

Esse texto pretende demonstrar que o debate sobre o que, efetivamente, foi anistiado no Brasil em 1979 infelizmente tem sido conduzido de maneira equivocada pela maioria dos atores envolvidos. Isto porque têm discutido o alcance da anistia política, ou em outras palavras “quais crimes foram anistiados em 1979?”. A pergunta também tem sido formulada assim: “quais fatos foram esquecidos pela anistia política de 1979?”.

¹¹¹ Uma versão desse texto foi publicado como capítulo de um e-book no presente ano, disponível no link <http://justicadetransicao.org/a-transicao-brasileira-memoria-verdade-reparacao-e-justica-1979-2021/>

Ou então: “quem foi anistiado em 1979? Todos os envolvidos nos eventos políticos, incluindo os torturadores, por exemplo?”.

O equívoco dessas perguntas é que elas partem do pressuposto da natureza jurídica da anistia política como anistia do esquecimento, e desta forma, uns pretendem afirmar que o alcance do esquecimento é limitado e outros que o alcance é ilimitado. Por esta razão foi elaborada uma narrativa de supostas controvérsias da Lei 6.683/79.

O presente texto demonstrará que o debate mais correto é aquele que deve partir da análise da natureza jurídica da Lei de Anistia Política, porque tal definição nos resguarda contra os equívocos. Para tanto, partiremos da tese já elaborada por nós (DE STUTZ E ALMEIDA, 2020), com base em François Ost (2005), e exploraremos alguns aspectos já indicados naquela tese, ao analisar a natureza jurídica da anistia política realizada no ordenamento pátrio. Os temas da anistia política, memória, verdade e justiça serão correlacionados a fim de demonstrar que, diferentemente de nossos vizinhos do chamado Cone Sul, a anistia política brasileira é uma anistia da memória e não do esquecimento. Ao final do texto, avaliaremos algumas consequências desta classificação inclusive para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Desde logo cabe apontar que a natureza jurídica de uma anistia política pode ser de dois tipos: 1) anistia dos fatos ou do esquecimento; e 2) anistia das condenações ou da memória (OST, 2005, p. 172). Neste texto defenderemos que a anistia brasileira foi do segundo tipo: “*em outras palavras, essa é uma tese constitucional de resistência à ideia ainda hegemônica de que anistia é sempre esquecimento; uma tese para vincular a anistia política de 1979 com a memória e a verdade*” (DE STUTZ E ALMEIDA, 2020).

Para tanto, inicialmente se demonstrará que, a despeito do nosso ordenamento jurídico ter caracterizado a anistia política desde 1979 como anistia de memória, paradoxalmente o debate público desde então tem se empenhado na construção da narrativa da anistia como esquecimento.

Na sequência, se demonstrará o equívoco de tal construção, pois a Lei 6.683/79 poderia ter sido fruto de acordos políticos na época de sua elaboração, mas se caracterizou juridicamente como uma lei que preconizou a memória. Anistia como anamnese e não como amnésia. Dar-se-á destaque aqui para a natureza jurídica do instituto da anistia, pois, afinal, é exatamente esta a característica que deve ser buscada (a natureza jurídica) de qualquer instrumento jurídico para avaliar quais as consequências da aplicação do mesmo instituto.

Portanto, é a natureza jurídica da anistia que implicará o alcance dessa anistia e não as intenções daqueles que protagonizaram possíveis acordos ou interesses na época ou posteriormente. É uma análise dogmática. Cumpre também analisar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153), apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2010. Isso porque, novamente, há muitos ruídos e equívocos quanto a essa decisão, além de expectativas de todo tipo para o julgamento dos embargos ainda pendentes.

Por fim, será demonstrado que a escolha do legislador se configurou juridicamente como uma *anistia das condenações* e não dos fatos. Tal configuração, voluntária e consciente, ou não, tornou a ferramenta da anistia política brasileira em 1979, em 1985, em 1988 e em 2002 como *uma anistia política de memória e verdade*. É essa natureza jurídica que permite a reparação e a responsabilização daqueles que impuseram qualquer forma de violação de direitos humanos como instrumento de perseguição estatal por motivação política. Se a anistia política regulamentada na legislação constitucional ou infraconstitucional em qualquer daqueles anos tivesse sido de esquecimento, jamais poderia haver sequer reparação, pois os fatos, vale dizer, os eventos de perseguição política teriam sido apagados da história.

É necessário colocar o debate sobre a Lei de Anistia nos rumos corretos, partindo da análise da natureza jurídica do instrumento *anistia política* no caso brasileiro, pois desconsiderar esta natureza jurídica transforma a discussão numa batalha de narrativas, que é o que tem ocorrido no Brasil nos últimos anos, e não colabora em nada para uma solução adequada às decisões legislativas tomadas desde 1979, que sempre pretenderam trazer pacificação à sociedade brasileira.

Uma premissa muito importante para toda a análise que se seguirá é a seguinte: a anistia política, qualquer que seja sua natureza jurídica, é uma regra de *“tudo ou nada”* (DWORKIN, 2007). Vale dizer: se for anistia dos fatos, *todos os fatos foram esquecidos*; se for das condenações, *todas as condenações foram apagadas*, embora prevaleçam *todos os fatos*. Não há a possibilidade de alguns fatos serem apagados e outros não; ou algumas condenações serem apagadas e outras não. É por isso que é equivocado perguntar sobre o alcance da Lei de Anistia, porque ou todo o universo (de fatos ou de condenações, conforme a natureza jurídica) é alcançado, ou nada é alcançado. A anistia é um instrumento jurídico que gera efeito de apagamento de maneira objetiva, ou seja, independe da interpretação. Por isso não cabe a pergunta sobre o alcance. O alcance da Lei 6.683/79 é o alcance previsto nos seus próprios termos. Objetivamente.

Travar o debate sobre o alcance só confunde e impede a pacificação nacional. O debate correto é sobre a natureza jurídica da lei, pois com esta definição os efeitos são os efeitos jurídicos previstos para aquela característica específica de lei.

Não obstante, vamos demonstrar como chegamos a esse estado de coisas, a esse debate estéril sobre o alcance da Lei 6.683/79. O que ocorreu e ainda ocorre no Brasil é uma verdadeira guerra de narrativas, disputa de memórias: aquela que desconsidera a natureza jurídica da lei, e, portanto, só serve ao acirramento dos ânimos, polarização e equívoco na aplicação das normas jurídicas; e aquela que parte da natureza jurídica da lei, e serve à pacificação nacional, mas que infelizmente tem sido olvidada.

12.1 A narrativa política em desalinho com as normas jurídicas: anistia como esquecimento

Em 1979 o contexto social era de demanda de uma parcela da população pela anistia ampla, geral e irrestrita em função da existência de prisioneiros políticos, que haviam sido condenados em inquéritos policiais militares (IPMs), bem como de exilados políticos, sendo que alguns haviam sido banidos enquanto outros se exilaram justamente para escapar da execução da condenação de prisões, ou mesmo pela ameaça de prisões, ainda que sem condenação prévia. Compreenda-se que a partir do Ato Institucional nº 2 (AI-2), de 27 de outubro de 1965, a competência da Justiça Militar foi ampliada e todos os atos considerados crimes políticos, ou seja, todos os crimes contra o Estado e a ordem política e social passaram a ser julgados pela Justiça Militar. Dessa forma, todo e qualquer ato considerado subversivo era apreciado pelas Juntas Militares, as quais quase sempre confirmavam a condenação à prisão. Cabe ressaltar ainda que a pena de banimento voltou ao ordenamento jurídico pátrio após o AI-5, como forma de endurecimento do regime autoritário.

Não cabe aqui esmiuçar os processos judiciais da época, tampouco avaliar a ditadura que se seguiu ao golpe de Estado em 1964. Não obstante, *“é fundamental reiterar que o pressuposto básico para toda e qualquer discussão sobre os temas da chamada justiça de transição é precisamente o fato de que o Brasil esteve sob um estado de exceção a partir do ano de 1964”* (DE STUTZ E ALMEIDA, 2019). Nesse sentido, a partir de 1975, com as muitas prisões e exílios, foram criados diversos Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs) para tentar articular uma luta política para que houvesse uma lei de anistia no Brasil. Em 1979, dois projetos de lei foram submetidos



à votação no Congresso Nacional; um da oposição, que previa a anistia sem exceções e outro do governo, o qual foi vencedor e se tornou a Lei nº 6.683/1979.

Com esta lei, que comportava exceções de crimes que não foram anistiados, muitos foram os brasileiros que puderam retornar ao País, assim como outros tantos foram libertados da prisão. Entretanto, o período autoritário ainda estava longe de terminar e, por conseguinte, não havia como iniciar a transição para o Estado de Direito. A despeito da norma legal, o ambiente político consistia em uma tentativa de formulação de uma espécie de acordo nacional com base no esquecimento para viabilizar uma abertura democrática. Em outras palavras, *independentemente da natureza jurídica da anistia política que se fez em 1979*, parece ter havido uma intenção tanto por parte do regime militar quanto de setores da sociedade civil de apagar os fatos ocorridos durante a ditadura, ou pelo menos todos os fatos ocorridos antes de 28 de agosto de 1979, data da promulgação da Lei nº 6.683/1979. Esta intenção permanece até os dias atuais, como se demonstrará. Cabe frisar que tal intenção está em dissonância com a natureza jurídica da Lei de Anistia.

A Lei de Anistia, como ficou conhecida, cumpriu seus efeitos jurídicos, ou seja, possibilitou o retorno ao trabalho de quem havia sido demitido por motivação política, libertou quem estava preso e permitiu o retorno ao território nacional de quem estava exilado; repita-se, com exceção daqueles que haviam sido excluídos da anistia pela própria lei. Entretanto, na época ainda havia censura nos meios de comunicação social e as existências tanto da ditadura quanto das graves violações de direitos humanos eram cotidianamente negadas pelas autoridades constituídas. O silêncio era permanentemente imposto a toda a sociedade brasileira e não havia sequer debate público sobre a ditadura, quanto mais sobre como sair dela. Talvez este ambiente tenha sido suficiente para criar uma ilusão de que a Lei n 6.683/1979 foi uma lei de esquecimento, de apagamento dos fatos. Talvez tenha mesmo sido a intenção tanto das autoridades quanto dos parlamentares ao votá-la.

O que se seguiu foi uma gradual e lenta abertura política, culminando na convocação da Constituinte por intermédio da Emenda Constitucional nº 26/1985, a qual reiterou e ampliou a anistia concedida pela Lei nº 6.683/1979. Voltaremos a este momento no próximo tópico. Para o entendimento da narrativa que foi construída, por ora basta percebermos que em 1979 houve o primeiro momento de anistia com o discurso do esquecimento e, quando da convocação da Constituinte, novamente a mesma narrativa de apagamento dos fatos. Observe-se que foi necessário procurar mais uma vez apagar os fatos justamente porque eles não tinham

sido apagados; entretanto, esta sutileza não foi percebida na época, e a política do esquecimento se impôs.

É interessante observar que os países vizinhos do Cone Sul fizeram leis de autoanistia que efetivamente apagaram os fatos ocorridos, ou seja, naqueles casos foi tanto de fato quanto de direito uma política pública e uma legislação de esquecimento. Criou-se, assim, uma sensação que *todos* os países latino-americanos que haviam passado por regimes autoritários tinham a mesma política de anistia como esquecimento, sem que, contudo, houvesse um exame mais acurado sobre a legislação brasileira.

Quando da elaboração do texto que viria a se tornar a Constituição Federal de 1988, embora o governo já não mais fosse exercido por um militar, o ambiente político ainda era de receio de que a ditadura pudesse retornar a qualquer momento, caso não houvesse controle para que a abertura fosse lenta, gradual e segura. Dessa forma, embora a censura já não mais fosse exercida e o ambiente nacional fosse de festa democrática, prevalecia uma espécie de acordo tácito de não debater a ditadura, como se ela tivesse sido mesmo esquecida ou nem tivesse ocorrido. Muitas eram as autoridades que chegavam a declarar que não tinha acontecido nenhuma ditadura no Brasil.

Por todo este contexto, criou-se uma narrativa, uma construção argumentativa, de que o Brasil teve um período um pouco mais autoritário que o desejável, mas que tinha sido um mal menor, ou um mal necessário, e que houve necessidade de um pacto nacional para apagar essa memória. Este pacto se expressaria na nova Constituição, ancorada no ambiente político tanto da Lei nº 6.683/1979 quanto da EC nº 26/1985. Tal construção ainda é hegemônica até os dias atuais.

Observe-se, por exemplo, a lógica contida numa parte de uma das respostas da entrevista do General Etchegoyen concedida no início de novembro de 2020 ao portal de notícias UOL, comentando o governo da petista Dilma Roussef: "*eles isolaram os militares, desrespeitaram-nos, encenaram uma Comissão da Verdade claramente vingativa, afrontaram a lei para usurpar competências claras dos comandantes [grifo nosso]*".¹¹² Por qual razão um General afirma que uma Comissão de Estado, criada por lei, foi uma encenação? Exatamente porque dentro da lógica do esquecimento não caberia qualquer Comissão da Verdade. Verdade do que, se nada aconteceu? Se houve esquecimento, apagamento, não há o que ser apurado. É coerente e lógico que se *os fatos* foram apagados, esquecidos, não há o que lembrar, o que contar, o que registrar, a não ser como

¹¹² Sítio de Notícias Portal UOL: <https://noticias.uol.com.br/colunas/chico-alves/2020/11/02/general-etchegoyen-nega-complo-contradilma-e-critica-comissao-da-verdade.htm>. Publicado em 02/11/2020



encenação. Não há sequer o que reparar. Porque os fatos foram apagados, como se nunca tivessem ocorrido.

É importante compreender que não há novidade nesse entendimento do General Etchegoyen. Senão vejamos: mais de vinte anos após a promulgação da Constituição, no final do ano de 2009, houve uma séria crise no então segundo mandato do Presidente Lula, protagonizada por dois de seus auxiliares: o Ministro da Defesa, Nelson Jobim, e o Secretário Especial de Direitos Humanos, com *status* de Ministro de Estado, Paulo Vannuchi, a propósito do lançamento da terceira parte do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH3). A imprensa noticiou na época¹¹³ que tanto o Ministro da Defesa quanto os Comandantes Militares informaram que pediriam exoneração de seus cargos, caso fosse implementada uma Comissão da Verdade, como estava previsto nas ações do PNDH3. Eles diziam que não aceitariam uma Comissão que investigasse militares, mas não investigasse militantes da esquerda que agiram como terroristas no período da ditadura.

Após acalorados debates, a solução política foi refazer o PNDH3 para excluir, entre outros pontos, a responsabilização penal de torturadores, consolidando assim a política pública de esquecimento e reforçando a ilusão de que a Lei nº 6.683/1979 havia sido uma lei que apagou os fatos. Note-se que a reformulação do PNDH3 se deu por uma decisão política e não por impossibilidade jurídica motivada pela Lei de Anistia. Não houve nenhuma avaliação jurídica de impedimento de apuração da verdade motivada pelo esquecimento dos fatos.

Em síntese: o entendimento político em 1979 era de criar uma lei que apagasse os fatos havidos antes de sua promulgação, o que impediria qualquer tentativa de reparação, memória ou verdade sobre o período. E o mesmo entendimento político persiste até os dias atuais, com a compreensão de que o que aconteceu no Brasil no período entre 1964 e 1979 não pode ser lembrado, reparado ou responsabilizado, porque foi esquecido. Os fatos teriam sido apagados.

Esta é a narrativa política que foi construída e permanece sendo defendida. Se a Lei de Anistia tivesse sido uma lei de esquecimento, de amnésia, a narrativa política seria compatível com a realidade jurídica. Mas não é o caso, como se demonstrará.

¹¹³ Sítio de Notícias Portal G1: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1430198-5601,00-NAO+HA+CONTROVERSIA+INSANAVEL+ENTRE+JOBIM+E+VANNUCHI+DIZ+TARSO+GENRO.html>. Publicado em 30/12/2009

12.2 A narrativa jurídica: anistia como memória, verdade e reparação

É importante contextualizar que havia uma demanda de parcelas da sociedade civil brasileira pelo que se chamava *anistia ampla, geral e irrestrita*. O objetivo principal era possibilitar o retorno de brasileiros exilados, bem como libertar presos políticos e tirar da clandestinidade quem estivesse perseguido pelas forças de repressão. O governo apresentou um projeto de lei que sofreu várias emendas e propostas de substitutivos. O ambiente político era muito tenso e os debates acalorados. O próprio partido político do governo, a ARENA, não tinha consenso sobre que tipo de anistia deveria ser proposta (com ou sem exceções)¹¹⁴.

Ademais, não havia clareza se os termos propostos no projeto de lei que se tornou Lei nº 6.683/79 significavam esquecimento ou memória. Havia grupos de defensores de direitos humanos que argumentavam que ainda que a anistia fosse um esquecimento e que fosse inviável responsabilizar torturadores, valeria a pena a proposta de anistia política para salvar os então presos políticos e permitir a volta dos exilados. E havia aqueles que afirmavam que a votação final, ainda que apertada (a diferença foi de apenas 5 votos), criando exceção para os condenados por terrorismo e outros crimes era fruto de um acordo nacional visando a pacificação (FICO, 2010).

O contexto na época, portanto, era de intensa disputa política. Disputa, inclusive, da narrativa que começava a ser construída do tipo de anistia política que estava sendo votada pelo Parlamento. Não obstante, cabe aqui analisar os instrumentos jurídicos utilizados naquele momento histórico. A intenção dos parlamentares, a pretensão dos militares governantes, um eventual acordo entre setores da sociedade civil e parlamento, nada disso é relevante para caracterizar juridicamente o instituto da anistia política, pois sua natureza dependerá dos seus termos objetivamente consagrados no texto legal e aplicados ao longo dos anos. Ganhará ainda mais força essa análise, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a interpretação do Supremo Tribunal Federal de que a Lei nº 6.683/1979 ainda está em vigor pois a anistia política foi um dos pilares da própria Constituição Federal.

Cabe, assim, analisar a natureza jurídica da Lei de Anistia Política. E para entender qual a natureza jurídica da Lei de Anistia brasileira, volta-

¹¹⁴ <http://memorialdademocracia.com.br/card/votacao-de-anistia-parcial-racha-a-arena>

remos à classificação das duas possibilidades preconizadas por Ost (2005, p. 172), lembrando o que o autor belga ensina quanto às anistias políticas:

Estas se dividem em anistia das penas e anistia dos fatos. A anistia menor, que intervém após condenação, interrompe a execução das penas e apaga a condenação; entretanto, pelo menos o processo ocorreu no seu tempo, pagando assim um tributo à memória. Em contrapartida, a anistia dos fatos extingue a ação pública, porque os fatos consideram não terem sido delituosos. Neste ponto, o efeito do desempenho jurídico atinge seu ápice: agimos como se o mal não tivesse ocorrido; o passado é reescrito e o silêncio é imposto à memória.

Desta forma, uma lei de anistia política pode ser anistia das condenações ou pode ser anistia dos fatos. A anistia política da nº Lei 6.683/1979 foi uma anistia das penas, das condenações e não dos fatos, inclusive na exceção prevista. Começemos pela exceção:

“Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

(...)

§2º. Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.” [grifo nosso]

Se a anistia tivesse sido de esquecimento, ou seja, anistia política dos fatos, a exceção deveria ter dito que a exceção era dos *atos* de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, e não daqueles que *foram condenados* por tais atos. A rigor, se o objetivo era anistiar os fatos com exceção da prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, deveria ter sido elaborada uma lei muito mais simples e direta, pois teriadito que havia anistia de todos os fatos havidos antes da sua promulgação, com exceção dos atos mencionados. Mais nada seria normatizado, pois não poderia haver qualquer forma de reparação, como por exemplo o retorno às atividades laborais tanto para o serviço público civil quanto militar (art. 2º).

Da mesma forma, observe-se o disposto no art. 6º, que trata da declaração de ausência:

“Art. 6º. O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministério Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano.

§1º. Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, **3 (três) testemunhas e os documentos relativos ao desaparecimento, se existentes.**” [grifo nosso]

Ora, se a lei impusesse o esquecimento, necessariamente teria que ser o esquecimento dos *atos*. E o fato normatizado neste dispositivo é o desaparecimento. Apagar o desaparecimento significa afirmar que não houve desaparecimento. Pelo menos não houve desaparecimento *antes* da promulgação da lei. Então, seguindo um raciocínio de lógica formal, é possível construir a seguinte afirmação: se alguém de fato desapareceu, mas sobrevém uma lei que impõe que este fato não aconteceu para todos os efeitos jurídicos, a ausência deverá ter seu termo inicial com a promulgação da lei, ou seja, agosto de 1979.

Dito de outra forma: se a condição (o acordo político que teria se materializado na Lei de Anistia) tivesse imposto a consequência (o entendimento jurídico de que os fatos havidos antes da lei foram apagados) o fato “desaparecimento” só poderia surgir após a promulgação da lei por presunção absoluta, ou seja, a ausência só poderia ser caracterizada a partir de agosto de 1979.

Mas não foi isso que dispôs a Lei nº 6.683/1979. Ao contrário, o dispositivo reproduzido exige *prova do fato* “desaparecimento” com testemunhas e documentos para viabilizar a declaração de ausência. Se a própria lei exige prova dos fatos, é porque pressupõe que eles ocorreram. Ademais, não poderia haver a condição explicitada acima sem gerar consequências jurídicas. Isto demonstra que a lei não incorporou no seu texto nenhum acordo, nenhuma condição e, por conseguinte, não pode gerar qualquer efeito jurídico de uma condição não existente. Por isso, pode-se afirmar que a Lei de Anistia exige a memória dos fatos para produzir efeito.

É exatamente o contrário do que pretendeu o regime autoritário ao construir a narrativa do esquecimento. A norma jurídica de 1979 foi caracterizada, pelos seus termos, como uma anistia política da memória e da verdade. Foi uma anistia da anamnese, e não da amnésia. Foi uma anistia exclusivamente das condenações e não dos fatos.

E é por esta razão que há muitos anos é possível haver reparação. Se os fatos tivessem sido apagados, como visto, não teria sido possível retornar ao serviço público civil ou militar (art. 2º), ou o retorno dos empregados da iniciativa privada, demitidos por greve (art. 7º) e nem mesmo a declaração de ausência em termos distintos da normatizada pelo Código Civil da época (art. 6º).

Em outras palavras: se a Lei nº 6.683/1979 tivesse anistiado os fatos, teria que ter afirmado que os fatos ocorridos até a data da sua promulgação são considerados como não tendo ocorrido. Assim, quem se encontrou preso, demitido ou exilado no dia 29 de agosto de 1979 deveria ter voltado ao *status quo ante*, vale dizer, liberto, empregado e residindo no território nacional, porque todos os fatos foram apagados da história brasileira com o advento da Lei. Quem desapareceu, teria desaparecido (por ficção jurídica) no dia 28 de agosto de 1979, e a partir de então, com as regras do Código Civil de 1916, poder-se-ia começar a computar prazos para as providências da declaração de ausência.

Em síntese, a explicação é bem simples: só há duas possibilidades de natureza jurídica de uma anistia política: 1) anistia dos fatos; 2) anistia das condenações. A nº Lei 6.683/1979 pertence ao segundo tipo. Também é esta a razão óbvia que permite a reparação. Apenas a memória consegue viabilizar a reparação. O esquecimento impede a reparação, como impede a responsabilização e a verdade.

Não obstante, a eficiência da narrativa criada de uma lei que impunha esquecimento precisa ser ressaltada. Esta narrativa, repita-se, ainda é hegemônica no Brasil. E por este motivo há um sentimento de que a lei deveria ter apagado os fatos hediondos ocorridos no Brasil no período do estado de exceção. São ocorrências tão bárbaras e cruéis que não deveriam ter acontecido. Se aconteceram, a legislação precisa impor o silêncio, apagar os fatos. Se esta foi a intenção de legisladores e autoridades em 1979 e anos que se seguiram, tal intenção *não se traduziu no ordenamento jurídico*.

A interpretação jurídica precisa ser feita a partir da legislação e dos efeitos jurídicos gerados, e não de um suposto contexto totalmente alheio à norma jurídica. Desta forma, foi possível fazer reparações ainda no ano de 1979 e seguintes, e anos mais tarde instalar uma Comissão Nacional da Verdade como uma Comissão de Estado, que cumpriu com seu papel legal de produzir um relatório sobre fatos havidos no período da ditadura. Os fatos não foram apagados e, ao contrário da narrativa explicada no item antecedente, foram lembrados e registrados.

Há outros argumentos que demonstram que a anistia política brasileira é uma anistia de memória e não de esquecimento. Senão vejamos a

legislação subsequente à Lei nº 6.683/1979: como dito, em 1985 houve a convocação para a Constituinte, por intermédio da Emenda Constitucional nº 26/1985. Esta Emenda traz disposições sobre a Constituinte nos três primeiros artigos. Os arts. 4º (e seus parágrafos) e 5º normatizam a anistia política, no mesmo espírito da Lei nº 6.683/1979, nos seguintes termos: *É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, **punidos** por atos de exceção, institucionais ou complementares* [grifo nosso].

Quem foi anistiado? Quem havia sido punido. Ou seja, a Emenda Constitucional nº 26/1985 confirma a anistia como memória, como anamnese e não como esquecimento. Anistia das penas, das sanções, e não dos fatos. Poder-se-ia argumentar em contrário que o §1º deste mesmo art. 4º estabelece a tal anistia ampla e irrestrita ao mencionar os crimes conexos:

“§1º. É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.”

O texto legal pressupõe que o mesmo tratamento dado ao crime político deve ser dado ao crime conexo, qualquer que seja o conceito de crime conexo. Se esta anistia política tivesse sido de esquecimento, de amnésia, teria ocorrido uma anistia dos fatos. Ou seja, se os fatos tivessem sido esquecidos necessariamente teríamos que ter “apagado o mal”, como se ele nunca tivesse ocorrido. Neste caso, os autores de crimes políticos e de crimes conexos estariam anistiados e, *portanto* (como uma consequência lógica) os fatos teriam sido apagados; como se nunca tivessem acontecido. Daí (outra consequência lógica), não seria possível investigar/processar ninguém porque todos teriam sido anistiados em 1979.

Por que esse raciocínio é juridicamente inconsistente? Porque tem como premissa que a anistia da Lei nº 6.683/1979 foi de esquecimento e não de memória. Teria sido, nessa lógica, de apagamento do mal. Anistia dos fatos. Como se nunca tivessem ocorrido. Ora, se nunca ocorreram, não podem ensejar nenhum tipo de reparação, pois a reparação requer a prova da ocorrência dos fatos.

Ocorre que desde 1979 as perseguições (sejam de prisão, banimento, exílio, demissão e quaisquer outras) têm sido reparadas. Quem foi demitido por motivo político, por exemplo, requereu e obteve reintegração ao trabalho. Quem estava preso ou exilado foi libertado ou retornou ao Brasil, se caracterizando como ex-presos políticos ou ex-exilados. Os fatos

são lembrados. O mal não foi apagado. Há referência ao período a partir de 1964 como sendo de ditadura, e não como um período de normalidade democrática. Não se apagaram os fatos. Não houve esquecimento do que ocorreu. E nem pode haver, por determinação legal.

Assim sendo, a única conclusão lógica possível é que tanto a Lei nº 6.683/1979 quanto a Emenda Constitucional nº 26/1985 estabeleceram anistia política da memória, da anamnese, porque foram anistias políticas das penas, das sanções, e não dos fatos.

Quando da elaboração da Constituição a escolha dos constituintes brasileiros para conduzir o processo transicional recaiu sobre as dimensões da reparação, memória e verdade, por intermédio, novamente, da anistia política, como se depreende do *caput* do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

“Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.”

Novamente houve anistia das penas, das consequências, das condenações, das sanções penais, trabalhistas e quaisquer outras que tenham decorrido da perseguição política. Note-se que como regulamentação deste dispositivo constitucional a Lei nº 10.559/2002 viabiliza, inclusive, o retorno aos estudos de quem foi expulso por perseguição política. Isto demonstra que a anistia constitucional foi e é, assim como em 1979 e em 1985, das penas e não dos fatos. O próprio deputado Ulysses Guimarães, ao promulgar a Constituição, referiu-se ao ódio e nojo da ditadura. Ora, se tivesse havido anistia dos fatos ele não poderia se referir à ditadura em 1988, porque ela teria sido apagada; esquecida em 1979. Mas a anistia política no Brasil foi apenas das sanções. *Foi e é memória e não esquecimento.*

Outra conclusão que se faz necessária com a afirmação de que *apenas as condenações* foram anistiadas é a seguinte: só foi anistiado quem havia sido condenado/demitido antes da Lei nº 6.683/1979; quem não foi

sequer investigado ou processado, como algum torturador, por exemplo, não foi anistiado.

12.2.1 O Binômio Memória/Verdade e a Reparação

Se a anistia política brasileira foi uma anistia de memória, cabe tecer algumas considerações sobre o significado do binômio memória/verdade para percebermos a extensão das consequências desta classificação. Esse é um dos mecanismos da já referida justiça de transição, e não se trata da mera compilação de lembranças individuais ou coletivas de eventos adversos. Mas é a versão dos vencidos naquela luta, a verdade dos derrotados, revivida, redimensionada e principalmente ressignificada no momento atual. *A verdade é objetiva enquanto a memória é subjetiva.*

Construir outra memória, que ressignifique uma postura de valorização da vida, da igualdade e da liberdade, e que se insurja contra a repressão e o autoritarismo é um dos objetivos deste fundamento. Muito tem sido produzido no Brasil a respeito deste binômio, em especial a partir da lei que criou a Comissão Nacional da Verdade (Lei nº 12.528/2011). Já havia produção substancial até então sobre o tema, em função de ações e testemunhos tanto de resistentes/sobreviventes ao regime ditatorial, quanto de familiares de mortos e desaparecidos políticos.

Por sinal, os marcos legais do processo transicional brasileiro fazem todos a mesma escolha por ressaltarem o binômio memória/verdade e também a dimensão da reparação. São eles: a Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia); a Emenda Constitucional nº 26/1985 (convoca a constituinte e amplia a anistia de 1979); a própria Constituição Federal (em especial, o artigo 8º do ADCT); a Lei nº 9.140/1995 (cria a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos); a Lei nº 10.559/2002 (cria a Comissão de Anistia) e finalmente a Lei nº 12.528/2011 (cria a Comissão Nacional da Verdade). Examinemos essas normas de maneira mais detida.

Sobre o contexto normativo, já vimos que tanto a Lei nº 6.683/1979 quanto a EC nº 26/1985 afirmam a memória, a verdade e a reparação e que a Constituição Federal impôs um processo transicional a partir da reparação, da memória e da verdade. Com a Lei nº 9.140/1995 pela primeira vez o Estado brasileiro se responsabilizou pelas mortes e desaparecimentos de cidadãos brasileiros, dando sequência ao processo constitucional transicional. Note-se que mais uma vez o binômio memória/verdade está presente, pois as famílias precisaram provar os fatos ocorridos para que seus entes queridos fossem reconhecidos como mortos pelo Estado repressor, fazendo jus, por conseguinte, à

reparação tanto financeira quanto documental, com as certidões de óbito e outras providências.

Sigamos, pois, na mesma checagem das duas possibilidades: 1) se a Lei de Anistia tivesse sido uma lei de esquecimento, de apagamento dos fatos, seria juridicamente impossível provar que alguém morreu ou desapareceu por perseguição do Estado brasileiro em função de motivação política. Estes fatos teriam sido apagados por ficção jurídica e não mais poderiam ser recuperados; 2) como a Lei de Anistia foi uma lei de memória, é perfeitamente compatível e pertinente que haja exigência de prova dos fatos e nexos causal do desaparecimento da pessoa com as ações de perseguição do Estado por motivação política para haver reparação. Ninguém nunca contestou a inconstitucionalidade ou ilegalidade da Lei nº 9.140/1995 alegando incompatibilidade com a Lei nº 6.683/1979, mas se a Lei de Anistia tivesse sido uma lei de esquecimento, esta incompatibilidade deveria se impor. Afinal, como seria possível provar perseguição do Estado se tais fatos nunca aconteceram (já que teriam sido apagados por determinação legal)?

Ao contrário, a Lei nº 9.140/1995 produziu seus efeitos e continua produzindo, uma vez que a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos continua atuando, ainda que, reconheça-se, com contornos um tanto apenados desde o ano de 2019. Entre 1995 e 2019, no entanto, muitas foram as iniciativas dessa Comissão no sentido de revelar a verdade dos fatos ocorridos com aqueles que morreram por responsabilidade do estado de exceção; e isso a despeito das diversas tentativas de desqualificação da Comissão, dentro da lógica narrativa de tentar impor o esquecimento.

A norma jurídica seguinte foi justamente a que regulamentou o dispositivo constitucional da transição, o art. 8º do ADCT. Trata-se da Lei nº 10.559/2002, que criou a Comissão de Anistia para levar a cabo a reparação integral, incluindo ações de memória e verdade. De acordo com seus dispositivos, no campo da reparação financeira duas são as possibilidades: a reparação econômica em uma única prestação, com cálculo previsto na própria lei equivalente a trinta salários mínimos por ano ou fração de perseguição política, limitada tal prestação única ao teto de cem mil reais; e a reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada, nas hipóteses de perda de atividade laboral.

Além destes dois tipos de reparação econômica, a Lei nº 10.559/2002 ainda prevê expressamente a possibilidade de reingresso em curso que tenha sido interrompido em razão da perseguição política (art. 1º, IV), em instituição pública no local onde o anistiado estiver residindo quando da decisão da Comissão de Anistia. Além de deixar em aberto a possibilidade de outras formas de reparação que foram praticadas por alguns

anos, tais como mudanças de registro público (acréscimo do nome do pai, por exemplo¹¹⁵) e outras ações, com destaque para as Clínicas de Testemunho, considerada como uma das mais belas e bem-sucedidas políticas da Comissão.

A política constitucional transicional do Estado Federal implica, de maneira mais importante e para além das verbas que as pessoas venham a receber, a assunção do erro do Estado brasileiro por ter perseguido seus próprios cidadãos por suas opiniões e posicionamentos políticos. *É o nunca mais!* É a memória dos fatos. Caso contrário, não haveria como falar em perseguição política. Se tivesse havido esquecimento, anistia dos fatos, necessariamente não haveria como assumir perseguição política.

Outrossim, complementando cada declaração de anistiado político a Comissão de Anistia procedia ao pedido oficial de desculpas do Estado Brasileiro pelas perseguições infligidas àquela pessoa e seus familiares. Vale destacar que este pedido não era apenas dirigido àquela pessoa ou família; dirigia-se a toda a sociedade brasileira. Era uma verdadeira garantia para a sociedade brasileira que naquele momento se constituía: que nunca mais o Estado perseguirá seus cidadãos.

Não é por outra razão que sempre este momento era o mais solene das sessões da Comissão, e o mais comovente. E é significativo que este importantíssimo momento não esteja previsto legalmente em nenhum lugar. Ou seja, é parte da reparação que o Estado deve não apenas àquele indivíduo específico, mas a toda a sociedade brasileira.

Era parte do cumprimento da política transicional consagrada na Constituição, uma política de Estado, e significava o reconhecimento de que naquele caso concreto o Estado brasileiro agiu por intermédio de atos de exceção em relação a um cidadão brasileiro, e assim fazendo perseguiu a própria sociedade brasileira como um todo. Por isso deve uma reparação, que inclui, a despeito de outras específicas para o caso, o pedido de perdão como *garantia de não repetição*.¹¹⁶

Em face da bem-sucedida e hegemônica política de esquecimento, é importante mais uma vez reiterar que só cabe pensar em reparação se os fatos não foram apagados. E não foram. São, inclusive, requisitos de prova para que a declaração de anistiado político seja deferida. É mais

¹¹⁵ Caso Eduarda Crispim Leite, que obteve o direito de ter o nome de seu pai biológico, Eduardo Leite, conhecido como Bacuri, no seu registro de nascimento, a partir do requerimento de anistia de sua mãe, Denise Peres Crispim, conforme o voto publicado em LIVRO DOS VOTOS DA COMISSÃO DE ANISTIA: verdade e reparação aos perseguidos políticos no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça; Florianópolis: Instituto Primeiro Plano, 2013.

¹¹⁶ Infelizmente, um dos enormes retrocessos que o processo transicional brasileiro enfrenta é o fim do pedido de perdão, deliberado pela Comissão de Anistia quando ainda parte do Ministério da Justiça, em sessão administrativa de abril de 2018.

uma prova de que a anistia política no Brasil foi da memória, da verdade e da reparação, e não do esquecimento. A de 1979, de 1985, de 1988 e seu regulamento, que é a Lei nº 10.559/2002.

Em absolutamente todas as situações os fatos são recuperados. Não foram apagados. Repita-se: ao contrário, os fatos precisam ser recuperados e demonstrados a fim de ensejar a reparação. Ora, se os fatos podem ser provados é porque não foram apagados. Apagadas foram as condenações; as sanções. Anistia como memória.

Por fim, chegamos ao último marco legal mencionado, que é a Lei nº 12.528/2011, criadora da Comissão Nacional da Verdade. Para uma melhor compreensão, cabe detalhar a conjuntura da primeira década deste século, porque é uma conjuntura que ressalta esse paradoxo de querer impor uma política hegemônica do esquecimento e ao mesmo tempo estabelece normas jurídicas de memória, verdade e reparação. Antes, porém, cabe refletir se essa política de esquecimento não poderia implicar um enorme risco para a democracia que as autoridades públicas afirmavam estar construindo:

Assim, parece que a democracia deve permanentemente precaver-se de dois perigos opostos: ou a exacerbação do conflito, ou sua ocultação. No primeiro caso, sem acordo sobre uma regra de jogo comum, sem referência ao mínimo de valores compartilhado, a parte degenera e leva à exclusão ou à destruição do adversário, tratado então como “inimigo”: privado do mínimo de confiança, pressuposto pela promessa que ata o futuro, o jogo político se estreita. Ao inverso, quando as divergências de interesse são ocultadas, e as oposições minimizadas, atrás de consensos de fachada, é grande o risco de que se veja desenvolver futuros focos de violência. É, sem dúvida, um dos riscos ligados atualmente à instauração, em todo o planeta, da “democracia de mercado” e do pensamento único que a acompanha. (OST, 2005, p. 315 [grifo nosso])

Neste sentido, para atender à tal democracia de mercado, a política hegemônica do esquecimento deveria prevalecer, e para tanto, os conflitos precisavam ser ocultados. O resultado não foi nada bom, como se verá a seguir.

Vamos retornar à crise referida no segundo mandato de Lula, em 2009: as campanhas presidenciais haviam iniciado e já era candidata a suceder o presidente Lula a sua então Ministra de Estado Dilma Rousseff. Ela própria, é importante sublinhar nesse contexto, uma ex-integrante de grupos de luta armada contra a ditadura, e condenada nas instâncias militares da época como subversiva e terrorista.

Como visto, após um período de embates e negociações internas na esfera da administração federal, houve alterações no PNDH 3 e venceu a política do esquecimento, hegemônica, olvidando o mandamento constitucional da transição, que impunha e impõe a memória, a verdade e a reparação. Venceu a ocultação dos conflitos.

Não obstante, os temas da ditadura e da transição nunca mais deixaram nem os meios de comunicação social nem a vida político-institucional brasileira. Até então estava prevalecendo exclusivamente a política do esquecimento. A partir daquele momento não foi mais possível negar a ocorrência de uma ditadura no Brasil, restando às forças hegemônicas tentar reiterar a narrativa de esquecimento a partir da equivocada interpretação jurídica. E talvez não fosse tão difícil assim, já que em toda a América Latina havia o consenso de que toda anistia política é de esquecimento. Entretanto, como visto, paradoxalmente já havia o ordenamento jurídico imposto a memória, a verdade e a reparação.

No final do ano de 2010 o Brasil elegeu a sucessora de Lula, Dilma Rousseff, como Presidente da República, e os embates de narrativas estavam apenas começando. Em 18 de novembro de 2011 houve a promulgação da Lei nº 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade (CNV). Muitas expectativas se voltaram para esta Comissão, no sentido de que, finalmente, seria possível ressignificar aquela história de autoritarismo, perseguição e repressão, para inaugurar um tempo de liberdade e autonomia para a sociedade brasileira. Era preciso construir esta narrativa, elaborar esta memória (OST, 2005). E conhecer os fatos, que não foram apagados.

Reitere-se que se a anistia da Lei nº 6.683/1979 tivesse sido dos fatos, não caberia uma Comissão Nacional da Verdade (CNV). Para esclarecer o quê, se nada aconteceu? Se tudo tivesse sido apagado, se a anistia tivesse sido de esquecimento, não viria ao caso tocar no assunto, porque o pacto social teria sido de apagar os fatos, não lembrar para não reparar nem responsabilizar. Mas não foi o que aconteceu. O Estado brasileiro criou a terceira Comissão de Estado por causa da memória, verdade e justiça, cumprindo o mandamento constitucional da transição e na esteira da legislação anterior.

Sobre a CNV, cabe ressaltar alguns aspectos. Um dos motivos que causou na época um certo sentimento de frustração foi o fato da CNV não ter utilizado alguns poderes concedidos pela legislação, como por exemplo, a condução obrigatória de pessoas que estavam lúcidas e haviam participado de eventos importantes para o esclarecimento de muitos episódios, mas que se recusavam até mesmo a reconhecer a existência e legitimidade da



CNV. Na época foi revelado pela imprensa¹¹⁷ que algum militar, convocado para comparecer perante a Comissão, escreveu de próprio punho na convocação que não colaborava com inimigos, e nenhuma providência mais enérgica foi tomada. O depoimento simplesmente não aconteceu.

A despeito desse e de outros percalços, a CNV produziu um Relatório Final que traduz o posicionamento oficial do Estado brasileiro relativamente aos fatos ocorridos durante a ditadura. Portanto, não foi uma “encenação”, mas a produção de um documento oficial a respeito dos fatos ocorridos no período autoritário, reconhecidos como verdadeiros e de responsabilidade do Estado.¹¹⁸

12.3 O julgamento da ADPF 153

Tem havido a propagação de uma ideia equivocada de que o julgamento da ADPF 153 impôs o silêncio, o esquecimento tão desejado por aqueles que insistem em afirmar que a Lei nº 6.683/1979 foi uma anistia dos fatos. Uma das consequências desta linha de raciocínio é precisamente a afirmação da impossibilidade de responsabilização penal de todo e qualquer violador de direitos humanos no período autoritário, como decorrência da decisão do STF neste caso.

A ideia de perseguição dos violadores de direitos humanos no Brasil causa muitas polêmicas. Inicialmente é mister registrar que a referência à perseguição é tanto a perseguição judicial, consideradas nas esferas civil e penal, quanto o processamento administrativo. Normalmente há um enfoque demasiado na perseguição penal e por isso é importante reiterar que há outras áreas de perseguição judicial.

Feita esta primeira observação, cabe frisar que diferentemente do caminho escolhido por outros países, como a Argentina, por exemplo, que elegeu a responsabilização como seu eixo fundamental para a transição, promovendo a perseguição inclusive penal daqueles que sequestraram, torturaram e de alguma forma se transformaram em agentes do estado de exceção, o Brasil sempre evitou tratar deste mecanismo. No Brasil, a escolha recaiu sobre a reparação, tendo na anistia política seu eixo estruturante (ABRÃO, 2012).

O tema da responsabilização é o tema mais ocultado (política do esquecimento) e em torno do qual se criou um verdadeiro tabu no espectro da

¹¹⁷ Sítio de Notícias Portal Jornal do Comércio: <https://www.jornaldocomercio.com/site/noticia.php?codn=17147>. Publicado em 12/01/2010.

¹¹⁸ Para acessar os documentos da Comissão Nacional da Verdade: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>

transição brasileira. Assim é que a percepção de justiça, para acalmar os traumas do passado e curar as feridas não como vingança, mas como anamnese, pela mediação do processo judicial e com todas as garantias de contraditório, ampla defesa e devido processo legal, traz o objetivo de alcançar a reconciliação.

É oportuno lembrar que o STF exerceu o controle de constitucionalidade no julgamento da ADPF 153. E assim a pergunta básica formulada naquele processo foi sobre a recepção ou não da Lei nº 6.683/1979 pela Constituição de 1988, tendo em vista os preceitos constitucionais fundamentais. A resposta do STF foi positiva. Houve recepção. E o controle de constitucionalidade foi exercido pela autoridade competente.

Esse entendimento foi explicitado pelo Ministro Carlos Ayres Britto ao comentar a decisão da ADPF 153 em outra ação submetida ao STF (Recl 12.131 (468), Min. Rel. AYRES BRITTO, 03/10/2011): *“Daí surgir a seguinte questão: o que ficou decidido na referida ação de natureza abstrata? Resposta: ficou decidido, contra meu voto, pela integração da anistia da Lei de 1979 na nova ordem constitucional”*. Em outras palavras, a decisão da ADPF 153 é de que a Lei 6.683/79 está em vigor pois foi recepcionada pela Constituição de 1988. Apenas isso. É, como afirmado, o controle de constitucionalidade e nada além.

Na referida ADPF o Supremo Tribunal Federal não se debruçou sobre a natureza jurídica da Lei de Anistia, e nem vinha ao caso fazê-lo. Houve debate sobre a integração no ordenamento pátrio ou não após o advento da Constituição, como objetivamente afirmou o Ministro Ayres Britto.

Ao contrário de quem pretende impor a narrativa do esquecimento, ao cogitar se a Lei nº 6.683/1979 é uma lei que apagou os fatos ou não, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto na própria ADPF 153 (p.3) destaca:

[...] em razão mesmo do que se concluiu social e juridicamente e que tem prevalecido até aqui, ao contrário do que comumente se afirma de que anistia é esquecimento, o que aqui se tem é situação bem diversa: o Brasil ainda procura saber exatamente a extensão do que aconteceu nas décadas de sessenta, setenta e início da década de oitenta (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro) [...].

Reitere-se que o objeto de apreciação da ADPF 153 era a recepção ou não da Lei nº 6.683/1979 pela Constituição vigente. E, como visto, a resposta do STF foi positiva. A Lei de Anistia foi recepcionada e está em vigor. Nada mais foi decidido. Não cabia examinar a natureza jurídica da Lei nº 6.683/1979, vale dizer, não cabia ao STF, em sede de ADPF, examinar se a Lei de Anistia é uma lei de esquecimento, que apagou os fatos, ou uma lei de memória, que apagou apenas as condenações.

Infelizmente a política ainda hegemônica de impor o silêncio, ao afirmar que a Lei de Anistia é uma lei de esquecimento, tem sido utilizada sem o cuidado adequado inclusive pelo Poder Judiciário. Não é raro que haja a apresentação dessa decisão na ADPF 153 como óbice para o Judiciário apreciar iniciativas do Ministério Público Federal na tentativa de responsabilização de pessoas que violaram direitos fundamentais no período autoritário. Ora, a ADPF 153 não pode ser apresentada como empecilho para exame de qualquer fato ocorrido na época sob alegação de anistia, pois, como demonstrado, *os fatos não foram anistiados*, mas tão somente as *condenações* ocorridas antes de agosto de 1979.

Outro não foi o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quando a Segunda Turma decidiu acompanhar, por unanimidade, o Relator do Recurso Especial nº 1836862-SP (2019/0268276-9), Ministro Og Fernandes (p. 17–18). Houve afastamento da prescrição por se tratar de atos de perseguição política, e assim, as consequências jurídicas da apuração dos fatos devem ser examinadas pelo Judiciário, sem a alegação da incidência da Lei de Anistia, porque incabível:

“Entende este Tribunal serem imprescritíveis as ações cíveis embasadas em atos de perseguição política, tortura, homicídio e outras violações de direitos fundamentais cometidas durante o regime militar de exceção, independentemente do que tenham disposto a Corte Interamericana ou tratados. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ANISTIA POLÍTICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. OFENSA OCORRIDA, EM TESE, DURANTE O REGIME DE GOVERNO MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte firmou compreensão segundo a qual os danos decorrentes de violação de direitos fundamentais ocorridos durante o Regime Militar são imprescritíveis. A propósito: REsp 1.565.166/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 2/8/2018; REsp 1.664.760/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma DJe 30/6/2017. [...] (AgInt no REsp 1.602.586/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJe 12/2/2019.)”

Por todas essas razões, a decisão da ADPF 153 não pode ser alegada como obstáculo à apuração de fatos ocorridos antes de 28 de agosto de 1979, nem tampouco como impeditivo às consequências jurídicas de tais fatos. A ADPF 153 *não se destinou a responder qual a natureza jurídica da Lei 6.683/79*, limitando-se, como visto, a decidir pela vigência da norma, pela recepção no ordenamento. Afirmar a vigência desta norma significa

que não pode haver nenhuma execução de sanção anterior a agosto de 1979, porque as condenações foram apagadas. E apenas isto. Nada além. A verdade dos fatos pode e deve ser apurada. E se agora forem apurados fatos que caracterizam atos ilícitos, que venham as consequências pertinentes. As infrações legais são imprescritíveis e não foram anistiadas e por isso a memória, a verdade, a reparação e a responsabilização são possíveis.

Considerações finais

O objetivo dessa reflexão foi determinar qual a natureza jurídica da Lei nº 6.683/1979, a Lei de Anistia. A partir da classificação de Ost que explanou sobre os dois tipos possíveis de anistias políticas, e ainda aprofundando a tese já por nós elaborada, esmiuçamos a situação brasileira para explicar as duas possibilidades distintas:

A Lei de Anistia é uma lei de esquecimento porque apagou os fatos: isto significa que por determinação legal não houve ditadura; não houve período autoritário no Brasil porque o mal não ocorreu; foi apagado. Consequentemente, não pode haver memória, nem verdade, nem reparação, nem responsabilização, porque *para efeitos jurídicos, nada aconteceu*. Esta é a narrativa que tem sido construída de forma recorrente pelos interesses de não trazer à tona o fato de que o Brasil viveu um estado de exceção.

A Lei de Anistia é uma lei de memória porque não apagou os fatos, mas apenas as condenações jurídicas: isto significa que por determinação legal *as execuções das condenações* terminaram em 28 de agosto de 1979 e foram apagadas. Não se poderia seguir com tais execuções porque as sanções foram apagadas do mundo jurídico. Os *fatos* que ensejaram tais sanções *não foram apagados*. Por isso, se afastados outros instrumentos jurídicos relativos ao decurso de tempo, como por exemplo a prescrição, *os fatos podem ainda produzir consequências jurídicas, como a reparação, a responsabilização e a memória/verdade*.

Demonstramos como se construiu ao longo dos anos a narrativa de que a Lei de Anistia seria uma lei de esquecimento, para atender aos interesses de quem não quer nem a memória, nem a verdade, nem a reparação e nem a responsabilização. E demonstramos também que esta narrativa não corresponde à natureza jurídica da legislação pátria sobre anistia política, pois tanto a Lei nº 6.683/1979, quanto a Emenda Constitucional nº 26/1985, quanto a Constituição Federal, quanto as três leis que criaram as três Comissões de Estado, a saber, Lei nº 9.140/1995, Lei nº 10.559/2002 e Lei nº 12.528/2011 seguem a mesma lógica jurídica de estabelecer a anistia política brasileira como anistia da memória e não do esquecimento. Anistia das condenações e não dos fatos.

Em seguida analisamos o impacto da decisão na ADPF 153 neste debate, para concluir que não foi objeto de deliberação do STF a natureza jurídica da Lei nº 6.683/1979 e, portanto, a única decisão naquele pleito foi da vigência desta norma por recepção da Constituição Federal.

Cabe ponderar que a compreensão da natureza jurídica da Lei de Anistia de 1979 é fundamental para que haja o complemento, já tardio, da transição democrática no Brasil. Os mecanismos da justiça de transição mencionados ao longo do texto, quais sejam, o binômio memória/verdade, a reparação e a responsabilização precisam ocorrer para que se complete a transição do período autoritário para o Estado Democrático de Direito, de modo a explicitar, de uma vez por todas, que no Brasil não esqueceremos para que não volte a acontecer.

A confusão dos dois tipos de natureza jurídica da Lei 6.683/79 só interessa a quem não reconhece, como demonstrado, que a perseguição política perpetrada pelo Estado é inadmissível e incompatível com a normalidade democrática desejada pela sociedade brasileira e comandada pela Constituição cidadã. Hoje e sempre. O que não foi investigado, revelado, reparado e responsabilizado precisa ser feito, sob pena de não concluirmos a transição democrática. E não afirmamos a incompatibilidade da Lei de Anistia com a Constituição Federal, *mas a inutilidade de sua vigência*. Afirmar sua vigência *não significa impedir qualquer responsabilização, na esfera criminal ou não*, mas significa dizer que não pode haver nenhuma execução de sanção anterior a 28 de agosto de 1979; o que se revela inútil, pois não viria mesmo ao caso executar uma condenação prolatada há mais de 42 anos. Daí afirmarmos que a vigência hoje da Lei de Anistia, no nosso entender, é absolutamente inócua devido à sua natureza jurídica de memória.

Perguntar sobre o alcance da Lei de Anistia também é equivocado, como demonstramos, porque não cabe a pergunta “crimes de quais autores foram anistiados pela Lei nº 6.683/1979? Foram apenas os crimes dos militantes ou também eventuais crimes de agentes públicos?” Ou, em outras palavras, “quais fatos foram anistiados pela Lei nº 6.683/1979?”. Como visto, ou todos os fatos são anistiados, ou nenhum. Mas a Lei nº 6.683/1979 não foi uma anistia dos fatos, e por isso este debate é equivocado e estéril.

As discussões, sejam elas políticas ou judiciais precisam ser feitas a partir da compreensão da natureza jurídica da Lei nº 6.683/1979, que foi uma anistia das condenações. E, assim como no raciocínio anterior, todas as condenações, em qualquer área do direito, foram anistiadas. Os fatos subsistem porque não foram esquecidos pela legislação. A memória persiste e deve ser permanente. Para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça.

Referências

ABRÃO, Paulo. TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça e transição brasileira. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** n. 7. p. 12-47. Brasília: Ministério da Justiça, jan./jun., 2012

DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá (org). **Justiça de transição – apontamentos**. Curitiba: CRV, 2017. <https://doi.org/10.24824/978854442060.7>

Memória, verdade, reparação e justiça: uma tese de resistência constitucional. <http://justicadetransicao.org/memoria-verdade-reparacao-e-justica/>. Publicado em 04/10/2020.

(org.). **Justiça de transição e democracia**. Salvador: Soffia 10 Assessoria Socioculturais e Educacionais. E-book. <https://doi.org/10.29327/531699>

_____. **A transição brasileira: memória, verdade, reparação e justiça (1979-2021)**. Salvador: Soffia 10 Assessoria Socioculturais e Educacionais. E-book <https://doi.org/10.29327/556855>

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado perdão aos torturadores. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. p. 318-332. Brasília: Ministério da Justiça, jul.-dez. 2010.

LESSA, Francesca; PAYNE, Leigh A. (orgs). **Amnesty in the age of human rights accountability: comparative and international perspectives**. New York: Cambridge University Press, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, COMISSÃO DE ANISTIA. **LIVRO DOS VOTOS DA COMISSÃO DE ANISTIA: verdade e reparação aos perseguidos políticos no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça; Florianópolis: Instituto Primeiro Plano, 2013

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP:EDUSC, 2005.

PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo Dalmás (orgs). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Center, 2011.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

REÁTEGUI, Félix (editor). **Justiça de Transição – manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova York, Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

Sítio da Comissão Nacional da Verdade: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>.

Sítio Memorial da Democracia: <http://memorialdademocracia.com.br/card/votacao-de-anistia-parcial-racha-a-arena>

Sítio de Notícias Portal G1: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,-MUL1430198-5601,00-NAO+HA+CONTROVERSIA+INSANAVEL+ENTRE+JOBIM+E+VANNUCHI+DIZ+TARSO+GENRO.html>. Publicado em 30/12/2009.

Sítio de Notícias Portal Jornal do Comércio: <https://www.jornaldocomercio.com/site/noticia.php?codn=17147>. Publicado em 12/01/2010.

Sítio de Notícias Portal UOL: <https://noticias.uol.com.br/colunas/chico-alves/2020/11/02/general-etchegoyen-nega-complo-contradilma-e-critica-comissao-da-verdade.htm>. Publicado em 02/11/2020.

Sítio de Notícias Portal Terra: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/nao-colaboro-com-inimigo-diz-militar-a-comissao-da-verdade,932961eca8658410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>. Publicado em 08/09/2014.

Sítio do Grupo de Pesquisa Justiça de Transição: www.justicadetransicao.org

Presidencialismo e a Democracia¹¹⁹

Vera de Araujo Grillo

Introdução

A história do regime presidencialista está entrelaçada com a história da formação dos Estados Unidos da América do Norte. Assim, para que seja bem entendido, é necessário que se volte às origens e busque-se, na análise do sistema norte-americano, os pontos básicos que nortearam o aparecimento do regime de governo que acabou por servir de modelo à maioria dos países latino-americanos, em que pesem as diferenças de ordem social, econômica e histórica.

13.1 O modelo presidencialista dos Estados Unidos

A Convenção de 1787, realizada na Filadélfia e convocada por Washington, marca o início oficial dos debates em torno do que se considerava ser essencial em termos de governo para o novo Estado. A análise da Convenção tem trazido à tona observações divergentes, tais como as considerações dos convencionais, ora como verdadeiros semideuses, ora

¹¹⁹ Artigo publicado originalmente na revista *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 1, n. 2, no segundo semestre de 1995.

com componentes de um verdadeiro complô. Exemplo disso é um estudo do Professor Charles Beard, publicado em 1913, com o título “*An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*”, que narra uma espécie de conspiração de um grupo que hoje poderia ser chamado de “establishment”, isto é, os possuidores de fortunas, de bens, que seriam os beneficiários de um esquema destinado a proteger suas atividades econômicas.

Tais visões têm sofrido novas avaliações no sentido de se apreciar o verdadeiro papel dos delegados na construção da Constituição. Eram inicialmente 55 delegados representando doze estados, já que Rhode Island não enviara nenhum, e 39 assinaram o documento completo. Mas, segundo Levine e Cornwell, não formavam um grupo representativo de interesses, de ideologias ou de localização geográfica¹²⁰.

Lembram os autores citados que a separação dos poderes aparece na Constituição dos Estados Unidos não só como um modo de expressar a aversão a um Executivo forte e não controlável, mas como uma crença arraigada na cultura americana, já que essa era a forma adotada nos governos estaduais e, inclusive, em associações privadas, que deixavam sempre às claras uma compartimentalização do poder.

Segundo Padover (1983), a intenção era a composição de um documento que, ao mesmo tempo, protegesse a propriedade contra a expropriação revolucionária e assegurasse a liberdade contra um governo que tivesse o poder, mas não o exercitasse de modo caprichoso e cruel.

Assim, muito mais pesou a experiência já vivida nos estados do que alguma ligação à experiência britânica, pois é de supor que o modelo que se apresentava aos norte-americanos à época, o do governo do rei George III (1760–1820), era o de um tirânico que não dava satisfações de suas ações governamentais. Não havia a situação atual do rei que reina mas não governa. Na Inglaterra de então fazia-se o desdobramento de um processo de evolução democrática que já percorrera séculos, pois o parlamentarismo, a pensar de surgir no século XVIII, como instituição política só nasce no século XIX.

¹²⁰ Note-se que os delegados representantes dos estados tinham as mais variadas origens: 33 eram advogados, ou funcionários do governo treinados em leis; 44 haviam sido membros do Congresso; 21 eram considerados ricos ou muito ricos, sendo 19 proprietários de escravos e 25 haviam passado pela faculdade. Um grande número tinha conhecimentos dos clássicos, de história e de assuntos como leis e governo. Citado por Gore Vidal. “A segunda revolução americana”. Folha de São Paulo. P. A-31, 19/09/97. Trecho do ensaio publicado originalmente na edição de 05/02/81, no New York Review of Books.

13.2 A separação separação dos poderes vista por Hamilton e Madison

Nos grandes e populosos estados, como New York e Virginia, havia considerável porção de opinião pública contra a Constituição. Levando-se em consideração que seria necessária a ratificação de 9 dos 13 estados para colocá-la em vigor, pode-se imaginar a dificuldade em conseguir-se a aprovação. Na verdade, esse choque de opiniões produziu duas importantes publicações no campo da literatura política: na defesa da Constituição, “The Federalist Papers” (ou “Os Artigos Federalistas”), uma série de 85 ensaios, a maioria produzida por Hamilton e Madison; e, criticando a Constituição como anyi-democrática, “Letters from the Federal Farmer to the Republican”, escrito por Richard Henry Lee.

Hamilton, no Paper nº 70 de “Os Artigos Federalistas”, defende um governo unipessoal, ligando-o às exigências de eficiência e segurança de um Executivo. A eficiência estaria baseada na unidade, duração do mandato, adequada provisão para seu sustento e poderes compatíveis com sua missão. A segurança teria como ingredientes, no dizer de Hamilton (1985, p. 535), “*uma devida dependência do povo e uma exata noção de responsabilidade*”. E, assim, por todo o correr do texto, Hamilton estabelece os pontos favoráveis a um Executivo não plural “*quaisquer que sejam as modalidades*”. Sintomaticamente, cita New York e New Jersey como exemplos de estados “*que entregaram a autoridade executiva integralmente a uma única pessoa*”.

Madison, no Paper nº 47 de “Os Artigos Federalistas”, escreve sobre a separação dos poderes, menciona Montesquieu e faz uma análise da Constituição Britânica, a qual o pensador francês usara como “*espelho de liberdade política*”. Ele chama a atenção para o aspecto de que um exame, mesmo rápido, da Constituição Britânica, tornará evidente que os ramos executivo, legislativo e judiciário “*estão longe de ser separados, distintos uns dos outros*”. A interpretação correta é a de que Montesquieu não quis dizer que não poderia haver uma “*representação parcial*” de um poder em outro, ou “*controle mútuo*” dos respectivos atos, mas, assegura Madison (1985, p. 305), “*que onde ‘todo’ o poder de um dos ramos é concentrado nas mesmas mãos que enfeixam ‘todo’ o poder de outro ramo, os princípios fundamentais de uma constituição estarão subvertidos*”.

É necessário assinalar que a experiência imediata, pós-revolucionária, nos Estados Unidos da América, produzira fracos governantes e fortes legislativos. Desse modo é compreensível a preocupação que Madison (1985, p. 402) exprime em seu Paper nº 48, quando assinala que numa

república representativa, onde a atuação do Executivo é delimitada tanto em duração quanto na extensão de seu poder, e o Legislativo é exercido por assembleia cujo credenciamento é dado por “*uma suposta influência*” sobre o povo e absoluta confiança em seu poderio, sendo numerosa e capaz de perceber quais as tendências que atuam sobre a massa, mas não de modo a torna-la incapaz de “*perseguir os objetivos de suas ambições, é este legislativo que deve merecer as suspeitas e as preocupações do povo*”.

A superioridade do Legislativo, prossegue Madison em seu alerta, está inserida na abrangência de seus poderes constitucionais, pouco suscetíveis a limitações precisas, permitindo que se intrometa, através de “*medidas complicadas e indiretas*”, nos outros ramos governamentais. Já os poderes Executivo e Judiciário, por terem uma maior simplicidade em sua natureza, serão imediatamente notados sempre que tentarem uma intromissão no poder Legislativo.

O “*acesso ao bolso do povo*”, como assinala Madison (1985, p. 403), somente permitido ao Legislativo, e a influência sobre a remuneração dos funcionários em outros ramos do poder, acentua a dependência destes e “*tornam mais fáceis as usurpações*”.

Tem-se, assim, aqui colocado o modo temeroso com que Madison (1985, p. 405) via o crescimento do poder Legislativo, então forte e sem barreiras, a se intrometer nos outros dois poderes e a se fortalecer cada vez mais:

A conclusão que me propus extrair destas observações é que uma simples demarcação, no papel, dos limites constitucionais dos diferentes ramos não constitui uma barreira suficiente contra as violações que dão margem a uma concentração abusiva de todos os poderes do governo nas mesmas mãos.

Esse fato visível na maioria dos Estados logo após a Revolução, poderia ser encarado como uma tentativa de superar o trauma vindo dos governadores reais e do próprio George III.

Na realidade, como assinala Fisher (1984), os Artigos da Confederação, em 1777, não previam um Executivo em nível nacional. O Presidente do Congresso que existia então, não tinha nenhum Poder Executivo e, verdadeiramente, era o Congresso Continental que abrangia o Executivo e o Legislativo. Inicialmente, o Congresso delegou um certo número de responsabilidades a alguns comitês que, não tendo desempenhado bem essas funções, acabaram por serem substituídos por um sistema de departamentos dirigidos por executivos, isto em 1781. Assim, ao invés de instalar um corpo executivo separado do Legislativo, os Artigos da Confederação autorizaram o Congresso a fixar outros comitês e funcionários públicos

civis (*civil officers*), quando necessário, para a administração de assuntos gerais dos Estados Unidos da América. Assim, passo a passo se estrutura uma separação de poderes, evolução dos departamentos executivos, o que caracteriza, para Fisher, a vitória não de uma doutrina abstrata, mas sim de uma “força maior”¹²¹.

Aparentemente, de uma série de abusos do Legislativo dos estados e demonstrações de incompetência do Legislativo em nível nacional, acabou-se por criar uma visão diferente do Executivo que afetou, especialmente, os proponentes da Constituição. Nos meses que precederam a Convenção de Filadélfia, relembra Fisher (1984, p. 22), Madison estabelece para Jefferson os elementos essenciais de um novo governo nacional, incluindo a reorganização para a provisão de ramos separados, e ele o faz, baseado mais nas necessidades administrativas do que a partir dos escritos de Montesquieu.

13.3 Os pontos basilares do presidencialismo norte-americano

A eficiência administrativa e uma máquina governamental mais confiável, as experiências com os governos dos estados e com o Congresso Continental, haviam convencido os constituintes americanos da necessidade de um Executivo separado. Essas eram, no entender de Fisher (1984, p. 25), as principais ideias por trás da separação dos poderes, e não a doutrina de Montesquieu, medo do Poder Executivo, ou uma básica desconfiança do governo.

Realmente, para o Congresso, em 1789, tornava-se difícil a administração dos negócios nacionais como acontecera na década anterior. A complexidade do crescimento nacional, a necessidade de regulamentação econômica e novas responsabilidades internacionais, se tornaram incentivos suficientes para a garantia dos novos poderes do ramo Executivo.

Na inovação presidencialista como regime de governo, quatro itens podem ser considerados básicos:

- a. Separação dos ramos dos governos (*separation of branches*), na acepção de que ninguém pode fazer parte de mais de uma das três divisões ao mesmo tempo.
- b. A supremacia da Constituição significa que os poderes, deveres e responsabilidades dos três ramos estão delineados em uma Cons-

121 “In a striking frase, Francis Warthon said that the Constitution ‘did not make this distribution of power’. It would be more proper to say that this distribution of power made the Constitution of the United States”. Fisher, 1984, p. 21.

- tuição escrita. A supremacia constitucional parece tomar o lugar da supremacia parlamentar existente na Inglaterra. Entretanto, por ser um documento curto, hermético em algumas passagens, a própria descrição dos três poderes não está livre de ambiguidades.
- c. O princípio dos freios e contrapesos (*checks and balance*) que, segundo a denominação de Madison (Paper nº 47) seria o *partial agency* que dá, a cada ramo do poder, poder suficiente sobre os outros, tornando-os capazes de se protegerem dos avanços de um poder sobre o outro. em tese, a partir desse raciocínio, nenhum poder pode arrogar-se o domínio de outro poder.
 - d. O poder de revisão constitucional da Suprema Corte é o quarto elemento a caracterizar o sistema de governo americano. O princípio foi inserido na prática constitucional americana desde 1803, com o caso *Marbury v. Madison*, fazendo da Corte um “formidável” terceiro “partner” do sistema governamental.

Torna-se evidente que os elementos do presidencialismo norte-americano acima citados, e que o caracterizam, mesmo quando repetidos em outros países com igual regime de governo, acabam por funcionar de modo diferente. Aí entram como diferenciadores os contextos político, social e econômico.

13.4 Presidencialismo, separação de poderes e democracia

As inovações introduzidas no novo sistema de governo inaugurado nos Estados Unidos da América do Norte, entre elas uma forma de separação de poderes, prendem-se não só à necessidade de manutenção do *status quo*, mas também a uma tentativa de isolar o Congresso, que, àquela altura, aparecia como um órgão extremamente poderoso, capaz de absorver as prerrogativas do Executivo e do Judiciário.

Das leituras que se fazem sobre esse assunto fica clara a ideia de que o pensamento reinante era a criação de um Executivo unipessoal, ao mesmo tempo em que o Legislativo era visto com desconfiança, já que aí o poder era exercido por assembleia, credenciada por uma “suposta influência” sobre o povo, e capaz de perceber quais as tendências que atuam sobre a massa, como assinalava Madison. O perigo é percebido com clareza, e o temor de que se tornasse um poder incontrolável perpassa alguns escritos a respeito.

A introdução da separação de poderes na Constituição norte-americana é causada mito mais pelo medo da democracia, vista aqui como a

influência direta do povo sobre os governantes, a partir de sua escolha e eleição, e que assustava tanto os convencionais quanto a ideia da implantação de uma monarquia¹²². Assim, o esquema de um governo com seu poder dividido em três ramos amenizava os perigos não só da existência de um “rei”, mas da influência do povo, de modo efetivo, na condução do governo. O estabelecimento dos modos de eleição do presidente (indireto) e os freis e contrapesos dentro do próprio sistema atenuavam qualquer tipo de influência popular considerada indesejável.

Por outro lado, o entendimento de que a posse de propriedades era um direito, e a proteção desse direito uma finalidade importante do governo, estava embutido em discussões durante a Convenção e se apresentava nas constituições estaduais e nas cartas de direitos adotadas durante o período revolucionário. A ideia da inviolabilidade do direito de propriedade se faz presente e é defendida quer pelos que apoiavam a Constituição, quer pelos antifederalistas. Vale à pena transcrever o que diz Plattner (1986, p. 37):

Os fins políticos que estes princípios econômicos se destinavam a servir eram agora objetivos liberais tradicionais de liberdade e prosperidade. A prosperidade nacional é produto de engenho individual, apoiado pela segurança garantida à propriedade privada. A liberdade se torna possível porque, dadas as instituições políticas adequadas (governo representativo, separação dos poderes e um território grande), os homens dedicados a buscas engenhosas podem em grande parte seguir seu próprio caminho.

No mesmo sentido, e de modo mais contundente, Parenti (1986, p. 237) considera que a intenção dos autores da Constituição foi muito mais conter a democracia, “*em vez de dar-lhe rédeas livres e diluir a vontade democrática, em vez de mobilizá-la*”. Essa análise de Parenti transcende o tempo da Convenção e dos Fundadores, para afirmar que o “*desígnio elitista da Constituição*” permanece e funciona do mesmo modo como foi concebido, servindo como “*manto legitimador*” para os interesses dos proprietários. A esse respeito não se pode esquecer que, por volta de 1787, em Nova York, por exemplo, os requisitos de propriedades fizeram

¹²² Sobre o assunto, isto é, o “medo da democracia”, Padover (1983, p. 11), revela: Elbridge Gerry, delegado de Massachusetts, observou: “*The evils we experience flow the excesso of democracy*”. Rufus King, seu colega de delegação, concorda. Já Alexander Hamilton fala sobre “*the imprudence of democracy, because the people seldom judge or determine right*”. A defesa da democracia se faz com poucos adeptos, assinala Padover: George Mason, da Virginia, James Wilson, da Pensilvania: “*No government could long subsist without the confidence os the people*”; ou James Madison, da Virginia: “*The great fabric to be raised, would be more stable and durable if it should rest on solid foundation os the people themselves*”; e Benjamin Franklin, que acreditava numa democracia completa, dando a cada um o direito de votar e eleger o governo.

com que mais ou menos da população masculina e branca não pudessem gozar de direitos políticos. Esses requisitos eram “tão excessivos” que a maioria dos eleitores se via privada da possibilidade de candidatar-se à ocupação de cargos públicos. Segundo Parenti (1986, p. 240):

Assim, um membro do legislativo de Nova Jersey tinha de valer pelo menos mil libras esterlinas, enquanto que os senadores da Carolina do sul deviam possuir propriedades no valor de pelo menos 7 mil libras esterlinas, livres de dívidas.

Dentro desse quadro, não é de espantar que “os bem-sucedidos” considerassem convenientes aos seus interesses um governo nacional, receosos de perder o controle dos governos de seus estados, dado o crescente perigo de insurgência, percebido na parte mais pobre do povo. Este governo central seria “menos acessível à plebe” e, por consequência, estaria mais capacitado a oferecer “as proteções” que a classe mais privilegiada necessitava e exigia. A revolta, em 1787, de agricultores do oeste de Massachussets, sob a liderança de Daniel Shays, abafada de modo violento pela milícia estadual, foi um sinal de alerta para os Fundadores.

Parenti assinala que as questões relacionadas com a capacidade de o novo governo “*proteger os interesses de propriedade*” foram acertadas com rapidez e pouco debate. Já as outras questões referentes à escolha do chefe do Executivo, funcionamento e organização do Legislativo, isto é, aquelas que diziam respeito às estruturas e autoridade do novo governo, foram as que mais ocuparam o tempo dos delegados.

Afirma ainda que as inovações destinadas a conter a maioria e também a “*fragmentar o poder sem democratizá-lo*”, fizeram-se a partir da separação das funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário e, através de um sistema de controle mútuo entre esses três ramos do poder, incluindo eleições escalonadas, veto do Executivo, confirmação de nomeações e ratificações de tratados pelo Senado, e Legislativo bicameral.

Vendo de outro ângulo, Diamond (1986, p. 234) diz: “*Os Fundadores tencionavam criar, e criaram, uma Constituição inteiramente democrática*”, e os dispositivos institucionais nela introduzidos se destinaram a proteger a liberdade “*contra uma vontade imoderada da maioria*”.

Considerações finais

Na análise que se faz do surgimento do regime presidencialista nos Estados Unidos da América do Norte, parece ser de meridiano entendimento que, em determinado momento da vida daquele país, o estabelecimento

de um poder central esteve ligado às necessidades de controle dos estados formadores da União, alguns com Constituições muito mais avançadas no aspecto de participação popular (como a da Pensilvânia), e cujos legislativos estavam por demais influenciados pelos eleitores. Dessa forma, a “*maioria da vontade moderada*” encontrou um meio “democrático” para a manutenção do *status quo*.

Por último, complementando esta análise, deve-se mencionar que, diferentemente do que ocorria, à época, na Inglaterra, onde a Câmara dos Comuns cada vez mais se tornava influente, nos Estados Unidos se reservou ao Senado as maiores prerrogativas, cabendo-lhe, inclusive, o controle de atos importantes do Presente da República, como a nomeação de funcionários do Executivo e dos Juízes da Suprema Corte. Escolhidos indiretamente, através das legislaturas estaduais, os componentes do Senado, em 1787, para serem eleitos tinham que sofrer uma espécie de qualificação de propriedade. Apenas em 1913, através da Emenda Constitucional nº XVII, os senadores passaram a ser eleitos diretamente pelo povo.

Madison (1985, p. 49) afirmava que “*no governo republicano predomina necessariamente a autoridade legislativa*”, sendo a solução para este “*inconveniente*” a repartição dessa autoridade “*entre diferentes ramos*” e com o uso de diferentes maneiras de eleição e “*distintos princípios de ação*”.

Eis porque, afirma-se no início, o regime presidencialista, inovação dos Estados Unidos adotada em quase toda a América Latina, produziu diferentes resultados em cada país. Não se repetem em nenhum deles, as condições históricas, econômicas, sociais e políticas que fizeram nascer o novo regime de governo.

Mas, mesmo com a disparidade de resultados e com a tendência de se fazer do presidencialismo um passo em direção a governos autoritários, não se pode negar o brilhantismo dos Fundadores ao conduzirem a nação americana para a aceitação de uma inovação que marcaria a história como uma das mais brilhantes composições de engenharia política, que tem resistido ao tempo modificando-se quando necessário e adaptando-se aos anseios mais atuais da sociedade a que serve.

Referências

BEARD, Charles. **An economic interpretation of the Constitution**. New York: Macmillan, 1913.

DIAMOND, Ann Stuart. Apropriada, embora democrática. *In*: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. **A Constituição Norte-Americana**. Rio: Forense, 1986.

FISHER, Louis. The principle of separate powers. *In*: PILE, Christopher; PIOUS, Richard. **The President, Congress and the Constitution**. New York: The Free Press, 1984.


HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. Ed. UnB: Brasília, 1985.

LEVINE, Erwin; CORNWELL Jr. **An introduction to american government**. New York: Macmillan Publishing, 1975.

PADOVER, Saul K. **The living U.S. Constitution**. 2 ed. New York: New American Library, 1983.

PARENTI, Michel. A constituição como um documento elitista. *In*: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. **A Constituição Norte-Americana**. Rio: Forense, 1986.

PLATTNER, Marc F. A democracia norte-americana e o espírito aquisitivo. *In*: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, William A. **A Constituição Norte-Americana**. Rio: Forense, 1986.



O republicanismo como forma de (re)construção da esfera pública: limites e possibilidades

Cristina Foroni Consani

Introdução

A recuperação do espaço de participação política é um tema que volta à cena em meados do século XX, principalmente após o fim da Segunda Grande Guerra e da derrocada dos regimes totalitários, quando passa a ser um assunto relevante para a teoria política e do direito. A principal questão levantada naquele momento foi se as instituições liberais seriam capazes de suprir as necessidades políticas dos cidadãos e ainda proteger a liberdade individual, ou seja, como seria estabelecida daquele momento em diante a relação entre os direitos fundamentais individuais e o interesse público.

Essa é uma das questões retomadas pelo republicanismo, que volta à cena, principalmente, a partir da publicação, em 1997, por Philip Pettit, de seu livro *Republicanism*. O problema enfrentado por esta pesquisa é



identificar em que medida o republicanismo — como uma teoria que se dedica ao estudo e a defesa da retomada do espaço público — é capaz de oferecer respostas adequadas aos problemas relacionados à democracia representativa contemporânea. A hipótese ora levantada é que se trata de uma teoria que oferece um modelo normativo de democracia capaz de lidar com alguns desses problemas, mas a qual também apresenta limitações. O objetivo deste texto é apresentar as principais características das teorias neorrepúblicas e como seus elementos centrais fazem frente aos problemas das democracias representativas hodiernas. As teorias neorrepúblicas serão aqui analisadas principalmente a partir das obras de Philip Pettit, Maurizio Viroli, Quentin Skinner, Iseult Honohan e Richard Dagger.¹²³

14.1 Teorias Neorrepúblicas elementos fundamentais

O neorrepúblicanismo recupera os elementos do republicanismo clássico. Dentre os preceitos que são revisitados, três assumem grande importância para os propósitos deste trabalho: a liberdade, o incentivo à participação política e o desenvolvimento de virtudes cívicas, e a supremacia do interesse público sobre o privado. A interligação desses pressupostos é de grande relevância para a construção de uma teoria capaz de promover a recuperação do espaço público como um local de ação e contestação.

14.1.1 A Liberdade Republicana

O conceito de liberdade mais presente na teoria neorrepúblicas é um ideal negativo de liberdade, associado, muitas vezes, à ausência de interferência arbitrária ou à ausência de dominação¹²⁴. Esse conceito foi construído a partir da ideia de liberdade do povo, desenvolvida por Maquiavel.

¹²³ Este texto apresenta parte da pesquisa por mim realizada em minha dissertação de mestrado, intitulada “O Republicanismo como forma de (re)construção do espaço público: limites e possibilidades”, a qual foi defendida no PPGD/UFSC em 2005, tendo sido orientada pela Profa. Dra. Cecília Caballero Lois. Cf. CONSANI, 2005.

¹²⁴ Pode-se afirmar que é o mais presente porque existem interpretações diferentes sobre o conceito de liberdade republicana. Esses conceitos variam a partir das fontes que são retomadas para conceituá-lo. Iseult Honohan, por exemplo, demonstra que a liberdade republicana pode ser analisada de duas formas: como participação política — e para tanto associa a teoria republicana às obras de Aristóteles, Rousseau e Hannah Arendt —; como observância das leis — e para tanto remete suas origens a Maquiavel. Cf. HONOHAN, 2002, p.181–182.

Para o autor, um povo poderia ser livre somente quando não dominado por ninguém. A liberdade seria então uma consequência da instituição de regras jurídicas impostas a todos, permitindo, dessa forma, que ninguém pudesse exercer um poder arbitrário sobre os demais. A realização dessa liberdade em sociedade demandaria dois alicerces: uma lei de alcance geral e a virtude cívica dos cidadãos para oferecer suporte às instituições responsáveis pela elaboração e aplicação da lei (cf. HONOHAN, 2002, p. 182–184). Esse conceito, desenvolvido originariamente por Maquiavel, passa a ser revisitado pelos autores do neorrepblicanismo.

Os autores neorrepblicanos consideram que a liberdade republicana não deve ser associada ao conceito de liberdade positiva, compreendido como liberdade de ação e participação no espaço público. Apesar de os republicanos não prescindirem da ação e da participação política para a realização de seu projeto, o conceito de liberdade por eles pensado tem na ação um meio para efetivação de seus objetivos, mas não um fim.

Philip Pettit e Quentin Skinner apresentam, de forma diversa, a realização desse ideal em sociedade. O primeiro entende a liberdade como um conceito-chave para sua teoria e a define como ausência de dominação. Essa forma de compreender a liberdade — como ausência de dominação — coloca-a como uma terceira via frente aos conceitos de liberdade positiva e negativa¹²⁵, uma vez que pode carregar em si elementos de ambas, sendo que o elemento negativo consistiria na ausência de dominação¹²⁶ e o positivo, na necessidade de resistência diante da interferência arbitrária.

A crítica ao conceito de liberdade negativa, clássico do liberalismo, surge quando se visualiza neste a possibilidade de, mesmo na ausência

¹²⁵ Conceitos desenvolvidos por Isaiah Berlin. A liberdade negativa consistiria na ausência de interferência e tornou-se o tema do liberalismo; a liberdade positiva é compreendida como a liberdade de ação e participação política; dela sempre lançam mão os autores que buscam estabelecer uma proposta democrática mais forte ou acentuada (cf. BERLIN, 2002)

¹²⁶ A dominação é compreendida por Philip Pettit como uma capacidade de interferir, de modo arbitrário, em determinadas escolhas que o outro pode realizar. A interferência, por sua vez, é algo que sempre torna a situação do sujeito pior; e ela é arbitrária quando desconsidera a opinião daqueles que serão afetados pelo ato. A dominação consiste na aplicação de uma força ou poder arbitrário sobre o outro. Aquele que sofre essa força ou poder encontra-se numa posição de vulnerabilidade em relação à arbitrariedade do outro, como por exemplo, o empregado que sofre abusos e não ousa reclamar do empregador ou o devedor que depende da benevolência do agiota ou banqueiro para não ir à bancarrota, ou seja, o uso de força ou poder arbitrário, ou ainda, os beneficiários dos programas assistenciais que dependem da ajuda do Estado para sua própria sobrevivência. A liberdade existe quando nenhum ser humano goza do poder de interferência arbitrária sobre o outro. O autor diferencia a dominação da interferência. A dominação é a relação que se estabelece entre o senhor e o escravo. Nessa relação a parte dominante pode interferir de forma arbitrária nas eleições da parte dominada. Acredita ainda o autor que é possível existir dominação sem interferência e também esta sem aquela. Cf. PETTIT, 1999.

de interferência, ocorrer a dominação. O republicanismo de Pettit, ao contrário, admite a interferência, desde que não seja realizada de forma arbitrária. Uma forma de compreender a interferência sem arbitrariedade está consubstanciada na submissão dos indivíduos às leis democraticamente promulgadas. A liberdade republicana consiste num ideal social, cuja realização depende de agentes capazes de interagir e, principalmente, de questionar o exercício do poder político, de forma a evitar que ele se torne arbitrário. Assim, Pettit afirma que não basta, para evitar a arbitrariedade, o consentimento, mas requer ainda indivíduos capazes de contestar (cf. PETTIT, 1999, p. 95).

A ausência de dominação deve fazer-se valer nas sociedades através de mecanismos instituídos pelo próprio Estado. Pettit trabalha com duas possibilidades de limitação da dominação. Primeiramente cuida para que a prevenção à dominação seja assegurada constitucionalmente, através do estabelecimento de limites ao poder de interferência arbitrária dos indivíduos uns sobre os outros e também do próprio Estado sobre os indivíduos. Pensa ainda que devem ser estabelecidos poderes recíprocos, de modo que as possibilidades de dominação ou não dominação sejam as mesmas entre os indivíduos (cf. PETTIT, 1999, p. 87-97).

Assim compreendida, a busca da liberdade como ausência de interferência arbitrária é o móvel da ação dos cidadãos no Estado republicano de Pettit. Esse entendimento promove uma pequena distinção entre a forma de compreensão da liberdade por Pettit e por Skinner, pois, se para o primeiro a liberdade é uma questão de não dominação, para o segundo é tanto uma questão de não-dominação quanto de não-interferência.

Skinner preocupa-se com a liberdade dos Estados. Na mesma época em que Pettit publicava seu livro *Republicanism*, Skinner dedicava-se também ao estudo do tema da liberdade republicana. O autor, numa aula inaugural proferida na Universidade de Cambridge, em 1997, propõe-se a questionar a hegemonia da liberdade do liberalismo na história política do Ocidente, buscando recuperar um ideal de liberdade que considera ter se perdido com o triunfo da democracia liberal e, nesse resgate, estará o centro de sua teoria sobre participação política e virtudes cívicas (SKINNER, 1999).

A teoria neorromana dos estados livres, ou a teoria da liberdade republicana, segundo Skinner, teve sua ênfase em alguns momentos da história, tais como no decorrer da Revolução Inglesa de meados do século XVII, na Inglaterra do século XVIII, quando foi utilizada para atacar a oligarquia dominante e nas colônias norte-americanas para defender a revolução

armada contra a coroa britânica. Todavia, no século XIX entrou em crise com o triunfo ideológico do liberalismo (SKINNER, 1999, p. 9).

Esta teoria dos estados livres tem como postulado central que a liberdade dos indivíduos e também dos Estados é definida pela lei, ao contrário do postulado liberal, segundo o qual a liberdade encontra-se naquilo que não está pela lei regulado. Os Estados livres seriam aqueles “*desimpedidos de usar seus poderes de acordo com suas próprias vontades na busca de seus fins desejados*” (SKINNER, 1999, p. 32), ou ainda, “*uma comunidade na qual as ações do corpo político são determinadas pela vontade dos membros como um todo*” (SKINNER, 1999, p. 33) e na qual a vontade da lei se sobrepõe à vontade dos homens (SKINNER, 1999, p. 46).

A preocupação central de Skinner, ao estabelecer a discussão sobre os estados livres, é demonstrar que, num estado em que as regras de convívio social não estão previamente fixadas com a concordância dos cidadãos, estes estão sempre sujeitos ao poder arbitrário do governante. Essa é a razão de o autor apoiar a ideia dos antigos republicanos, segundo a qual somente é possível ser livre num estado livre. Dessa forma, o indivíduo somente pode ser livre numa comunidade em que o poder soberano é limitado por meio de leis (SKINNER, 1999, p. 65).

Tanto Pettit quanto Skinner defendem um conceito negativo de liberdade, distinto do ideal dos antigos de liberdade política como participação ativa nos negócios públicos. Todavia, mesmo não sendo a participação política o fim, ela acaba sendo um meio para que esse ideal seja realizado, pois a liberdade negativa dos neorrepublicanos deve ser colocada em prática na sociedade e implica, de certa forma, o exercício de ações de questionamento e contestação no espaço público.

Compreendido dessa forma, o conceito de liberdade possibilita ao indivíduo opor-se ao poder político quando ele se estabelece de forma arbitrária, e resguarda o direito ao questionamento, uma vez que vincula o indivíduo à obediência a uma lei previamente estabelecida com o seu consentimento e cuja legitimidade pode ser questionada.

A liberdade republicana é fundamental para realizar objeção à política como violência, pois abre um espaço para que as ações tomadas pelas autoridades públicas possam ser contestadas e não admite que se exerça interferência de forma arbitrária, ou seja, estabelece que a única forma de os mandamentos públicos adentrarem o mundo privado é por meio da autorização legal.

Pode-se também considerar como uma contribuição importante a exigência de um Estado no qual o poder político seja limitado por leis democraticamente erigidas. Isso possibilita aos indivíduos não ficarem

à mercê da vontade do governo, hipótese essa que também aproximaria a atuação do Estado daquela dos governos autoritários¹²⁷.

14.1.2 Virtude Cívica e Participação Política

O republicanismo é uma teoria que tem como preocupação central o combate à corrupção, sendo esta entendida como a utilização do poder público em benefício privado. O problema inicial a ser enfrentado pelos republicanos é, então, o cidadão vicioso, aquele que precisa ser contido por meio das instituições para que não incorra no mal acima mencionado. Todo arcabouço de normas jurídicas, políticas e sociais do republicanismo clássico é pensado para evitar esse mal, e as principais instituições que auxiliam nessa tarefa são, como enfatiza Maquiavel, as boas leis e os bons costumes (cf. MAQUIAVEL, 2000).

Para formá-las e mantê-las, todavia, é necessário que os cidadãos exerçam a virtude cívica, pois somente ela é capaz de assegurar a boa lei, o bom costume e a eterna vigilância contra a corrupção. A virtude cívica trata-se da participação dos cidadãos nos temas relevantes da vida política da comunidade à qual pertence. Esta preocupação com a corrupção, recorrente no republicanismo clássico, é retomada pelos neorepublicanos, que continuam apostando no exercício das virtudes cidadãs para enfrentar os problemas políticos que são colocados pelas sociedades deste tempo.

Como enfatizada na análise do ideal de liberdade republicano, entretanto, a promoção da participação política não é o móvel do neorepublicaníssimo, mas é sim uma prática necessária para que se alcance o fim desejado — a não-dominação ou interferência arbitrária. Mesmo assim, o projeto político não prescinde da recuperação de um espaço de participação e do incentivo às virtudes cívicas dos cidadãos. A virtude cívica, na teoria republicana clássica, era compreendida não como a participação direta nas deliberações públicas, mas sua ênfase recaía na necessidade de uma vigilância dos indivíduos sobre aqueles que tinham por dever realizar atividades de interesse público.

A construção dessa forma de compreensão da virtude cívica pode ser observada na obra de Maurizio Viroli (cf. VIROLI, 2002; BOBBIO; VIROLI,

¹²⁷ Hannah Arendt, em sua análise sobre os regimes totalitários demonstra como estes, retirando dos indivíduos os seus direitos fundamentais e subordinando-os a uma legalidade mutável, consistente na vontade do Líder, ou soberano, extinguem totalmente a capacidade de ação ou contestação dos indivíduos. Cf. ARENDT, 1989. Giorgio Agamben, por sua vez, utiliza-se da simbologia do campo de concentração para explicar o espaço que se abre quando a vida dos indivíduos deixa de ser protegida por uma lei previamente definida e fica à mercê da vontade do soberano ou, como enfatiza o autor, “*da civilidade ou do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana*” (AGAMBEN, 2002, p.181).

2002). Para o autor, o republicanismo não é uma teoria da participação democrática, mas da liberdade política, que considera a participação dos cidadãos nas decisões soberanas necessária para promover a defesa da liberdade. A teoria republicana não pressupõe o autogoverno, mas precisa, para alcançar seus fins, promover o envolvimento dos cidadãos com os assuntos públicos. A virtude cívica, de certa forma, é o alicerce das repúblicas porque é a ela que cabe a tarefa de defender o ideal de liberdade republicano através do exercício da fiscalização das ações daqueles que estão no exercício do poder político para que não façam dele uso privado. Para Viroli, é no exercício dessas virtudes que se localiza a recuperação do espaço público. O autor entende que a virtude cívica

[...] não é a vontade de imolar-se pela pátria. Trata-se de uma virtude civil para homens e mulheres que desejam viver com dignidade e, porque sabem que não podem viver com dignidade em uma comunidade corrupta, fazem o que podem, quando podem, para servir à liberdade comum: exercem a profissão com consciência, sem obter vantagens ilícitas, sem se aproveitar da necessidade ou da fraqueza dos outros; vivem a vida familiar com base no respeito recíproco, de modo que sua casa se assemelha mais a uma pequena república que a uma monarquia ou a uma congregação de estranhos que se mantém unida por interesse ou pela televisão, assumem os seus deveres civis, mas não são absolutamente dóceis; são capazes de mobilizar-se para impedir que seja aprovada uma lei injusta ou para pressionar quem governa a enfrentar os problemas pelo interesse comum; são ativos em associações de vários tipos (profissionais, esportivas, culturais, políticas, religiosas); acompanham os acontecimentos da política nacional e internacional; querem compreender e não querem ser guiados ou doutrinados; desejam conhecer e discutir a história da república, e refletir sobre as memórias históricas (BOBBIO; VIROLI, 2002, p. 17).

Dessa forma, pretende-se mostrar o clamor republicano pela virtude cívica não exige dos cidadãos um esforço tal que não possa ser cumprido, mas, ao contrário, aposta numa diligência cotidiana para manutenção da vida política. Ao tomar a virtude cívica como um cuidado ativo que o cidadão deve ter com o mundo público, ela torna-se mais fácil de ser realizada na atualidade, em virtude do contexto sociopolítico em vigor, no qual os indivíduos estão cada vez mais afastados dos processos políticos.

Analisando o contexto das sociedades atuais, Iseult Honohan (2002) observa algumas dificuldades para que os propósitos da teoria republicana

sejam alcançados. Considera que se tornou difícil colocar o bem comum acima dos interesses particulares, assim como motivar os indivíduos para que participem ativamente da vida política de seu país ou mesmo de sua cidade. Soma-se a esses problemas o fato de a corrupção ter sido estendida para todo o sistema político. A partir da constatação dessas limitações, a autora passa a elaborar sua proposta para recuperação do espaço público (cf. HONOHAN, 2002, p. 147).

O ideal de bem comum do republicanismo clássico, que subordina o indivíduo à sociedade, para Honohan, é incompatível com o conceito moderno de indivíduo. A exigência de virtude cívica pode ser anacrônica, opressiva ou irreal se não observar o indivíduo das sociedades atuais. A autora critica o que chama de “*noção histórica de virtude cívica*” (HONOHAN, 2002, p. 148), por entender que oprime os cidadãos e promove a uniformização dos comportamentos. Observando as sociedades atuais, ela considera que os cidadãos reconhecem seus deveres e também a legalidade existente. Todavia, somente cumprem os deveres e obedecem à legislação naquilo que diz respeito ao interesse próprio. Apesar de não dispor de forma alguma da lei e das instituições do Estado para assegurar o bem comum, Honohan acredita ser necessário cultivar nas sociedades atuais o espírito público, mas adverte que isso não pode ser feito de forma opressora. Para ela, o bem comum não pode ser pensado como um conflito com os interesses individuais, mas sim como uma parte do bem individual. Não pode ser levado a cabo como algo que está em tensão com a liberdade, mas compreendido em termos de autonomia (HONOHAN, 2002, p. 154).

O engajamento dos cidadãos nos assuntos públicos é o que assegura a realização do bem comum. A virtude cívica é importante porque indivíduos politicamente ativos sustentam práticas sociais em que o próprio povo passa a pensar em temas que dizem respeito à coletividade. Para Honohan, assim como o Estado deve assegurar aos cidadãos políticas públicas que satisfaçam o interesse da coletividade, o povo também precisa oferecer um suporte para realização dessas metas através da participação ativa nos assuntos públicos. A virtude cívica, como pensada por Honohan, não requer a participação contínua dos cidadãos em todos os atos de governo, pois a participação política é apenas um dos aspectos da cidadania ativa. A virtude civil pode ser realizada através da interação dos cidadãos com a estrutura política do Estado. Ela estabelece-se mais como uma solidariedade ativa entre cidadãos e, algumas vezes, contra governos e instituições mais do que como uma obediência passiva à lei.

No âmbito do debate a respeito do papel das virtudes cívicas, Richard Dagger (1997) desenvolve uma teoria cujo objetivo é demonstrar que o liberalismo e o republicanismo não são doutrinas incompatíveis e para

tanto tenta conciliar os valores fundamentais de ambas — os direitos individuais e a virtude cívica — para construir os fundamentos do que chamou de republicanismo liberal. Dessa forma, o autor pretende conciliar a ideia de dedicação do indivíduo à comunidade e ao interesse público com a valorização dos direitos fundamentais individuais. Para tanto, considera de grande importância a reinvenção das formas do pensamento político que valoriza a virtude cívica (cf. DAGGER, 1997, p. 4).

A reformulação pretendida por Dagger tem início a partir do conceito de autonomia e de virtudes cívicas, pois considera que o primeiro não está somente vinculado aos direitos individuais e tampouco o segundo é estritamente coletivista. Enquanto a autonomia é definida como o estabelecimento de máximas ou normas do indivíduo para si mesmo, a virtude cívica é algo que exige do indivíduo o estabelecimento de normas para a sociedade, em prol do bem comum (cf. DAGGER, 1997, p. 13).

A cidadania pensada pelo republicanismo liberal envolve ou sobrepõe quatro dimensões, a saber: a legal, a ética, a integrativa e a educativa. A cidadania como um status legal é aquela que confere aos indivíduos direitos e deveres, é considerada necessária, mas não suficiente. A verdadeira cidadania, de acordo com Dagger, requer a participação ativa na vida pública, e essa atividade vai além da participação ocasional em processos eleitorais. Deve ajudar a integrar o indivíduo com as regras do jogo democrático e também com a comunidade política à qual ele está vinculado (cf. DAGGER, 1997, p. 101).

O ponto de partida de Dagger para análise das formas pelas quais seria possível motivar os cidadãos para que se envolvam nos assuntos políticos é o “altruísmo condicional” (cf. DAGGER, 1997, p. 112). Segundo esse conceito, as partes integrantes do cenário político são racionais e condicionalmente altruístas porque levam os interesses dos outros em consideração desde que haja cooperação, ou seja, desde que acreditem que o bem comum é o objetivo de todos. O altruísmo condicional é, para o republicanismo liberal, um conceito-chave na concepção de virtude cívica e deve ser estimulado através da educação. Essa teoria, assim como o republicanismo clássico, deposita grande confiança na formação do bom cidadão. Dagger considera que as pessoas devem ser preparadas para exercer tanto a autonomia quanto as virtudes civis. Todavia, o autor enfatiza que sua proposta difere do republicanismo clássico por não almejar a educação do desejo, mas somente fomentar responsabilidades (cf. DAGGER, 1997, p. 120). A participação deve ser incentivada pelo próprio Estado, pois ela coloca o indivíduo em contato com outros membros do grupo, facilitando a comunicação entre eles e fortalecendo o grupo como um todo.

Dois problemas são apontados pelo autor quando se refere à promoção da participação política: os diferentes modos de expandir as oportunidades de participação e a apatia dos cidadãos em relação à vida pública. Para enfrentar esses problemas o autor acredita que alguns sistemas podem ser adotados, tais como o voto obrigatório ou mesmo o voto registrado obrigatório, contudo acredita também que essas propostas devem ser conciliadas com uma forma de democracia deliberativa (cf. DAGGER, 1997, p. 149). Iniciativas como fóruns locais, financiamento público para partidos políticos e eleições, deliberações que permitam ao povo exercer seus direitos e encontrar suas responsabilidades como cidadãos, são consideradas fundamentais para promoção das virtudes cívicas e da autonomia.

A virtude cívica aparece no pensamento neorrepblicano como um valor fundamental, sem o qual se torna impossível a manutenção de sua proposta política. A recuperação desse valor e sua recolocação no debate político contemporâneo é fundamental para lançar luz sobre o problema da apatia política dos cidadãos e seu afastamento do mundo público.¹²⁸

Os neorrepblicanos enfrentam esse problema ao pensar uma forma de exercício da virtude cívica nas sociedades da atualidade. Sabem que o ideal de participação civil irá se defrontar com os desejos privados de cada indivíduo que o levam para lugares distintos do público. Todavia, propõe-se um exercício cívico moderado, o qual pode coadunar-se com as necessidades e modo de vida do cidadão contemporâneo sem, contudo, permitir que ele se esquive de suas responsabilidades políticas. A atribuição de responsabilidades ao indivíduo é, talvez, a principal forma de se fazer frente à apatia política. A apatia política é um grave problema para as democracias contemporâneas pois, como bem mostrou Arendt (1989), em decorrência dela, constatou-se que foram produzidas tanto vítimas como algozes nos regimes totalitários. Quando Arendt observa as sociedades sobre as quais recaiu o terror totalitário, constata que eram compostas por indivíduos atomizados e politicamente desarticulados, limitados aos seus interesses privados e com dificuldade para compreender o contexto sociopolítico que os cercava. Por essa razão, esses indivíduos puderam ser definidos como “massa” — aquelas pessoas que não podem integrar-se a uma organização baseada no interesse comum (cf. ARENDT, 1989, p. 361).

Ao valorizar a promoção da participação cívica e a colocar como um dos sustentáculos de sua proposta política, o neorrepblicanismo está desenvolvendo um mecanismo capaz de incentivar a vinculação dos indivíduos a organizações que tenham por objetivo pensar no interesse público e, assim, está propondo uma alternativa para lidar com a apatia política.

¹²⁸ Para uma análise crítica do republicanismo e sua concepção de cidadania ver PINZANI, 2010.

A atribuição de responsabilidades ao cidadão para com a comunidade política tem em si o germe da recondução do homem à vida pública, uma vez que incentiva os indivíduos a permitirem se conectar com o mundo e com seus concidadãos. Nessa relação com seus pares e com o poder político, a proposta republicana instiga os indivíduos a contestarem e questionarem aqueles que estão no exercício das funções públicas. Assim, ao considerar a virtude cívica e a participação política como um valor, como algo cuja finalidade é promover a “eterna vigilância” em termos de contestação, o neorrepblicanismo abre um espaço apropriado para contrapor-se à apatia dos indivíduos das sociedades de massa e, ainda, capaz de lhe atribuir responsabilidades para com a comunidade política.

14.1.3 O Estado Neo-republicano

Os neorrepblicanos, ao retomarem os ideais do republicanismo clássico, objetivam a implementação de um projeto político no qual seja possível o exercício da liberdade como ausência de dominação. Para levar a cabo essa proposta, eles apostam na recuperação do espaço público e do ativo engajamento dos cidadãos com os assuntos políticos. Todavia, acreditam que o Estado tem um papel fundamental para que isso ocorra, pois deve criar os canais para a participação e incentivá-la.

Para que essa proposta seja realizada, torna-se imprescindível a estruturação de um modelo de Estado diferente daquele que se tem hoje. Se a proposta republicana exige um Estado que seja capaz de reduzir o arbítrio do mercado e até mesmo de fazer valer os aspectos da localidade, tais como o amor à pátria ressaltado por Viroli ou a memória cívica da qual lança mão Dagger, sua resposta vai sendo delineada pelo fortalecimento do papel do Estado diante das expectativas econômicas nacionais e internacionais.

Pettit é categórico ao afirmar que o Estado republicano se ocupará, por exemplo, de questões de prosperidade econômica à medida que isso lhe permita aumentar a intensidade de ausência de dominação de que os indivíduos desfrutam. Dessa forma, o autor autoriza a intervenção na economia para assegurar certa prosperidade econômica que possibilite aos indivíduos gozar da ausência de dominação. Medidas tais como a proteção do pleno emprego ou a estabilidade do sistema econômico, renegadas pelo liberalismo, são perfeitamente aceitáveis (cf. PETTIT, 1999, p. 214). Do mesmo modo, a liberdade de contrato também pode ser restringida, uma vez que ela, segundo o autor, “*deixa margem para que uma das partes possa dominar a outra*” (cf. PETTIT, 1999, p. 216). O

Estado deve proibir que nos contratos se estabeleçam cláusulas em que uma das partes possa exercer domínio sobre a outra. Considera ainda que “*não impor restrição alguma à liberdade contratual levará logicamente não a um máximo de liberdade individual, mas a contratos de escravidão, nos quais, segundo mostra a prática, entram voluntariamente os homens submetidos à pressão econômica*” (cf. PETTIT, 1999, p. 217).

Diante do problema da manipulação da informação pelos meios de comunicação de massa, Pettit também afirma ter o Estado o dever de assumir o controle dos meios de comunicação e cuidar para que as diferentes vozes ressonantes dentro de uma república possam se fazer ouvir através da mídia (cf. PETTIT, 1999, p. 221). Dessa forma, o autor defende um Estado capaz de interferir em questões que para algumas teorias liberais são intocáveis, tais como a liberdade contratual e a liberdade de imprensa.

O Estado deve ainda ocupar-se da promoção da igualdade, tema recorrente no pensamento dos republicanos clássicos, no qual havia certo consenso de que não haveria condições de promover os ideais almejados sem a promoção de certa paridade material. Este é também o entendimento de Pettit. Em seu entendimento, a teoria republicana — ou neorepublicana — não tem compromisso com a promoção da igualdade material, mas simplesmente com o que denomina de igualdade estrutural, ou seja, aquela que proporciona a todos os cidadãos a capacidade de desfrutar com a mesma intensidade da ausência de dominação (cf. PETTIT, 1999, p. 153). Ele reconhece, todavia, que para promover a igualdade estrutural é necessário promover a redução de certas desigualdades materiais (cf. PETTIT, 1999, p. 212). A política republicana requer que o acesso ao bem-estar passe por rotinas bem estabelecidas, determinadas segundo normas legais e não por decisões discricionárias. O fato de não depender das decisões discricionárias é que irá assegurar a ausência de dominação. Por isso, o autor acredita ser possível a intervenção do Estado na economia para proporcionar certa prosperidade econômica aos indivíduos, ou para promover políticas de pleno emprego, ou ainda para assegurar a estabilidade do sistema econômico.

Um Estado também pode ser o “Estado intransigente”, do qual fala Viroli, ou seja, aquele que não deve perdoar ou esquecer com demasiada rapidez os crimes que são cometidos contra o interesse público. Para o autor, o Estado deve ser intransigente na busca pela justiça e acredita que a “*a falta de intransigência forma crianças mimadas e não cidadãos livres*” (cf. BOBBIO; VIROLI, 2002, p. 42). O Estado de Viroli também não prescinde de fronteiras delimitadas, e isso pode ser constatado pela análise do seu conceito de patriotismo. Segundo o autor, o patriotismo republicano é um conceito particularista porque retrata o amor dos cidadãos por seu país,

por sua cidade, por instituições e por um modo de vida, proporcionando uma certa solidariedade com outras pessoas (cf. VIROLI, 2002, p. 14). Mas isso não é algo natural, pois essa paixão política precisa ser estimulada através de leis ou, mais precisamente, através de um bom governo e da participação dos cidadãos na vida pública. O patriotismo, da forma como definido por Viroli, difere do nacionalismo, pois ambos discordam, segundo o autor, sobre a questão principal: o conceito de pátria. Os patriotas republicanos consideram o amor pelo país uma paixão artificial, infundida e constantemente reforçada pela política, enquanto os nacionalistas pensam que esse é um sentimento natural a ser protegido e assimilado culturalmente. A pátria dos republicanos é uma instituição moral e política; a nação dos nacionalistas é uma criação natural (cf. VIROLI, 2002, p. 15).

Do mesmo modo, Dagger, ao reforçar o papel da cidade para o exercício da participação política, ou enfatizar a necessidade da memória civil, aponta para a mesma direção. O autor, ao considerar como obstáculo para o exercício da cidadania, hoje, a própria organização e modo de vida nas grandes cidades, menciona três obstáculos: o tamanho das cidades, sua fragmentação e a mobilidade dos cidadãos. Entre os três problemas apontados, o último acarretaria a perda ou deficiência da memória cívica dos indivíduos e isto implicaria a perda da capacidade de reconhecer um passado comum, prejudicando, dessa forma, o exercício da solidariedade e do reconhecimento da própria comunidade (cf. DAGGER, 1997, p. 164). Da mesma forma que Viroli e Pettit, Dagger idealiza um Estado capaz de promover os espaços públicos nos quais a cidadania pode ser exercida e, certamente, esse Estado difere do modelo liberal.

É possível afirmar, portanto, que as teorias neorrepúblicas aqui analisadas precisam, para efetivação de suas propostas, de um Estado que assuma muitas tarefas e tenha a capacidade de interferir quando necessário. Isso não implica a proposta de uma nova forma de Estado, mas tão somente a necessidade de repensar a estrutura do Estado moderno a fim de recuperar seus elementos fundamentais, tais como a soberania e o poder de fazer valer os interesses públicos perante os interesses privados. Todavia, essa tentativa de fortalecimento das bases do Estado contribui para que seja realizado um contraponto com a imposição às sociedades atuais das normas do mercado.

14.1.4 A Concepção Neorrepública do Político

A forma como os neorrepúblicos compreendem a política pode ser analisada a partir da distinção estabelecida por Hohohan entre as esferas pública e privada, segundo as diferenças existentes entre a definição liberal



e a republicana. De acordo com a autora, para os liberais o público é identificado como aquilo que é controlado pelo Estado, enquanto o privado é aquilo que não é; para os republicanos, a dimensão mais saliente do público é o interesse ou a relevância, o que é relevante para todos é essencialmente público. Privado é o interesse de um ou de poucos. Público e privado não são separados em duas esferas, mas em diferentes orientações (cf. HONOHAN, 2002, p. 158). A política é, então, aquela atividade realizada no espaço público, cujos objetivos se voltam para o interesse público, ou seja, para a promoção de ações que possam beneficiar a todos e não apenas promover vantagens particulares. A *res publica*, como enfatizou Cícero, somente pode assim ser considerada se seus benefícios alcançarem a todos e não apenas alguns (cf. CICERO, 1989, p. 66–68).

A ação e a participação política são meios utilizados para assegurar que o interesse público não sucumbirá ante os interesses privados. Entre os autores aqui estudados, todavia, a participação não é a própria essência da política republicana. O cerne dessa proposta assenta mais na necessidade de existência de instituições fortes do que na ação política, pois o republicanismo, historicamente, deposita nas instituições da república a esperança de que o interesse público prevalecerá sobre o privado. Dessa forma, a ação e a participação devem acontecer dentro dos espaços abertos pelas instituições.

Entre as instituições republicanas clássicas é possível encontrar o ideal do império da lei — que pressupõe a limitação do poder político por normas constitucionais —; a separação dos poderes, também chamada pela tradição republicana de governo misto, cujo objetivo era promover um controle recíproco entre os poderes da República para evitar sua usurpação; e, ainda, é possível encontrar uma forte exigência de cidadãos virtuosos civilmente, ou seja, capazes de manter uma diligência ativa e cotidiana para que o poder político não vergasse perante a corrupção. Os direitos e interesses particulares vão sendo resguardados à medida que a República estabeleça leis com esses objetivos. Essa proposta fica evidente quando Viroli apresenta a diferença entre a construção liberal e a republicana dos direitos humanos (cf. VIROLI, 2002, p. 7). Segundo o autor, para o liberalismo os direitos humanos são concebidos como algo natural, inato e inalienável, ao passo que para o republicanismo os direitos humanos são históricos e não naturais, estão sustentados por leis e costumes e, quando nesses dispositivos não encontram amparo, não são mais direitos, mas sim reivindicações ou leis morais. Compreendida dessa forma, verifica-se que somente dentro da república ou da comunidade política é que se pode ter os direitos humanos assegurados.

Dessa forma, pode-se dizer que a concepção do político republicano — e neorepublicano — é definida como algo cujo objetivo é assegurar o

interesse público através de instituições, dentro das quais a virtude cívica e a participação política figuram como meios necessários para se atingir o fim almejado. Se a democracia republicana está sustentada por instituições que serão responsáveis pela promoção da participação e pelo acolhimento das contestações, devendo ainda proporcionar a resposta adequada para as reivindicações proferidas, essas instituições jamais podem tornar-se espaços nos quais predomina a burocracia. O que assegura às instituições certo distanciamento das estruturas burocráticas é justamente a abertura de canais para a participação, assim como a oferta de respostas adequadas às questões formuladas, ou ainda, a inclusão das reivindicações populares numa pauta oficial para que sejam debatidas. Dessa forma, não são as instituições que se opõem à burocracia, mas sim o fato de que se abre, através das instituições, um espaço para participação. Se não há efetivamente esse espaço, não há oposição, mas sim a confusão de ambas.

Considerações finais

Contribuições e limites do neorrepublicanismo

Considerando a crise da democracia representativa hodierna, considera-se que a teoria neorrepublicana apresenta alguns elementos importantes para fazer frente aos problemas enfrentados. Tendo como uma de suas principais metas a recuperação do espaço público como um espaço de participação e contestação, o neorrepublicanismo repensa o desenho do Estado e de suas instituições para absorver as reivindicações, os desacordos e contestações da população. Os canais de contestabilidade, como enfatiza Pettit, são uma das formas de se assegurar o principal objetivo republicano — a liberdade como ausência de dominação. A própria organização das cidades é repensada de forma a incentivar o engajamento dos cidadãos com os temas políticos.

Outro elemento importante é a ênfase no papel do Estado e em sua reabilitação como um agente que deve opor-se à economia para assegurar a liberdade individual, política e social. Todas as propostas neorrepublicanas para a recuperação do espaço público e promoção da participação cívica passam pelo Estado, o qual deve ser capaz de assegurar a ausência de dominação ou interferência arbitrária. Para tanto, tem inclusive a possibilidade de interferir em questões privadas, tais como a liberdade de contrato ou de imprensa. Um Estado pensado dessa forma pode ser capaz de fazer oposição ao mercado como ente que tem imposto suas normas e feito prevalecer o interesse privado dos grandes grupos econômicos sobre os interesses públicos compreendidos como das populações nacionais.

As propostas apresentadas pelo republicanismo, contudo, podem ser consideradas insuficientes em dois aspectos, a saber, na forma de combater a apatia dos cidadãos das sociedades atuais para trazê-los novamente ao mundo político e na defesa dos direitos individuais. Apesar de a exigência de virtudes cívicas e a criação de espaços para a participação e contestabilidade constituírem-se, potencialmente, como uma forma de combater a apatia política dos cidadãos das sociedades de massa, não fica claro, nas propostas analisadas, como se pretende motivar os cidadãos para envolverem-se com os temas políticos. Falta às teorias neorrepublicanas aqui analisadas uma proposta mais eficaz para motivação dos indivíduos a agirem em prol do interesse público, ou até mesmo para instigar os indivíduos à reflexão sobre os temas de interesse comum que o atingem ao mesmo tempo em que atingem as sociedades nas quais vivem. Em outras palavras, falta um olhar mais cuidadoso para o papel das paixões ou dos afetos na política.

Outra questão que precisa ser revisitada é a da supremacia do interesse público sobre o privado. Esse pressuposto republicano, ao mesmo tempo que pode ser uma forma de contrapor-se à imposição dos interesses econômicos em detrimento de outros interesses sociais e coletivos, pela valorização do interesse público, pode também ser invocado para suprimir os direitos individuais em situações nas quais se considera que a comunidade política está em perigo. Desse modo, mesmo diante da tentativa dos neorrepublicanos de proverem a conciliação entre os interesses públicos e privados, parece haver certa precedência daqueles sobre estes.

Apesar das limitações apontadas acima, a teoria neorrepublicana enfrenta de forma coerente a questão da recuperação do espaço público e, ainda que faltem propostas para a motivação dos cidadãos, desenvolve estruturas importantes para que sejam dadas respostas adequadas às contestações apresentadas, facilita a participação e, acima de tudo, constitui-se como uma teoria cujo projeto político pode estar sendo constantemente construído e com a participação dos cidadãos.

Referências

AGAMBEN. Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo - anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo Tavares. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BERLIN, Isaiah. Os dois conceitos de liberdade. *In*: H. Hard e R. Hausheer (orgs.). **Estudos sobre a humanidade**, São Paulo, Cia. das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da República: os grandes temas da política e da cidadania.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

CICERO. Marco Tulio. **La república y las leyes.** Edición de Juan María Núñez Gonzáles. Madrid: Ediciones AKAL/Clásica, 1989.

CONSANI, Cristina Foroni. **O republicanismo como forma de (re)construção do espaço público: limites e possibilidades.** Florianópolis, 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0734.pdf>

DAGGER, Richard. **Civic Virtues.** New York. Oxford University Press, 1997.

HONOHAN, Iseult. **Civic Republicanism.** London/New York: Routledge, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.** Tradução de Sérgio Bath. 4.ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

PETTIT, Philip. **Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno.** Tradução de Toni Domènech, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

PINZANI, Alessandro. Alienados e culpados: os cidadãos no republicanismo contemporâneo. **Ethic@** - Florianópolis v. 9, n. 2 p. 267–288 Dez. 2010.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora da UNESP, 1999.

VIROLI. Maurizio. **Republicanism.** Translation from de Italian by Antony Shugaar, New York: Hill and Wang, 2002.

Autoritarismo, governabilidade e democracia no Brasil contemporâneo

Clèmerson Merlin Clève

Prolegômenos

O Brasil vem, na última década, enfrentando problemas de governabilidade, instabilidade política, inflação normativa e deterioração das contas públicas. Experimenta-se, nesse período, uma sucessão de contingências no campo político que podem explicar, pelo menos em parte, o quadro de insegurança jurídica e de *déficit* na satisfação dos direitos fundamentais reclamados pela Constituição.

O país passou pelo *Mensalão*¹²⁹, pelo *Petrolão*, pelas descobertas assombrosas e excessos injustificáveis da *Lava-jato*¹³⁰, pelas incompreendidas

¹²⁹ Supremo Tribunal Federal. Corte Suprema do Brasil inicia o julgamento do mensalão. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=214544>. Acesso em 12 de dez de 2022. Ver: Ação Penal nº 470 -MG, Relator Min. Joaquim Barbosa.

¹³⁰ Folha de S. Paulo. Operação Lava-Jato. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em 12/12/2022.

Jornadas de 2013 (SINGER, 2013, p. 23–40), pelo polêmico *impeachment* da Presidente Dilma, pela maior queda do PIB na história das democracias ocidentais em tempos de paz, pela eleição de um presidente de extrema-direita e pelo tensionamento entre os poderes que se aguça com o verbo malicioso e as práticas iliberais de um chefe do executivo pouco comprometido com os valores democráticos e civilizatórios. A erosão da legitimidade e da funcionalidade das agências de controle e dos poderes constitucionais reclamou a resistência das instituições atacadas e a autodefesa ou a proteção da normatividade constitucional implicando em uso de *hardball* (TUSHNET, 2004, p. 523) contra a *hardball* lançada pelo adversário. No último caso, mais do que *hardball*, houve manifestação de golpismo explícito. O contexto explica e, mais do que isto, justifica o renascimento da *Democracia Militante*¹³¹ manejada para prevenir e remediar as arremetidas do populismo extremista. A ideia de harmonia entre os poderes ficou arranhada, claro, com o manejo das técnicas de autodefesa pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em função da instauração do (assim chamado) *Inquérito do Fim do Mundo*¹³².

Aqueles sinceramente comprometidos com a normatividade constitucional e com o Estado Democrático de Direito percebem que os problemas de governabilidade do país vão se acumulando, sendo certo que ficaram muito mais preocupantes nos últimos quatro anos. A Lei Fundamental foi, como nunca antes, testada, diante da tensão ocorrente na cena política, dos sucessivos ensaios autocráticos, das violações à cláusula constitucional da separação dos poderes e dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis com o desmantelamento das agências responsáveis pela sua satisfação.

A democracia foi desafiada, mostrando, felizmente, resiliência em um tempo de viragem dos humores políticos e crescimento de experiências iliberais (SAJÓ; UITZ; HOLMES, 2021) em muitos países (Polônia, Hungria, Turquia, Índia etc.) ou do fortalecimento de escolhas eleitorais populistas em lugares antes inimagináveis. Há — ninguém desconhece (é um tema recorrente nos debates constitucionais contemporâneos) — uma ampla literatura demonstrando que o processo de esgarçamento, sufocamento e amesquinamento das democracias não se opera, necessariamente,

¹³¹ PONTES, J. G. M. **Democracia militante em tempos de crise**. Lumen Juris, 2020; CATTONI, Marcelo; NETO, Almir Megali. A democracia constitucional entre militantes contra a democracia e a democracia militante. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-entre-militantes-contr-a-democracia-e-a-democracia-militante>. Acesso em 13/12/2022.

¹³² Inquérito nº 4.781, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

por meio de golpes clássicos, com o uso da força, mas através da erosão contínua dos seus pilares de sustentação.¹³³

15.1 Desenho constitucional, reforma e inflação normativa

O tempo histórico, a conjuntura política e o processo de elaboração do texto pesaram na escolha do desenho institucional adotado pela nossa Lei Fundamental. O constituinte buscou consenso numa sociedade dividida e plural, compartilhou valores que eram hegemônicos no momento imediatamente anterior à queda do muro de Berlim, jogou para o legislador ordinário a tarefa de completar o quadro normativo de direitos e instituições negociados apenas em parte, manteve institutos provenientes de cartas pretéritas, legou ao país um catálogo admirável de direitos fundamentais, criou privilégios e benefícios injustificáveis para inúmeras categorias, destruindo, algumas vezes, com uma mão a promessa de igualdade concedida pela outra. É a Constituição de um espaço-tempo determinado, de um país periférico com pretensão de protagonismo na cena internacional, de um povo unido pelo sonho de prosperidade e desunido pelas injustas diferenças que apartam a sua gente. Isso tudo contribuiu para a extensão da nossa Carta (65.000 palavras, 250 artigos no corpo permanente, alguns com muitos incisos, e uma extensa lista de dispositivos no *Ato das Disposições Transitórias*, vários deles, curiosamente, emendados e vigentes mais de trinta anos depois.), uma das mais longas do mundo e para o exagerado detalhamento do seu texto, um documento que confere estatura constitucional para temas que seriam melhor tratados no plano normativo ordinário. É claro que os signos da negociação e da desconfiança estiveram presentes no processo constituinte, qualificando as condições de possibilidade da obra em construção.

Uma Constituição assim detalhista, exigente de integração normativa em muitos dispositivos, favorece a aceleração ou a motorização da atividade legislativa do Congresso e, também, do Executivo, neste caso através de medidas provisórias e do elástico das possibilidades da edição de atos normativos infralegais. Ao mesmo tempo, a nossa Constituição, porque congelou normativamente muitos temas, reclama atualização constante, significando isso a provocação recorrente do poder constituinte deriva-

¹³³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018; GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). **Constitutional democracy in crisis?** Oxford University Press, 2018; GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. University of Chicago Press, 2018.

do. De 1988 até 2022 a Carta foi emendada quase cento e trinta vezes (seis delas por ocasião do processo especial e único de *Revisão* previsto no ADCT), significando isso uma média de 3,5 (três e meio) emendas por ano. O número de leis, medidas provisórias e decretos promulgados todo ano tem sido imenso, significando isso manifestação daquilo que, há muito tempo, embora com significado distinto, Carnelutti (2016) chamou de *inflação legislativa*, trazendo insegurança jurídica, custos adicionais para a sociedade civil, sendo muitos desses atos normativos necessários, embora outros sejam providenciados para proteger interesses de grupos influentes, excepcionando a incidência de regras gerais, mazelas de um Estado patrimonialista não poucas vezes capturado por grupos bem posicionados no palco da disputa política. Sendo justo, no meio dessa poluição normativa toda, aparece muita coisa ruim, mas, também, algum acerto em determinadas áreas, acerto este derivado de resposta governamental sincera voltada à real satisfação do interesse público.

15.2 Democracia e governabilidade

O sistema político presidencialista desenhado pelo constituinte, por conta da fragmentação partidária, tem reclamado dos eleitos determinadas estratégias para a manutenção da governabilidade. Desde a promulgação da Constituição, os governos que descuidaram disso, caíram. Outros encontraram distintas fórmulas para cumprir o mandato com êxito. Não à toa, o nosso sistema presidencial foi chamado por Sérgio Abranches, nome depois adotado pela melhor literatura, de presidencialismo de coalizão¹³⁴. A coalizão pode, como nos parlamentarismos vitoriosos, produzir governabilidade séria, construída a partir de princípios e objetivos amplamente negociados, ou circunstancial, dependente dos arranjos casuísticos e da partilha, eventualmente com porteira fechada, de ministérios, agências ou departamentos do Executivo. No Brasil tem, infelizmente, prevalecido o segundo tipo, chegando mesmo, em momentos graves, a coalizão se transformar em simples cooptação, através da concessão de vantagens indevidas aos parlamentares para constituir frágil e circunstancial ou permanente grupo de apoio. O presidencialismo de coalizão, quando articulado em torno de arranjos transparentes e legítimos, pode funcionar bem, como lembra Fernando Limongi (2006), possibilitando a aprovação dos atos legislativos e das emendas necessárias para as reformas reclamadas pela sociedade. O problema, portanto, sabe-se, não é a coalizão, quase

¹³⁴ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. Editora Companhia das Letras, 2018.

obrigatória num sistema fragmentado de representação parlamentar que impossibilita o governo de partido, mas o modo como ela será articulada.

15.3 Democracia e tentação autocrática

Os *Movimentos de Contestação de 2013*, a *Lava-Jato* e o processo do *Impeachment* da presidente Dilma Rousseff colocaram em questão a legitimidade do sistema político brasileiro. Desnudamento de corrupção governamental sistêmica e desvio de poder dos órgãos de persecução criminal, exigência de serviços públicos de qualidade (padrão Fifa, diziam os protestos) e a crise política prolongada abriram caminho para a crítica simplória e direta (quando não mal-intencionada) às instituições, aos partidos políticos, aos poderes da república e aos seus ocupantes. A *Caixa de Pandora* foi aberta. Contextos dessa natureza constituem terreno fértil para a emergência de autocratas, populistas, extremistas radicais de esquerda ou de direita. Entre nós, a extrema direita traduziu a linguagem das ruas, armou-se com uma tecnologia de comunicação agressiva, espalhou a mensagem de combate ao sistema, à corrupção e à inautenticidade da representação e venceu a eleição presidencial de 2018 (AVRITZER, 2020). O governo, tão logo tomou posse, armou a população e defendeu determinados valores religiosos ou costumes mais do que conservadores, nitidamente reacionários. É preciso reconhecer que a extrema-direita entre nós, tal como o apoio a Trump na grande república do norte, revelou um grupo de pessoas antes subestimado que, compartilhando mundividência peculiar e preocupante, não se sentia representada no e pelo sistema político.

O Presidente empossado em janeiro de 2019, manifestando ímpetos autocráticos, desrespeito à liturgia do cargo e à linguagem escrita e não escrita, sobretudo normativa, que orienta a ação governamental, inaugura momento preocupante de tensionamento político e de conflito entre os poderes. Levado à cadeira presidencial por um pequeno partido, não dispunha de maioria parlamentar. Imaginou, inicialmente, que a gramática da guerra e o empurrar deputados e senadores contra a parede poderiam constituir novo modo de governar. Ledo engano. Sob o risco de sofrer *impeachment*, mal superado o primeiro ano de governo, opera surpreendente giro, formando aliança com o antes renegado grupo de parlamentares conhecido como *Centrão* e garantindo maioria parlamentar de apoio suficiente para a aprovação dos projetos de seu interesse. As críticas antes endereçadas ao Congresso são desviadas para o Supremo Tribunal Federal, para as urnas eletrônicas adotadas pela Justiça Eleitoral

e, durante a pandemia, para os prefeitos e os governadores. Formado em escola militar, desconhece as virtudes da interlocução, da troca de ideias e de argumentos para o convencimento ou a formação de consenso. Adota o idioma da luta, da imposição, em uma palavra, da violência verbal. Está sempre levantando armas contra alguma autoridade, contra o Judiciário, contra os direitos de alguma minoria ou algum moinho de vento. A linguagem amigo/inimigo, em síntese. Manteve, assim, mobilizada aquela parcela da sociedade que o apoia. É hábil na utilização das redes sociais, na propagação da desinformação, das meias verdades e das mentiras inteiras (*fake news*). Embora despreparado para o cargo que ocupa, trata-se de político carismático e, por isso, não deve ser subestimado.

A tentação autocrática, reitere-se, acompanha o discurso e os atos dele decorrentes. As palavras constituem o prenúncio de ação futura, quando as condições objetivas eventualmente permitirem, e os atos, comissivos e omissivos, têm sido eloquentes: desmantelamento das agências governamentais (de proteção de direitos ou de controle), captura de outras (PGR, AGU, CGU e PF), o uso das forças armadas como meio de intimidação (a convocação do golpe pairando no ar) (GUGLIANO, 2020), a liberação das armas por meio de decretos presidenciais que, claramente, desatendem a legislação em vigor¹³⁵, e a desastrada gestão das políticas de combate à pandemia. A resistência da sociedade civil, do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral (por ocasião da última eleição presidencial realizada em 2022) e de parcelas importantes, conquanto minoritárias, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, conseguiram evitar um processo mais robusto e irreversível de erosão constitucional e da democracia. A sociedade civil chegou cansada, machucada, mas ativa ao fim do mandato desse Presidente, felizmente, derrotado na tentativa de recondução ao cargo. Embora as eleições tenham transcorrido em relativo clima de paz, o país testemunha nos dias que antecedem a posse do novo Presidente da República, sustentados pelo silêncio suspeito da autoridade vencida, manifestações de grupos radicais que, descontentes com o resultado eleitoral, suplicam, em frente aos quartéis, sem alcançar o surrealismo da situação, a intervenção dos militares no processo político para, agitando verdade alternativa, evitar a posse do candidato eleito e o “*risco de implantação do comunismo*” (sic). Não se pode negar, portanto, que, sofrendo de dissonância cognitiva coletiva, circunscritos às suas bolhas sectárias, esses grupos extremistas vivem em uma realidade paralela!

¹³⁵ Alguns dos exemplos são os Decreto nº 9.845/2019; Decreto nº 9.847/2019; Decreto nº 10.030/2019. São discutidos no STF, por meio das ADIs nº 6.139, 6.466 e 6.119, relator Min. Fachin.

Bolsonaro não conseguiu governar fazendo oposição ao sistema político e confrontando o Congresso. Viu-se compelido a negociar e, na negociação, perdeu os anéis, os dedos e as mãos. Mesmo assim, passo a passo, e de modo surpreendente, edificou, apesar da instabilidade, o apoio necessário para aprovar projetos de lei e emendas à Constituição. Aliás, os parlamentares do grupo de apoio chegaram a recuperar antigos projetos em tramitação para, uma vez reorientados, atender os interesses do Executivo, prescindindo, assim, aqui e ali, da iniciativa formal deste. Para tanto, cedeu espaço no seu ministério para determinados parlamentares do grupo conhecido como *Centrão*, cedeu o controle de importante parcela do orçamento público da União e, por fim, aceitou medida que pode ter comprometido gravemente o nosso modelo de governo presidencial. Os números assombram. Em 2014, o Congresso manejava livremente cerca de 4% (quatro por cento) do orçamento federal, enquanto em 2022, cerca de 24% (vinte e quatro por cento) ficaram sob o seu controle. A quantia causa espécie. Nos Estados Unidos, por exemplo, o montante, sempre sujeito a um controle social importante, não chega a 3% (três por cento) do orçamento federal¹³⁶. É incrível como a alteração, ainda que parcial, da gestão orçamentária pode significar também a mudança do sistema presidencial. O país já conhecia as emendas parlamentares impositivas introduzidas através de emenda constitucional. Embora sujeitas a críticas, não permitem, em virtude dos valores limitados, o desvirtuamento do desenho constitucional relativo à organização dos poderes da república. Tudo muda com a inconstitucional prática conhecida, pelo grande público, como *orçamento secreto*, prática esta que autoriza o relator da lei orçamentária (designado pelo Presidente da Câmara dos Deputados), como iniciativa sua, sem a nomeação do interessado, a atender as indicações de dispêndio encaminhadas pelos parlamentares, sobretudo os amigos leais à base de apoio, mediante critérios pouco republicanos. Não há, portanto, aqui, transparência, coordenação central dos gastos para o atendimento de prioridades nacionais ou critério racional de escolha baseado em análise de custos e benefícios ou decorrente de previsão constitucional envolvendo políticas públicas obrigatórias, mas, ao contrário, manifestação de clientelismo a orientar a ação do relator. O controle de parcela importante do orçamento está, basicamente, em mãos do Congresso e, em particular, do Presidente da Câmara, aquele que designa o relator da lei orçamentária e que, portanto, lhe deve favor. Fica, assim, praticamente anulado o poder presidencial de manejar, porque ínfimas, as

¹³⁶ **O Globo.** Orçamento nas mãos do Congresso: parlamentares já dominam um quarto dos recursos livres do governo. 2022.. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2022/07/orcamento-nas-maos-do-congresso-parlamentares-ja-dominam-um-quarto-dos-recursos-livres-do-governo.ghtml>. Acesso em: 20/09/2022.

dotações discricionárias. Provocado o Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato¹³⁷, continua a geringonça orçamentária a produzir dividendos políticos. Espera-se que a Excelsa Corte reconheça a inconstitucionalidade da medida uma vez que, como referido, ela tem demonstrado potência para interferir de modo negativo no funcionamento do sistema presidencial e, portanto, no modelo constitucional da separação de poderes.

Nesse contexto, o *presidencialismo de coalizão*, quase sem fazer alarde, cede lugar àquilo que *Juliano Zaiden Benvindo*, em estimulante artigo publicado nas redes sociais, chama de “*semi-presidencialismo de cooptação informal*”.¹³⁸ Tenho dúvidas se o país chegou a tanto. Estou certo, todavia, que estava caminhando para isso. Assegurada a cooptação do Congresso, o Presidente consegue aprovar as medidas de seu interesse e, ao mesmo tempo, sente-se livre para a prossecução das suas jornadas iliberais de combate a tudo aquilo que brilhe como luz, seja racional ou configure conquista civilizatória. Trata-se, afinal, de um presidente pouco afeito ao cotidiano da gestão pública e avesso à política enquanto prática de diálogo e negociação. Sente-se mais à vontade agitando os seus apoiadores, levantando narrativas sem fundamento, promovendo valores contrários àqueles consolidados pela civilização e manejando as redes sociais para difundir as suas verdades alternativas. Em síntese, é um Presidente que gosta de comício, mas não, propriamente, do enfado que a rotina de governar implica. Pratica o poder como símbolo e como agitação. Ao mesmo tempo, porém, fica à espreita para aproveitar a primeira oportunidade favorável para dar o tiro fatal nas instituições democráticas. Se, como foi dito anteriormente, o país aprovou de 1988 até 2022 mais de três emendas constitucionais por ano, só neste governo, em menos de quatro anos de mandato, vinte e seis emendas foram aprovadas pelo Congresso Nacional, significando isso mais de sete emendas por ano. É compreensível, portanto, o preocupante fato de o país ostentar o recorde mundial de emendabilidade constitucional. Todavia, o Chefe do Executivo não precisou aprovar nenhum dos meios conhecidos de erosão constitucional nas democracias em risco, como a reeleição sucessiva sem limite para a presidência, a mudança das competências ou da composição das cortes constitucionais, o controle dos meios de comunicação e das redes sociais, a suspensão de direitos fundamentais, inclusive dos direitos políticos e a supressão de partidos. A cooptação de parcela majoritária do Congresso, através da aceitação da prática ilegítima do *orçamento secreto*,

¹³⁷ ADPFs nº 850, 851, 854 e 1.014, Rel. Min. Rosa Weber.

¹³⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil's frenetic pace of constitutional change under Bolsonaro: why and what next? **ConstitutionNet**, International IDEA, 26 de Agosto de 2022, disponível em: <https://constitutionnet.org/news/brazils-frenetic-pace-constitutional-change-under-bolsonaro-why-and-what-next>. Acesso em 25/09/2022.

foi suficiente para a satisfação dos seus intentos. O Congresso — assim funciona — dispõe sobre o orçamento e o Presidente fica livre para as suas estripulias, anulando as chances de sofrer *impeachment*.

Os governos podem ser melhores ou piores do que aqueles que o comandam. Por outro lado, nenhum governo, por pior que seja, será ruim por inteiro. Eventualmente, trará à luz, em função da relativa autonomia de alguns setores e da diligência da burocracia qualificada, uma iniciativa, uma política, uma providência dirigida à satisfação do interesse público e, mais do que isso, ajustada aos comandos normativos constitucionais. Alguma coisa boa, cumpre reconhecer, foi aprovada durante o mandato presidencial encerrado em dezembro de 2022. É o caso, por exemplo, do Marco Legal das Ferrovias (Lei nº 14.273/2021), do Marco Legal do Saneamento (Lei nº 14.026/2020), do Marco Legal das Startups (Lei Complementar nº 182/2021), do Marco Legal do Gás (Lei nº 14.132/2021) e da nova regulação do transporte marítimo de cabotagem (Lei nº 14.301/2022), para citar apenas estas providências. Mas é responsável, também, por muita ação, comissiva ou omissiva, censurável, naquelas áreas mais suscetíveis às investidas do Chefe do Executivo, como já referimos. É um governo que amesquinha a normatividade constitucional e põe em risco a democracia e o estado de direito. Que, sendo breve, contaminou o país com um clima nervoso, de apreensão contínua, de tempestade e sombra que se derramam para erodir os fundamentos da civilidade.

15.4 Erosão democrática e Administração Pública

Alguns órgãos de controle ou voltados à realização de políticas públicas setoriais foram, pelo menos parcialmente, mas de modo importante, cooptados ou enfraquecidos em virtude de interferências indevidas. É o caso da Polícia Federal, da Controladoria Geral da União, do IBAMA e da FUNAI, por exemplo. Mesmo ministérios relevantes, como o da Educação e da Saúde, ficaram reduzidos a uma condição comprometedoras das finalidades para as quais deveriam servir. Viu-se negligência e intencional omissão por todo lado. No caso do Congresso Nacional, a articulação com o *Centrão* e o, assim chamado, *orçamento secreto*, permitiram mesmo a desfiguração do *presidencialismo de coalizão*.¹³⁹ Além da conivência do

¹³⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden. Informal Co-Optation Semi-Presidentialism: Bolsonaro's Most Successful Autocratizing Strategy, *Int'l J. Const. L. Blog*, May 12, 2022, at: <http://www.iconnectblog.com/2022/05/informal-co-optation-semi-presidentialism-bolsonaros-most-successful-autocratizing-strategy>. BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil's frenetic pace of constitutional change under Bolsonaro: why and what next? *ConstitutionNet*, International IDEA, 26 de Agosto de 2022, disponível em: <https://constitutionnet.org/news/brazils-frenetic-pace-constitutional-change-under-bolsonaro-why-and-what-next>. Acesso em 25/09/2022.

Congresso com a gramática agressiva do Chefe do Executivo, testemunha-se, particularmente, na Câmara dos Deputados, o abuso das prerrogativas da presidência da mesa diretora na condução do processo legislativo, comprometendo o seu significado substantivo. Além da imprensa e da parcela da sociedade civil consciente dos seus deveres cívicos, sobra o Judiciário e nele, sobretudo o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral. Este foi, durante o processo eleitoral, ativo no combate à manipulação da informação e na defesa da lisura do pleito contra as reiteradas campanhas de desinformação. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, obteve, não sem custos, êxito no controle das investidas autoritárias e dos riscos para a democracia, muitas vezes, inclusive, através de decisões que, à luz das exigências mais comezinhas do *estado de direito*, apenas se justificaram no contexto difícil então experimentado. Empossado o novo presidente, supõe-se que as águas voltem a correr nos canais apropriados. A separação de poderes é uma exigência do desenho constitucional adotado pela Lei Fundamental da República. Só a circunstância, portanto, explica o fato de a Excelsa Corte ter lançado *hardball* (TUSHNET, 2004, p. 523) contra as medidas autoritárias agitadas com o objetivo de desestabilizar o sistema político vigente. No período mencionado, atuou fortemente na defesa dos direitos das minorias, embora naquilo que se refere aos direitos sociais da classe trabalhadora não possa ficar isento de críticas. Decidiu¹⁴⁰ muito bem no contexto da pandemia, reconhecendo a *competência comum* dos entes federados para o enfrentamento do mal pandêmico (GLEZER, 2021, p. 395-434). Em relação ao processo legislativo, entretanto, tem adotado, em geral, uma postura de excessiva deferência, deixando de exercer o controle sobre os atos regimentais e, mesmo, sobre aqueles da mesa que atropelam o regimento, criando exceções ou atalhos e desvirtuando o regular andamento do processo legislativo. Liminar concedida pelo Ministro Barroso em sede de controle de constitucionalidade, suspendendo temporariamente as normativas que criaram o piso nacional para os profissionais de enfermagem constitui exceção à regra, tendo mesmo assim sido prolatada com cuidadosa motivação e com tempo definido de duração¹⁴¹. Tem-se visto, como consequência, a reiterada manipulação não só do processo legislativo ordinário¹⁴² mas, também, o que é muito mais grave, do processo de elaboração de emendas à Constituição. Trata-se, aqui, de questão deveras preocupante quando se fala em proteção do

¹⁴⁰ ADI nº 6341, Rel. Min. Marco Aurélio, 15/04/2020.

¹⁴¹ ADI nº 7222, rel. Min. Roberto Barroso, j. 04/09/2022.

¹⁴² Houve, também, abuso na produção infralegal; conferir: VILHENA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. **Entre a Estabilidade Precária e a Crise Institucional**: uma análise da performance do governo Bolsonaro. In: **Desafios à estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2020, pp. 25-44.

Estado Democrático de Direito contra a agressão paulatina, silenciosa ou ruidosa, praticada por aqueles que, eleitos, deveriam respeitá-lo.

15.5 A tramitação de uma Proposta de Emenda Constitucional como exemplo eloquente

Um exemplo basta para ilustrar o que, neste texto, tem sido retratado. Falo da Emenda Constitucional 123¹⁴³, conhecida primeiro como *PEC Kamikaze*, depois como *PEC do Desespero*, *PEC do Golpe*, tendo, finalmente, sido apelidada pelo governo de *PEC dos Benefícios*. A Emenda Constitucional constitui exemplo típico de *constitucionalismo abusivo* (LANDAU, 2013, p. 189), de orientada corrosão do sistema constitucional por meios supostamente legais, ampliando benefícios em período eleitoral, conquistando simpatia em vasta porção da sociedade civil e, sobretudo, entre a população menos favorecida, colocando contra a parede a oposição que fica incapaz de dizer não ao despautério, especialmente em período que antecede importantes eleições e, mais, deixando o Judiciário numa posição extremamente difícil, compelindo-o a não fazer mero juízo de compatibilidade em sede de controle abstrato, na circunstância de provocação por legitimado ativo, mas antes a ponderar, estrategicamente, o momento, a força dos poderes violadores unidos, a superlativa aceitação popular do benefício agressor das virtudes democráticas do sistema normativo definido pela lei fundamental. Em síntese, aqui, como outras situações, o Supremo vê-se compelido a fazer estudo político de risco (CLÈVE; LORENZETTO, 2021), medir o tempo e o modo de decidir (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 236–262), deixar na gaveta para, eventualmente, decretar a inconstitucionalidade depois do exaurimento da eficácia da norma impugnada, aliás como já fez por ocasião do *Plano Collor*¹⁴⁴ no momento em que *Collor*, então Presidente da República, gozava de imensa popularidade. Cumpre reconhecer que aqui, como em casos análogos, para a sobrevivência da sua autoridade, especialmente quando é atacado todos os dias nas redes sociais por aqueles que pretendem desestabilizar o sistema político, o Supremo faz e deve mesmo fazer *Política* (com *P* maiúsculo). A sua atuação, em conjunturas de crise, não substancia atividade para formalistas, ingênuos e amadores.

A Emenda Constitucional 123/22 (decorrente das PECs 15/22 e 1/22) é flagrantemente inconstitucional. Jurisprudência pacífica da Colenda

¹⁴³ EC n^o 123, 14 de Julho de 2022. at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc123.htm.

¹⁴⁴ ADI n^o 534 MC – DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 26/08/1992. No caso, a ação foi julgada prejudicada.

Corte, a exemplo da ADI 829-3/DF¹⁴⁵, admite a possibilidade do controle das Emendas nas hipóteses de vício no processo legislativo definido em norma constitucional e de violação de *cláusula pétrea*. Pois bem, a Emenda, que instituiu um *estado de emergência*, até o dia 31 de dezembro de 2022, conferiu, entre outras providências, benefícios temporários, em pleno momento pré-eleitoral, para os caminhoneiros, os taxistas, além de ampliar o Vale Gás e o valor mensal pago através do Programa Auxílio Brasil para os grupos vulneráveis, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para R\$ 600 (seiscentos reais). Tem-se aqui, clara manipulação da ordem jurídica por meio de reforma constitucional para, criando ou majorando, temporariamente, benefícios sociais, reforçar as possibilidades de reeleição presidencial. Envolve aquilo que, sobretudo com Landau e Dixon (2021), a literatura aponta como *constitucionalismo abusivo*. Ora, a Emenda em questão foi aprovada contemplando (1) violação do *devido processo legislativo* ao afastar a prerrogativa parlamentar de apresentar emenda (aditiva, modificativa ou supressiva) ao texto da proposição em tramitação, (2) violação do direito (essencial ao *Estado Democrático de Direito*) ao voto direto, secreto, universal e periódico, protegido em *cláusula pétrea* contemplada no art. 60, §4º, II da Lei Fundamental; (3) violação à garantia constitucional (art. 16, CRFB/88) da estabilidade do processo eleitoral (e, portanto, do próprio voto protegido pelo art. 60, §4º, IV da CRFB), lembrando que, aqui, cuida-se da *anualidade* enquanto *cláusula pétrea* e direito fundamental e, por fim, (4) violação da própria ordem constitucional por *desvio de finalidade* ao reconhecer hipótese de *estado de emergência* apenas para superar as restrições estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 65 da LRF) e no Código Eleitoral (art. 73, §10, da Lei nº 9.504/97). Há parâmetros constitucionais objetivos suficientes para a decretação da inconstitucionalidade de Emenda. Aforadas ações diretas¹⁴⁶, distribuídas para o Ministro André Mendonça, não foi concedida a pleiteada liminar. Mas a situação é tão grave (cria e amplia benefícios, medidas com forte apelo popular) que um dos proponentes de ação direta pleiteou liminar apenas para impedir a publicidade dos benefícios de modo a reduzir os danos causados pela medida no período eleitoral. Enfim, as eleições foram realizadas, os danos ocorreram, mas o expediente merece, ainda, ser fulminado, tudo para prevenir a normalização de iniciativas constitucionais abusivas travestidas de bondade. Elas são sempre perigosas para a democracia porque gozam de ampla aceitação.

¹⁴⁵ Rel. Min. Moreira Alves, j. 14/04/1993.

¹⁴⁶ ADIs nº 7.212 e 7.213, rel. Min. André Mendonça.

Questão igualmente grave é o modo como o Presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, autoridade que viu crescer o seu peso político com as distorções do manejo orçamentário, manipula o processo legislativo, ordinário ou constitucional, para a satisfação dos seus propósitos. Ora, a Câmara dos Deputados, lembra Beatriz Key (KEY; GUIMARÃES, 2022), sofre ataque institucional endereçado pelo seu próprio presidente. Lira atua de duas maneiras. A primeira é atropelando o processo legislativo, em clara e evidente violação das regras estabelecidas na Lei Fundamental e no regimento interno. São frequentes as manobras antirregimentais operadas para a rápida aprovação de projetos de interesse governamental. Trata-se de ilegítima espécie de *fast track*. O exemplo mais emblemático de afronta regimental ocorreu durante a aprovação da *PEC do Estado de Emergência*. A jurisprudência do Supremo, neste particular, em geral deferente, merece revisão. Sejam enfatizados, aqui, os corolários do *devido processo legislativo* e do *direito fundamental ao devido processo legislativo*. Apontada, tradicionalmente, pela doutrina como mera *questão interna corporis*, hoje se entende, como propõe Barcellos (2021, p. 435–456), que o Judiciário, especialmente naquilo que envolve o indispensável contraditório (por isso, trata-se de *processo* e não de simples *procedimento*) e o direito de participação da minoria, pode e deve interferir para dar efetivo cumprimento à normativa constitucional. Esta dimensão do controle da constitucionalidade, que, exceto nos casos de defesa das prerrogativas dos parlamentares, não deve preceder a promulgação da normativa (não há, entre nós, controle abstrato preventivo da constitucionalidade) assume incomensurável importância nos momentos de crise política e de ensaios contínuos de erosão democrática através de arranjos políticos indevidos.

Concluindo

São tempos estranhos! Presenciou-se a defesa, no último quadriênio, com absoluta naturalidade, daquilo que é indefensável. Ora, a mentira não pode ser verdade. Desinformar não constitui um direito fundamental. A liberdade de expressão não autoriza o dizer sem limites. Os fatos são fatos; não podem ser alternativos. Conhecer não significa apenas escolher a narrativa conveniente. O mundo não se reduz ao universo da tribo. A falta de educação, de civilidade e a transgressão voluntária do código não escrito da experiência de vivência coletiva não significa autenticidade. Não, as forças militares não constituem um poder moderador e o art. 142 da Constituição não autoriza intervenção militar no processo político. A Constituição não se resume a quatro linhas, apresentando-se, antes, como uma ordem fundamental normativa contemplando os valores, princípios

e regras que orientam a vida em comunhão da cidadania na república democrática. Há, igualmente, uma normatividade escrita ou tácita, mas fundamental, reclamando certa liturgia no exercício dos cargos públicos, em particular dos eletivos, respeito pelas ideias e argumentos contrários lançados na arena pública, reconhecimento aos direitos das minorias e grupos vulneráveis e vedação do tratamento do adversário como inimigo. O Estado é plural e laico e, assim, deve continuar.

Sim, há, como foi ressaltado, algumas inovações legislativas aprovadas pelo governo que finda em 2022 dignas de menção positiva. Mas, a bondade de certas iniciativas não é suficiente para imunizar um período governamental desastroso contra as críticas mais severas, especialmente quando esse período é pródigo na criação de eventos que colocaram seriamente em risco a comunhão democrática prometida pela Lei Fundamental.

Importa, portanto, fazendo uso da linguagem de Ferrajoli (2017) e Tushnet, atravessar a selvageria e o populismo grosseiro, superar o extremismo, repelir as consequências do ódio discursivo, retomar o que a civilização ensinou à política (*fair play*) e recobrar a fé em um mundo melhor, em um Brasil de todos e para todos, uma verdadeira associação política formada por cidadãos e cidadãos livres e iguais. Sintetizando, importa recuperar a Constituição naquilo que diz respeito ao desenho constitucional da separação dos poderes e aos direitos fundamentais, Constituição esta que foi sequestrada, afrontada, violada e, informalmente, reescrita, transgredindo os elementos constitutivos do nosso trintenário *presidencialismo de coalizão*, por um projeto político nefasto que deve ser, veementemente, condenado. Toda a atenção é necessária para combater o bolsonarismo sobrevivente e prevenir a ressurgência do populismo autoritário, isso tudo para impedir, afinal, que eventual brasa latente se transforme, novamente, em fogo ardente. Oxalá, a posse do novo presidente e a esperança que vem com ela possam significar o início de um ciclo político mais promissor para o país.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. Editora Companhia das Letras, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "The Court, it is I"? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their

implications for constitutional theory. **Global Constitutionalism**, v. 7, n. 2, p. 236–262, 2018.

AVRITZER, Leonardo. **Política e antipolítica**: a crise do governo Bolsonaro. Todavia, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 8, p. 435–456, 2021.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Brazil's frenetic pace of constitutional change under Bolsonaro: why and what next? **ConstitutionNet**, International IDEA, 26 de Agosto de 2022, disponível em: <https://constitutionnet.org/news/brazils-frenetic-pace-constitutional-change-under-bolsonaro-why-and-what-next>. Acesso em 25 de set de 2022.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Informal Co-Optation Semi-Presidentialism: Bolsonaro's Most Successful Autocratizing Strategy*, **Int'l J. Const. L. Blog**, May 12, 2022, at: <http://www.iconnectblog.com/2022/05/informal-co-optation-semi-presidentialism-bolsonaros-most-successful-autocratizing-strategy>. Acesso em 13 de dez. de 2022.

CATTONI, Marcelo; NETO, Almir Megali. A democracia constitucional entre militantes contra a democracia e a democracia militante. **Empório do Direito**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-democracia-constitucional-entre-militantes-contr-a-democracia-e-a-democracia-militante>. Acesso em 13 de dez. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Pillares, 2016.

CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno Meneses. Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David E. **Abusive Constitutional Borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford University Press, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2017.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. **How to Save a Constitutional Democracy**. University of Chicago Press, 2018.

GLEZER, Rubens. As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional. **Suprema-Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, n. 2, p. 395–434, 2021.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Ed.). **Constitutional democracy in crisis?**. Oxford University Press, 2018.

GUGLIANO, Monica. Vou intervir! **PIAUÍ**, n. 167, ago/2020, pp. 22–25.

KEY, Beatriz; GUIMARÃES, Gustavo. Como Arthur Lira atropela o processo legislativo. **JOTA**. 26 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-arthur-lira-atropela-o-processo-legislativo-26072022>.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UCDL Rev.**, v. 47, p. 189, 2013.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos estudos CEBRAP**, p. 17–41, 2006.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, p. 81–106, 1998.

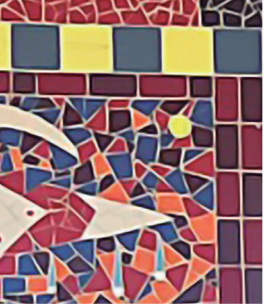
PONTES, J. G. M. **Democracia militante em tempos de crise**. Lumen Juris, 2020.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta; HOLMES, Stephen (Ed.). **Routledge Handbook of Illiberalism**. Nova York: Routledge, 2021.

SINGER, André. Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. **Novos estudos CEBRAP**, p. 23–40, 2013.

TUSHNET, Mark. Constitutional hardball. **J. Marshall L. rev.**, v. 37, p. 523, 2004.

VILHENA, O. V.; GLEZER, R.; BARBOSA, A. L. P. **Entre a Estabilidade Precária e a Crise Institucional**: uma análise da performance do governo Bolsonaro. In: **Desafios à estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2020, pp. 25–44.



COORDENADORES

José Sérgio da Silva Cristóvam
Norma Sueli Padilha
Antonio Carlos Wolkmer

AUTORES

Clèmerson Merlin Clève
Cristina Foroni Consani
Dilsa Mondardo
Eneá de Stutz e Almeida Grazielly
Alessandra Baggenstoss João dos
Passos Martins Neto José
Alcebiades de Oliveira Junior
Josiane Rose Petry Veronese
Leilane Serratine Grubba Luana
Renostro Heinen
Paulo Roney Ávila Fagundez
Rogério Gesta Leal
Sergio Cademartori
Vera de Araujo Grillo
Vera Regina Pereira de Andrade

